

# DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS :

## UN SURVOL HISTORIQUE

CHARLES LEBEN\*

A l'orée d'un ouvrage de droit international des investissements qui a pour projet de couvrir largement les thèmes essentiels du domaine, il est nécessaire de présenter un rappel historique de l'apparition et de l'évolution de la discipline. Celle-ci est désormais d'une telle actualité tant dans sa dimension jurisprudentielle que dans celle de la pratique étatique, que l'on s'épuise à suivre ses derniers développements. Mais pour en comprendre les caractéristiques majeures, présentes souvent dès les origines, et qui permettent de comprendre tout à la fois la logique de son évolution et les difficultés de celle-ci, on ne peut faire l'économie d'une étude rétrospective.

L'histoire du droit international des investissements est exemplaire de l'histoire même du droit international public global avec laquelle elle partage tout à la fois la naissance et les grandes étapes de son évolution. Les prodromes d'un droit international des investissements apparaissent dès le XVII<sup>ème</sup> siècle avec la volonté des Etats européens de protéger les biens de leurs nationaux se trouvant sur un territoire étranger<sup>1</sup>. Autrement dit, ils accompagnent l'essor des Etats européens (puis plus largement occidentaux) dans leur conquête du monde, Etats qui imposent également leur conception du droit international en général (« droit des gens » à l'origine) avec ses concepts fondamentaux, ses mécanismes et ses institutions. Tout comme le droit international dans sa généralité, le droit international des investissements est donc lié à l'expansion coloniale européenne dès le début du XVII<sup>ème</sup> siècle et certains de ses traits remontent à cette origine qui pour certains le marque d'illégitimité<sup>2</sup>.

\* Charles LEBEN, professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2).

<sup>1</sup> Certes la protection des biens des étrangers n'est pas encore le droit des investissements étrangers dans le sens où on l'entend aujourd'hui mais c'en est bien le point de départ. Pour une critique de l'utilisation confuse de la notion d'investissement, V. P. JUILLARD, « Chronique du droit international économique », *AFDI*, 1986, pp. 399-400. Pour une étude de la pratique conventionnelle et de la doctrine du droit des gens sur cette question, V. V. H. NEUFELD, *The International Protection of Private Creditors From The Treaties of Westphalia to The Congress of Vienna (1648-1815)*, Leyde, Sijthoff, 1971.

<sup>2</sup> V. par exemple, M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, CUP, 2<sup>ème</sup> éd. 2004, p.18-22 ; Kate MILES, *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, CUP, 2013, A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, CUP, 2004, et en visant spécifiquement l'un des « pères » du droit international, E. WILSON, *Savage Republic. De Indis of Hugo Grotius, Republicanism and Dutch Hegemony Within the Early Modern World-System (c.1600-1609)*, Leyde, Boston, Martinus Nijhoff Publ., 2008. Et pour une appréciation du droit contemporain dans ce même ordre d'idée, V. J. E. ALVAREZ, « Contemporary Foreign Investment Law : an 'Empire of Law' or the 'Law of an Empire' ? », *American University International Law Review*,

L'histoire du droit international des investissements peut en effet se lire, tout comme l'histoire du droit international en général, comme une lutte planétaire se déroulant sur près de trois siècles. Elle oppose d'une part, des Etats qui connaissent la révolution industrielle et qui dans leur expansion historique mettent en place un régime juridique international qui sert leurs intérêts mais qui en même temps se réclame d'une visée universaliste et rationaliste (et ce dès l'apparition d'un droit des gens construit sur le terreau du droit naturel) et, d'autre part, des Etats dominés qui opposent à ces revendications leur conception d'un droit international plus égalitaire et plus juste à leurs yeux, et en tout cas plus soucieux de leurs propres intérêts. En fait toute l'histoire du droit international des investissements peut être décrite comme l'histoire d'une tension entre les aspirations des uns et des autres, tension se résorbant périodiquement dans une synthèse provisoire, constamment remise en cause par l'évolution des forces en présence.

Si on s'attache aux instruments juridiques grâce auxquels le droit international des investissements va apparaître et se développer, l'histoire commence véritablement, dès la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, avec les premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus entre les Etats-Unis et plusieurs pays européens, dont la France dès 1778 et qui, bien que conçus essentiellement pour développer les échanges commerciaux entre Etats signataires, comportaient des dispositions protégeant les biens appartenant à des nationaux de l'un des Etats contractants dans le territoire de l'autre Etat contractant<sup>3</sup>. La première préoccupation des Etats, dès les origines et encore de nos jours, est en effet d'assurer la sécurité des personnes et des biens, et plus largement des capitaux investis à l'étranger par leurs ressortissants. Et c'est ce qu'affirme le Secrétaire

2009, pp.811-842 et v. *infra* p. 533 n°16. Que le droit international, tout comme le droit interne, naisse d'un rapport de force, exprime celui-ci et évolue avec celui-ci, n'étonnera et ne scandalisera que ceux qui pensent que les enfants naissent dans les choux.

<sup>3</sup> Avant l'histoire il y a une « préhistoire », ou une histoire ancienne et on peut remonter au Moyen Âge ou même à l'Antiquité. V. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, New York, Oxford, OUP, 2010, p. 80. En outre, une étude historique montre, comme l'écrit K.J. VanDevelde, que la protection de la propriété des étrangers faisait déjà l'objet d'un traitement conventionnel au XVII<sup>ème</sup> siècle. V. K. J. VANDELDE, *Bilateral Investment Treaties. History, Policy, and Interpretation*, New York, OUP, 2010 p. 19. Mais si on s'attache aux événements historiques qui ont effectivement été à l'origine d'un droit international des investissements on doit partir de la conclusion des premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation. Pour les traités conclus par les Etats-Unis, le premier modèle de traité de ce type fut adopté dès 1776, V. K. VANDELDE, *op. cit.*, pp. 21 et s. Par la suite des traités de ce type furent conclus entre les Etats-Unis et les principaux pays européens et par ceux-ci entre eux. Dès les années 1820 de nombreux traités sont conclus entre les Etats latino-américains nouvellement indépendants et l'Europe ainsi que les Etats-Unis et entre Etats d'Amérique latine : V. F. G. DAWSON, « The Influence of Andrés Bello on Latin-American Perceptions of Non-Intervention and State Responsibility », *BYBIL*, 1986, pp. 253-315, pp. 288-292 ; K. VANDELDE, *op. cit.*, pp. 21-23. Et du même auteur, « A Brief history of International Investment Agreements », in K. P. SAUVANT, L. E. SACHS, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment : Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, New York, OUP, 2009, pp. 4-7 ; St. W. SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, CUP, 2009, pp. 28-31 ; J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, OUP, 2010, pp. 80-85. V. aussi J. H. RALSTON, *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford, Stanford University Press, 1929.

d'Etat puis, président des Etats-Unis, John Quincy Adams (1767-1848), quand il écrit à propos du traité d'amitié, de commerce et de navigation avec l'Espagne conclu en 1795 :

« There is no principle of the law of nations more firmly established than that which entitles the property of strangers within the jurisdiction of another country in friendship with their own to the protection of its sovereign by all efforts in its power. This common rule of intercourse between all civilized nations has, between the United States and Spain, the further and solemn sanction of an express stipulation by treaty »<sup>4</sup>.

D'autres préoccupations vont s'agréger à ce souci de la sécurité des investissements : la non discrimination entre investisseurs de diverses nationalités, le désir de bénéficier des meilleures conditions offertes à des investisseurs étrangers, leur traitement sur un pied d'égalité avec les nationaux, le bénéfice en toute hypothèse d'un traitement minimum, la garantie d'un traitement impartial et équitable devant les tribunaux nationaux etc. Toutes ces questions vont constituer la substance même du droit international des investissements. Celui-ci va être élaboré au cours des XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles par les différents sujets et acteurs de la scène internationale en utilisant l'ensemble des sources du droit international, la coutume, les traités, les principes généraux de droit, la jurisprudence, sans oublier le rôle spécial joué par une doctrine de qualité sur ces deux ou trois siècles.

On présentera ici, en guise d'introduction générale à cet ouvrage, un aperçu de la façon dont ce droit est né puis a évolué pour devenir aujourd'hui une discipline majeure du droit international. On distinguera trois périodes dans cette évolution : de la naissance historique jusqu'à 1914, la période de l'entre-deux-guerres mondiales, la période après 1945 marquée par des affrontements et des transformations profondes.

## I. NAISSANCE D'UN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

On peut partir si l'on veut retracer cette histoire dans ses grandes lignes, d'un passage de l'œuvre maîtresse de Vattel le *Droit des gens* et de sa présentation des rapports entre un Etat et ses citoyens. De la même façon qu'un Etat peut être à l'origine d'un acte illicite de droit international à l'égard d'un autre Etat en violant par exemple sa souveraineté territoriale, de la même façon :

« [q]uiconque maltraite un Citoyen offense indirectement l'Etat, qui doit protéger ce Citoyen. Le Souverain de celui-ci doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation, ou le punir ; puisqu'autrement le Citoyen

<sup>4</sup> Texte in J.B. MOORE, *A Digest of International Law*, US Government Printing Office, 1905, vol. IV, p.5 §535 et V. Charles LIPSON, *Standing Guard : Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Berkeley, University of California Press, 1985, p. 9 et V. VANDELDE, *op. cit.*, p. 23. Pour la période antérieure à celle examinée par Lipson, v. H. NEUFELD, *The International Protection of Private Creditors From The Treaties of Westphalia to The Congress of Vienna (1648-1815)*, *op. cit.*



n'obtiendrait point la grande fin de l'association Civile qui est la sûreté »<sup>5</sup>. Vattel ajoute encore : « De même, le Souverain demande justice, ou use de représailles, non seulement pour ses propres affaires, mais encore pour celles de ses Sujets, qu'il doit protéger, & dont la Cause est celle de la Nation ».<sup>6</sup>

Ce texte couvre naturellement toutes sortes de mauvais traitements qu'un Etat peut faire subir à un étranger, mais dans la pratique, les mauvais traitements les plus fréquents concernent les atteintes à la personne et aux biens de l'étranger. De fait, dès le XVIII<sup>ème</sup> siècle le droit international se développe, comme on l'a dit, avec la volonté des Etats européens et celle des Etats-Unis d'Amérique, de protéger les biens de leurs nationaux se trouvant sur un territoire étranger, comme on le voit dans la déclaration de John Quincy Adams citée plus haut.

Le principe énoncé par Vattel signifie, pour prendre un autre exemple dont l'importance ne se fera sentir qu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle, que le dommage causé à un citoyen d'un Etat en cas de confiscation de ses biens sans respecter certaines règles de droit international, est équivalent à un dommage causé à son Etat national qui pourra en demander raison à l'Etat auteur de l'acte contesté. C'est là un point de départ qui porte déjà en germe la plupart des potentialités du futur droit international des investissements, y compris la jurisprudence *Mavrommatis* de la CPJI<sup>7</sup>.

Au-delà de l'intérêt porté aux seuls biens des étrangers pris isolément, les problèmes spécifiques aux flux d'investissements vont prendre dans le dernier tiers du XIX<sup>ème</sup> siècle une importance telle que la question de leur traitement juridique s'impose aux préoccupations des Etats. L'investissement dont il s'agit alors, est pour une grande partie un investissement financier, un investissement de portefeuille, dans lequel des personnes privées acquièrent des obligations émises par les Etats (par le biais de grands emprunts publics) ou dans une part plus modeste, souscrivent au capital d'entreprises étrangères (pour cela il faut d'abord que la forme sociétale s'impose dans le monde des affaires) ou encore à

des emprunts émis par ces entreprises<sup>8</sup>. La multinationalisation des entreprises par constitution de groupes de sociétés implantées dans de nombreux pays ne fait que commencer et se rencontre principalement dans les secteurs de la banque et de l'assurance ainsi que dans le secteur pétrolier et minier où des sociétés mères européennes ou américaines sont dans l'obligation de créer des filiales dans les pays où se trouvent les ressources naturelles qu'elles exploitent. Du même coup elles constituent des ensembles de biens (matériels, financiers, bancaires, immobiliers etc) dont les détenteurs sont des étrangers et sont soumis aux risques que fait courir leur présence à long terme dans un environnement juridique et politique souvent peu prévisible.

Les problèmes juridiques entraînés par ces flux d'investissements sont de deux ordres : comment, tout d'abord, un Etat peut-il protéger ses investisseurs nationaux qui engagent des capitaux dans des pays étrangers lorsque ceux-ci réclament protection parce qu'ils auraient été spoliés ou qu'ils auraient subi de mauvais traitements ? Et quelles sont les obligations qui pèsent sur les Etats d'accueil quant au traitement qu'ils réservent aux investissements étrangers qu'ils reçoivent, tant sur le plan du droit international coutumier que sur celui du droit conventionnel ?

#### A. La protection de l'investisseur par son Etat national : la question de l'intervention dans les affaires de l'Etat d'accueil

Le premier des soucis de tout investisseur à l'étranger, en dehors de sa sécurité physique, concerne la sécurité de son investissement face à la toute puissance normative de l'Etat dans lequel il investit<sup>9</sup>. Contrairement à un simple exportateur qui expédie des marchandises, se fait payer et épuise ainsi la relation juridique avec son acheteur, l'investisseur va vivre pendant des années, souvent des décennies, dans un territoire étranger soumis à la réglementation d'un Etat

<sup>5</sup> *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains*, Londres, 1758, (Slatkine Reprints) t.I, L.II, ch.VI, § 71, p. 309. Il semble cependant que les mauvais traitements visés par Vattel soient le fait de personnes privées et non de l'Etat. V. Frank GRIFFITH DAWSON, Ivan L. HEAD, *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, Syracuse, Syracuse University Press, 1971, p. 2 et pp.8 et s.

<sup>6</sup> *Le Droit des gens*, op. cit. t. I, L. II, ch. XVIII, p. 534, § 347.

<sup>7</sup> V. la remarque d'A. Pellet qui écrit que « la 'formule' *Mavrommatis* remonte à Vattel qui écrivait que 'quiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l'Etat, qui doit protéger ce citoyen' », A. PELLET, « La seconde mort d'Euripide *Mavrommatis*. Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1359-1382, p.1365. Il va de soi qu'un étranger qui entre dans un Etat qui n'est pas le sien, doit respecter ses lois même si elles ne sont pas à son avantage et l'Etat d'origine doit se garder de toute intervention et respecter la souveraineté de l'Etat d'accueil. Mais, comme le note W.E. Hall « it is only when those laws are not fairly administered, or when they provide no remedy for wrongs, or when they are such, as might happen in very exceptional cases, as to constitute grievous oppression in themselves, that the state to which the individual belongs has the right to interfere in his behalf », W.E. HALL, *International Law*, 7<sup>ème</sup> éd. § 87, cité par A.P. FACHIRI, « Expropriation and International Law », *BYBIL*, 1925, pp. 159-171, pp. 161-162.

<sup>8</sup> V. K. VANDELDE, *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., pp. 26 et s. Un des secteurs les plus importants dans lequel se place les investissements internationaux est celui des chemins de fer qui commencent à couvrir la totalité de la planète. C'est ainsi que les compagnies de chemin de fer sur le continent américain sont détenues, au XIX<sup>ème</sup> siècle, à 40 ou 50% par des capitaux étrangers. Plus généralement, la part de capital étranger entrant dans la formation brute de capital fixe (la grandeur qui mesure en comptabilité nationale l'investissement) entre 1870 et 1913 s'élevait à 70 % en Argentine et 75% au Mexique. V. aussi, Kevin O'ROURKE, *Globalization and Inequalities : Historical Trends*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 8339, juin 2001, pp.12-13 qui donne le panorama général des flux d'investissement à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle : « *Most late 19<sup>th</sup> century investment was being used for social overhead investment, as is true of the Third World today : about 70% went into railroads, municipal sewage, telephones and other social overhead investments. Railroads alone accounted for about 41% of the total in 1913 (...). The debt was issued largely by governments, as was also true of the Third World during most of the postwar years. But governments did not do a much larger share of the borrowing then than now : they accounted for may be 40% of the investment flows in the late 19<sup>th</sup>. By 1930 or so, 62% of the London-based lending, and 80% of New York lending was going to governments ; governments got 80% of the flows as late as 1980, but only 33% in 1997 (...). In this respect, once again, the late 20<sup>th</sup> century has returned to late 19<sup>th</sup> century patterns* ».

<sup>9</sup> Toute puissance normative ne veut pas dire toute puissance politique et économique de l'Etat. Elle signifie seulement que sur le territoire de l'Etat un seul et unique pouvoir s'exerce lorsqu'il s'agit de créer du droit, sous réserve des engagements internationaux souscrits par cet Etat.

qui peut modifier les conditions financières, fiscales, juridiques, sociales etc qui prévalaient au moment de l'investissement voire même exproprier celui-ci<sup>10</sup>. C'est là le « risque politique » couru par les investisseurs. On peut dire qu'une bonne partie des règles de droit international des investissements a pour objectif de traiter de ce risque.

Mais, face au risque encouru par l'investisseur, l'Etat d'accueil, de son côté court lui aussi divers risques, et en particulier celui de faire l'objet de pressions de la part des Etats d'origine des entreprises qui investissent chez lui, souvent des Etats bien plus puissants que lui-même. Ces Etats peuvent prendre partie en faveur de leurs ressortissants dans des litiges qui les opposent à l'Etat d'accueil, surtout si ces ressortissants réclament protection en invoquant la spoliation de leurs biens et la violation du droit international. Ce qui est en cause alors c'est la question de l'intervention d'un Etat dans les affaires intérieures d'un autre, intervention motivée par la violation alléguée du droit international commise par l'Etat d'accueil dans son traitement de l'investisseur étranger<sup>11</sup>. Dans ce cas, l'Etat national de l'investisseur est susceptible, selon le droit international, d'exercer sa protection diplomatique à son égard en prenant fait et cause pour son national vis-à-vis duquel une violation du droit international aurait été commise. Le différend devient alors un litige entre deux Etats, le national et celui d'accueil de l'investissement.

Mais l'opération de protection peut revêtir, au XIX<sup>ème</sup> siècle deux modalités distinctes : elle peut être mise en œuvre en ayant recours à la force armée pour contraindre *manu militari* un Etat à exécuter ses obligations (ce qu'on a appelé la « diplomatie de la canonnière ») ou elle peut être pacifique et conduite, en cas d'échec des pourparlers, à un recours à des tribunaux arbitraux ou permanents. Ceux-ci sont alors amenés à trancher, en droit international, le litige entre deux Etats, dont l'un invoque la responsabilité internationale de l'autre<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> V. Sur les risques juridiques encourus par toute personne résidant et travaillant à l'étranger, V. E. ROOT, « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *AJIL*, 1910, pp. 517-528, pp. 526-527. Ces questions étaient déjà au cœur du premier arbitrage que nous ayons pu trouver entre un investisseur étranger et un Etat d'accueil : *Compagnie universelle du Canal de Suez c. Vice-Roi d'Egypte*, sentence du 21 avril 1864, in H. DE LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale (1794-1900)*, La Haye, Martinus Nijhoff (réédition avec une préface de P.M. Eisemann), 1997, pp. 122-129.

<sup>11</sup> V. Karl STRUPP, « L'intervention en matière financière », *RCADI*, 1925/III, pp. 1-124. Le risque d'ingérence n'est pas seulement celui de l'Etat d'origine, il peut être celui de l'investisseur lui-même. L'exemple le plus brutal au XX<sup>ème</sup> siècle en sera donné par le rôle joué par certaines sociétés américaines (et tout particulièrement ITT) dans le renversement du président Allende au Chili en 1973.

<sup>12</sup> L'article 1<sup>er</sup> du projet d'articles sur la protection diplomatique de la CDI (2006) énonce : « [a]ux fins du présent projet d'articles, la protection diplomatique consiste en l'invocation par un Etat, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit Etat à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité. », *Ann. CDI*, 2006, vol. II(2), p. 25. La protection diplomatique au sens plus large incluait au XIX<sup>ème</sup> siècle, l'intervention armée : V. S. MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Oxford and Portland, Hart Publ., 2009, pp. 32 et s.

Les deux modalités ont fait l'objet, au tournant des XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles, de critiques souvent virulentes des Etats d'Amérique latine et de la doctrine de ces Etats. Mais si l'intervention armée a été finalement mise hors la loi internationale, la légitimité de la protection diplomatique, au sens restreint, débouchant sur un mode pacifique de règlement des différends, bien qu'elle aussi ait été contestée, a été réaffirmée car elle offre la seule alternative pacifique et efficace à l'usage de la force armée. Si celle-ci doit être éliminée les parties au litige doivent pouvoir avoir un recours à une procédure pacifique de règlement des différends c'est-à-dire en fait, à un règlement international de type juridictionnel.

### 1. La mise hors la loi internationale de l'intervention armée

Le XIX<sup>ème</sup> siècle va être marqué par une importante pratique de recours à la force armée de la part des Etats européens et des Etats-Unis d'Amérique dans des litiges financiers avec des Etats en développement, majoritairement (mais non exclusivement) des Etats d'Amérique latine. Il faut rappeler à ce propos, qu'une partie importante du monde à cette époque, vit sous un régime colonial et ne peut influencer sur le contenu du droit international qui régit les rapports entre Etats souverains. Ceux-ci, en dehors de l'Europe et des Etats-Unis, et à l'exception de quelques Etats du Moyen-Orient (Empire Ottoman, Perse, Egypte pour certaines périodes) et de l'Extrême-Orient (Chine, Japon, Siam), sont concentrés en Amérique latine<sup>13</sup>. De sorte que, face aux Etats européens développés ce sont ces Etats d'Amérique latine, leurs hommes politiques et leurs juristes, d'ailleurs de culture juridique européenne pour beaucoup d'entre eux, qui représentent le monde en développement et qui vont jouer un rôle éminent dans l'évolution du droit international des investissements au cours de cette période et jusqu'au XX<sup>ème</sup> siècle<sup>14</sup>. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine qui nous intéresse où ces Etats après avoir fait l'objet d'un grand nombre d'interventions de toutes sortes vont contribuer à faire reconnaître pour le moins l'interdiction de l'intervention armée dans les litiges financiers.

<sup>13</sup> Un autre aspect de l'histoire des relations économiques internationales avec les pays non européens est la conclusion de traités de capitulation, le premier étant celui conclu entre François 1<sup>er</sup> et Soliman le Magnifique (1536). Ces traités accordaient divers privilèges et avantages aux commerçants et investisseurs occidentaux dans différentes parties du monde. V. J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, op. cit., p. 82. La Turquie répudia le régime des capitulations dans le traité de Lausanne en 1923, le Siam, la Perse et l'Egypte en 1937 et la Chine en 1943. V. F. G. DAWSON, I. L. HEAD, *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, op. cit., p. 7 note 21 et p. 9.

<sup>14</sup> DAWSON et HEAD soulignent que « the legal heritage of the newly independent nations of Latin America approximated that of Western Europe », *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, op. cit., p. 5. Et v. Alejandro ALVAREZ, « Latin America and International Law », *AJIL*, 1909, pp. 269-353. Pour un ouvrage marquant d'un des auteurs les plus représentatifs de la doctrine internationaliste d'Amérique latine, V. Charles (Carlos) CALVO, *Le Droit international théorique et pratique*, Paris, Rousseau, 5<sup>ème</sup> éd. 1896, 6 vol. V. aussi, dans un format plus modeste mais ayant eu également une grande influence, Andrés BELLO, *Derecho internacional*, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1886 (*Obras completas*, vol. X).

## a. L'intervention armée et ses abus

Le XIX<sup>ème</sup> siècle va connaître une internationalisation de l'économie et des flux financiers liés à des investissements, d'une importance telle qu'on ne la retrouvera que vers la fin du XX<sup>ème</sup> siècle seulement<sup>15</sup>. En dehors des flux qui se dirigent vers des pays européens ou nord américains, les pays récepteurs, et tout particulièrement les pays d'Amérique latine nouvellement indépendants, sont des pays politiquement fragiles qui connaissent souvent des troubles politiques majeurs, voire des guerres civiles ainsi que des épisodes de dictature peu propices à l'établissement d'un véritable Etat de droit comprenant le respect de l'indépendance de la magistrature et son impartialité. Et de même l'histoire économique de ces Etats est marquée par une grande instabilité, accentuée encore dans les périodes de guerre civile, qui conduisent ceux-ci à être régulièrement en défaut de leurs obligations financières. La plupart des litiges qui scandent le XIX<sup>ème</sup> siècle latino-américain portent sur des emprunts publics souscrits par des Européens ou des Américains (des Etats-Unis)<sup>16</sup> et sur des dommages causés aux nationaux étrangers lors d'émeutes, révolutions et autres tensions civiles dont les investisseurs réclament l'indemnisation.

A qui fallait-il réclamer cette indemnisation ? Selon les règles habituelles du droit, aux tribunaux de l'Etat en cause. Et c'est ce que les chancelleries de la plupart des Etats européens et nord-Américains répondaient à leurs nationaux qui leur demandait d'intervenir dans les litiges qui les opposaient aux Etats récepteurs d'investissement<sup>17</sup>. C'est ce qu'indiquait le secrétaire d'Etat au *Foreign office* (et futur premier ministre anglais) lord Palmerston (1784-1865), dans un discours resté fameux prononcé le 25 juin 1850 à la Chambre des Communes, dans l'affaire Don Pacifico. Mais il ajoutait :

« [T]here may be cases in which no confidence can be placed in the tribunals, those tribunals being, from their composition and nature, not of a character to inspire any hope of obtaining justice from them. [...] We do not apply this rule [celle de saisir les tribunaux de l'Etat d'accueil] to countries whose Governments are arbitrary or despotic, because there the tribunals are under the control of the government, and justice can not be had; and, moreover, it is not meant to be applied to nominally constitutional Governments, where the tribunals are corrupt »<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> V. *supra* note 8.

<sup>16</sup> K. VANDEVELDE note que « [b]ond defaults were a persistent problem in Latin America during the nineteenth century [...] in 1880, half of the bonds purchased by British investors from Latin American debtors were in default. » K. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., p. 29.

<sup>17</sup> R. LILLICH note que le Foreign Office britannique « repeatedly found it necessary to explain to indignant British subjects that it would not espouse doubtful or exaggerated claims », *Iowa Law Review*, 1967-1968, p. 328, note 17, cité par DAWSON et HEAD, *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, op. cit., p. 12. V. aussi la lettre du secrétaire au Foreign Office, Lord Malmesbury, sur cette question, en 1859, p. 11, note 32.

<sup>18</sup> V. la totalité du discours sur <[http://en.wikisource.org/wiki/Don\\_Pacifico\\_Speech](http://en.wikisource.org/wiki/Don_Pacifico_Speech)> (consulté le 2.4.2014). Le texte est cité par de très nombreux auteurs, par exemple E. ROOT, « The Basis of protection to citizens Residing Abroad », *AJIL*, 1910, pp. 517-528, p. 522; J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, CUP, 2005, pp. 15-17; K. VANDEVELDE, *Bilateral Investment treaties*, op. cit., p. 29. V. aussi Horacio G. NAÓN, « Arbitration in Latin America :

Il se pouvait aussi que les mesures visant les investisseurs étrangers ayant été adoptées par le législateur lui-même, ne pouvaient faire l'objet d'aucune contestation devant les tribunaux nationaux laissant les entreprises privées de tout recours en droit interne. La seule possibilité qui leur restait alors était de se tourner vers leurs Etats d'origine et leur demander de l'aide. Ceux-ci étaient parfaitement libres d'accepter ou non d'intervenir et ne le faisaient certainement pas à tout coup. Cependant, dans un certain nombre de cas, des interventions militaires étaient organisées par un ou plusieurs Etats en même temps.

Ainsi, dans l'hypothèse fréquente où les Etats faisaient défaut dans le paiement de la dette publique ou qu'ils se refusaient à indemniser les dommages causés aux investisseurs étrangers lors de troubles dans le pays, les Etats d'origine des investisseurs appelés en protection et après un ultimatum resté sans réponse, étaient susceptibles d'intervenir militairement, en bombardant les ports ou en instaurant un blocus interdisant toute entrée ou sortie, ou encore en prenant le contrôle de l'administration des douanes et en se remboursant avec le produit de cette administration.

C'est ainsi que plusieurs Etats européens, et en particuliers, la France, la Grande-Bretagne, l'Allemagne, l'Italie, sont intervenus à de nombreuses reprises en Amérique latine pour défendre les intérêts financiers de leurs nationaux. La France est intervenue militairement par deux fois au Mexique, en 1838 et en 1862 où elle crut conquérir ce pays avec la fin tragique que l'on connaît. Le Royaume Uni est intervenu une quarantaine de fois en Amérique latine entre 1820 et 1914. Les pays les plus visés ont été outre le Mexique, le Vénézuéla et l'Argentine<sup>19</sup>.

Il est généralement admis aujourd'hui qu'un grand nombre d'abus ont été commis dans ces épisodes d'intervention armée. Comme l'avait noté fermement le juge Luis Padillo Nervo,

« [l]'histoire de la responsabilité des Etats en matière de traitement des étrangers [telle qu'elle s'est construite à la suite des protections diplomatiques armées et non armées] est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des Etats faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires

Progress and Setbacks », *Arbitration International*, 2005, pp. 127-176, p. 128 qui parle du général Juan Manuel de Rosas qui dirigeait la province de Buenos Aires comme d'un « ruthless despot who exercised absolute powers (...) under an 1835 law voted by an obsequious legislature. Rosas' domestic and foreign policies led to frequent disputes with foreign powers, notably Great Britain and France, and those disputes in turn led to diplomatic exchanges and military intervention. » et V. O.M. GARIBALDI, « Carlos Calvo Redivivus : The Rediscovery of the Calvo Doctrine in the Era of Investment Treaties », *TDM*, vol. 3, issue 5, décembre 2006, p. 15. Sur la politique de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis de ne pas intervenir dans un litige contractuel entre un national et un Etat tant qu'il n'y a pas de déni de justice, v. J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, CUP, 2005, pp. 284-302.

<sup>19</sup> Pour les interventions des Européens en Amérique latine V. Charles (Carlos) CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, op. cit., t. 1, §§186-209; J. BASDEVANT, « L'action coercitive anglo-germano-italienne contre le Venezuela (1902-1903) », *RGDIP*, 1904, pp. 362-458; Ch. LIPSON, *Standing Guard. Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, op. cit., pp. 53-57; F.G. DAWSON, « The Influence of Andrés Bello [...] », op. cit., pp. 275-284; Jan PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, op. cit., pp. 18-20.



sous le couvert de l'exercice de droit des protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire des réparations demandées »<sup>20</sup>.

Si l'on écarte la question évidemment essentielle de l'abus, la protection *manu militari* des nationaux n'était pas contraire au droit international tel que celui-ci se présentait dans le courant du XIX<sup>ème</sup> siècle où le recours à la force armée n'avait pas été aboli<sup>21</sup>. C'était là du moins la position des Etats occidentaux<sup>22</sup>. S'agissant des Etats, en particulier ceux d'Amérique latine, qui étaient la cible des interventions armées, il n'est pas exagéré de dire que ces multiples interventions militaires, cette « diplomatie de la canonnière » comme elle devait être appelée, ont créé un véritable traumatisme historique dans les classes politique et juridique des pays d'Amérique latine et que la lutte contre ces actions contribua à forger les traits particuliers de la conception latino-américaine du droit international, traits qui aujourd'hui encore peuvent être perçus dans l'approche des problèmes de l'investissement international par nombre de juristes sud-américains<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> V. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, arrêt CIJ, opinion individuelle du juge Padilla Nervo, *CIJ Recueil 1970*, p. 247. Et de même Carlos Calvo écrit en conclusion de son examen des interventions européennes en Amérique latine : « A côté des mobiles politiques, les interventions ont presque toujours eu comme prétexte apparent des lésions d'intérêts privés, des réclamations et demandes d'indemnités pécuniaires, en faveur de sujets ou même d'étrangers dont la protection n'était la plupart du temps nullement justifiée en droit strict. » (*Le droit international théorique et pratique*, op. cit., t. I, § 205, p. 350. Tout le passage à partir du paragraphe 204 est à lire).

<sup>21</sup> Pour comprendre l'évolution historique de la question des représailles il faut remonter jusqu'au Moyen Âge. A cette époque, et jusqu'au début du XVIII<sup>ème</sup> siècle, un particulier qui se plaignait d'un déni de justice subi dans un Etat pouvait demander à son souverain de lui délivrer une « lettre de représailles » qui lui permettait de recourir à des moyens de force privée pour obtenir réparation du dommage qui lui avait été causé. Il pouvait se saisir de biens appartenant soit à l'Etat où il avait subi le mauvais traitement soit même à ses ressortissants. Les conditions encadrant ce type d'actions étaient énoncées dans plusieurs traités conclus par les principaux pays européens. Cette pratique de *self help* privée devait disparaître au XIX<sup>ème</sup> siècle, et les représailles devinrent le monopole de l'Etat. Celui-ci assumait ainsi son rôle de protecteur de ses nationaux, protection pouvant aller jusqu'au recours à des mesures militaires. V. H. NEUFELD, *The International Protection of Private Creditors From The Treaties of Westphalia to The Congress of Vienna (1648-1815)*, op. cit., pp.107-110 ; Y DE LA BRIÈRE, « Evolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles », *RCADI*, 1928/II, t. 22, pp. 237-294, p. 241 ; A.V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, Green and Co, 1938, pp. 53-67. J. Paulsson note que le système des représailles privées disparut du fait que « *the foreign state was bound by the law of nations, and would be held to its international responsibility at the initiative of the complainant's own state, which, rather than issuing letters of marque, could exercise the right of diplomatic protection.* » (J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, op. cit., p. 14).

<sup>22</sup> Une des incohérences d'un droit international encore très anarchique au XIX<sup>ème</sup> siècle porte sur le régime illogique qu'il réservait (ou plus exactement que les Etats souverains réservaient) à la guerre et aux représailles. V. P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET : « Jusqu'en 1919, on ne veut voir dans la guerre qu'une manifestation normale de la souveraineté des Etats » et ils ajoutent : « [I]a situation était assez paradoxale. Pour pouvoir recourir librement à la force, sans avoir à fournir la moindre justification, les Etats n'avaient qu'à décider de se servir du moyen extrême de la guerre. Par contre, s'ils s'en tenaient à la forme plus modérée des 'représailles armées', ils devaient alors fonder leur action sur un motif juridique valable. » (*Droit international public*, Paris, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 1032, n° 560).

<sup>23</sup> V. DAWSON ET HEAD : « *Perhaps it was at this point, with the formulation of the Calvo Doctrine, that the Latin American nations began to assume a distinctive, collective identity as a special legal*

b. La mise hors la loi internationale du recours à la force armée comme moyen de règlement des différends portant sur le recouvrement de dettes contractuelles

La mise hors la loi internationale du recours à la force armée dans le domaine du droit international a commencé dans le secteur du droit international des investissements, à propos du recouvrement des sommes dues aux prêteurs par des gouvernements d'Amérique latine. La question a fait l'objet de nombreux efforts tant doctrinaux que diplomatiques de la part des juristes et des Etats latino-américains, qui ont fini par produire leurs effets au début du XX<sup>ème</sup> siècle.

Très tôt dans le XIX<sup>ème</sup> siècle des auteurs d'Amérique latine, comme Andrés Bello (1781-1865) et Carlos Calvo (1824-1906) vont dénoncer les pratiques abusives des puissances occidentales se permettant l'usage de la force armée, qu'ils avaient banni entre eux, à l'égard d'Etats plus faibles qu'eux. C'est ainsi que Calvo écrit :

« [...] en droit international strict le recouvrement des créances et la poursuite de réclamations privées ne justifient pas *de plano* l'intervention armée des gouvernements [et] les Etats européens suivent invariablement cette règle dans leurs relations réciproques, il n'y a [donc] nul motif pour qu'ils ne se l'imposent pas aussi dans leurs rapports avec les nations du Nouveau Monde<sup>24</sup> ».

Ces auteurs dénonçaient tout à la fois le fait que dans un certain nombre de cas, le motif financier de l'intervention armée n'était qu'un prétexte pour cacher des visées politiques, mais aussi que dans d'autres cas, les demandes d'indemnisation faites par les personnes privées, et qui étaient la cause de l'intervention armée, étaient exagérées dans des proportions parfois indécentes.

*system or suborder, with legal institutions within, yet in some aspects apart from, the Europeanized international law propounded by legal theorists in capital-exporting nations.* », op. cit., p. 15. V. aussi J. Paulsson, qui note que « [n]otwithstanding the practical erosion of the Calvo Doctrine throughout the course of the twentieth century, it has retained a mythical status among public lawyers in Latin America who enshrined it in the constitutions of their states. », *Denial of Justice in international Law*, op. cit., p. 28. On ne s'étonnera pas du fait que dans la rédaction du texte de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats en 1974 (Res AGNU, 3281 (XXIX) du 14 décembre 1974) ce soit des juristes et hommes politiques latino-américains, plus particulièrement mexicains, qui ont joué un rôle capital. Pour une étude générale des rapports des Etats d'Amérique latine avec le droit international à l'aube du XX<sup>ème</sup> siècle, v. Alejandro ALVAREZ, « Latin America and International Law », *AJIL*, 1909, pp. 269-353 et J.M. YEPES, « La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé », *RCADI*, 1930/II, pp. 691-800.

<sup>24</sup> Charles CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, op. cit., t. I, p. 351, § 205. L'auteur note aussi que « dans leurs démêlés avec les Etats américains, les nations européennes sont toujours intervenues contre les faibles et ne se sont jamais attaquées aux forts et aux puissants », *ibid.*, p. 349, § 204. V. aussi pour une critique de l'intervention armée, A. BELLO, *Derecho internacional*, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1886 (*Obras completas*, vol. X), pp. 35-44 et DAWSON, « The Influence of Andrés Bello [...] », op. cit. ; Donald R. SHEA, note que « [I]the unhappy experience of Latin American republics with loans and bond issues negotiated with nationals of the powerful investors states also greatly reinforced their fears of what they considered to be flagrant economic imperialism », *The Calvo Clause. A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, reprint 2014, p. 13. Sur les mésaventures des Etats d'Amérique latine et de leurs dettes nées de politiques d'emprunt à l'étranger pas toujours maîtrisées et régulièrement malmenées à la suite de troubles politiques graves, V. F.G. DAWSON, « The Influence of Andrés Bello [...] », op. cit., pp. 299-303.



Mais plus fondamentalement ils cherchaient à faire reconnaître le principe, qui s'appliquait déjà dans les rapports entre pays européens, qu'il était tout simplement interdit en droit international d'avoir recours à la force armée dans des litiges portant sur les obligations financières des Etats à l'égard de personnes privées étrangères. C'était là l'un des objets de la « doctrine Calvo » qui visait d'ailleurs, comme on le verra un peu plus loin, tout aussi bien les interventions armées que non armées. Mais si on s'en tient ici au seul recours à la force militaire, cette doctrine promue par les Etats latino-américains dans de nombreux forums internationaux tout le long de la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, finira par s'imposer au plan mondial.

Une étape importante sur le chemin de l'interdiction fut la lettre envoyée, à la suite de l'intervention militaire de puissances européennes contre le Venezuela, par le ministre des affaires étrangères argentin Luis M. Drago (1859-1921). La lettre était adressée au Département d'Etat américain et faisait appel à la « confraternité continentale » entre l'Argentine et les Etats-Unis. Il y exposait, selon ses termes, « quelques considérations que ces événements [ceux du Venezuela] lui ont suggérées relatives au recouvrement compulsif de la dette publique. » Ces considérations étaient la base de ce qui sera appelé la Doctrine Drago<sup>25</sup>. Il expliquait que :

« [I]a seule chose que la République argentine soutient et qu'elle aimerait à voir consacrer (...) qu'il ne peut y avoir (...) de pression faite sur les peuples de ce continent par le seul fait d'une malheureuse situation financière qui oblige un de ces pays à différer l'accomplissement de ses obligations (...). Le principe que la République argentine voudrait voir reconnu, c'est que la dette publique ne [peut] provoquer l'intervention armée ni encore moins l'occupation matérielle du sol des nations américaines de la part d'une puissance d'Europe »<sup>26</sup>.

Il ajoutait que cette position n'était :

« en aucune manière, la défense de la mauvaise foi, du désordre et de l'insolvabilité délibérée et volontaire. C'est tout simplement la protection due à la dignité de l'entité publique internationale qui ne peut être ainsi entraînée à la guerre, au préjudice des nobles fins qui déterminent l'existence et la liberté des nations »<sup>27</sup>.

Il soulignait encore que

« [p]armi les principes les plus fondamentaux du droit public international [...] le recouvrement compulsif et immédiat à un moment donné, au moyen de la force, entraînerait la ruine des nations les plus faibles et l'absorption d'un

<sup>25</sup> V. son article, « Les emprunts d'Etat et leurs rapports avec la politique internationale », *RGDIP*, 1907, pp. 251-287. Le texte de la lettre est reproduit pp. 252-255. V. aussi Karl STRUPP, « L'intervention en matière financière », *RCADI*, 1925-III, pp. 85-91 et Donald R. SHEA, *The Calvo clause. A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, op. cit. p. 14 ; E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, op. cit., pp. 308-318.

<sup>26</sup> L. DRAGO, « Les emprunts d'Etat et leurs rapports avec la politique internationale », op. cit., p. 254 ; Karl STRUPP, « L'intervention en matière financière », *RCADI*, 1925-III, op. cit., p. 89.

<sup>27</sup> L. DRAGO, *ibid.*, p. 253 ; Karl STRUPP, « L'intervention en matière financière » op. cit., p. 87 ; S. HERSHEY, « The Calvo and Drago Doctrines », *AJIL*, 1907, p. 30, D. R. SHEA, *The Calvo Clause*, op. cit., pp. 15 et s.

gouvernement, avec toutes les facultés qui lui sont inhérentes, par les puissants de la terre »<sup>28</sup>.

Cette position fut reprise par le président Th. Roosevelt qui dans une lettre du 5 décembre 1905, déclara, s'agissant de la contrainte armée pour obliger des Etats débiteurs à payer leurs dettes, que son pays

« has always refused to enforce such contractual obligations on behalf of its citizens by an appeal to arms. It is much to be wished that all foreign governments would take the same view »<sup>29</sup>.

Mais, étaient visés seulement le droit des puissances européennes à intervenir militairement sur le continent américain, d'où le nom de « corollaire à la doctrine Monroe » attribué à cette déclaration. Les Etats-Unis quant à eux se réservaient le droit et la pratique de l'intervention armée dans leur continent. Il fallut attendre la proclamation en 1933, par Franklin D. Roosevelt, de la politique dite de bon voisinage (*good neighbour policy*) pour que les Etats-Unis s'appliquent à eux-mêmes la restriction qu'ils réclamaient des autres<sup>30</sup>.

Les Etats d'Amérique latine, cependant, à l'occasion des conférences panaméricaines réunissant, à partir de 1889, tous les Etats du continent ont systématiquement cherché à faire admettre l'interdiction du recours à la force armée comme moyen légitime d'exercice de la protection envers des nationaux<sup>31</sup>. Lors de la conférence de 1906 ils demandèrent à ce que la deuxième conférence de la paix qui devait se réunir à La Haye en 1907 examine la question de l'usage de la force pour le recouvrement des dettes publiques. Cette proposition reprise par le représentant américain à la conférence, le général Horace Porter, conduisit à l'adoption de la *Convention concernant la limitation de l'emploi de la force*

<sup>28</sup> L. DRAGO, *ibid.*, p. 86.

<sup>29</sup> A. S. HERSHEY, *ibid.*, p. 31. L'auteur relève que les Etats-Unis sont en revanche intervenus à de très nombreuses reprises pour assurer que des citoyens américains ayant subi des dommages dans des hypothèses de violences internes, émeutes, guerres, révolutions, obtiennent réparation. Mais s'agissant des litiges d'origine contractuelle la politique avait été définie dès 1871 par le secrétaire d'Etat Fish : « In cases founded upon contract, the practice of this government is to confine itself to allowing its minister to exert his friendly good offices in commending the claim to the equitable consideration of the debtor without committing his own government to any ulterior proceedings », op. cit., p. 39 ; v. aussi E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, op. cit., p. 288.

<sup>30</sup> V. K. VANDELDE : « The Roosevelt Corollary to the Monroe Doctrine, (...) », explicitly authorized the use of force by U.S. troops in the western hemisphere to collect debts owed to U.S. citizens. And in fact, the United States intervened in Latin America on repeated occasions during the first third of the twentieth century, until the Good Neighbour Policy of the Roosevelt administration ended the practice. », in « A Brief History of International Investment Agreements », in *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment* [...], op. cit., p. 6 et du même auteur, *Bilateral investment treaties*, op. cit., pp. 29-30, S. MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, op. cit., p. 37. Cependant sur le refus des Etats-Unis d'être le *debt collector* des entreprises américaines dans leurs litiges avec des Etats, v. E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, op. cit., pp. 287-296 et F. G. DAWSON, I. L. HEAD, *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, op. cit., p. 12.

<sup>31</sup> V. D. R. SHEA, *The Calvo Clause* [...], op. cit., pp. 62-105 ; S. MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, op. cit., pp. 49 et s. ; L. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, op. cit., pp. 8 et s. ; K. J. VANDELDE, *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., p. 30.

pour le recouvrement de dettes contractuelles convention dite Drago-Porter, qui prévoyait dans son article premier :

« Les Puissances contractantes sont convenues de ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles réclamées au Gouvernement d'un pays par le Gouvernement d'un autre pays comme dues à ses nationaux. Toutefois cette stipulation ne pourra être appliquée quand l'Etat débiteur refuse ou laisse sans réponse une offre d'arbitrage, ou en cas d'acceptation, rend impossible l'établissement du compromis, ou, après l'arbitrage, manque de se conformer à la sentence rendue »<sup>32</sup>.

L'interdiction du recouvrement des dettes publiques par la force se trouva en fin de compte couverte par le Pacte de Paris (dit Briand-Kellog, 27 août 1928) prononçant l'interdiction générale du recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux, puis par la Charte des Nations Unies et son interdiction générale du recours à la force énoncée dans l'article 2 (4).

Cependant, si l'on revient à la convention Drago-Porter, elle ne donnait pas entièrement satisfaction aux pays de l'Amérique latine parce que la renonciation à la force ne concernait uniquement que le recouvrement des dettes contractuelles alors qu'ils réclamaient une renonciation générale. En outre la renonciation à la force armée par les Etats parties à la convention était subordonnée à l'acceptation d'un règlement du litige par arbitrage entre l'Etat national des prêteurs et l'Etat débiteur<sup>33</sup>. C'est qu'en effet la demande des Etats d'Amérique latine était plus radicale et visait à interdire toute internationalisation des litiges qui pouvait les opposer aux personnes privées étrangères et leur traitement uniquement par recours aux tribunaux internes. Ceci impliquait (c'était toujours, cependant, sous réserve du déni de justice mais défini dans un sens étroit<sup>34</sup>) un rejet non seulement de la protection militaire en faveur des

<sup>32</sup> V. E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, op. cit., pp. 318-329 ; G. WINFIELD SCOTT, « Hague Convention Restricting the Use of Force to Recover on Contract Claims », *AJIL*, 1908, pp. 78-94.

<sup>33</sup> Sur la pratique des Etats-Unis en faveur de commissions mixtes arbitrales, pour régler les litiges contractuels entre personnes privées et Etats, v. E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, op. cit., pp. 296-302. L'interdiction du recours à la force armée pour régler des litiges non pas seulement sur le service des emprunts mais plus généralement sur les investissements dans un sens plus général sera acquis dès la fin des années vingt et début des années trente du XX<sup>ème</sup> siècle. Le paradoxe est que ceci entraîna également une baisse importante du recours à l'arbitrage inter-étatique car les Etats d'accueil des investissements pouvaient se soustraire au règlement arbitral du différend sans risquer une opération militaire pour les contraindre. Comme le note D. Vagts : « [w]hen the pressure exerted by one state upon another does not involve the use of armed force, the degree of consensus is appreciably lower. » (D. VAGTS, « Coercion and Foreign Rearrangements », *AJIL*, 1978, pp. 17-36, p. 28). Santiago Montt, reconnaît que « without the threat of military intervention, developing countries no longer accepted arbitration as a dispute resolution mechanism » (S. MONTT, *State Liability in Investment Arbitration*, op. cit., p. 55). D'où l'importance de la création future du CIRDI pour réintroduire un mécanisme d'arbitrage là où désormais le recours à la force armée a été définitivement proscrit.

<sup>34</sup> D'après Garcia-Amador, cité par S. Montt, la doctrine Calvo « was never a bar to those international claims based on breaches of well established international obligations regarding the treatment of aliens » (F. V. GARCIA-AMADOR, « Calvo Doctrine, Calvo Clause », in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, North-Holland, 1992, t. 2, p.521 ; S. MONTT, *State Liability in Investment Arbitration*, op. cit.

personnes étrangères mais également de l'intervention par des moyens pacifiques, autrement dit de la protection diplomatique au sens restreint de l'expression. C'était bien là le sens de la doctrine Calvo.

## 2. La protection diplomatique stricto sensu : la doctrine Calvo et la clause Calvo

La « diplomatie de la canonnière » n'avait de diplomatique, évidemment, que le nom. Il en est tout autrement de la « protection diplomatique » au sens restreint du terme, i.e. au sens où ce mécanisme va s'imposer peu à peu comme un mode légitime de règlement pacifique des différends. Ceci se fera malgré l'opposition constante des juristes latino-américains qui maintiendront leur défense de la « doctrine Calvo ».

L'héritage doctrinal de Carlos Calvo dans le domaine des relations entre une personne privée étrangère (par exemple un investisseur) et un Etat d'accueil concerne trois questions : le refus de toute intervention de l'Etat national en faveur de la personne privée, que l'intervention comporte un recours à la force armée ou non ; l'insertion d'une clause dans un contrat par laquelle la personne privée s'engage à ne pas faire appel, en cas de litige, à la protection de son Etat national (clause dite Calvo) ; le refus d'accorder à la personne étrangère un traitement meilleur que le traitement national. On ne traitera ici que des deux premiers points, réservant le troisième pour le second paragraphe<sup>35</sup>.

### a. Intervention armée et intervention non armée

Cette doctrine Calvo comporte une première assertion qui considère la protection diplomatique sans usage de la force armée comme strictement équivalente à une intervention armée. C'est ainsi que Calvo écrit dans son traité de droit international :

« La forme sous laquelle a lieu l'intervention n'en n'altère pas le caractère. L'intervention se produisant par l'emploi des procédés diplomatiques, n'en n'est pas moins une intervention ; c'est une ingérence plus ou moins directe, plus ou

<sup>35</sup> Sur la doctrine Calvo, v. A.S. HERSHEY, « The Calvo and Drago Doctrines », *AJIL*, 1907, pp. 26-45 ; A.V. FREEMAN, « Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law », *AJIL*, 1946, pp. 121-147 ; J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, op. cit., pp. 20-24. Sur la clause Calvo, v. J. DUGARD, *Troisième rapport sur la protection diplomatique*, Commission du droit international, doc. A/CN.4/523 et Add.1, §§ 119-158, 2002 ; S. TOUZÉ, *La protection des droits nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, pp. 239-243 ; A.V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, op. cit., pp. 469-490 ; E. JIMENEZ DE ARECHAGA, « International Responsibility » in M. SØRENSEN, *Manual of Public International Law*, Londres, MacMillan, 1968, pp. 590-593 ; D. R. SHEA, *The Calvo Clause*, op. cit., pp. 16-32 ; V. S. MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, op. cit., pp. 35-48 ; Horacio A.G. NAÓN, « Arbitration and Latin America : Progress and Setbacks », *Arbitration International*, 2005, pp. 127-176, pp. 128-140. Cette doctrine Calvo explique aussi la réserve, voire l'hostilité, des pays d'Amérique latine envers l'institution même de l'arbitrage en matière d'investissement. Mais là aussi des nuances doivent être apportées. V. C. TITI, « Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas », *Arbitration International*, 2014, pp. 357-386.

moins dissimulée, qui très souvent n'est que le prélude de l'intervention armée »<sup>36</sup>.

On retrouve ici à propos des démarches diplomatiques faites en faveur de nationaux étrangers par leurs Etats d'origine, les mêmes critiques faites à propos de l'intervention armée. En effet, écrit Calvo, toute intervention est susceptible d'abus et couvre la plupart du temps des ingérences politiques contraires à la souveraineté et à l'égalité entre les Etats :

« A côté de mobiles politiques, les interventions ont presque toujours eu comme prétexte apparent des lésions d'intérêts privés, des réclamations et demandes d'indemnités pécuniaires en faveur de sujets ou membres d'étrangers dont la protection n'était la plupart du temps nullement justifiée en droit strict »<sup>37</sup>.

Dans la doctrine Calvo, il n'y a pas simplement l'idée que toute intervention est mauvaise parce qu'elle est une atteinte à la souveraineté de l'Etat, qu'elle cache le plus souvent des motifs inavoués ou qu'elle est la plupart du temps disproportionnée par rapport à la réalité d'un dommage, il y a plus fondamentalement une prise de position politico-juridique générale : un étranger ne peut pas se faire reconnaître plus de droits que n'en possède un national<sup>38</sup>. Si celui-ci dans un litige avec l'Etat ne peut que saisir les tribunaux étatiques, il n'y a pas de raison que l'étranger dispose d'une protection supplémentaire. En l'occurrence il s'agit de la protection de son Etat national intervenant en sa faveur, soit sous forme de représentations soit sous la forme du mécanisme spécifique du droit international à savoir la protection diplomatique par lequel un Etat prend fait et cause pour son national, avec recours, éventuellement, devant une juridiction internationale. Comme l'écrit Carlos Calvo,

« [L]a règle que, dans plus d'une circonstance, on a tenté d'imposer aux Etats américains, c'est que les étrangers méritent plus de considération, des égards et des privilèges plus marqués et plus étendus que ceux accordés aux nationaux mêmes du pays où ils résident. [...] Un Etat ne saurait [...] réclamer pour ses sujets des avantages supérieurs à ce qui constitue le droit commun des habitants du pays »<sup>39</sup>.

### b. Clause Calvo

La doctrine Calvo a été renforcée, comme on le sait, par une pratique dont on trouve la trace dès les années 1860 en Amérique latine, qui consistait à insérer dans les contrats, souvent des contrats de concession de lignes de chemin de fer

<sup>36</sup> Ch. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, op. cit., t. 1, § 110, p. 267. On a pu parler à propos de la doctrine Calvo d'une véritable croisade engagée contre la protection diplomatique : v. S. MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, op. cit., p. 38. On a montré comment tous les éléments de la doctrine Calvo se trouvent présents dans les écrits de Andrés Bello et en particulier ses *Principios de Derecho de Gentes* de 1832 : v. F. G. DAWSON, « The Influence of Andrés Bello on Latin-American Perceptions of Non-Intervention and State Responsibility », *BYBIL*, 1986, pp. 265-315.

<sup>37</sup> *Le droit international théorique et pratique*, op. cit., t. 1, § 205, p. 350.

<sup>38</sup> « La responsabilité des gouvernements envers les étrangers ne peut être plus grande que celle que ces gouvernements ont à l'égard de leurs propres citoyens. », *Le droit international théorique et pratique*, op. cit., t. 3, § 1276, p. 138.

<sup>39</sup> *Le droit international théorique et pratique*, op. cit., t. 3, § 1278, p. 140. On verra, que la seule façon de sortir de ce dilemme est d'étendre aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux la protection des droits fondamentaux de l'homme (v. *infra*).

ou d'exploitation de ressources naturelles, une clause, dénommée par la suite mais abusivement clause Calvo (non mentionnée en fait par celui-ci), par laquelle la partie étrangère, un investisseur par exemple, s'engageait à ne jamais faire appel à la protection diplomatique de son Etat d'origine. Cet engagement valait-il même en cas de déni de justice ? La réponse de la doctrine n'était pas claire, car si on réserve les cas de déni de justice, on réserve en fait un grand nombre d'hypothèses car l'investisseur invoquera presque toujours un tel déni. Mais si on ne le réserve pas on aboutit à une situation où même les violations les plus odieuses de la justice ne pourraient être contestées.

La validité de cette clause au plan du droit international a fait l'objet, on le sait, de vives discussions en doctrine<sup>40</sup>. La jurisprudence arbitrale, est elle-même hésitante<sup>41</sup>. Lorsque la validité est rejetée c'est sur la base de l'idée (une fiction injustifiée pour certains) que l'Etat qui exerce la protection diplomatique exerce son propre droit de voir ses nationaux traités conformément au droit international

<sup>40</sup> Pour une étude récente de la question de la validité de la clause Calvo au regard des travaux de la CDI sur la protection diplomatique, V. S. TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger* [...], op. cit., §§ 664-673. Pour cet auteur, « [i]l ressort (...), tant de la doctrine que de la pratique, que cette clause n'a que pour effet de reformuler, sur le plan national, l'exigence de l'épuisement préalable des voies de recours internes avant la saisine de l'Etat susceptible d'agir en protection diplomatique en faveur d'un de ses ressortissants en litige avec un Etat étranger ayant imposé l'acceptation (expresse ou implicite) de la clause dans un contrat conclu avec lui. », op. cit., p. 239. V. aussi, E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, op. cit., pp. 792-810 ; Donald R. SHEA, *The Calvo clause : a Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, op. cit. ; Alwyn F. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, op. cit., pp. 469-496 ; Jan PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, op. cit., pp. 14-24, pp. 45-48. V. aussi les travaux de la CDI en matière de protection diplomatique, et plus particulièrement la clause Calvo : J. DUGARD, *Troisième rapport sur la protection diplomatique*, doc. A/CN.4/523/Add.1, 2002, *Ann. CDI*, 2002, vol.II (1), pp. 73-81.

<sup>41</sup> Sur la jurisprudence des tribunaux arbitraux internationaux relative à la clause Calvo, l'étude la plus détaillée est celle de D.R. SHEA (*The Calvo clause* [...]), op. cit., pp. 121-257. Celui-ci dénombre des origines à 1926, une trentaine de sentences où la question de la validité de cette clause a été examinée. Dans huit de ces sentences, cette validité a été retenue contre onze où elle a été rejetée. V. aussi J. Paulsson qui rapporte favorablement la sentence dans l'affaire *North American Dredging Company of Texas* (US v. Mexique), 1926 qui reconnaît la possibilité pour une personne privée de renoncer à la protection de son Etat sauf en cas de déni de justice (*Denial of Justice*, op. cit., pp. 30-31). Peu d'auteurs considèrent que la clause est nulle par elle-même, V. cependant G.G. TENEKIDES, « Considérations sur la clause Calvo. Essai de justification du système de la nullité intégrale », *RGDIP*, 1936, pp. 270-284. Inversement E. Jimenez de Arechaga soutient que « *it is an undeniable fact that arbitral awards have constantly upheld the validity of the Calvo clause* » (« International Responsibility », op. cit., p.591). On considère en général qu'elle est inopposable à l'Etat dont le national l'a souscrite, ou pour le moins, si on considère que l'Etat est supposé exercer, dans la protection diplomatique, son droit propre et non celui de son national. V. Commission des réclamations Royaume-Uni-Mexique, du 15 février 1930, *Mexican Union Railways, RSA* vol.V, p.115. V. aussi sur cette affaire, Chr. DUGAN, Don WALLACE Jr., N. RUBINS, B. SABAH, *Investor-State Arbitration*, Oxford, OUP, 2008, pp. 17-19. C'est ce que prévoyait aussi l'article 16 du projet présenté par J. Dugard à la CDI. Une clause de type Calvo « vaut au regard du droit international, renonciation valable au droit de l'étranger d'invoquer la protection diplomatique à raison du contrat. Cependant, une telle stipulation n'affecte en rien le droit de l'Etat de nationalité de l'étranger d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de cette personne lorsque celle-ci est lésée par un fait internationalement illicite attribuable à l'Etat contractant ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son Etat de nationalité. », *Troisième rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., p. 73, note 119.

et non pas le droit du national. Selon le fameux *dictum* de la CPJI dans l'affaire des concessions Mavrommatis,

« [e]n prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »<sup>42</sup>.

La doctrine Calvo, mais tout aussi bien sa première formulation par Andrés Bello<sup>43</sup>, était justifiée par la défense de la souveraineté nationale, l'égalité des Etats, l'exclusivité de la compétence territoriale, et elle a été adoptée dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle par pratiquement tous les Etats d'Amérique latine. Nombre d'entre eux se dotèrent de dispositions constitutionnelles (V. *infra* l'article 27 de la constitution mexicaine) ou législatives qui faisaient du respect de cette doctrine une obligation pour les gouvernants de ces pays<sup>44</sup>. De la même façon ces Etats essayèrent d'obtenir une reconnaissance de la doctrine sur le plan international. C'est ainsi que la première conférence pan-américaine de Washington (1889-1890) adopta, contre l'avis des Etats-Unis, une résolution, qui visait à donner à la doctrine Calvo une extension internationale<sup>45</sup>.

Lors de la deuxième conférence, tenue à Mexico en 1901-1902, la majorité détenue par les pays d'Amérique latine, permit l'adoption, le 29 janvier 1902, d'une « Convention relative aux droits des étrangers » qui prévoyait que :

« [w]henever an alien shall have claims or complaints of a civil, criminal or administrative order against a State, or its citizens, he shall present his claims to a competent Court of the country, and such claims shall not be made through diplomatic channels, except in the cases where there shall have been, on the part

<sup>42</sup> CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Série A n°2, 30 août 1924, p. 12. Sur les travaux récents de la Commission du droit international en matière de protection diplomatique et la dénonciation de la « fiction Mavrommatis », V. A. PELLET, « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis. Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1359-1382 et plus généralement, du même auteur : « Le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique : une codification pour (presque) rien », in Marcelo G. KOHEN, dir., *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international – Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leyde, Brill, 2007, pp. 1133-1155. V. aussi M. BENNOUNA, « La protection diplomatique, un droit de l'Etat ? », in *Mélanges Boutros Ghali, amicorum disciplinorumque liber : paix, développement, démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1998, vol.1, pp. 245-250 ; S. TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, op. cit., pp. 136 et s.

<sup>43</sup> V. l'étude très détaillée de F. G. DAWSON, « The Influence of Andrés Bello on Latin-American Perceptions of the Non-Intervention and State Responsibility », *BYBIL*, 1986, pp. 253-315, avec des différences entre ces deux auteurs, Calvo étant plus radical dans son opposition à toute forme d'intervention. V. aussi, S. MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, op. cit., pp. 42-45. V. aussi V. les analyses de O.M. GARIBALDI, « Carlos Calvo Redivivus : The Rediscovery of the Calvo Doctrine in the Era of Investment Treaties », *TDM*, vol.3, Issue 5, décembre 2006. A propos de la question de l'épuisement des voies de recours interne une des questions clés de la protection diplomatique et de l'arbitrage, v. Chr. SCHREUER, « Calvo's Grandchildren : the Return of Local Remedies in Investment arbitration », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2005, pp. 1-17.

<sup>44</sup> V. D. R. SHEA, *The Calvo Clause*, op. cit., pp. 24-27.

<sup>45</sup> Sur la clause Calvo devant les conférences panaméricaines, v. *ibid.*, pp. 62-105.

*of the Court, a manifest denial of justice, or unusual delay or evident violation of the principles of International Law »*<sup>46</sup>.

Le texte était certes restrictif à l'égard de l'usage de la protection diplomatique mais ne le refusait pas totalement puisqu'il réservait les hypothèses du déni de justice et de la violation flagrante des principes du droit international, ce qui n'était rien d'autre, littéralement, que la position défendue par Palmerston lui-même à condition qu'on s'entende sur ce que ces expressions recouvrent.

La doctrine Calvo cependant, dans son opposition à toute protection diplomatique même pacifique, ne s'est pas imposée en droit international et la protection diplomatique, au sens strict du terme, reste un des piliers du droit international, comme l'a réaffirmé le CPJI dans son arrêt sur les concessions Mavrommatis en Palestine,

« [c]'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. »<sup>47</sup>

Ce principe a été constamment maintenu dans les affaires que la Cour internationale de Justice a eu à traiter par le biais de la protection diplomatique et il fait aujourd'hui l'objet d'une reconnaissance indiscutable puisque la Commission du droit international a été chargée de codifier le droit international en la matière.

## B. Le traitement de l'investisseur par l'Etat d'accueil : la question des standards de traitement

L'investisseur, comme on l'a dit, a pour vocation de demeurer un certain temps, plus ou moins long, parfois des décennies, dans le territoire où il réalise l'investissement. La question de ses conditions de vie dans l'Etat d'accueil, est donc d'une importance primordiale. Comment celui-ci va-t-il « traiter » cet étranger qui s'installe chez lui pour exercer une activité économique qui, idéalement, devrait être profitable à tous deux. C'est au XIX<sup>ème</sup> siècle que va naître puis s'affirmer l'idée de « standards de traitement », i.e. des normes de nature conventionnelle ou coutumière de droit international<sup>48</sup>, qui font des rapports entre Etats et étrangers une question ayant un caractère international

<sup>46</sup> V. *ibid.*, p. 77 et de façon générale tout le passage consacré au principe de non-intervention dans les conférences inter-américaines. Sur cette conférence, v. A. ALVAREZ, « L'histoire diplomatique des Républiques américaines à la conférence de Mexico », *RGDIP*, 1902, pp. 530-590.

<sup>47</sup> CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Série A n°2, 30 août 1924, p. 12.

<sup>48</sup> Nous considérons ici que l'appellation « standards de traitement » est équivalente, dans sa généralité et son imprécision, à l'expression « normes de traitement ». Il y a cependant une littérature abondante sur la spécificité des standards par rapport aux normes (ou règles). V. par exemple Y. RADI, *La standardisation du droit international. Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; J.M. FAVRE, *Essai sur la notion de standard en droit international public*, thèse Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 1994. V. le n° spécial de *Droit prospectif - Revue de la recherche juridique*, 1988, n° 4 sur « Les standards dans les divers systèmes juridiques » et V. I. TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, OUP, 2008, pp. 109-133. Et v. *infra* Y. NOUVEL, chapitre 8, p. 299 et s.



plus ou moins marqué. Il est vrai que ces standards sont d'abord inscrits dans les traités de commerce des XVIII<sup>ème</sup> et XIX<sup>ème</sup> siècle et n'intéressent le droit des investissements que pour les dispositions de ces traités portant sur la condition des étrangers et la protection de leurs biens. On verra apparaître plus tard, dans le XX<sup>ème</sup> siècle des traités portant spécifiquement sur la protection des investissements qui reprendront les mécanismes mis en place dans les traités de commerce concernant le traitement des investissements étrangers.

Parmi les standards de traitement en cours dans la première période, i.e. jusqu'aux années de la première guerre mondiale, on distingue les standards de traitement qu'on appelle *indirects*, standard de traitement de la nation la plus favorisée et standard de traitement national, des standards de traitement *direct*, avant tout le standard minimum de droit international pour le traitement des étrangers auquel viendra s'ajouter au XX<sup>ème</sup> siècle le standard de traitement juste et équitable<sup>49</sup>. Les standards de traitement indirects ne fixent pas par eux-mêmes un niveau de traitement mais renvoient soit au traitement le plus favorable accordé aux ressortissants d'un Etat tiers soit au traitement réservé aux nationaux. Le standard minimum au contraire énonce lui-même quel est le traitement qui doit être accordé aux étrangers pour satisfaire aux exigences du droit international.

Dans le survol historique nécessairement limité auquel nous nous livrons ici, on négligera la question du traitement de la nation la plus favorisée si intéressante soit-elle, pour nous centrer sur les deux standards qui, du point de vue du droit international des investissements, soulèvent les problèmes les plus importants, le standard du traitement national et le standard de traitement minimum du droit international.

### 1. Le standard de traitement national

Le standard de traitement national qui requiert de l'Etat qu'il accorde le même traitement en droit aux étrangers, et plus particulièrement aux agents économiques, qu'à ses propres nationaux, est celui qui pourrait nous paraître aujourd'hui le plus naturel. C'est oublier les siècles pendant lesquels l'étranger a été celui auquel précisément on n'accorde pas le même traitement qu'aux nationaux qui doivent en tout être préférés, que ce soit du point de vue du droit substantiel (le régime auquel ils sont soumis) que du point de vue du droit procédural (l'accès aux tribunaux de l'Etat). L'évolution vers une égalité de traitement entre nationaux et étrangers va se faire pendant tout le XIX<sup>ème</sup>, par l'intermédiaire tant du droit interne des Etats que du droit des traités<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Sur cette question des standards, V. Diane NGOUADJE MALIENDJI, *Le standard du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement*, Paris, thèse Panthéon-Assas, 2014 ; O. DANIC, *L'émergence d'un droit international des investissements*, thèse Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, 2012, pp. 539-591. V. aussi P. JUILARD, « Phénix et ses cendres : le standard minimum de droit international », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Livres propos sur les sources du droit*, Paris, Dalloz, pp. 257-272, p. 262. Et v. *infra* chapitre 8.

<sup>50</sup> Pour un historique, v. tout le chapitre II d'Edwin M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, op. cit., pp. 33-115.

La pratique la plus importante au XIX<sup>ème</sup> siècle est celle des nouveaux Etats d'Amérique latine qui accèdent à l'indépendance dans les années vingt du siècle. Ces Etats vont très activement rechercher à attirer les capitaux étrangers et des personnes étrangères, seules capables d'apporter le développement économique à de vastes territoires très peu peuplés. Une véritable politique juridique va être adoptée tant sur le plan interne que sur le plan international pour rendre ces pays attractifs. Sur le plan interne, les nouveaux Etats vont rompre de façon spectaculaire avec le droit colonial de l'empire espagnol qui non seulement se montrait hostile à accueillir les étrangers mais aussi qui les maintenait dans un statut d'infériorité ne leur donnant pas accès aux tribunaux locaux dans les mêmes conditions que les nationaux. Tout au contraire les nouveaux Etats vont adopter des législations et des constitutions qui d'une part favorisaient les naturalisations et qui, d'autre part assuraient l'égalité des droits civils entre nationaux et étrangers qu'ils soient résidents ou de passage. Cela était le cas, par exemple des constitutions du Chili (1833), de la Fédération d'Amérique centrale (1835), du Pérou (1839), du Costa Rica (1844), de l'Argentine (1857) etc. Toutes ces constitutions offraient soit une égalité quasi complète des droits aux étrangers par rapport aux nationaux, ou établissaient une liste de tous les droits que les étrangers partageaient avec les nationaux<sup>51</sup>.

Cet effort sur le plan interne va être complété et renforcé par des traités que ces mêmes pays vont conclure entre eux et aussi avec les principales puissances européennes ainsi qu'avec les Etats-Unis d'Amérique, prévoyant ces mêmes dispositions mais cette fois-ci sur le plan du droit international. Une cinquantaine de traités vont être conclus entre 1825 et 1865, qui tous accordent, sur une base de réciprocité, l'égalité de traitement aux nationaux de chacune des parties, que ce soit pour les activités commerciales ou non commerciales et un égal accès aux tribunaux de chacun. Dans la plupart des cas ces dispositions sont énoncées dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation, selon leur appellation traditionnelle<sup>52</sup>.

La formule qui peut résumer l'esprit de ces textes pourrait être celle du traité d'amitié, de commerce et de navigation, entre le Chili et la Grande Bretagne prévoyant, dans son article 8, que les sujets de chacune des parties « *shall receive and enjoy the same full and perfect protection for their persons and property which is dispensed to native subjects and citizens* ».

Mais, et c'est à ce point qu'on atteint la limite du standard : est-il suffisant de garantir à l'étranger le même traitement qu'au national, n'a-t-il pas besoin, du fait des dangers qu'il encourt en tant qu'étranger dans un milieu hostile, d'une protection supplémentaire ? Et de fait, les traités prévoient souvent une « protection spéciale » pour les étrangers et leur propriété. La formulation était

<sup>51</sup> Pour de plus amples détails, v. Franck Griffith DAWSON, « The Influence of Andrés Bello on the Latin-American Perceptions of Non-Intervention and State Responsibility », *BYBIL*, 1986, pp. 253-315, pp. 285-287. DAWSON souligne que la politique menée par ces Etats reflétait « *the early, almost uncritical, Latin-American belief that economic development would necessarily flow from the alien presence* » (p. 287).

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 289 et s.

parfois renforcée, promettant une « protection pleine et parfaite », ou une « protection la plus complète et la sécurité », ou encore une « protection complète et constante »<sup>53</sup>. Ce qui soulève la question déjà évoquée à propos de la doctrine Calvo : l'Etat qui reçoit l'étranger (l'investisseur), qui lui accorde généreusement le même traitement qu'à ses propres nationaux, doit-il lui accorder plus ? S'agissant des tribunaux, les juridictions locales peuvent-elles être écartées au profit de tribunaux arbitraux internationaux plus attentifs aux réclamations des personnes étrangères ? En cas de nationalisation, les étrangers doivent-ils se contenter des mêmes modalités d'indemnisation que les nationaux ou bénéficient-ils de conditions spéciales ?

Pour la doctrine latino-américaine la réponse à toutes ces questions est traditionnellement négative. Andrés Bello dès 1832, Carlos Calvo dès la première édition de son traité de droit international, l'affirment avec force, comme on l'a vu : l'étranger en entrant dans l'Etat d'accueil accepte ses lois et ses tribunaux et cela ne souffre pas contestation<sup>54</sup>. C'est la position que le commissaire mexicain avait soutenu dans l'affaire des *Dr Baldwin's Minatitlan Claims* devant la Commission des réclamations Etats-Unis-Mexique en 1839. Mais cette position n'était pas, de loin, celle uniquement des juristes d'Amérique latine. Une affaire opposa en 1850 le Royaume-Uni à l'Autriche sur des dommages subis par des ressortissants britanniques en divers points de l'Italie à la suite des troubles de 1849 et pour lesquels des dédommagements étaient demandés par Londres. L'Autriche s'étonna qu'un Etat étranger puisse demander des indemnisations là où les nationaux ne pouvaient le faire. L'affaire fut soumise à l'arbitrage de la Russie qui adopta le même point de vue que Vienne<sup>55</sup>. Ce fut le cas également dans l'arbitrage *Rosa Gelbrunk c. El Salvador* où l'arbitre Sir Henri Strong déclara dans une opinion individuelle que l'Etat national d'un étranger « *has no right to claim for him as against the nation in which he is resident any other or different treatment [...] than that which the latter country metes out to its own subjects or citizens* »<sup>56</sup>. Ce fut le cas encore de plusieurs secrétaires d'Etat américain, en particulier Webster, dans une affaire opposant l'Espagne aux Etats-Unis<sup>57</sup>.

Les Etats développés, et leurs juristes ont objecté à cela que les lois ne sont pas toujours justes pour les étrangers et que les tribunaux locaux ne sont pas toujours impartiaux à leur égard. Le standard de traitement national doit donc être accompagné par un autre standard qui assure à l'étranger, avec l'autorité du droit international, que le traitement de l'Etat d'accueil devra toujours respecter un minimum normatif et procédural quel que soit le traitement réservé aux nationaux dans l'ordre juridique interne.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>54</sup> C'est ainsi que Bello écrit : « *El extranjero a su entrada contrae tacitamente la obligación de sujetarse a las leyes i a la jurisdicción local, i el estado le ofrece de la misma manera la protección de la autoridad pública, depositada en los tribunales.* », *Derecho internacional, Obras completas*, vol. X, Santiago de Chile, G. Ramirez, 1886, p. 118-119.

<sup>55</sup> V. Ch. CALVO, *Le droit international théorique et pratique, op. cit.*, t. III, pp. 144-145.

<sup>56</sup> *Rosa Gelbrunk c. El Salvador, RSA*, 2 mai 1902, pp. 463-466, p. 465.

<sup>57</sup> V. Andreas H. ROTH, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leyde, Sijthoff, 1949, p. 67.

## 2. Le standard minimum de traitement des étrangers en droit international

La question de base sur laquelle les Etats, la doctrine et la jurisprudence ont été amenés à se prononcer dès le XIX<sup>ème</sup> siècle à propos du traitement des étrangers, a été de savoir si celui-ci était régi par le droit international ou s'il était entièrement de la compétence des Etats. L'enjeu était la possibilité de mettre en jeu la responsabilité internationale d'un Etat ne respectant pas un minimum de principes de droit coutumier ou de principes généraux de droit s'imposant à tous. Pour les Etats d'Amérique latine, comme on vient de le voir, le meilleur traitement que l'on puisse accorder à un étranger, soit par la loi du pays qui l'accueille soit par la conclusion de traités avec d'autres Etats, est le traitement national. Il n'existe aucune obligation d'aller au-delà, et le droit international général ne comporte aucune règle dans ce sens. A cette thèse va s'opposer celle des hommes politiques et des juristes du monde occidental qui considèrent que le traitement national peut être insuffisant au regard de certains critères de justice qui relèvent du droit international<sup>58</sup>.

### a. Les prises de position politiques et doctrinales

On a déjà cité le discours de Lord Palmerston à la suite de l'affaire Don Pacifico. Il y défend l'idée qu'en l'absence, dans un Etat d'accueil, de garanties juridiques réelles à la disposition des individus, et en particulier en l'absence de tribunaux impartiaux et indépendants du pouvoir, il est licite qu'un Etat, dont le ressortissant a été maltraité, et qui n'a pas pu obtenir justice dans le pays où il se trouvait, puisse intervenir en sa faveur, non seulement par des moyens diplomatiques mais aussi, comme on l'a vu, par le recours à la force armée. Palmerston n'invoque pas *expressis verbis* le droit international pour justifier sa position, mais se réfère à « *the maintenance of peace, (...) the advancement of civilization (...) the welfare and happiness of mankind* » tous objectifs qui ont quelque rapport avec ce droit. Quelques décennies plus tard, le président de la toute jeune *American Society of International Law*, Elihu Root (1845-1937), donne une version plus militante des principes invoqués par l'homme politique britannique<sup>59</sup>. Un Etat dont les ressortissants sont en danger n'a pas seulement le droit mais est sous le coup d'une obligation du droit international coutumier d'intervenir pour défendre ses ressortissants<sup>60</sup>. Il reconnaît qu'une telle affirmation peut conduire à des abus, il n'en reste pas moins qu'elle est légitime et qu'elle correspond au droit international tel qu'il se révèle dans la pratique. C'est ainsi qu'il écrit :

<sup>58</sup> Sur l'ensemble de la question, A. H. ROTH, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens, op. cit.* ; Iona TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, op. cit.* ; M. PAPANIKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, OUP, 2013, en particulier le chapitre 2. Et v. *infra*, chap. 8, p. 289 et s.

<sup>59</sup> Elihu ROOT, « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *ASIL Proc.*, 1910, pp. 517-528. E. Root fut secrétaire d'Etat des Etats-Unis, président de la Dotation Carnegie pour la paix et le droit international et prix Nobel de la paix (1912). Il semble être l'un des tout premiers à relier la question du traitement des étrangers à « *[the] great increase of international investment extending over the entire surface of the earth* » (*ibid.*, p. 518).

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 520.

« *The rule of obligation is perfectly distinct and settled. Each country is bound to give the nationals of another country in its territory the benefit of the same laws, the same administration, the same protection, and the same redress for injury which it gives to its own citizens, and neither more nor less : provided the protection which the country gives to its citizens conforms to the established standard of civilization* »<sup>61</sup>.

Root poursuit avec un passage maintes et maintes fois cité et qui est comme le manifeste d'existence du standard minimum de traitement des étrangers :

« *There is a standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form a part of the international law of the world. The condition upon which any country is entitled to measure the justice due from it to an alien by the justice it accords to its own citizens is that its system of law and administration shall conform to this general standard. If any country's system of law and administration does not conform to that standard, although the people of the country may be content or compelled to live under it, no other country can be compelled to accept it as furnishing a satisfactory measure of treatment to its citizens* »<sup>62</sup>.

Et de façon très remarquable E. Root termine ce passage en citant longuement le discours de Lord Palmerston dans l'affaire Don Pacifico, avec la description du traitement scandaleux réservé par la police au ressortissant anglais et le manque total de fiabilité des tribunaux grecs. Il y a donc là la proclamation que le traitement national des étrangers est ce qu'ils ont le droit d'espérer mais n'est satisfaisant que si l'ordre juridique de l'Etat comporte un ensemble de normes substantielles et procédurales conforme à des règles minimales de droit international. Bien que Root ne s'exprime pas clairement sur la nature de ces règles, elles sont sans doute, dans son esprit, soit de nature coutumière (*part of the international law of the world*) soit constituent des principes généraux de droit puisqu'elles sont « acceptées par tous les pays civilisés » (*general acceptance by all civilized countries*).

Il n'est pas nécessaire ici de juger de la justesse des arguments présentés par E. Root quant à l'existence d'un standard minimum. Ils sont sans doute insuffisants, comme on l'a relevé, mais un discours prononcé à l'occasion d'un événement mondain, fut-il avec la participation de juristes, n'est pas vraiment le lieu approprié pour une présentation développée du droit<sup>63</sup>. Ce que l'on peut retenir c'est que cette position a été celle d'une doctrine majoritaire au XIX<sup>ème</sup> siècle en Europe et aux Etats-Unis.

On notera, par exemple, que D. Anzilotti, dans son grand article paru à la *Revue générale de droit international public* en 1906, sur « La responsabilité

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 521. Sur le rapport pas toujours clair entre standard minimum et standard de civilisation, v. G. SCHWARZENBERGER, « The Standard of Civilization in International Law », *Current Legal Problems*, 1955, pp. 212-234, 224-229 ; G.W. GONG, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Oxford, OUP, 1984.

<sup>62</sup> E. ROOT, « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *op. cit.*, pp. 521-522.

<sup>63</sup> Pour une analyse critique du discours de Root, v. M. PAPANIKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.*, pp. 39 et s.

internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers »<sup>64</sup> considère, dans un premier temps et de façon très restrictive que tout ce à quoi un Etat est tenu envers les autres Etats, en droit international, est d'accorder aux étrangers la protection judiciaire et que « cette obligation est accomplie, en principe, par cela seul que les étrangers ont le libre accès devant les tribunaux » à l'exclusion donc de toute référence à la substance même du droit de l'Etat déterminé souverainement par celui-ci. Cependant, et malgré la répugnance que le grand maître italien du positivisme a de prendre en considération les questions du juste et de l'injuste, et on le sent presque à chaque ligne du texte, il se trouve bien obligé d'invoquer l'hypothèse où, dans un jugement donné, « la justice a fait absolument défaut ». Tout en répétant à plusieurs reprises que « les Etats accomplissent leur obligation dès qu'ils ont octroyé aux étrangers le recours à la justice », il ajoute tout comme le faisait Zalmerston (*supra* p. 8) :

« Mais il n'en reste pas moins vrai qu'il est des hypothèses – ainsi que l'expérience le prouve – dans lesquelles, malgré les apparences, la protection judiciaire fait en réalité défaut, ce qui équivaut au déni de justice. Le déni de justice, en définitive, ne résulte donc pas seulement, selon nous, du refus d'accès devant les tribunaux, mais ressort aussi d'un manque évident de justice dans la manière dont le procès a été conduit, et le jugement prononcé : dans le premier cas, il y a une inexécution évidente ; dans le second cas, il y a une inexécution dissimulée, mais réelle, du devoir international de l'Etat »<sup>65</sup>.

Et de même Lapradelle et Politis, un peu plus tard, écrivent dans la même ligne de défense du standard minimum que :

« [d]ire que l'étranger ne saurait être mieux traité que le national, [...] est une formule inexacte, car le traitement du national est déterminé par le droit interne, tandis que le traitement de l'étranger est déterminé par le droit international, et le contenu des règles du second, quoique généralement plus restreint, peut sur certains points être exceptionnellement plus étendu que le contenu des règles du premier »<sup>66</sup>.

En réalité, il semble que presque tous les auteurs, même ceux d'Amérique latine (y compris Bello et Calvo), considèrent que dans un cas de déni de justice réel, l'Etat national de l'étranger peut exercer sa protection diplomatique et mettre en cause la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil<sup>67</sup>. Ce que Calvo refuse

<sup>64</sup> D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, pp. 5-29 et pp. 285-309. L'article a été réédité et commenté en 2012 par D. ALLAND dans la collection « Tiré à part » des éditions Dalloz.

<sup>65</sup> D. ANZILOTTI, *ibid.*, p.25. La position d'Anzilotti était déjà celle de Vattel qui précise à propos d'un Souverain qui voudrait exercer des représailles en faveur d'un national qui aurait été la victime d'un déni de justice « par un jugement manifestement injuste & partial [...] mais il faut que l'injustice soit bien évidente & palpable. Dans tous les cas susceptibles de doute, un Souverain ne doit point écouter les plaintes de ses Sujets contre un Tribunal étranger, ni entreprendre de les soustraire à l'effet d'une Sentence rendue dans les formes. Ce serait le moyen d'exciter des troubles continuels. », *Le droit des gens ou principes de la Loi naturelle*, Livre II, chapitre XVIII, § 350, *op. cit.*, pp. 536-537.

<sup>66</sup> LA PRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pedone, 1923, t. 2, note sur l'affaire Eliza.

<sup>67</sup> V. la *Convention relative aux droits des étrangers* adoptée par la 2<sup>ème</sup> conférence pan-américaine en 1901-1902, *op. cit.*, p. 18.

c'est que cela puisse être la raison ou le prétexte à une intervention quelconque de l'Etat national de la victime du déni de justice. D'autre part, la plupart des affaires dont il est question dans cette première période sont des affaires qui concernent des personnes physiques victimes de violences à la suite d'émeutes, lynchages, insurrections ou guerres civiles<sup>68</sup>. On est encore loin des questions touchant aux droits économiques des étrangers et tout particulièrement des questions liées aux relations entre un Etat et des investisseurs étrangers personnes morales et non plus personnes physiques. Celles-ci n'apparaissent vraiment que dans la période suivante de l'entre-deux-guerres.

#### b. La jurisprudence arbitrale

Quant à la jurisprudence, celle-ci n'est guère importante en ce XIX<sup>ème</sup> siècle et elle concerne en bonne partie, comme on l'a dit, des affaires de mauvais traitements physiques. Il faudra attendre l'entre-deux-guerres pour avoir des affaires mettant en jeu des questions d'investissement. Mais ce qui importe, dans un premier temps, c'est la reconnaissance par un tribunal international qu'un Etat est tenu de respecter certaines normes internationales, dans son traitement des étrangers. Il semblerait que le premier litige arbitral où ce principe ait été invoqué est l'affaire opposant les Etats-Unis et le Mexique, *Dr Baldwin's Minatitlan Claims* où la commission de réclamations a déclaré que :

*« if Mexico wished to maintain rank and fellowship among civilized nations of the earth, she must place the laws on the footing with other nations so far as related to the intercourse with foreigners. What oppression they might practice upon their citizens was one thing; the practice of similar oppression upon foreigners was another thing. The latter had the right to appeal to the protection of their government if injured »*<sup>69</sup>.

Dans une autre affaire datant de 1838 et qui portait sur une expropriation et son indemnisation, l'affaire *Sicilian Sulphur Monopoly* où le Royaume Uni soutenait que le monopole accordé à la France par la Sicile se faisait au détriment des droits que le Royaume tirait d'un traité de commerce de 1816 avec la Sicile, la question de la limite des indemnités d'expropriation des étrangers par rapport aux nationaux fut clairement posé. Comme l'écrit J.H. Hertz, dans cette affaire,

*« for the first time, the principle of equal treatment of aliens as the maximum of what foreigner could claim in this respect was opposed to that of an international standard of justice which, under certain circumstances, would give foreigners more than equality with nationals »*<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> ROOT insiste que l'histoire même des Etats-Unis « presents a long and painful series of outrages on foreigners by mob violence » pour lesquels ils ont dû payer des indemnités car ils n'avaient pas accordé aux étrangers la protection qu'ils accordent d'ordinaire à leurs citoyens (« The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *op. cit.*, p. 523).

<sup>69</sup> A.H. ROTH, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, *op. cit.*, p. 91 qui renvoie à *Moore International Arbitrations*, Baldwin case (U.S. v. Mexico, 1849), vol.3, p. 3235. V. aussi D. NGOUADJE MALIENDJI, *Le standard de traitement juste et équitable en droit international de l'investissement*, *op. cit.* p. 303.

<sup>70</sup> V. John H. HERZ, « Expropriation of Foreign Property », *AJIL*, 1941, pp. 243-262, p. 257 ; M. PAPANIKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.* p. 164, n. 57.

Dans une affaire jugée, cette fois-ci par la Cour de justice centre américaine, (*Dr Pedro Fornos Diaz v The Government of the Republic of Guatemala*), la Cour affirme que « *the fundamental rights and powers of the human individual in civil life are placed under the protection of the principles governing the Commonwealth of nations, as international rights of man [...]* ».<sup>71</sup>

C'est à peu près tout ce qu'on trouve en matière de jurisprudence. Mais ce n'est guère étonnant. Il faudra du temps pour que les différents acteurs de la scène internationale prennent conscience de la possible apparition en droit international d'un standard de traitement des étrangers et que des affaires arrivent devant des juridictions internationales. Celles-ci, d'ailleurs, commencent seulement à être constituées dans une société interétatique livrée encore à une anarchie juridique à peine tempérée. A la fin de cette première période cependant, l'opposition n'est pas encore surmontée entre des Etats qui considèrent le standard minimum comme « *the expression of the common standard of conduct which civilized States have observed and still are willing to observe with regard to aliens* »<sup>72</sup> et d'autres (et tout particulièrement les Etats d'Amérique latine) qui n'y voient qu'un prétexte au profit d'Etats puissants dans leur volonté d'abuser des Etats plus faibles.

C'est dans la période suivante, *grosso modo* l'entre-deux-guerres mondiales, que l'on constate l'apparition d'une jurisprudence arbitrale qui tout à la fois confirme l'existence d'un standard minimum de droit coutumier et recourt à ce standard dans des affaires qui ne concernent plus seulement des dommages physiques causés à des individus mais des atteintes aux droits économiques d'investisseurs.

## II. UNE PÉRIODE D'INCUBATION (1918-1939)

Dans cette période on voit surgir des phénomènes nouveaux qui vont prendre une place capitale dans l'histoire du droit international des investissements, tandis que les éléments mis en place dans la période précédente sont, pour certains d'entre eux, confirmés et accèdent à l'état de droit coutumier ou de principes généraux de droit. Du moins c'est ce qu'une lecture rétrospective laisse apparaître. Les contemporains quant à eux, ne disposent pas, la plupart du temps, des éléments d'information leur permettant de prendre conscience des phénomènes en cours. C'est pourquoi on peut considérer que cette période de l'entre-deux guerres est en quelque sorte une période d'incubation : les germes de changements profonds du droit international des investissements sont déjà là mais ils n'apparaîtront au grand jour que dans la deuxième moitié du XX<sup>ème</sup> siècle.

<sup>71</sup> Arrêt du 6 mars 1909, *AJIL*, 1909, pp. 737-747, p.743. Il s'agit là de la première procédure à l'initiative d'un particulier contre un Etat devant une cour de justice internationale permanente. En outre et de façon remarquable la référence au droit international se fait par l'intermédiaire de l'invocation du droit international des droits de l'homme.

<sup>72</sup> A.H. ROTH, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, *op. cit.*, p. 87.



## A. Les phénomènes nouveaux

Deux phénomènes nouveaux se manifestent qui vont avoir des conséquences opposées sur le droit international des investissements : d'une part l'apparition des grandes nationalisations de secteurs entiers de l'économie d'un Etat, voire de l'économie toute entière, et de l'autre la naissance à la fois d'un type de contrat nouveau liant un Etat à un investisseur privé ainsi que d'un mode d'arbitrage nouveau entre cet Etat et l'investisseur privé.

### 1. L'apparition des nationalisations à grande échelle

La question de l'expropriation d'un bien privé par la puissance publique est vraisemblablement presque aussi ancienne que le phénomène juridique lui-même et apparaît également au niveau du droit international. Si dans tous les cas il est admis, dans la plupart des ordres juridiques et sous certaines conditions (l'intérêt public en particulier), que la puissance publique a la capacité juridique d'effectuer une telle opération, il est prévu également que le propriétaire doit être indemnisé de façon appropriée, et ceci vaut aussi bien pour les ressortissants de l'Etat que pour les étrangers<sup>73</sup>. Deux difficultés apparaissent cependant. Il arrive que les ressortissants étrangers fassent l'objet d'un traitement discriminatoire et purement confiscatoire. Dans ce cas, l'Etat national peut intervenir et exercer sa protection diplomatique, comme on l'a vu *supra*. Mais il se peut aussi que les étrangers soient traités exactement de la même façon que les nationaux mais que ce traitement paraisse à leurs yeux et aux yeux de leurs Etats, comme inique et contraire aux règles de droit international telles qu'ils le conçoivent.

Jusqu'en 1917, ces questions d'expropriation, étaient apparues de façon ponctuelle, à propos d'affaires mettant en jeu une ou quelques personnes physiques ou morales traitées de façon critiquable par tel ou tel Etat, ou par des rebelles à l'autorité publique en place<sup>74</sup>. La situation va changer au cours de cette

<sup>73</sup> Pour des études doctrinales anciennes, dans l'esprit de ce chapitre historique (pour la doctrine récente v. P.M. DUPUY, Y. RADI, chapitre 10, *infra*, pp. 375 et s.), v. G. FOUILLOUX, *La nationalisation et le droit international public*, Paris, LGDJ, 1962 ; S. PETREN, « La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu », *RCADI*, 1963/II, vol.109, pp. 492-571 ; A.P. FACHIRI, « Expropriation and International Law », *BYBIL*, 1925, pp. 159-171 et du même auteur, « International Law and the Property of Aliens », *BYBIL*, 1929, pp. 32-55. Pour une opposition aux analyses de FACHIRI, v. J. FISCHER WILLIAMS, « International Law and the Property of Aliens », *BYBIL*, 1928, pp. 1-28 ; G. WHITE, *Nationalisation of Foreign Property*, Londres, Stevens, 1961 ; B.A. WORTLEY, *Expropriation in Public International Law*, Cambridge, CUP, 1959.

<sup>74</sup> V. par exemple les cas analysés par A. Fachiri : l'affaire du monopole d'achat et d'exportation du sulfure accordé par l'Etat sicilien en 1836 à une société française au détriment des droits de sociétés anglaises, l'affaire du Rev. Jonas King, citoyen américain dont la terre avait été confisquée par l'Etat grec en 1853, l'affaire du chemin de fer de la baie de Delagoa où le Portugal résilia en 1889 une concession qui avait été accordée à un ressortissant américain. Dans tous ces exemples l'expropriation ne résulte pas d'une loi générale mais d'un texte de l'exécutif (décret ou autre) visant certaines personnes exclusivement. Les situations sont différentes dans l'affaire issue de l'institution d'un monopole des assurances en Italie en 1911 ainsi que dans l'affaire de la confiscation des propriétés religieuses au Portugal après la révolution de 1910. Même dans ces cas là cependant, on n'est pas dans la situation qui va apparaître en 1917 de la nationalisation de secteurs entiers de l'économie d'un pays. v. A. FACHIRI, « Expropriation and International Law », *BYBIL* 1925, pp. 159-171, pp. 163 et s.

année 1917 à la suite de la révolution russe donnant naissance à un Etat qui supprime la propriété privée de tous les moyens de production, de distribution ainsi que des services, sans faire aucune distinction entre propriété privée des nationaux et celle des étrangers. Les deux sont traités de façon égale et les deux sont spoliés. Mais avant même la révolution russe d'octobre, une révolution était en cours au Mexique qui sans procéder de façon aussi radicale adoptait une constitution prévoyant la nationalisation de secteurs entiers de l'économie nationale. Ces deux événements de 1917 allaient mettre en marche un processus qui va occuper tout le XX<sup>ème</sup> siècle et qui va opposer deux camps irréductibles : d'une part les Etats (socialistes ou communistes et Etats issus de la décolonisation) pour lesquels la liberté du changement radical des structures de l'économie nationale et du régime économique global, doit primer sur toutes les considérations juridiques internes ou internationales, et d'autre part, les Etats pour lesquels le respect de la propriété et l'obligation d'indemniser toute expropriation demeure un principe fondamental du droit international.

#### a. L'abolition de toute propriété privée nationale et étrangère

On sait avec quelle radicalité le régime politique et économique de la Russie fut aboli en un cours laps de temps selon des modalités qui ne laissaient aucune place à des considérations juridiques sur le plan interne comme sur le plan international. La « Déclaration des droits du peuple travailleur et exploité », proposée par Lénine dès 1917 et placée en tête de la constitution du 10 juillet 1918, annonce le programme révolutionnaire qui allait être mis en œuvre par les bolcheviks : « la propriété privée de la terre est abolie. Toute la terre, avec tous les bâtiments, le cheptel et autre matériel [...] est déclarée patrimoine de tout le peuple travailleur, sans compensation, sur la base d'une jouissance égale du sol. » (chapitre II, § 1), toutes les « fabriques, usines, mines, chemins de fer et autres moyens de production et de transport » sont remis en propriété à l'Etat ouvrier et paysan. » (chapitre II, § 2) Il en est de même des banques (chapitre II, § 3) qui sont accusés d'être parmi les principaux responsables de l'asservissement des masses laborieuses. D'où l'importance du « premier coup porté au capital bancaire et financier international [par] la loi sur l'annulation des emprunts contractés par les gouvernements du tsar, des grands propriétaires fonciers et de la bourgeoisie. » (ch.III§3). Ce programme allait être mis en œuvre par différents décrets entre 1917 et 1918 supprimant la propriété du sol et du sous-sol, nationalisant les banques et les assurances, l'industrie et les transports et annulant tous les emprunts d'Etat. Comme le note G. Fouilloux, « [e]n quelques mois à peine, l'ordre capitaliste venait d'être aboli ».<sup>75</sup>

Cette rupture radicale presque sans précédent, allait soulever le problème général de la continuité de l'ordre juridique soviétique nouveau par rapport à l'empire tsariste, problème qui englobe celui de la spoliation des intérêts étrangers, dont la question du remboursement des emprunts russes, longtemps une pomme de

<sup>75</sup> G. FOUILLOUX, *La nationalisation et le droit international public*, op. cit., p. 95, avec le texte de la Déclaration des droits du peuple travailleur et exploité, pp. 94-95.

discordance entre l'URSS et la France, est un aspect<sup>76</sup>. Quoi qu'il en soit, la confrontation entre les Etats défendant la règle de droit international dérogée, pour le moins, au XIX<sup>ème</sup> siècle, sur la nécessité d'une indemnisation pour toute atteinte à la propriété privée des personnes étrangères et ceux pour lesquels cette règle ne tient pas en cas de bouleversement révolutionnaire de l'ordre juridique étatique, se poursuivra sur tout un XX<sup>ème</sup> siècle riche en révolutions radicales.

b. La nationalisation de secteurs de l'économie nationale dans un but de réforme économique et sociale.

La même année 1917 voit l'apparition au Mexique du phénomène de la nationalisation de certains pans de l'économie nationale (parfois détenus en majorité ou même en totalité par des entreprises étrangères), sans que cela débouche sur une économie entièrement étatisée. C'est là aussi, le point de départ d'un phénomène nouveau qui va marquer très profondément tout le XX<sup>ème</sup> siècle.

A la suite des troubles révolutionnaires débutant par une révolte, en 1910, contre la dictature de Porfirio Diaz, l'assemblée constituante réunie en janvier 1917, devait adopter une constitution comportant des modifications radicales par rapport à l'état de droit antérieur. L'article 27 de la constitution, tout particulièrement, posait le principe que : « La propriété des terres et eaux comprises à l'intérieur des frontières du territoire national appartient originellement à la nation, laquelle a eu et a le droit de la transmettre à des particuliers, constituant par là la propriété privée [...] » (article 27, al. 1)<sup>77</sup>. Celle-ci est donc reconnue en son principe (contrairement à ce qui se passera pour l'Union soviétique). Cette reconnaissance est encore confirmée par le fait que « [l]a propriété privée ne pourra pas être expropriée sauf pour des raisons d'utilité publique et moyennant le paiement d'une indemnité » (article 27, al. 2). Rien cependant n'est précisé sur la façon de calculer cette indemnité ni sur ses modalités de paiement.

Si la propriété privée est réaffirmée elle comporte cependant des limitations importantes. L'article 27, al. 3 prévoit que :

« [l]a Nation aura, à tout moment, le droit d'imposer à la propriété privée, les limitations que l'intérêt public peut exiger, aussi bien que le droit de réglementer l'utilisation des ressources naturelles qui sont susceptible d'appropriation, afin de les conserver et d'assurer une distribution plus équitable de la richesse publique. A cette fin, les mesures nécessaires seront prises pour diviser les grandes propriétés foncières [...] ». A cela la constitution ajoute : « A la Nation, appartient la propriété directe de tous les minéraux ».

<sup>76</sup> A ce sujet, un accord entre la France et la Russie a été conclu le 27 mai 1997, par lequel les deux gouvernements abandonnent les réclamations qu'ils ont l'un envers l'autre. En outre une somme de 400 millions de dollars est versée par la Russie qui considère que cela met un point final au litige. Du côté français il semble que l'on soutienne que cet accord « n'a pas pour autant éteint les droits de créances des ressortissants français sur le gouvernement russe. » V. P. JUILLARD, B. STERN, « Les emprunts russes. Aspects juridiques », Cedon, Paris, *Cahiers internationaux*, n°16, Paris, Pedone, 2002.

<sup>77</sup> Texte in G. FOUILLOUX, *La nationalisation et le droit international public*, op. cit., p. 105.

Ces deux alinéas de l'article 27 combinés seront la base d'une politique de nationalisation pendant les vingt années qui suivront. Dès les années 1920, des lois sont adoptées visant le secteur pétrolier (loi promulguée le 31 décembre 1925) et la propriété agraire (loi promulguée le 21 janvier 1926). S'agissant du secteur agricole, la nationalisation devait permettre une réforme importante visant à supprimer les *latifundias* et à redistribuer les terres aux paysans pauvres<sup>78</sup>. Plusieurs actions en justice furent intentées, en particulier par des ressortissants américains, pour dénoncer l'application rétroactive de la législation mexicaine aboutissant à la confiscation de leurs biens.

La loi du 21 janvier 1926 heurtait des intérêts étrangers, et tout particulièrement ceux de nationaux des Etats-Unis. En effet, la Constitution prévoyait encore dans cet article 27 que :

« [s]euls des Mexicains par naissance ou par naturalisation ont le droit d'acquérir la propriété sur la terre, les eaux et leurs dépendances, ou d'obtenir des concessions pour l'exploitation des mines et des eaux [ou des gisements de minerais, dans la République de Mexico]. L'Etat peut accorder ce même droit à des étrangers à condition qu'ils acceptent devant le Ministre des affaires étrangères de se considérer comme des nationaux en ce qui concerne ce type de propriété et s'engageant à ne pas invoquer la protection de leur gouvernement en ce qui concerne les questions en rapport celui-ci ; ceci sous peine en cas de non respect de cet accord de la déchéance de la propriété acquise auprès de la Nation »<sup>79</sup>.

La réforme agraire fut mise en œuvre rapidement<sup>80</sup> mais non la loi pétrolière. Des négociations difficiles furent engagées entre les sociétés et le gouvernement mexicain et diverses actions en justice furent, ici aussi, intentées par les compagnies pétrolières. Devant l'impasse de la négociation générale, le président Lazaro Cardenas décréta le 18 mars 1938, l'expropriation pour cause d'utilité publique des compagnies pétrolières étrangères opérant au Mexique<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Un autre problème d'expropriation sur une grande échelle de propriétés agraires s'est posé dans les années vingt en Europe, à la suite des traités de paix, lorsque des territoires changèrent de souveraineté. Cela a été le cas en particulier à la suite du rattachement, par le traité de Trianon, de la Transylvanie, anciennement hongroise, à la Roumanie. Alors que ce traité prévoyait le respect des biens et des droits des Hongrois, la Roumanie décida d'une vaste réforme agraire expropriant de nombreux propriétaires hongrois et redistribuant les terres à des Roumains. Le litige qui s'en suivit entre la Hongrie et la Roumanie fut porté devant un tribunal arbitral mixte. V. la consultation donnée par A. PILLET, « Les affaires agraires des ressortissants hongrois devant le tribunal arbitral mixte romano-hongrois », suivie de la sentence du 10 janvier 1927 de celui-ci (A. PILLET, *RGDIP*, 1927, pp. 1-17).

<sup>79</sup> V. G. FOUILLOUX, *La nationalisation et le droit international public*, op. cit., p. 106. Nous avons pris le texte de la constitution du Mexique tel qu'il est présenté sur le site de l'Organisation des Etats américains (en anglais).

<sup>80</sup> V. Ph. MARSHALL-BROWN, « Mexican Land Laws », *AJIL*, 1926, pp. 519-526.

<sup>81</sup> V. G. FOUILLOUX, *La nationalisation et le droit international public*, op. cit., p. 106 ; Roscoe B. GAITHER, *Expropriation in the Mexico : the Facts and the Law*, New York, W. Morrow and Co., 1940 ; Ch. CHENEY HYDE, « Confiscatory Expropriation », *AJIL*, 1938, pp. 759-766 ; L.H. WOOLSEY, « The Expropriation of Oil Properties by Mexico », *AJIL*, 1938, pp. 519-526 ; Noel MAURER, « The Empire Struck Back : Sanctions and Compensation in the Mexican Oil Expropriation of 1938 », *The Journal of Economic History*, 2011, pp. 590-615. Le jour anniversaire

Il s'agissait de prendre le contrôle du secteur pétrolier, détenu à 60% par une filiale de la Royal Dutch Shell (Mexican Eagle Cy) et à 30% par des filiales de sociétés américaines et diverses autres petites sociétés<sup>82</sup>. La récupération de ces entreprises devait assurer à l'Etat mexicain une exploitation plus profitable de ses richesses minières au service du développement du pays. La nationalisation était accompagnée d'une offre d'indemnisation d'un montant fixé par le Mexique et payable sur une durée de dix ans.

Les sociétés pétrolières soutenues par leurs gouvernements rejetèrent les propositions mexicaines et réclamèrent des indemnités d'un montant bien plus élevé. Finalement, à la faveur, semble-t-il, des besoins américains suscités par l'entrée en guerre des Etats-Unis, le Mexique et les sociétés américaines parvinrent à un accord sur les indemnités en 1942 (vingt sept millions de dollars) qui étaient très loin des montants réclamés au départ par les sociétés expropriées. Il faudra attendre cependant 1947 pour qu'un accord soit trouvé avec les sociétés britanniques (130 millions de dollars)<sup>83</sup>.

L'intérêt de l'affaire de la nationalisation de l'industrie pétrolière mexicaine est que, pour les décennies suivantes du XX<sup>ème</sup> siècle, elle va devenir le paradigme de l'opposition entre les doctrines occidentales et les doctrines tiers-mondistes et communistes sur la question des nationalisations. En effet le secrétaire d'Etat américain Cordell Hull (1871-1955) va, dans une série de courriers envoyés pendant les mois de juillet-août 1938 à son homologue mexicain Eduardo Hay (1877-1941), présenter la doctrine occidentale classique en matière de nationalisation, telle qu'elle découlait de la pratique des Etats depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle. Son interlocuteur, en réponse, lui présentera ses objections qui anticipent sur ce que sera la doctrine des Etats en développement et nouvellement indépendants des années 1950/1970<sup>84</sup>.

Le ministre des affaires étrangères mexicain, Eduardo Hay soutenait (dans sa note du 3 août 1938) que :

*« [I]here does not exist, in international law, any principle universally accepted by countries, nor by the writers of treatises on this subject, that would render obligatory the giving of adequate compensation for expropriations of a general and impersonal character »*<sup>85</sup>.

Le ministre mexicain fait donc implicitement la distinction entre une expropriation pour cause d'utilité publique visant nommément telle ou telle personne et nécessitant (on peut le supposer) une indemnisation adéquate, d'un côté, et de l'autre, une nationalisation d'un caractère « général et impersonnel »,

comme par exemple la nationalisation totale d'un secteur économique dont l'Etat veut prendre le contrôle. Pour une telle nationalisation, le Mexique soutenait qu'il n'y avait pas de principe de droit international accepté universellement. Ce n'est pas que le Mexique ne voulait pas verser des indemnités, « *Mexico admits, in obedience to her own laws* [donc, implicitement, pas par respect du droit international] *that she is indeed under obligation to indemnify in an adequate manner* ». Cependant « *the time and manner of such payment must be determined by her own laws*<sup>86</sup> » idée qui se retrouvera, comme on le sait, dans la Charte des droits et devoirs économiques des Etats (V. *infra*). Le ministre mexicain ajoutait que toute personne qui investit dans un Etat étranger accepte tacitement que les autorités de cet Etat puissent l'exproprier pour des raisons de progrès économique et social et dans les conditions qu'il aura librement déterminées, aussi longtemps que ces conditions sont appliquées de façon égale aux étrangers comme aux nationaux. Le futur d'une nation, soutenait le ministre mexicain, ne peut être compromis du fait que l'Etat ne peut payer immédiatement des indemnités à des propriétaires étrangers qui ne sont chez lui que pour des raisons purement mercantiles (« *only a lucrative end* [...] »), note du 3 août 1938<sup>87</sup>.

Le secrétaire d'Etat américain Cordell Hull répondit dans une note du 22 août 1938, et dénonça la doctrine ainsi présentée par le ministre mexicain :

*« I do not hesitate to maintain that this is the first occasion in the history of the Western Hemisphere that such a theory has been seriously advanced. In the opinion of my government, the doctrine so proposed runs counter to the basic precepts of international law and of the law of every American republic, as well as to every principle of right and justice upon which the institutions of the American republics are founded. It seems to the Government of the United States a contention alien to the history, the spirit and the ideals of democracy as practiced throughout the independent life of all the nations of this continent »*<sup>88</sup>.

S'agissant de l'argument que les étrangers sont traités de la même façon que les nationaux, il ne peut être accepté s'il conduit à abaisser les droits des étrangers à un niveau inférieur à celui prévu par les principes du droit international. Le secrétaire d'Etat américain écrit ainsi :

*« We cannot question the right of a foreign government to treat its own nationals in this fashion if it so desires. This is a matter of domestic concern. But we cannot admit that a foreign government may take the property of American nationals in disregard of the rule of compensation under international law »*<sup>89</sup>.

Quant au contenu de la règle de droit international invoqué par les Etats-Unis il requiert pour toute expropriation ou nationalisation le paiement d'une indemnité « *adequate, prompt and effective* » selon une formule devenue par la

de la nationalisation serait encore aujourd'hui une fête nationale au Mexique, V. Chr. DUGAN, Don WALLACE Jr, N. RUBINS, B. SABAH, *Investor-State Arbitration, op. cit.*, p. 11.

<sup>82</sup> V. U.S. Department of State, Office of the Historian, Milestones 1937-1945, « Mexican Expropriation of Foreign Oil, 1938 ».

<sup>83</sup> Pour une étude détaillée, v. N. MAURER, « The Empire Struck Back : Sanctions and Compensation in the Mexican Oil Expropriation of 1938 », *op. cit.*

<sup>84</sup> L'échange des notes est reproduit en bonne partie dans l'éditorial de Ch. HYDE, « Confiscatory Expropriation » *AJIL*, 1938, pp. 759-766.

<sup>85</sup> Ch. HYDE, « Confiscatory Expropriation », *AJIL*, 1938, p. 759, n. 3.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 759.

<sup>87</sup> *Ibid.*, pp. 759-760.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 761, note du 22 août 1938.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 763, n. 13, note du 21 juillet 1938.

suite canonique<sup>90</sup>. La suite de cette histoire devait être écrite seulement après la deuxième guerre mondiale.

## 2. L'apparition d'un type de contrat et d'un type d'arbitrage nouveaux

Les phénomènes dont il est maintenant question n'ont guère été perçus par les observateurs contemporains à leur époque pour une double raison : ils concernent la pratique contractuelle de certaines entreprises dans leurs investissements internationaux, pratique dont on ne sait rien jusqu'au moment où, éventuellement, un litige est porté devant des juridictions et à condition que l'activité de celles-ci ne soit pas confidentielle. Mais en outre, s'agissant de ces juridictions on prendra conscience bien des années plus tard, que les contrats d'investissement comportaient souvent des clauses compromissaires qui permettaient aux investisseurs privés d'attirer les Etats avec lesquels ils étaient en litige non pas devant des juridictions étatiques appliquant un droit étatique mais devant des instances arbitrales internationales appliquant des principes généraux de droit appartenant à la sphère du droit international.

### a. Des contrats non régis par un ordre juridique étatique

Pour comprendre ce qui va se produire, ou plutôt commencer à se produire dans les années vingt et trente du XX<sup>ème</sup> siècle, il faut rappeler les deux postulats de base du droit international privé classique dans son traitement d'une relation juridique internationale : toute relation juridique qui comporte un ou plusieurs éléments d'internationalité (ou extranéité), à la seule exception d'une relation entre deux Etats régie par le droit international public, est soumise à un droit étatique et à des juges étatiques. Cette proposition, qui exclut tout droit substantiellement international et tout juge international pour des relations non interétatiques, est défendue tant par les juges internationaux que par les juges nationaux. C'est ainsi que dans un *dictum* fameux, la Cour permanente de Justice internationale affirme en 1929, dans son arrêt *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France* que : « tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etats en tant que sujets du droit international, a son fondement dans une loi nationale »<sup>91</sup>. Et la Cour de cassation française va dans le même sens quand elle énonce dans son arrêt *Messageries maritimes* que : « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat ».<sup>92</sup>

On sait également que dans la plupart des droits nationaux qui comportent en leur sein un droit international privé, il est prévu en général que les parties à un contrat international peuvent, sous certaines conditions, choisir le droit applicable à leur relation. Cependant, s'ils ne l'ont pas fait le juge étatique aura

<sup>90</sup> *Ibid.*, p.764, note du 22 août 1938. En 1922 déjà, après les premières nationalisations qui avaient suivi les lois agraires le chargé d'affaires américain à Mexico rejetant les indemnités offertes par le Mexique sous forme d'obligations « without assured market value », affirmait : « [c]ompensation cannot be anything short of actual, fair and full compensation », (Ph. MARSHALL BROWN, « Mexican Land Laws », *AJIL*, 1926, pp. 519-526, p. 525). Les Etats-Unis, en 1938, demandèrent à ce que leur litige avec le Mexique soit soumis à l'arbitrage international, ce que le Mexique refusa.

<sup>91</sup> CPJI, série A n°20, 1929, arrêt n°14, p. 41.

<sup>92</sup> Cour cass. 21 juin 1950, *RCDIP*, 1950, p. 609, note Batiffol, en 1950.

tendance à présumer que c'est le droit de l'Etat partie au contrat qui s'appliquera. C'est encore ce que soutient la Cour permanente de Justice internationale dans l'*Affaire des emprunts brésiliens* : « un Etat souverain [...] ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui à ce sujet à une loi autre que sa loi propre »<sup>93</sup>.

C'est précisément cette façon commune d'appréhender les relations juridiques internationales, autres que les relations interétatiques, qui va être remise en cause dans les années de l'entre-deux-guerres, s'agissant des rapports entre des Etats et des investisseurs internationaux. La raison en est que cette façon de procéder aboutit à des solutions inacceptables pour les investisseurs qui contractent avec les Etats, ou du moins avec certains d'entre eux. Ainsi, pour ne prendre que les exemples les plus connus, comment l'entreprise minière Lena Goldfields qui conclut un contrat avec l'Union soviétique en 1925 à la faveur de la NEP, pour l'exploitation d'une mine d'or, pouvait-elle envisager que le contrat soit soumis au droit soviétique qui avait aboli toute forme de propriété privée des moyens de production et qui allait, dès 1929, confisquer ses biens et jeter ses cadres en prison lorsque Staline décida d'abandonner la « nouvelle politique économique »<sup>94</sup>. Ou, dans un tout autre contexte comment les sociétés qui dans les années vingt et trente obtenaient des concessions pétrolières dans les Etats du golfe arabo-persique (Perse, Arabie saoudite, Abu Dhabi, Qatar), pouvaient-elles envisager que ces contrats soient régis par un droit islamique dont elles ne savaient rien et qui n'avait pas encore affronté le test de la modernité ?

Ce n'est qu'après 1945, lorsque quelques sentences arbitrales nées des litiges entre les Etats et les investisseurs furent publiées, que l'on apprit comment les entreprises avaient essayé de résoudre le problème du droit régissant leurs contrats, marquant le point de départ d'une longue évolution qui allait complètement bouleverser le droit international des investissements.

S'agissant du droit applicable, presque rien de ce qui existait alors en jurisprudence comparée et en doctrine permettait d'envisager qu'un contrat de concession conclu entre une personne privée et un Etat et s'exécutant sur le territoire de celui-ci, pouvait être régi par un autre droit que celui de cet Etat, que ce soit le droit d'un autre Etat ou le droit international public dont la nature

<sup>93</sup> CPJI, *Affaire relative au paiement en or des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, série A n°21, 1929, arrêt n°15, p. 121.

<sup>94</sup> Sur l'arbitrage *Lena Goldfields* qui allait suivre, v. A. NUSSBAUM, « The Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd and the Soviet Government », *Cornell Law Quarterly*, 1950-1951, pp. 31-52, avec extraits de la sentence pp. 42-53. L'étude la plus fouillée est celle de V.V. VEEDER, « The Lena Goldfields Arbitration : the Historical Roots of Three Ideas », *ICLQ*, 1998, pp. 747-792 qui donne un luxe de détails aussi bien factuels que juridiques. La sentence est du 2 septembre 1930 et a été en partie publiée dès le 3 septembre dans le *Times*. Et du même auteur avec le même luxe de détails, « The Tetiuhé Mining concession 1924-1932 : A Swiss-Russian Story (where the Arbitral Dog Did Not Bark) » in *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, pp. 325-342 ainsi que « Chancellor Wirth and the Mologales concession 1923-1927 : The German-Speaking Origins of the 1965 ICSID Convention », in Chr. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH, St. WITTICH, *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, OUP, 2009, pp. 377-399.



interétatique excluait qu'il puisse régir un contrat avec une personne privée. Et pourtant pour les investisseurs, le choix du droit de l'Etat d'accueil comme droit applicable ne pouvait assurer le minimum de sécurité juridique sans laquelle il ne peut y avoir des relations d'affaires pérennes. Ceci explique le caractère étrange de la pratique contractuelle dans ses débuts.

Le contrat de concession entre la société Lena Goldfields et l'Union soviétique, ne comportait pas de clause de droit applicable. A sa place, un article 89 énonçait que « [t]he basis of the present agreement on the part of both parties is one of goodwill, good faith, as well as a desire to interpret its provisions reasonably »<sup>95</sup>. De façon assez proche, dans l'affaire qui opposait la société *Petroleum Development (Trucial Coast)* au cheikh d'Abu Dhabi, le contrat de concession de 1939, comportait un article 17 qui prévoyait que : « *the Ruler and the Company both declare that they base their work in this Agreement on goodwill and sincerity of belief and on interpretation of this Agreement in a fashion consistent with reason* »<sup>96</sup> Dans une autre affaire *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company* (sentence de juin 1953), l'arbitre écarte le droit islamique comme loi du contrat et considère que les parties ont voulu l'application des « *principles of justice, equity and good conscience* ».<sup>97</sup> On peut encore ajouter que le contrat de concession entre la Perse et l'Anglo-Iranian Oil Cy qui en avril 1933 et à la suite d'une crise entre l'Etat et la société pétrolière, remplaça la première concession d'Arcy de 1901, prévoyait lui aussi, dans son article 21, que : « [I]es parties contractantes déclarent baser l'exécution de la présente Convention sur les principes réciproques de bonne volonté et de bonne foi, ainsi que sur une interprétation raisonnable de cette Convention. » En outre l'article 22(F) précisait qu'en cas d'arbitrage « [I]a sentence se basera sur les principes juridiques contenus dans l'article 38 des Statuts de la Cour permanente de Justice internationale », i.e. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées<sup>98</sup>.

Restait à savoir ce que ces formules voulaient dire. On aurait pu les interpréter comme renvoyant à l'équité, ce que ne firent pas les différents arbitres. Dans l'affaire *Lena Goldfields*, la société plaida qu'elle devait être indemnisée sur la base des principes généraux de droit international et justifia le recours à cette source du droit international public en invoquant le fait que le contrat avait été signé par le commissaire aux affaires étrangères de l'URSS, Maxime Litvinov et

<sup>95</sup> V. V. VEEDER, « The Lena Goldfields Arbitration : the Historical Roots of Three Ideas », *op. cit.*, p. 766.

<sup>96</sup> V. texte de la sentence in *ICLQ*, 1952, pp. 247-261, p. 250.

<sup>97</sup> Texte de la sentence in *ILR*, 1953, pp. 534-547, pp. 541 et 545.

<sup>98</sup> V. CIJ, Mémoires, *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Cy. Royaume uni c. Iran*, Annexe A, Accord entre le gouvernement impérial de Perse et l'Anglo-Iranian Oil Cy Ltd, conclu à Téhéran le 29 avril 1933, pp. 30-32. D'après l'étude minutieuse de V. Veeder, le juriste d'origine russe Vladimir R. Idelson, qui avait été le conseil juridique de la société Lena Goldfields, a été également le principal rédacteur du contrat de concession entre l'Anglo-Iranian et la Perse de 1933 (V. VEEDER, « The Lena Goldfields Arbitration [...] », *op. cit.*, p. 769).

que « *many terms of the contract contemplated the application of international rather than merely national principles of law* »<sup>99</sup>.

Dans la sentence *Abu Dhabi*, l'arbitre Lord Asquith décida d'appliquer les principes « *rooted in the good sense and common practice of the generality of civilised nations – a sort of 'modern law of nature'* ». <sup>100</sup> Et dans une autre affaire opposant la société *Petroleum Development (Qatar)* au dirigeant (*ruler*) du Qatar, un autre arbitre britannique, Lord Radcliffe, considéra que la sentence arbitrale devait être « *consistent with the legal principles familiar to civilised nations* » (sur la base de l'article 16 du contrat).<sup>101</sup>

Et de même, dans la sentence *Aramco*, l'arbitre déclare qu'il ne peut se limiter à l'application du droit de l'Arabie saoudite et que celui-ci doit « au besoin être interprété ou complété par les principes généraux du droit, (...) lorsque certains droits privés qui doivent nécessairement être reconnus au concessionnaire, à peine de vider la concession de sa substance, ne lui seraient pas assurés d'une manière indubitable par le droit en vigueur en Arabie saoudite »<sup>102</sup>.

Ces sentences des années cinquante, concernant des contrats des années trente, devaient servir de point de départ d'une jurisprudence donnant naissance à des constructions doctrinales qui allaient révolutionner, après 1945, la façon dont le droit international devait régir la question des investissements internationaux (v. *infra*).

<sup>99</sup> V. A. NUSSBAUM, « The Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd and the Soviet Government », *Cornell Law Quarterly*, 1950, p. 50, § 22 et VEEDER, « The Lena Goldfields Arbitration [...] », *op. cit.*, p. 766. Veeder crédite le conseil juridique de la société Lena Goldfields d'avoir suggéré l'idée reprise par le tribunal arbitral que si le droit soviétique s'appliquait pour toutes les questions internes, s'agissant en revanche de la résiliation du contrat de concession et de son interprétation, l'article 89 renvoyait aux principes généraux de droit du droit international (V. le paragraphe 22 de la sentence). Veeder écrit que c'est à Idelson que l'on doit l'idée de faire régir ces types de contrats par les principes généraux de droit international. Il ajoute avec humour qu'« *Idelson's internationalisation of a transnational contract was a gigantic first step for international commercial arbitration, almost equivalent to the caveman's discovery of fire* », « The Lena Goldfields Arbitration [...] », *op. cit.*, p. 772.

<sup>100</sup> V. *In the matter of an arbitration between Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd and the Sheikh of Abu Dhabi*, Award of Lord Asquith of Bishopstone, *ICLQ*, 1952, pp. 247-261, p. 251. La sentence comporte le plus célèbre exemple d'europanisme innocent, v. *infra*, Chapitre 10, P.M. DUPUY, Y. RADI, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte ».

<sup>101</sup> V. *Petroleum Development (Qatar) Ltd v. Ruler of Qatar*, avril 1950, *ILR*, 1951, pp. 161-164, pp. 161-162.

<sup>102</sup> *Sentence arbitrale rendue dans le différend entre le gouvernement de l'Arabie Saoudite et l'Arabian American Oil Company (Aramco)*, 23 août 1958, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1963, pp. 272-363, p. 316. V. aussi *Sapphire International Petroleum Limited c. National Iranian Oil Cy* du 15 mars 1963 où l'arbitre fait appel « aux règles de droit fondées sur la raison, communes aux nations civilisées [et] consacrées comme source de droit par l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice », *ASDI*, 1962, pp. 285-286, et aussi J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *RCADI*, 1983, t. 181, pp. 9-284, p. 92 ; CH. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, t. 302, pp. 201-386, p. 220-226.

## b. Des arbitrages d'un type nouveau

Toute cette évolution dans l'appréhension des contrats d'investissements n'aurait guère été possible si les investisseurs n'avaient pu présenter leurs réclamations qu'à des tribunaux étatiques. Et de même l'évolution aurait été lente et hasardeuse s'ils n'avaient pu compter que sur la protection diplomatique de leurs Etats nationaux. Les Etats, comme on le sait, n'ont aucune obligation, ni en droit interne ni en droit international, de prendre fait et cause pour leurs nationaux et ceux-ci ne sont donc jamais assurés de pouvoir éventuellement bénéficier de la protection du droit international public. Pour donner un « juge » à ces relations juridiques internationales que sont les investissements internationaux, juge que les opérateurs puissent saisir aisément, il fallait inventer un nouveau type d'arbitrage international : non pas l'arbitrage entre Etats comme celui pratiqué à la suite de la mise en œuvre d'une protection diplomatique ou l'organisation de diverses *claims commissions* qui ont fonctionné dès la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle<sup>103</sup> ; non pas l'arbitrage du commerce international entre des personnes privées, mais un arbitrage entre un Etat et une personne privée (l'investisseur), ce qu'on appellera par la suite « arbitrage mixte » ou « arbitrage transnational ».

Quelle est l'origine de ces arbitrages ? Le premier arbitrage de ce type dont nous avons pu trouver trace, dans lequel s'oppose une personne privée à un Etat à propos du traitement d'un investissement, est l'affaire *Compagnie universelle du Canal de Suez c. Vice-Roi d'Egypte* en 1864<sup>104</sup>. L'arbitre choisi était, comme cela se pratiquait à l'époque, un monarque, en l'occurrence Napoléon III. Il s'agissait d'un litige typique du droit des investissements. La Compagnie du Canal de Suez devait bénéficier de certains avantages sur la base de la concession qu'elle avait obtenue pour gérer le nouveau canal, avantages qui lui avaient été par la suite supprimés. Cette affaire cependant ne comporte pas un élément capital qui va apparaître seulement plus tard. Le litige a été porté devant un arbitre sur la base seulement d'un compromis entre la Compagnie universelle et l'Egypte. Cet Etat avait accepté après l'apparition du litige d'aller en arbitrage. Il aurait pu s'y refuser. Or l'essentiel pour des entreprises qui

<sup>103</sup> L'arbitrage par commission mixte trouve son origine dans le traité Jay de 1794 entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni visant à régler les différends nés de l'indépendance des Etats-Unis. Pour un exemple de fonctionnement de ce type d'arbitrage V. pour la France : *La réparation des dommages causés aux étrangers par des mouvements révolutionnaires. Jurisprudence de la commission franco-mexicaine des réclamations (1924-1932)*, Paris, Pedone, 1933 ; pour les Etats-Unis V. J. G. DE BEUS, *The Jurisprudence of the General Claims Commission United States and Mexico under the Convention of September 8, 1923*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1938 ; plus généralement, A.H. FELLER, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934. A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, Londres, Macmillan, 1935 ; DUGAN *et alii*, *Investor-State Arbitration*, *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>104</sup> *Compagnie universelle du Canal de Suez c. Vice-Roi d'Egypte*, sentence du 21 avril 1864, in H. LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale (1794-1900)*, La Haye, Martinus Nijhoff, réédition et préface de P.M. Eisemann, 1997, pp. 397-410. La Fontaine souligne bien, en 1902, le caractère original de cette sentence : « Cet arbitrage est à remarquer à raison de l'intervention directe, dans la contestation, d'une compagnie financière. Dans les différents arbitrages, où des intérêts privés sont en jeu, les gouvernements, dont les intéressés sont les sujets, interviennent seuls dans les litiges » [par le biais de la protection diplomatique], *op. cit.*, pp. 122-123.

contractent avec des Etats est d'obtenir une procédure leur permettant d'attirer les Etats devant un arbitre même si ces derniers refusent de s'y rendre. Ceci sera rendu possible en insérant dans les contrats une clause compromissoire et en prévoyant que le refus d'une des parties de nommer son arbitre n'empêchera pas le tribunal de statuer.

Il semblerait que là encore le contrat de concession entre Lena Goldfields et l'URSS ait été pionnier en la matière. Il comportait en effet un long article 90 qui prévoyait le règlement des litiges en cas de différend entre les parties par recours à un tribunal arbitral, la façon dont ce tribunal devait être constitué, les délais dans lesquels il devait être formé, la possibilité donnée à des instances tierces de nommer les arbitres si l'une des parties ne le faisait pas, et surtout le droit pour le tribunal arbitral de continuer la procédure même si l'une des parties ne voulait plus y participer. Le paragraphe F de l'article 90 énonçait :

« If, upon receipt of the summons from the super-arbitrator appointing the date and place of the first session, one of the parties, in the absence of insuperable obstacles, fails to send its arbitrator to the arbitration court or the arbitrator avoids participating in the arbitration court, then the matter in dispute shall, at the request of the other party, be settled by the super-arbitrator and the other member of the court, such settlement to be valid only if unanimous »<sup>105</sup>.

L'hypothèse prévue dans cet article allait précisément se réaliser. L'Union soviétique refusa de participer à l'arbitrage qui se poursuivit sans elle et aboutit à une sentence condamnant cet Etat à payer une forte indemnité pour la rupture du contrat de concession et la confiscation des biens de la société. L'URSS rejeta la sentence et ne s'exécuta jamais, malgré diverses tentatives de règlement amiable appuyées par le gouvernement britannique<sup>106</sup>. Cependant la sentence *Lena Goldfields* devait servir de précédent pour un mécanisme qui allait complètement transformer le contentieux international de l'investissement<sup>107</sup>.

On voit en effet apparaître des contrats de concession conclus par un Etat avec des sociétés étrangères qui comportent des clauses compromissoires accompagnées de clauses de droit applicable prévoyant l'application des principes généraux de droit. Cela a été le cas, on le sait aujourd'hui à la suite des recherches d'une érudition impressionnante de V. V. Veeder, de divers contrats de concession conclus entre l'Union soviétique et des investisseurs allemands

<sup>105</sup> V. V. VEEDER, « The Lena Goldfields Arbitration [...] », *op. cit.* p. 791.

<sup>106</sup> V. les détails in *ibid.*, pp. 786-789.

<sup>107</sup> L'article 22 (D) du contrat de concession de 1933 entre la Perse et la Anglo-Persian [Iranian] Oil Cy Ltd, comporte un mécanisme un peu différent mais proche de l'article 90 du contrat Lena Goldfields, ce qui n'étonnera pas si on sait que c'est le même juriste qui a rédigé les deux (V. *supra* n. 98) : « Si l'une des parties ne désigne pas son arbitre ou n'en notifie pas la désignation à la partie adverse, dans les soixante jours après avoir reçu la notification de la demande d'arbitrage, l'autre partie aura le droit de demander au Président de la Cour permanente de Justice internationale (ou au Vice-Président dans le cas prévu à la finale de l'alinéa B) de nommer un seul arbitre, à choisir parmi des personnes qualifiées, comme il est mentionné ci-dessus, et, dans ce cas, le différend sera tranché par ce seul arbitre. » V. CIJ, Mémoires, *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Cy*, *op. cit.*, p. 32.

dans les années 1923-1927<sup>108</sup>. En fait les années de l'entre-deux-guerres connaissent de multiples exemples de litiges portés devant des tribunaux arbitraux sur la base de contrats conclus entre un Etat et des investisseurs mais la doctrine tarde à les connaître et à en rendre compte. C'est ainsi que Gillis Wetter et Schwebel présentent en 1964 une étude qui éclaire différentes affaires peu connues. Elles illustrent à la fois les litiges classiques que l'on rencontre souvent à propos de ces contrats de concession (en particulier le pouvoir que conserve l'Etat de prendre des mesures générales qui éventuellement aboutissent à modifier l'équilibre général du contrat), et les réponses apportées par les tribunaux arbitraux<sup>109</sup>.

Mais la première chose à souligner est précisément que ces affaires sont traitées en arbitrage soit sur la base d'un compromis conclu par les parties en litige, c'était le cas par exemple dans l'*Affaire des voies navigables au Katanga* (1931)<sup>110</sup> soit – et c'est le point le plus important – sur la base d'une clause compromissoire insérée dans le contrat de concession. C'est le cas par exemple de plusieurs affaires, dans les années trente, opposant des concessionnaires étrangers de services publics à l'Etat grec sur la base des contrats conclus avec ceux-ci<sup>111</sup>. De même dans l'affaire du chemin de fer de Palestine (*Société du chemin de fer ottoman de Jaffa à Jérusalem c. Royaume-Uni*, 1922), c'est l'article 311 du Traité de Sèvres (10 août 1920), applicable dans cette affaire de rupture d'une concession, qui prévoyait la possibilité de recourir à un tribunal arbitral tel qu'institué par cet article, dans le cas où les parties ne parvenaient pas à s'entendre sur le montant de l'indemnisation<sup>112</sup>.

La seconde remarque importante qui ressort des nombreuses sentences arbitrales qui vont trancher ces litiges est la référence faite par les arbitres, parfois très expressément et parfois de façon moins claire, aux principes généraux de droit comme droit applicable au litige plutôt que le droit de l'Etat partie au contrat.

C'est ainsi que dans l'*Affaire des voies navigables du Katanga* (1931), le tribunal arbitral a pris en compte les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, pour répondre à la question de savoir si les voies navigables qui étaient en cause dans cette affaire étaient susceptibles d'une appropriation privée<sup>113</sup>. De même dans l'affaire du chemin de fer de Palestine (*Société du chemin de fer ottoman de Jaffa à Jérusalem c. Royaume-Uni*, 1922),

<sup>108</sup> V.V. VEEDER, « Chancellor Wirth and the Mologales Concession 1923-1927: The German-Speaking Origins of the 1965 ICSID Convention » (*op. cit.*). La clause d'arbitrage dans la concession de Tetiue n'était pas accompagnée, semble-t-il, d'une clause de droit applicable (V.VEEDER, « The Tetiue Mining Concession [...] », *op. cit.*, p. 342).

<sup>109</sup> V. J. GILLIS WETTER, ST. M. SCHWABEL, « Some Little-Known Cases on Concessions », *BYBIL*, 1964, pp. 183-232, article repris in *Justice in International Law. Selected Writings of Stephen M. Schwebel*, Cambridge, CUP, 1994, pp. 436-488, c'est ce texte que nous citerons.

<sup>110</sup> *Ibid.*, pp. 437-447.

<sup>111</sup> J.G. WETTER, ST. M. SCHWABEL, « Some Little-Known Cases on Concessions », *op. cit.*, pp. 448 et s. pour des concessions d'électricité, et p. 473 pour des concessions de téléphone. Et dans l'affaire du chemin de fer de Palestine, pp. 477-487.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 478 pour le texte de l'article 311.

<sup>113</sup> *Ibid.*, pp. 443 et 446.

où le problème était celui de l'indemnisation à verser pour l'annulation d'une concession, le représentant britannique a soutenu que le contrat n'était régi par aucun droit national mais par des principes juridiques « *common to a number of countries* »<sup>114</sup>.

Cela a été le cas également de certains contrats de concession de services publics conclus par la Grèce<sup>115</sup>. Et, c'est le cas surtout des contrats de concession pétrolière dont on a parlé *supra*. Il était prévu dans les trois contrats cités qu'en cas de litige entre les sociétés et les dirigeants d'Abu Dhabi ou du Qatar, que chacune des parties nommera un arbitre et que ces deux arbitres essaieront de s'accorder pour trancher le litige. Si cela n'est pas possible les deux arbitres devront en choisir un troisième qui statuera. La clause compromissoire demeure encore maladroite et l'hypothèse d'un blocage de la procédure est encore mal réglée mais l'essentiel y est<sup>116</sup>.

Tels sont les éléments nouveaux qui apparaissent dans ces années de l'entre deux guerres et dont la pleine force ne se manifesterait qu'après 1945. Mais outre ces éléments nouveaux l'évolution a continué s'agissant les différents principes juridiques dégagés dans la première période.

## B. L'évolution des principes dégagés au XIX<sup>ème</sup> siècle : l'exemple du standard minimum de traitement des étrangers en droit international

La période de l'entre-deux guerres est, là aussi, une période de transition : elle continue et confirme la tendance apparue au siècle précédent pour la formulation d'un standard minimum mais n'aborde encore que de façon peu fréquente et embarrassée le problème qui sera central après 1945, des droits acquis et de la nationalisation des investissements. En fait, si l'on prend en compte aussi bien la jurisprudence des tribunaux internationaux (tribunaux d'arbitrage interétatiques et CPJI) que les tentatives de conclusion de traités sur la responsabilité des Etats pour les dommages causés à des étrangers, on constate que cette période va voir le passage d'un standard minimum centré sur un déni de justice causé à des personnes ayant subi des violences physiques à celui d'un standard utilisé principalement pour juger de la licéité internationale des expropriations.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 481. Le concessionnaire invoquait « *the general basic principle of fairness and equity* » (p. 488). Le Tribunal arbitral quant à lui déclara : « *The Tribunal is not bound by British or by any other law but (...) it is perfectly free to take into account any element which, in its opinion, are material to the determination of fair and equitable compensation* », p. 482.

<sup>115</sup> *Ibid.*, pp. 448-464.

<sup>116</sup> V. par exemple l'article 16 du contrat de concession conclu en 1935 par le dirigeant (*Ruler*) du Qatar et la société Petroleum Development (Qatar) Ltd : « *if any dispute should occur between the Shaikh and the Company in regard to the interpretation of the Agreement or any matter arising therefrom or in regard to the engagements obligatory on either of the parties in accordance therewith, the dispute should be referred to two Arbitrators, if no agreement could be arrived at for settling it by any other method, and that one of such Arbitrators should be appointed by the Shaikh and the other by the Company. It was further provided that those two Arbitrators should thereupon appoint a third Arbitrator, but that if they were unable to agree upon the third Arbitrator within sixty days from the demand of arbitration, the third Arbitrator should be appointed by His Majesty's Political Resident, subject to the Shaikh approving of such third Arbitrator* », *ILR*, 1951, p. 162. Pour la sentence Abu Dhabi, v. *ICLQ*, 1952, p. 247.

### 1. *Standard minimum et déni de justice*

Toute étude du standard minimum international pour cette époque passe par l'invocation de la jurisprudence de la commission mixte des réclamations Etats-Unis/Mexique constituée par traité en 1923<sup>117</sup>. La commission était chargée de statuer sur les demandes de citoyens américains réclamant des indemnités pour des dommages qui leur avaient été causés pendant les périodes de troubles politiques du début du siècle, par une conduite des autorités mexicaines contraire au droit international. La réclamation devant la commission n'est pas celle directement de la personne privée mais celle de l'Etat national (ici les Etats-Unis) qui l'endosse et la porte devant le tribunal arbitral interétatique<sup>118</sup>. La jurisprudence de la commission est remarquable à la fois parce qu'elle est promise à un grand avenir (en particulier la sentence *Neer* que l'on retrouvera citée dans plusieurs affaires à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle), et parce qu'elle apparaît en réalité peu apte à s'appliquer aux litiges centrés sur les questions d'expropriation qui vont dominer la scène du droit international après 1945.

Si l'on examine la sentence *Neer* (du 15 octobre 1926), qui sera par la suite, dans la deuxième moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, citée de façon abondante par la jurisprudence arbitrale et la doctrine comme la sentence phare pour la définition d'un standard minimum coutumier et le niveau de violation requis pour qu'il y ait atteinte à ce standard<sup>119</sup>, on constate qu'il s'agit d'un problème concernant le

mauvais fonctionnement de l'administration et de la police mexicaines qui auraient fait preuve de négligence dans la recherche des responsables du meurtre de M. Neer, intendant américain dans une mine mexicaine. La famille de celui-ci, relayée par l'Etat américain, invoquait un déni de justice constitué par le désintérêt avec lequel les autorités mexicaines avaient recherché le coupable du meurtre. Dans cette affaire, où le Mexique ne sera finalement pas tenu pour responsable, les arbitres (les commissaires de la commission mixte), ont cherché à donner une définition de déni de justice qui puisse être un peu plus précise que celle donnée par leurs prédécesseurs au XIX<sup>ème</sup> siècle. Ils ont considéré que leur définition devait être valable aussi bien pour la conception stricte du déni de justice, limité aux actes des tribunaux, que pour la conception large qui inclut également les actes de l'exécutif et du législatif. Dans tous les cas :

« *the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency* »<sup>120</sup>.

On ne s'étonnera pas que ce passage fondamental de la sentence ait été critiqué comme n'apportant guère de précisions véritables sur ce que R. Jennings qualifiait de « *so crude a standard* »<sup>121</sup>. Il faut cependant dire, en défense de la notion de déni de justice, que son caractère flou, que l'on s'attache à son simple énoncé, un « déni de justice », ou à son explicitation dans la sentence *Neer*, n'empêche nullement d'être une notion juridique, comme on le lit parfois. L'histoire du droit et le droit comparé fournissent d'innombrables exemples de « notions floues » ou ce que Hart appelle des règles à « texture ouverte »<sup>122</sup>. Dans ces cas l'ordre juridique qui comporte ces notions floues laisse (implicitement) le soin aux organes d'application du droit, et d'abord aux tribunaux, d'élaborer ces notions et de les préciser au gré des affaires portées devant eux. Le seul problème du droit international est que le recours aux tribunaux reste, à cette époque, limité, alors que la période suivante verra, dans le domaine du droit des investissements, l'établissement d'un système (celui du CIRDI) qui cherchera à porter remède à cette faiblesse institutionnelle du droit international.

S'agissant de la protection des investissements ce qui doit être noté c'est que ni la sentence *Neer* ni les autres sentences de la commission des réclamations Etats-Unis/Mexique ne concernaient ce domaine. Les sentences *Faulkner*, *Adler*,

<sup>117</sup> V. A.H. FELLER, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934. A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, Londres, Macmillan, 1935.

<sup>118</sup> Sur les tribunaux arbitraux mixtes, v. Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1983, t. 5, pp. 381-383, pour les tribunaux mixtes créées par les traités de paix qui ont suivi la première guerre mondiale. Pour un aperçu des commissions des réclamations ayant fonctionné, d'une part, entre les pays d'Amérique latine et, d'autre part, les Etats européens ainsi que les Etats-Unis, du XIX<sup>ème</sup> siècle et jusque dans les années trente, v. *ibid.* pp.204-208 V. aussi J. TEYSSAIRE, P. DE SOLÈRE, P. JAUDON, *Les tribunaux arbitraux mixtes*, Paris, Ed. internationales, 1931, R. BLÜHDORN, « Le fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes créés par les traités de Paris », *RCADI*, 1932-III, t. 41, pp. 137-244. Et V. *infra* notes 147 et 148.

<sup>119</sup> Texte de la sentence *L.F.H. Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States*, 15 octobre 1926, in *RSA*, vol. IV, pp. 60-66, et également in *AJIL*, 1927, pp.555-557 avec l'opinion séparée de F. NIELSEN, pp.557-562. Heather L. Bray remarque que « [t]he decision is less than three pages. It contains not more than three authorities – none of which support the two major findings of the Commission. And yet, the seemingly small, insignificant originating event has propagated an enormous international rumor », *Hague Yearbook of International Law/Annuaire de La Haye de droit international*, 2012, pp. 201-219, p. 201. Sur la sentence *Neer*, v. J. PAULSSON, G. PETROCHIOS, « *Neer-ly Mised?* », *ICSID Rev./FILJ*, 2007, pp. 242-257, M. SCHWEBEL, « *Is Neer far from fair and equitable?* », *Arbitration International*, 2011, pp. 555-561, P. JUILLARD, « *Phénix et ses cendres : le standard minimum de droit international* », *op. cit.*, pp. 259 et s.; D. NGOUADJE MALIENDJI, *Le standard du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 405 et s.; M. PAPANINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.* pp. 48-54. La sentence *Neer* est citée la plupart du temps avec deux autres sentences de la commission mixte des réclamations Etats-Unis – Mexique : la sentence *Hopkins* du 31 mars 1926 (*AJIL*, 1927, pp. 167-173) et la sentence *Roberts* du 2 novembre 1926 (*AJIL*, 1927, pp.357-361). V. la présentation générale de E. M. BORCHARD, « *Important Decisions of the Mixed Claims Commission United States and Mexico*, *AJIL*, 1927, pp. 516-522. En fait seule la sentence *Hopkins* a un rapport avec le droit international économique. Sur l'impact mineur de la sentence *Neer* jusqu'à sa redécouverte par les tribunaux arbitraux dans le cadre de l'arbitrage

ALENA. V. D. NGOUADJE MALIENDJI, *Le standard du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 411-416 et *infra*, Y. NOUVEL, ch. 8, p. 292, 310-311.

<sup>120</sup> V. *Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States*, 15 octobre 1926, *RSA*, vol. IV, pp. 61-62.

<sup>121</sup> R. JENNINGS, « *State Contracts in International Law* », *BYBIL*, 1961, pp. 156-182, p. 180. Sur la sentence *Neer*, v. aussi I. TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, *op. cit.*, p. 63 ; M. PAPANINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.*, pp. 48-54 ; R. KLAGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2011, pp. 51-53, D. NGOUADJE MALIENDJI, *Le standard du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement*, *op. cit.* pp.405-411.

<sup>122</sup> V. H. HART, *The Concept of Law*, 2d ed. Oxford, Clarendon Press, pp. 124-136 ; Catherine THIBERGIE, « *Le droit flou : réflexions sur les textures du droit* », *RTDCiv.*, 2003, pp. 599- 628.



*Roberts* portaient sur des questions d'arrestation et de détention arbitraires, et les sentences *Janes* sur le peu de diligence, comme dans l'affaire *Neer*, des autorités mexicaines à retrouver les responsables du meurtre d'un Américain, ou de lui infliger, dans l'affaire *Way*, une sanction proportionnée à son crime<sup>123</sup>.

On peut considérer en fait toutes ces affaires comme des parentes de leurs homologues du XIX<sup>ème</sup> siècle. Elles sont nées de la faiblesse de certains Etats à maintenir l'ordre sur leur territoire et à assurer une administration et un système judiciaire convenables, conformes à certains principes de droit international général. Tout cela ne concerne pas évidemment le droit des investissements mais, ce qui importe dans un premier temps, c'est la confirmation que les Etats sont soumis au respect d'une règle internationale s'agissant du traitement des étrangers sur leur territoire. Ainsi, jusque dans les années vingt du siècle, l'essentiel des litiges porte sur des mauvais traitements physiques des personnes. Mais on a vu que la période de l'entre-deux-guerres est marquée par l'apparition de grandes nationalisations de secteurs entiers de l'économie des Etats, parfois sans aucune indemnisation pour les anciens propriétaires et parfois avec des indemnisations jugées par ceux-ci tout à fait insuffisantes. C'est à leur propos que la question apparaît de savoir si le standard minimum peut être étendu au respect de certaines règles minimales concernant les expropriations. C'est cette question du droit international, dont l'importance sera encore décuplée après 1945, qui va peu à peu devenir le domaine d'application privilégié du principe du déni de justice. Or la sentence *Neer* et sa célèbre définition du déni de justice (citée *supra* p. 43), n'a pas été conçue pour s'appliquer à ce domaine du droit international.

## 2. Standard minimum et protection de la propriété.

La doctrine de droit international avait déjà étudié, dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, la question des dommages causés à des biens détenus par des étrangers à la suite d'émeute ou de guerre civile, mais la question générale de la responsabilité des Etats pour une atteinte aux droits acquis des étrangers restait un thème peu exploré encore. C'est ainsi, par exemple, que c'est seulement en 1927 que l'Institut de droit international a mis à l'ordre du jour de ses travaux ce thème général, sur la demande de la commission de codification de la SDN<sup>124</sup>. Cependant c'est à peu près à cette même époque que sont posés les fondements juridiques de ce qui se développera plus tard comme le droit international des expropriations.

Ainsi dans une affaire opposant la Norvège aux Etats-Unis en 1922, le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage, rappelle que :

« [i]n the exercise of eminent domain (the power of a sovereign state to expropriate) the right of friendly alien property must always be fully respected.

<sup>123</sup> V. les sentences dans l'*AJIL*, 1927 *supra* n.119.

<sup>124</sup> V. le rapport de L. STRISOWER, « Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers », *AIDI*, 1927, t. I, pp. 455-498 et t. III, pp.79-168. V. aussi A. CAVAGLIERI, « La notion de droits acquis », *RGDIP*, 1931, pp. 257-296 ; M. PAPANIKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.*, pp. 58-59.

*Those who ought not to take property without making just compensation at the time or at least without due process of law, must pay penalty of their action* »<sup>125</sup>.

Peu de temps après, Max Huber en tant qu'arbitre unique dans l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Royaume Uni c. Espagne, 1925)*, statue qu'« il peut être considéré comme acquis qu'en droit international un étranger ne peut être privé de sa propriété sans juste indemnité, sous réserve naturellement du droit conventionnel en vigueur ». <sup>126</sup> Et la Cour permanente de Justice internationale de son côté, présidée par le même Max Huber, se réfère aux « règles généralement appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers et au principe du respect des droits acquis ». <sup>127</sup> Autrement dit ce qui est admis dès cette époque dans la doctrine et dans la jurisprudence internationales est que tout Etat doit respecter la propriété des étrangers sur son territoire, que ceux-ci ne peuvent être privés de leur propriété sans un procès équitable, et qu'en cas d'expropriation une juste indemnité doit être versée, et ce compte tenu des conventions auxquelles l'Etat est partie.

A côté de ces développements jurisprudentiels, les Etats discutent dans différents *forum* de l'opportunité d'inscrire dans des conventions internationales des dispositions qui accorderaient aux biens des étrangers le bénéfice d'un régime en droit international qui ne serait pas strictement identique au traitement accordé en droit interne. Or c'est là une position contre laquelle les Etats latino-américains vont continuer la lutte engagée par eux au XIX<sup>ème</sup> siècle. Années après années, les conférences internationales des Etats américains vont adopter, malgré l'hostilité des Etats-Unis, des projets de convention proclamant l'octroi aux étrangers d'un traitement identique à celui des nationaux sans aucun privilège supplémentaire découlant du droit international qu'il soit coutumier ou conventionnel<sup>128</sup>. C'est ainsi, par exemple que la 7<sup>ème</sup> conférence des Etats américains réunie à Montevideo en décembre 1933 adopte une *Convention sur les droits et devoirs des Etats* (formule vouée à un bel avenir) prévoyant dans son article 9 que

« [l]a juridiction des Etats dans les limites du territoire national s'applique à tous les habitants. Les nationaux et les étrangers ne pourront pas prétendre à des droits différents ni plus étendus que ceux des nationaux »<sup>129</sup>.

<sup>125</sup> Sentence Cour permanente d'arbitrage, *Norwegian Shipowners' claim (Norway v. USA)* 13 octobre 1922, *RIIAA*, vol. I, pp. 307-347, p. 332. La référence à la « friendly alien property », vient du fait que l'affaire se situe pendant la première guerre mondiale.

<sup>126</sup> *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume Uni)*, 1<sup>er</sup> mai 1925, *RSA*, vol. II, pp. 615-742, p. 647.

<sup>127</sup> CPJI, série A n°7, 1926 « *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* » (fond), p. 22. Pour une présentation générale de la question de la protection contre l'expropriation en droit international, v. D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd. pp.545-577 ; A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, pp. 338-363.

<sup>128</sup> V. A.H. ROTH, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, *op. cit.*, pp. 69-70.

<sup>129</sup> *SDN Recueil des traités*, vol. 1761, C-3802, p. 37, *Convention sur les droits et devoirs des Etats*, adoptée par la septième conférence internationale américaine, signée à Montevideo le 26 décembre 1933, avec certaines réserves du Brésil, du Pérou et des Etats-Unis.

La volonté des Etats latino-américains de promouvoir l'égalité de traitement des étrangers et des nationaux et leur opposition farouche à la reconnaissance de toute disposition supposant une garantie internationale du statut des étrangers (sauf en cas de déni de justice, mais dans un sens restreint, procédural seulement), seront transportées du cadre régional au cadre universel (mais dans les années trente celui-ci ne concerne encore qu'une cinquantaine d'Etats). La Conférence internationale sur le traitement des étrangers réunie à Paris en novembre-décembre 1929 confie au Comité économique de la Société des Nations le soin de préparer une convention internationale établissant certaines garanties internationales pour le traitement des étrangers. Les rédacteurs du projet consacrent l'octroi du traitement national comme seul traitement reconnu en droit international<sup>130</sup>.

De même l'Assemblée de la SDN ayant décidé de travailler à la codification du droit international, trois sujets sont mis à l'étude dont la responsabilité des Etats pour les dommages causés à la personne ou aux biens des étrangers<sup>131</sup>. La première conférence de codification se réunit à La Haye en 1930. Aucun accord ne put être réalisé entre une moitié environ des Etats, importateurs de capitaux, qui soutenaient le projet du rapporteur Gustavo Guerrero selon lequel les étrangers ne peuvent réclamer rien d'autre, au mieux, que le traitement national et une autre moitié des Etats, exportateurs de capitaux, qui cherchaient à trouver un ancrage dans le droit international pour certains principes protégeant les biens des étrangers<sup>132</sup>.

A la fin de cette deuxième période le tableau du droit international comporte donc une opposition irréductible qui annonce les difficultés de l'après 1945. On constate l'existence d'une jurisprudence internationale (mais qui ne porte malgré tout que sur un nombre assez faible de décisions juridictionnelles) qui est en accord avec les conceptions des Etats occidentaux aussi bien quant à l'existence d'un standard minimum de traitement des étrangers que quant à l'existence de règles de droit international s'appliquant aux expropriations. En revanche toutes les tentatives de codification de ces règles ou même de leur formulation dans des traités régionaux ou à vocation plus large se heurtent à une opposition irréductible d'Etats qu'on appellera plus tard en développement.

<sup>130</sup> V. *Comptes rendus de la Conférence internationale sur le traitement des étrangers*, SDN, 1930, II, 5 ; A. H. ROTH, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, op. cit., pp. 71-72 ; A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment treaties. Standards of Treatment*, op. cit., pp. 16-17.

<sup>131</sup> C'est dans l'optique de cette codification que plusieurs sociétés savantes, dont l'Institut de droit international mirent à l'étude les sujets choisis. E. Borchard prépara pour la Harvard Law School un projet de convention : « Draft Convention on Responsibility of States for Damage done in their Territory to the Person or Property of Foreigners » (1929), texte in *AJIL*, Spec. Supp., 1929, pp. 133-218 et A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, op. cit., p. 16.

<sup>132</sup> V. Jose Gustavo GUERRERO, *La codification du droit international. La première conférence de La Haye (13 mars-12 avril 1930)*, Paris, Publications de la RGDIP, Pedone, 1930 ; A. H. ROTH, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, op. cit., pp. 72-75.

### III. L'AFFRONTMENT DES BLOCS : SOCIALISME, DÉCOLONISATION, LIBÉRALISME (1945-1990)

La fin de la deuxième guerre mondiale est le point de départ de mutations politiques, économiques et juridiques d'importance majeure. La division du monde en blocs antagonistes allait conduire les Etats issus de la décolonisation alliés aux Etats du camp communiste, à tenter une révolution sans précédent du droit international au nom de l'établissement d'un « nouvel ordre économique international ». Il s'agissait de renverser certains des principes les plus importants du droit international tels qu'ils avaient été établis par la pratique des Etats occidentaux à partir du XIX<sup>ème</sup> siècle et appliqués par des juridictions internationales. S'agissant plus spécifiquement du droit des investissements une poussée formidable fut entreprise dans les institutions internationales pour promouvoir dans ce domaine la lecture du droit international des juristes d'Amérique latine que ceux-ci n'avaient pas pu faire prévaloir dans les décennies précédentes.

Face à cette pression des Etats en développement et des Etats communistes, les Etats développés, en grande partie ces Etats occidentaux qui avaient été à l'origine du droit international à l'époque moderne, d'abord bousculés, vont entreprendre une reconquête de leurs positions juridiques pour rétablir les principes nécessaires à leurs yeux à l'existence des flux d'investissements à travers le monde et à la protection de leurs investisseurs.

#### A. La tentative de renversement de l'ordre ancien

Les grands principes du droit international des investissements avaient déjà été remis en cause, au moins pour certains d'entre eux, par les Etats d'Amérique latine (et tout particulièrement par les juristes mexicains et argentins), ainsi que par l'Union soviétique après sa création. Mais ces Etats demeuraient minoritaires dans la société internationale d'entre les deux guerres. La décolonisation massive qui va mettre fin à tous les empires coloniaux dans les années cinquante et soixante du XX<sup>ème</sup> siècle et l'augmentation du nombre de pays communistes tant en Europe qu'en Asie, vont permettre une action groupée au sein des organisations internationales où les pays du tiers-monde et les pays du bloc communiste bénéficient d'une majorité écrasante de voix. C'est au nom de cette majorité qu'est entreprise une lutte pour l'instauration d'un nouvel ordre économique international fondé sur des standards différents de ceux promus dans l'ancien ordre libéral.

##### 1. La lutte dans le droit international pour un nouvel ordre économique international

L'histoire est connue, et nous ne ferons que l'efflorer, de la lutte pour l'instauration d'un nouvel ordre économique international, du moins du seul point de vue du droit international<sup>133</sup>. On ne se concentrera en outre, que sur un

<sup>133</sup> Parmi une bibliographie énorme, V. Nations Unies, *Bibliographie sélective*, New York, 1980, ST/LIB/SER.B/30 ; M. BETTATI, *Le nouvel ordre économique international*, Paris, PUF, Que Sais-

seul forum conflictuel, celui de l'Assemblée générale des Nations Unies et sur un seul thème de bataille, celui de la souveraineté permanente des Etats sur leurs ressources naturelles. Il s'agissait pour les Etats du tiers-monde de récupérer leurs richesses naturelles, surtout minières et pétrolières, qui étaient dans les mains des entreprises occidentales et qui étaient considérées comme les instruments nécessaires et, pensaient certains, suffisants du développement économique. Par souveraineté permanente il ne faut pas entendre la puissance normative exclusive qui s'exerce sur un territoire donné, qui est consubstantielle à l'Etat et qui n'a guère besoin d'être réaffirmée, mais l'appropriation étatique des ressources naturelles. Cela signifiait la légitimité de la nationalisation de toutes les entreprises exploitant les ressources naturelles, entreprises contrôlées souvent par des intérêts étrangers européens, américains ou encore australiens.

Mais dans quelles conditions au regard du droit international, ces nationalisations doivent-elles avoir lieu ? C'est sur ce point fondamental que la lutte va se dérouler. Dans un premier temps, comme on le sait, la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 14 décembre 1803, intitulée « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » prévoyait dans son paragraphe 4 :

« La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'Etat qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des Etats souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international ».

La résolution fut adoptée par 87 voix pour, contre 2 et 12 abstentions, et représentait sans doute un compromis entre les positions de chaque camp<sup>134</sup>. La résolution réaffirmait (dans son introduction) « le respect du droit souverain de chaque Etat de disposer de ses richesses et de ses ressources naturelles ».

je ?, 1983 n° 2088 ; M. BEDJAOU, Pour un nouvel ordre économique international, Paris, UNESCO, 1986, B. STERN, *Un nouvel ordre économique international ?*, Paris, Economica, 1983 ; D. CARREAU, « Le NOEI », *JDI*, 1977, pp. 595-605 ; P.M. EISEMANN, « Le nouvel ordre économique international en tant que concept juridique », *Annuaire du Tiers monde*, 1976, pp. 103-113 ; G. FEUER, « Les Nations unies et le NOEI », *JDI*, 1977, pp. 606-629 ; J. MAKARCZYK, *Principles of a New International Economic Order*, Dordrecht, Nijhoff, 1988 et *V. infra* note 139.

<sup>134</sup> Comme le notait l'arbitre R.J. Dupuy dans un passage de la sentence *Texaco* : « ce texte a été voté à la majorité, celle-ci comprenant de nombreux Etats du Tiers Monde, mais également plusieurs pays occidentaux développés à économie de marché, dont le plus important, les Etats-Unis », sentence *Texaco Calasatiac-Calasatiac (TOPCO) c. Gouvernement libyen*, 29 janvier 1977, *JDI*, 1977, pp. 350-389, § 84 ; G. COHEN-JONATHAN, « L'arbitrage *Texaco-Calasatiac c. Gouvernement libyen* », *AFDI*, 1977 pp. 452-479 ; J.F. LALIVE, « Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères », *JDI*, 1977, pp. 319-349, et pour une critique vigoureuse mais non entièrement justifiée, F. RIGAUD, « Des dieux et des héros — Réflexions sur une sentence arbitrale », *RCDIP*, 1978, pp. 435-459.

Dans cette résolution 1803, certaines conditions étaient mises à la faculté de nationaliser (motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national). Mais qui mieux que l'Etat peut décider de ce qui est d'intérêt national ? Et la récupération de la propriété des ressources naturelles n'est-elle pas par excellence d'intérêt national ? Ces conditions, en fait, ont été rarement prises en défaut, et il est rare qu'un tribunal arbitral remette en cause la décision de nationaliser en elle-même, sauf abus flagrant<sup>135</sup>.

Le seul sujet sur lequel se concentrent les tensions est la compensation à accorder aux propriétaires expropriés. Sur ce point également il semblait qu'un certain équilibre avait été atteint. La nécessité d'une indemnisation était reconnue tant sur le plan du droit interne de l'Etat qui nationalise que sur le plan du droit international. Celui-ci était d'ailleurs également mentionné au paragraphe 3 de la résolution qui précisait que dans le cas où une autorisation est accordée à des capitaux étrangers de s'investir dans un Etat, ces capitaux et les revenus qui en proviennent « seront régis par les termes de cette autorisation, par la loi nationale en vigueur et par le droit international ». Ce qui revient à dire que les Etats ne sont pas les seuls maîtres du statut des investissements mais qu'ils doivent tenir compte des règles du droit international en la matière.

S'agissant des nationalisations, il y a donc des règles de droit international à respecter et parmi ces règles celle qui requiert une indemnité « adéquate ». Certes on n'a pas là la formule Hull dans son entièreté, une indemnité « adéquate, prompt et effective », mais dans la pratique cela n'aurait pas impliqué des différences vraiment importantes. En outre, *last but not least*, en cas de « controverse » entre « parties intéressées », autrement dit les Etats d'origine et les Etats d'accueil des investissements mais aussi les investisseurs personnes privées, le recours à l'arbitrage ou au règlement judiciaire international est recommandé (« devrait être soumis »), sous réserve, pour les parties privées, de l'épuisement des voies de recours internes.

Cette résolution cependant est intervenue au début du grand mouvement de remise en cause du droit international par le tiers-monde et alors même que l'accession à l'indépendance des Etats anciennement colonisés n'était pas terminée. Au début des années soixante-dix, une majorité d'Etats entreprit de pousser plus loin l'avantage que donnait le nombre à l'Assemblée générale des Nations Unies et décida d'engager un véritable bouleversement de l'ordre juridico-économique international ancien. Il en résulta, à l'ONU même, trois grandes résolutions qui marquèrent très profondément la société internationale à la fois dans sa dimension interétatique et dans sa dimension transnationale (les rapports entre Etats et entreprises). La sixième session extraordinaire de l'Assemblée générale, le 1<sup>er</sup> mai 1974, adopta par la résolution 3201 (S-VI), la *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique*

<sup>135</sup> V. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, op. cit., pp. 342-343 qui cite la sentence *Letco c. Libéria*, du 31 mars et 14 mai 1986 où les biens saisis par l'expropriation n'ont pas été transférés à la puissance publique mais à un opérateur privé. Et sur toute cette question, v. *infra* P.M. DUPUY, Y. RADI, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », chapitre 10, pp. 375 et s.

internationale accompagnée d'un *Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international* (Rés. 3202 (S-VI)). Les deux textes furent complétés par la résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974 de l'Assemblée générale des Nations Unies, sur la *Charte des droits et devoirs économiques des Etats*<sup>136</sup>. Dans cette Charte, les articles 1 et 2 posaient les principes nouveaux qui devaient régir les relations entre Etats et investisseurs :

« 1. Chaque Etat détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer.

2. Chaque Etat a le droit

a) De réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun Etat ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investisseurs étrangers ;  
[...]

c) De nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'Etat qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet Etat, à moins que tous les intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des Etats et conformément au principe de libre choix des moyens. »

Les différences avec la résolution 1803 (XVII) sont évidentes et bien connues : aucune référence n'est faite au droit international ni en ce qui concerne la réglementation des investissements ni en ce qui concerne le paiement d'une indemnité en cas de nationalisation. Cette indemnité est fixée « conformément à la législation interne » de l'Etat nationalisant qui régit également le règlement des différends éventuels. Ceux-ci peuvent être résolus aussi par « d'autres moyens pacifiques » sans qu'on ne précise lesquels et en particulier pas l'arbitrage ou le règlement judiciaire international. La résolution proclamant la *Charte des droits et devoirs économiques des Etats* fut adoptée par 118 voix pour, 6 contre et 10 abstentions. Il y eut aussi un vote séparé sur l'article 2, § 2(c) de la Charte qui fut adopté par 104 voix pour, 16 voix contre et 6 abstentions. Comme le note encore l'arbitre dans la sentence *Texaco*, les pays exportateurs de capitaux votèrent tous contre ou s'abstinrent<sup>137</sup>. Il était clair que

<sup>136</sup> Sur ces questions, v. les références données *supra* n. 133 sur le nouvel ordre économique international. V. aussi J. CASTAÑEDA, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Note sur son processus d'élaboration », *AFDI*, pp. 31-56 ; M. VIRALLY, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Note de lecture », *AFDI*, 1974, pp. 57-77 ; G. FEUER, « Réflexions sur la Charte des droits et devoirs économiques des Etats », *RGDIP*, 1975, pp. 273-320 ; G. ELIAN, *The Principle of Sovereignty Over Natural Resources*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1979 ; N. SCHRIJVER, *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge, CUP, 1997. Pour le texte même des résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies et des autres organisations elles sont désormais facilement consultables par internet.

<sup>137</sup> Sentence *Texaco Calasattic c. Gouvernement libyen*, 29 janvier 1977, § 85.

la résolution représentait la volonté des pays du tiers-monde et des pays du bloc communiste sans prise en compte des intérêts des Etats d'origine des investissements internationaux. Il en résultait une remise en cause de certains des principes les plus importants du droit international des investissements dans leur formulation classique.

2. *Le rejet des principes classiques du droit international ou leur réinterprétation radicale.*

La *Charte des droits et devoirs économiques des Etats* pouvait être vue comme une victoire de la doctrine Calvo : si l'indemnisation des biens expropriés dépend purement et simplement des lois et règlements de l'Etat, on ne voit guère pourquoi celui-ci indemniserait mieux et plus les étrangers que les nationaux. L'article 2(2)(c) évoque bien la prise en compte des « circonstances qu'il [l'Etat qui nationalise] juge pertinentes » mais on ne perçoit pas exactement ce qu'elles pourraient être. En tout cas elles ne peuvent être suscitées par une « ingérence, pression ou menace extérieure d'aucune sorte » strictement interdits par l'article 1<sup>er</sup> de la Charte. On en conclut que, comme le soutenait C. Calvo, tout ce qu'un investisseur étranger peut espérer c'est d'être traité comme un national et jamais au-delà<sup>138</sup>.

Il y a aussi dans la *Charte* une aversion à l'égard de tout type de juridiction internationale susceptible d'imposer son interprétation de telle ou telle question du droit international. Dans l'esprit de la *Charte des droits et devoirs économiques*, les décisions des Etats dans leur mise en œuvre du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles ne peuvent être remises en cause. Dans l'hypothèse d'un litige entre un Etat et des personnes privées, celles-ci doivent s'adresser aux juridictions de l'Etat. Ceci s'accompagne d'une conception étroite du déni de justice susceptible de justifier une protection diplomatique de la part de l'Etat d'origine de l'investisseur. Il n'y a un tel déni de justice que si la personne privée ne peut accéder aux tribunaux de l'Etat ou si ceux-ci ne respectent pas les conditions minimales d'un procès équitable. Toute autre question de fond est laissée à l'interprétation souveraine des juridictions nationales.

Mais si en outre on veut rappeler le bouillonnement d'idées qui accompagna la recherche d'un nouvel ordre économique international il faut évoquer aussi certaines analyses radicales qui avaient cours dans les années soixante-dix<sup>139</sup>.

<sup>138</sup> R. KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, op. cit. p. 50.

<sup>139</sup> Pour un aperçu général des revendications du tiers-monde dans le domaine qui nous occupe, M. BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international*, op. cit., A. MAHIOU, « Les implications du nouvel ordre économique international », *RBDI*, 1976, pp. 421-450 ; P. VELLAS, « Droit de propriété, investissements étrangers et nouvel ordre économique international », *JDI*, 1979, pp. 21-33. A.O. ADEDE, « The Minimum Standards In a World of Disparities », in R. St. J. MACDONALD, D. M. JOHNSTON, *The Structure and Process of International Law : Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, pp. 1001-1026. V. aussi B. WESTON, « The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth », *AJIL*, 1981, pp. 437-475 et du même auteur, « The New International Economic Order and the Deprivation of Foreign Proprietary Wealth : Reflections upon the Contemporary



S'agissant par exemple de la nécessité d'indemniser la propriété nationalisée, l'idée se fit jour que si la propriété de l'investisseur devait être indemnisée il fallait tenir compte aussi, et en sens inverse, de l'exploitation que celui-ci ou son Etat d'origine avait fait subir aux peuples dominés. C'est ainsi que la sixième Assemblée générale extraordinaire des Nations Unies dans sa *Déclaration concernant l'instauration d'un Nouvel ordre économique international* (Res. 3201 (S-VI)), avait proclamé dans son paragraphe 4 :

« Le nouvel ordre économique international devrait être fondé sur le plein respect des principes ci-après : [...] f) [le] droit pour tous les Etats, territoires et peuples soumis à une occupation étrangère, à une domination étrangère et coloniale ou à l'apartheid d'obtenir une restitution et une indemnisation totale pour l'exploitation, la réduction et la dégradation des ressources naturelles et de toutes les autres ressources de ces Etats, territoires et peuples ».

Une application anticipée de ces principes avait été faite par le Chili, en 1971, lors de la nationalisation de la grande société d'exploitation du cuivre, la Braden Kennecott. Les autorités chiliennes avaient adopté une attitude très légaliste en évaluant la valeur de la société expropriée et de là le montant de l'indemnisation à verser. Mais elles prirent en compte en même temps le fait que la société qui avait amorti depuis longtemps son investissement, tirait des bénéfices exorbitants de l'exploitation des mines chiliennes avec un taux de profit de 25 à 30% là où celui-ci ne s'élevait en moyenne qu'à 9% dans l'industrie cuprifère mondiale. L'entreprise réalisait donc des bénéfices jugés excessifs au détriment du Chili, bénéfices qui devaient être déduits du montant de l'indemnité de nationalisation. Une fois l'opération effectuée, c'était la société Braden Kennecott qui devait de l'argent au Chili et non le contraire<sup>140</sup>.

La prise en compte des bénéfices excessifs dans l'évaluation de l'indemnité suivant une nationalisation n'était pas la seule idée avancée par la doctrine tiers-mondiste. Bien plus radicale était la position adoptée par un des représentants de cette doctrine, le professeur Norman Girvan de la Jamaïque, qui défendait l'idée, dans un article au titre expressif, « Expropriating the Expropriators », que la question de l'indemnisation ne pouvait faire l'impasse sur le tort causé aux peuples colonisés soumis à l'esclavage pendant un ou deux siècles et parfois plus. La richesse de l'Occident s'était donc construite sur la réduction en esclavage, le commerce des esclaves et l'oppression de centaines de millions de personnes. Ce tort immense pouvait être calculé en prenant en compte, par exemple, le montant des salaires qui auraient dû être payés à la masse des esclaves travaillant dans la servitude. Mais il fallait aussi intégrer la différence entre les salaires normalement payés à des travailleurs non surexploités et les

salaires de misère versés aux populations indigènes même si elles n'étaient pas réduites en esclavage. Il fallait tenir compte aussi dans le calcul de l'indemnisation du fait que ces populations n'avaient jamais eu la possibilité d'accéder à la propriété des terres et à la prospérité des territoires exploités par les blancs. Des calculs plus ou moins détaillés furent présentés pour de futures négociations à mener avec les Etats colonisateurs et les entreprises multinationales qui étaient leur instrument. Il en ressortait, on l'imagine, que l'indemnisation « adéquate » à verser aux entreprises expropriées dans la doctrine classique du droit international recevait une interprétation toute autre que celle envisagée jusqu'alors. Etaient en fait crédetes d'une telle indemnisation, les Etats anciennement colonisés, étaient débiteurs les Etats coloniaux et leurs entreprises<sup>141</sup>.

Sur le plan du droit international, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies (auxquelles il faudrait ajouter les autres résolutions adoptées par d'autres organes des Nations Unies et les résolutions dans les Institutions spécialisées) ouvraient une période de grande incertitude quant au contenu exact du droit positif en ce qui concernait les nationalisations et leur indemnisation. Cette incertitude était encore nourrie du fait que de très nombreux accords d'indemnisation forfaitaire étaient conclus entre Etats nationalisant et Etats d'origine des entreprises nationalisées. La question soulevée par ces *lump-sum agreements*, qui accordaient en général des indemnisations bien inférieures à la valeur des biens nationalisés, étaient de savoir s'ils remettaient en cause la règle de droit coutumier défendue par les Etats occidentaux de l'indemnisation adéquate. Pour certains, en effet, ces accords impliquaient que les Etats développés avaient accepté l'idée qu'une nationalisation pouvait ne pas être indemnisée à la valeur exacte du bien expropriée<sup>142</sup>. Ce qui s'exprimait aussi par le biais de l'idée que toute indemnisation sur laquelle les parties s'étaient accordées était par définition adéquate<sup>143</sup>.

La conséquence, paradoxale mais prévisible, en fut un détournement massif des flux d'investissements qui délaissèrent les pays du Tiers monde pour se diriger vers les pays développés<sup>144</sup>. Ceux-ci furent les bénéficiaires inattendus de la philosophie du nouvel ordre économique international. Mais il fallut bien remplacer les flux de capitaux étrangers manquants. Ils le furent, dans un premier temps, par des emprunts auprès de diverses banques privées et des banques de développement internationales (BIRD, Banque interaméricaine de développement, Banque africaine de développement etc). La solution était

<sup>141</sup> N. GIRVAN, « Expropriating the Expropriators : Compensation Criteria from a Third World Viewpoint », in R. B. LILLICH (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, pp. 89-148.

<sup>142</sup> V. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p. 442.

<sup>143</sup> V. R. B. LILLICH, B. H. WESTON, *International Claims : Their Settlement by Lump-Sum Agreements*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975 ; A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment treaties. Standards of Treatment*, op. cit., pp. 34-35. Et, *infra*, chapitre 10, P. M. DUPUY, Y. RADU, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte ».

<sup>144</sup> V. Ch. LEBEN, « Les investissements miniers dans les pays en développement », *JDI*, 1986, pp. 895-957, pp. 898-902.

International Law Debate », in R. B. LILLICH (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, pp. 89-148.

<sup>140</sup> V. Cl. IMPERIALI, « Les bénéfices excessifs, une pratique limitée et controversée », *AFDI*, 1978, pp. 678-710. La société Braden Kennecott, chercha et obtint à plusieurs reprises la mise sous séquestre des expéditions de cuivre venant de ses mines expropriées, auprès des tribunaux en Europe, sur la base de l'ordre public du for ne supportant pas des expropriations sans indemnisation (pour la France, Cl. IMPERIALI, *ibid.*, pp. 699-701 ; pour l'Allemagne, I. SEIDL-HOHENVELDERN, « Chilean Nationalization Cases before German Courts », *AJIL*, 1975, pp. 110-119.

logique et devait permettre un développement économique sans apport de capitaux des entreprises étrangères. Ce développement devait aider à rembourser les emprunts et à fournir les capitaux nationaux pour progresser encore plus loin.

Mais ce ne fut pas ce qui se produisit. Pour des raisons que seuls les économistes sont susceptibles (peut-être) de comprendre, les économies nationales n'obtinrent pas les résultats escomptés. Pour rembourser les emprunts il fallut recourir à d'autres emprunts jusqu'à aboutir à une situation où les Etats surendettés ne trouvèrent plus de crédit auprès de banques effrayées par les risques qu'elles avaient pris<sup>145</sup>. Il fallait trouver d'autres sources de financement, c'est-à-dire pratiquement, s'adresser de nouveau aux entrepreneurs privés<sup>146</sup>. Mais ceux-ci ne pouvaient accepter de revenir dans les pays du tiers-monde que s'ils bénéficiaient de garanties juridiques internationales quant à la protection de leurs investissements. Peu à peu, et en fonction des besoins ou si l'on veut du rapport des forces, les pays développés réussirent à entraîner les pays en développement hors de l'idéologie du nouvel ordre économique international et obtinrent la réaffirmation des principes juridiques de base qui avaient été ceux du droit international antérieur « classique » ou « traditionnel ».

## B. La résistance des Etats exportateurs de capitaux

La résistance de l'ordre ancien libéral, celui défendu par les Etats exportateurs de capitaux sources des grands flux d'investissements, s'est exprimée de multiples façons : loin d'accepter que les litiges entre investisseurs et Etats d'accueil soient par principe soumis aux seuls tribunaux de ces Etats, les Etats d'origine des investisseurs vont chercher et réussir à promouvoir le mode de règlement arbitral comme le mode de principe du contentieux international dans le domaine des investissements internationaux ; loin d'accepter l'idée que les Etats sont les seuls maîtres du contenu du droit à appliquer aux investissements, ils vont promouvoir la conclusion de traités bilatéraux puis multilatéraux qui aboutissent à un régime international des investissements à l'opposé de la liberté souveraine imaginée par

<sup>145</sup> Selon un auteur le montant de la dette extérieure de tous les pays en développement est passée de 68,4 milliards de dollars en 1970 à 635,8 milliards de dollars en 1980 (B. EICHENGREEN, *Capital Flows and Crisis*, Cambridge, The MIT Press, 2004, p. 40, cité par K.J. VANDELDELDE, *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., p. 60). Le montant de la dette extérieure du Mexique sur laquelle ce pays fit défaut en août 1982 se montait à 80 milliards de dollars. Vandeveldel note en retraçant l'histoire de la crise de la dette que « [d]evelopping countries that in the past might have equated foreign direct investment with external control of their economy or even neocolonialism found that international lending institutions could exercise far more control over their economies than foreign direct investors », op. cit., p. 61. Vandeveldel indique également que l'une des raisons des difficultés rencontrées par les Etats en développement pour trouver de nouveaux financements tient à ce que les Etats-Unis étaient devenus, après le deuxième choc pétrolier, un pays connaissant un déficit budgétaire chronique et immense qu'il fallait financer. Les Etats-Unis, à l'époque de R. Regan, se sont donc trouvés en concurrence sur le marché international financier avec les pays en développement. Bien évidemment les prêteurs préférèrent les Etats-Unis ce qui aggrava encore la crise de la dette des Etats en développement (K.J. VANDELDELDE, *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., p. 60).

<sup>146</sup> Cet auteur note encore : « [u]nable to borrow sufficient funds and with their domestic savings fleeing abroad, developing countries found foreign private direct investment one of the few remaining sources of capital available » (ibid., p. 62).

les tenants du nouvel ordre économique international. La combinaison de l'arbitrage et des traités de protection va en fait mettre en place un régime international tel qu'il n'avait jamais existé auparavant y compris dans la formulation d'un nouveau standard minimum de traitement. Il faut signaler encore parmi les signes de résistance de l'ordre ancien l'apparition d'un type de contrat spécifique, le « contrat d'Etat » qui, pour certains, constitue un nouvel acte de droit international. Si son importance aujourd'hui est moindre du fait de l'existence des traités de protection des investissements, il ne doit pas être ignoré car il offre une alternative utile en l'absence de tels traités.

### 1. Maintien et expansion de l'arbitrage comme mode privilégié de règlement des différends.

C'est le règlement arbitral international des litiges entre Etats et investisseurs qui a été le mécanisme essentiel par lequel l'interprétation libérale du droit international des investissements s'est maintenue et s'est même amplifiée. Sans lui pas de contrat d'Etat, sans lui pas de traité de protection offrant aux investisseurs la garantie du droit international.

Lorsque commence l'après deuxième guerre mondiale, l'arbitrage ne joue encore qu'un rôle limité dans le droit international des investissements. Sa contribution la plus importante est sans doute la jurisprudence établie par les commissions mixtes arbitrales, tout particulièrement celles instituées par les Etats-Unis et les Etats européens, d'une part, et plusieurs Etats d'Amérique latine, et en particulier le Mexique et le Venezuela d'autre part<sup>147</sup>. Les commissions mixtes mettent toujours face à face deux Etats, néanmoins la présence des personnes privées dont les demandes sont endossées par leur Etat national apparaît de plus en plus au grand jour. Le phénomène est encore accentué avec les tribunaux arbitraux mixtes créés par les traités de paix après 1918 (articles 297 à 304 du traité de Versailles et les articles correspondants dans les autres traités de paix et en particulier la convention germano-polonaise relative à la Haute Silésie du 15 mai 1922), qui ont pour but de statuer sur les réclamations de particuliers à l'égard des Etats ennemis pour des dommages qui leur auraient été causés ou sur des litiges entre ressortissants des deux camps, en particulier en matière contractuelle<sup>148</sup>.

<sup>147</sup> V. par exemple, *La réparation des dommages causés aux étrangers par des mouvements révolutionnaires. Jurisprudence de la commission franco-mexicaine des réclamations (1924-1932)*, op. cit., et aussi RSA, vol. 5, pp. 307-560. V. A. H. FELLER, *The Mexican Claims Commission (1923-1934)*, New York, 1935 ; v. aussi L. FLEURY, *L'accès des particuliers aux tribunaux internationaux : un nouveau progrès de la justice internationale*, thèse Paris, 1932 et V. supra note 103.

<sup>148</sup> V. J.-C. WITENBERG, *Etude sur la compétence des tribunaux arbitraux mixtes institués en vertu de l'article 304 B, alinéa 1 du traité de Versailles, concernant les dommages causés par les enlèvements des biens des particuliers au cours de l'occupation allemande durant la Grande guerre, 1914-1918*, Paris, Sirey, 1925 ; L. FLEURY, *L'accès des particuliers aux tribunaux internationaux : un nouveau progrès de la justice internationale*, op. cit. ; R. BLÜHDORN, « Le fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes créés par les traités de Paris », *RCADI*, 1932-III, t. 41, pp. 137-244 ; S. SEFERIADES, « Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales », *RCADI*, 1935-I, t. 51, pp. 1-120 ; C. CARABIBER, « L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers », *RCADI*, 1950-I, t. 76, pp. 217-318. La Cour de justice centre américaine qui a été établie en 1907 et a fonctionné jusqu'en 1917, prévoyait la possibilité d'une saisine par un

La grande innovation dans ce domaine est, comme on l'a vu, l'apparition dans les années trente, de contrats entre Etats et personnes privées (et plus spécifiquement des investisseurs), avec des clauses compromissaires prévoyant la possibilité pour les particuliers d'attirer leur cocontractant étatique devant un tribunal arbitral international (V. *supra* p. 38 et s.)<sup>149</sup>. Mais personne ne connaît encore la jurisprudence qui va découler de ces clauses. Même si on sait déjà qu'un arbitrage s'est tenu entre la société Lena Goldfields et l'Union soviétique la teneur de la sentence n'a pas encore été révélée dans ses détails. Ce qui va apparaître dans les années 50/70 du XX<sup>ème</sup> siècle, ce sont plusieurs grandes affaires dans le domaine pétrolier qui opposent directement des sociétés pétrolières et des Etats pour des questions qui touchent au droit international des investissements (droit applicable, rupture de contrats de concession, indemnisation de nationalisation etc). Il s'agit des sentences déjà indiquées *supra* *Abu Dhabi* (1951), *Ruler of Qatar, Aramco* (1958), *Sapphire* (1963), les trois sentences libyennes, *Texaco, Liamao* et *BP* et la sentence *Aminoil* (1982)<sup>150</sup>.

Ces différentes sentences ont eu un retentissement considérable et ont entraîné une réflexion doctrinale intense qui donnera naissance tout aussi bien à la théorie du contrat internationalisé ou contrat d'Etat qu'à la théorie de la *lex mercatoria*<sup>151</sup>. Les deux théories, en fait, entérinent les principes de base d'un droit international classique, libéral. Mais il ne s'agit encore que d'arbitrages *ad hoc* dépourvus de tout caractère institutionnalisé. L'autre grande et décisive avancée sera l'apparition de forums d'arbitrage permanents qui vont aider au fonctionnement habituel des arbitrages ou qui mettront en place un véritable centre d'arbitrage international autonome. Ces forums peuvent avoir une nature privée. C'est le cas de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (qui longtemps n'a eu qu'un rôle modeste dans le domaine des différends entre Etats et investisseurs privés), de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, de la London Court of International

Arbitration, auxquels on peut ajouter aujourd'hui différents autres centres d'arbitrage comme celui de la Chambre de commerce d'Abu Dhabi ou le Centre d'arbitrage international de Singapour.

Mais pour importants que ces forums privés peuvent être aujourd'hui, ce sont les forums établis par traités, clairement inscrits dans l'ordre juridique du droit international public et mettant en place un mécanisme d'arbitrage auto-suffisant qui ont le plus contribué par leur jurisprudence à l'évolution du droit international des investissements et au maintien des grands principes traditionnels de ce droit. Les deux plus importants de ces forums<sup>152</sup> sont bien évidemment le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) institué par la convention de Washington du 18 mars 1965 élaborée sous l'égide de la Banque mondiale, d'une part, et le Tribunal des différends irano-américains mis en place par les Accords d'Alger du 19 janvier 1981, d'autre part<sup>153</sup>.

Les deux institutions ne sont pas d'une nature totalement semblable. Le tribunal mis en place par les Accords d'Alger est proche des commissions mixtes arbitrales que l'on connaît depuis longtemps en droit international<sup>154</sup> et il a une fonction bien délimitée : régler tous les litiges nés de la révolution iranienne qui opposent les ressortissants des Etats-Unis à l'Iran, et les ressortissants iraniens aux Etats-Unis. Les réclamations suscitées par la révolution iranienne de 1979, et qui « naissent de dettes, de contrats (...), d'expropriation ou d'autres mesures affectant les droits de propriété ... » (art.II(1) de la Déclaration sur le contentieux) devaient être soumises au plus tard le 19 janvier 1982. Près de 3900 réclamations de ressortissants américains furent déposées à l'encontre de la République islamique d'Iran. Le tribunal est toujours en fonctionnement et a réglé déjà plus de 3000 affaires (selon le site internet du tribunal) mais un jour

particulier. V. la première sentence rendue sur une telle saisine, *AJIL*, 1909, pp. 737-747 et plus généralement, N. POLITIS, *La justice internationale*, Paris, Hachette, 1924, p. 139-155. On notera qu'Anzilotti, dans la logique de sa théorie dualiste du droit international, écrit : « Quant aux tribunaux arbitraux mixtes institués par les récents traités de paix, ce sont des organes juridictionnels communs à deux Etats et non pas des organes juridictionnels internationaux (...). Les dispositions des traités en question, qui accordent à l'individu le droit de recourir aux tribunaux arbitraux mixtes et établissent les règles applicables à ces tribunaux sont devenus des normes internes de chacun des Etats contractants » et ceci du fait de la réception de ces traités dans le droit interne des Etats. V. D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999, pp. 135-136.

<sup>149</sup> Sur ce point, v. les développements de F.V. GARCIA-AMADOR, 5<sup>ème</sup> rapport sur la responsabilité des Etats, *Ann. CDI*, 1960, pp. 47-53. Le rapporteur cite une clause compromissaire dans un contrat d'investissement conclu en 1947, entre un investisseur cubain et Haïti (*op. cit.*, p. 48, § 46).

<sup>150</sup> V. les références données *supra*, notes 100 à 102. *Adde*, *Libyan American Oil Cy (LIAMCO) c. Gouvernement de la République arabe libyenne*, sentence du 12 avril 1977, *Rev. arb.*, 1980, pp. 132-191 ; *BP Exploration Company c. Gouvernement de la République arabe libyenne*, sentence du 10 octobre 1973, *Rev. arb.*, 1980, pp. 117-131, *Gouvernement de l'Etat du Koweït c. American Independent Oil Cy (Aminoil)*, sentence du 24 mars 1982, *JDI*, 1982, pp. 869-909.

<sup>151</sup> Sur l'aspect « mercatique » du bouillonnement doctrinal issu des pratiques nouvelles dans les relations économiques internationales après 1945, v. *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982.

<sup>152</sup> Il faut ajouter la Cour permanente d'arbitrage (CPA), créée par traité lors de la première conférence de la paix de La Haye en 1899 et confirmée en 1907, pour favoriser le règlement arbitral des litiges entre Etats. V. N. POLITIS, *La justice internationale*, *op. cit.* p. 100-126, J.L. SIMPSON, H. FOX, *International Arbitration. Law and Practice*, Londres, Stevens, 1950, pp. 12-16. La CPA accepta d'examiner une première affaire entre une entreprise et un Etat dès 1934 (affaire *Radio Corporation of America v. China*). Par la suite le Conseil d'administration permanent de la CPA, adopta un ensemble de règles pour le règlement des litiges entre deux parties dont l'une est un Etat. Plusieurs affaires importantes et récentes ont fait l'objet d'un arbitrage sous l'égide de la CPA comme *Larsen* (2001), *Banque des règlements internationaux* (2003), *Saluka* (2006), *Eurotunnel* (2007) ou *Youkos* (2014).

<sup>153</sup> V. B. AUDIT, « Les Accords d'Alger du 19 janvier 1981, tendant au règlement des différends entre les Etats-Unis et l'Iran », *JDI*, 1981, pp. 713-786 ; CEDIN, *Le tribunal des différends irano-américains*, Nanterre, Université Paris X, 1985 ; Ch. BROWER, J. BRUESCHKE, *The Iran-U.S. Claims Tribunal*, La Haye, Nijhoff, 1988 ; M. MOHEBI, *The International Law Character of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, La Haye, Kluwer, 1999. Pour une chronique de la jurisprudence du tribunal, v. P. DAILLIER *et alii*, *AFDI*, 1999, pp. 515-553 et *AFDI*, 2000, pp. 326-379.

<sup>154</sup> La nature juridique du tribunal instauré par les Accords d'Alger a suscité quelques hésitations, V. Ph. FOUCHARD, « La nature juridique de l'arbitrage du tribunal des différends irano-américains », in CEDIN, *Le tribunal des différends irano-américain*, *op. cit.*, pp. 27-48, et les observations de M. Virally, qui considérait quant à lui « qu'on est en présence d'une institution tout à fait classique et bien connue des internationalistes, l'arbitrage international de droit international public », et l'auteur mentionnait les tribunaux arbitraux mixtes comme précédents (*op. cit.*, p. 50).

ou l'autre, ayant traité la dernière affaire, il disparaîtra. Il laissera une des plus importantes jurisprudences de droit international économique du XX<sup>ème</sup> siècle.

Le CIRDI, en revanche, se présente comme une institution pérenne de règlement des différends relatifs aux investissements dont le rôle joué dans la formulation et l'application du droit international des investissements sera illustré dans presque toutes les pages de cet ouvrage. Pour la Banque mondiale, et plus spécialement pour son conseiller juridique A. Broches qui fut à l'origine du projet, il s'agissait de favoriser le développement des investissements internationaux du Nord au Sud, en offrant aux entreprises une garantie juridique majeure, à savoir la possibilité de saisir une instance arbitrale neutre, compétente pour statuer entre elles et les Etats d'accueil des investissements. Le tout devait s'appuyer sur un règlement d'arbitrage, sur des conditions d'exécution dans le for des Etats membres ignorant les difficultés de l'*exequatur* et *in fine* bénéficiant de la puissance de la Banque mondiale présente à l'arrière plan du fonctionnement du CIRDI<sup>155</sup>.

Par ratification de la convention de Washington les Etats, 150 à l'heure actuelle, acceptent qu'en cas de litige entre un Etat contractant et un ressortissant d'un autre Etat contractant relatif à un investissement, le ressortissant puisse saisir le Centre et provoquer la constitution d'un tribunal arbitral. L'acceptation de la compétence du Centre peut être inscrite dans une clause compromissoire d'un contrat ou dans un autre texte de droit (loi interne ou traité international). Les conditions dans lesquelles fonctionnent les tribunaux arbitraux et les problèmes qui accompagnent ce fonctionnement seront vus dans la deuxième partie de cet ouvrage.

Ce qui est à retenir ici, c'est tout d'abord le fait que l'arbitrage international est effectivement devenu le mode de règlement par excellence des différends entre investisseurs et Etats hôtes, du moins à partir d'une certaine taille de l'investissement. Ceci est encore accentué, comme on le verra, par le fait que les traités de promotion et protection des investissements entérinent dans leur très grande majorité ce mode arbitral de règlement des différends. Il y a là une évolution qui est exactement à l'opposé de ce qui était voulu par les partisans d'un nouvel ordre économique international. Ceux-ci souhaitaient réinsérer le contentieux avec les investisseurs étrangers dans l'ordre juridique étatique. Mais cette réinsertion était tout simplement incompatible, dans la plupart des cas, avec la recherche par les investisseurs d'un mode de règlement des litiges qui égalise, autant que possible, les conditions juridiques entre eux-mêmes et les Etats. Le seul moyen d'obtenir cela était le recours à l'arbitrage. Il y a là, naturellement, l'expression d'un rapport de forces.

Cet échec de l'aspect contentieux de la théorie du nouvel ordre économique international (comment doit-on régler les litiges entre Etats et investisseurs privés ?), s'accompagne aussi d'une défaite sur le plan substantiel (quel est le contenu du droit qui s'applique à ces litiges ?). Pour ne donner qu'un seul exemple portant sur la question centrale de l'indemnisation en cas de

nationalisation, il est vraisemblable qu'on ne trouve pas une seule sentence arbitrale, que ce soit les sentences pétrolières des années 70 ou 80 ou les sentences du Tribunal des différends irano-américains ou les sentences de tribunaux CIRDI, ou de tribunaux arbitraux *ad hoc*, qui ait accepté de considérer que le droit positif en la matière était celui exprimé par la Charte des droits et devoirs économiques des Etats<sup>156</sup>. Tous au contraire ont affirmé qu'il y avait des règles de droit international qui devaient être respectées, comme l'avait indiqué la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, et en particulier la nécessité d'indemniser de façon adéquate en conformité avec le droit international<sup>157</sup>.

Il faut maintenant rappeler une étape dans l'évolution du droit international des investissements qui, si elle est aujourd'hui dépassée en partie, n'en est pas moins un acquis majeur du droit international du XX<sup>ème</sup> siècle : l'apparition du contrat d'Etat.

## 2. Le contrat d'Etat comme première forme de l'internationalisation du droit des investissements.

De la même façon et dans le même temps que les Etats en développement cherchaient à récupérer l'ensemble des questions juridiques liées à l'investissement international, que ce soit le traitement de celui-ci ou sa nationalisation éventuelle, les entreprises des Etats développés vont, à l'inverse, chercher à élargir le champ d'application du droit international pour bénéficier des garanties que celui-ci peut offrir. Ceci se fera par l'insertion dans les contrats d'investissement de clauses de droit applicable se référant au droit international et/ou aux principes généraux de droit. C'est ainsi, par exemple, que dans les contrats de concession pétrolière conclus avec la Libye, et connus du fait de la nationalisation des sociétés par le colonel Kadhafi, on trouve une clause d'*electio juris* prévoyant :

« La présente concession sera régie par, et interprétée selon, les principes du droit libyen en ce qu'ils ont de commun avec les principes de droit international ; à défaut de principes communs, elle sera régie par, et interprétée selon les principes généraux du droit qui ont pu être appliqués par des juridictions internationales »<sup>158</sup>.

On a pu montrer par l'examen d'un nombre assez important de contrats pétroliers que l'on retrouve des clauses semblables dans la pratique

<sup>156</sup> Comme nous n'avons pas consulté toutes les sentences arbitrales existantes, cette affirmation est de l'ordre de la conjecture en mathématiques : une assertion non prouvée mais qu'on soupçonne d'être vraie du fait qu'on ne connaît pas de contre-exemple.

<sup>157</sup> Sur la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américain en matière d'indemnisation de biens expropriés, v. Chr. DRAHOZAL, Chr. S. GIBSON, *The Iran-U.S. Claims Tribunal at 25*, New York, Oxford, OUP, 2007, pp. 215-374 ; G. ALDRICH, *The Jurisprudence of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 171-276 ; John A. WESTBERG, *International Transactions and Claims Involving Government parties. Case Law of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Washington, D.C., International Law Institute, 1991, pp. 189-252.

<sup>158</sup> V. B. STERN, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1980, pp. 3-43.

<sup>155</sup> A. BROCHES, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States », *RCADI*, 1972, t. 136, pp. 333-407.



contractuelle<sup>159</sup>. Pour ne donner qu'un seul exemple, un contrat pétrolier signé par le Ghana en 1988, comporte la clause suivante que l'on trouve fréquemment dans ce type de contrat :

« *This agreement [...] shall be governed and construed in accordance with the laws of the Republic of Ghana consistent with such rules of international law as may be applicable including rules and principles as have been applied by international tribunals* ». <sup>160</sup>

Et de même, encore, la convention de Washington du 18 mars 1965 créant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, qui deviendra l'acteur majeur de tout le droit international des investissements, comporte un article 42 qui fait lui aussi intervenir une combinaison du droit interne de l'Etat d'accueil de l'investissement et des principes de droit international. Le paragraphe 1, 1<sup>ère</sup> phrase de cet article prévoit que « [l]e tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties » (principe de l'autonomie de la volonté). La deuxième phrase ajoute : « Faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière. » Il n'est pas nécessaire dans le cadre de cette introduction de commenter cet article 42 et la jurisprudence qu'il a engendrée<sup>161</sup>. Ce qui nous importe ici c'est le fait que le droit international (public) fait partie des sources du droit applicable par le tribunal arbitral.

En fait dans les années qui suivent la fin de la guerre, commence une controverse doctrinale qui va s'étendre sur plusieurs décennies quant à la détermination du droit applicable à des contrats d'investissement qui présentent certaines caractéristiques remarquables. Ces contrats ont été dénommés de façons diverses : contrats d'Etat, accords de développement économique, contrats quasi internationaux etc. Il s'agit dans tous les cas d'accords conclus entre des personnes privées et un Etat (ou une personne étatique) mais qui ne sont pas soumis au droit interne de celui-ci et, tout particulièrement, pas à son droit administratif là où il existe. Ils comportent tous des clauses compromissaires permettant la saisine d'un tribunal arbitral, et le droit applicable choisi par les parties est soit le droit de l'Etat mais stabilisé à la date d'entrée en vigueur du contrat (ce qui signifie que l'Etat ne peut plus agir sur lui pour ce qui est de ses rapports avec son cocontractant) soit des 'principes généraux de droit' ou des 'principes de droit international' ou des 'principes généralement acceptés de

droit international' auxquels on ajoute parfois les 'décisions des tribunaux internationaux' et les usages de la profession etc ...<sup>162</sup> Dans tous les cas, le droit applicable doit rendre illicite l'action unilatérale de l'Etat : si celui-ci modifie ou résilie le contrat il sera tenu, éventuellement après une action devant un tribunal arbitral, à indemniser le cocontractant privé.

L'un des premiers à présenter la notion de contrat d'Etat est le juriste germano-britannique F.A. Mann dans un article publié en 1944 dans le *British Yearbook of International Law*, « The Law Governing State Contracts »<sup>163</sup>. L'article ne portait pas sur les investissements internationaux mais sur les emprunts publics et tout particulièrement sur les emprunts contractés par l'Allemagne pour payer les réparations de guerre (de la première guerre mondiale). Mais il traitait d'un problème analogue à celui que l'on rencontre dans les contrats d'investissement. En effet, lorsque les emprunts donnaient lieu à un contrat entre l'Etat allemand et une personne privée, si l'on considérait que le droit applicable était le droit de l'Etat contractant, le créancier (la personne privée) était à la merci du débiteur (l'Etat emprunteur) qui avait la capacité juridique d'agir sur le contrat et de modifier les conditions de l'emprunt. C'est pour éviter ce danger que Mann proposait de faire régir ce type d'emprunt par le droit international<sup>164</sup>.

Cette suggestion adaptée aux contrats d'investissement ne rencontra guère de succès dans un premier temps. La position doctrinale qui ne voyait le droit international que comme un droit ne s'appliquant qu'aux seules relations entre Etats ou entre organisations internationales créées par les Etats, s'opposait à ce que l'on puisse concevoir que ce droit puisse s'appliquer à des contrats conclus avec des personnes privées. Celles-ci ne peuvent en aucune sorte apparaître dans la sphère du droit international. C'était là la position de l'école positiviste dualiste du début du XX<sup>ème</sup> siècle. C'est ainsi que Triepel, un de ses meilleurs représentants avec Anzilotti, écrit :

« Le droit international public règle les rapports entre des Etats et seulement entre des Etats parfaitement égaux. [...] Le particulier, du point de vue d'une communauté de droit liant les Etats en tant que tels, est incapable d'être investi de droit liant les Etats en tant que tels, est incapable d'être investi de droits et de devoirs propres découlant d'un système juridique de cette communauté »<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> V. les exemples donnés par Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *op. cit.*, pp. 270-274.

<sup>163</sup> F. A. MANN, « The Law Governing State contracts », *BYBIL*, 1944, pp. 11- 33, repris in *Studies in International Law*, Oxford Clarendon Press, 1973, pp. 179-172. Mann a continué à s'intéresser au sujet des *state contract* : « The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons », *BYBIL*, 1959, pp. 435-459. V. aussi Sir R. JENNINGS, « State Contracts in International Law », *BYBIL*, 1961, pp. 156-182 ; C. GREENWOOD, « State Contracts in International Law. The Libyan Oil Arbitrations », *BYBIL*, 1982, pp. 27-8 ; D. W. BOWET, « State Contracts with Aliens. Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach », *BYBIL*, 1988, pp. 49- 55.

<sup>164</sup> V. en particulier « The Law Governing State Contracts », *BYBIL*, 1944, pp. 9-21.

<sup>165</sup> H. TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923, t. 1, pp.77-118, p. 80. Ce point de vue est courant dans l'école italienne marquée par la doctrine positiviste dualiste. V. par exemple A.P. Sereni, qui écrit : « *An attempt at applying international law to private relations would be tantamount to seeking to apply the matrimonial laws of France or England to relations between cats and dogs.* », « *International Economic Institutions and the*

<sup>159</sup> Les contrats examinés sont ceux commercialisés par la Barrows Company : *Basic Oil Laws & Concession Contracts*. La société se présente comme « *the world's leading and most comprehensive international reference library for oil, gas, and mineral laws and contracts, serving the petroleum industry for over 50 years* ».

<sup>160</sup> Pour plus de détails sur la pratique contractuelle, v. Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, t. 302, pp. 226-228.

<sup>161</sup> V. Chr. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge, CUP, 2<sup>ème</sup> éd. 2009, pp. 545-639. V. aussi Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *op. cit.*, pp. 264-276. Pour une étude générale, v. J.-M. JACQUET, D. BENTOLILA, « Contrat d'Etat », *JCP, droit international*, Fasc. 571-90 (2013).

Kelsen tout au contraire soutenait l'idée dès 1926, dans un cours à La Haye sur le même sujet que celui traité par Triepel trois ans plus tôt, que la limitation du droit international aux seules relations interétatiques « n'est pas inhérente au droit international [et] ne constitue pas un caractère nécessaire de ses normes »<sup>166</sup>. La position du maître de Vienne, remarquable par son caractère précoce, anticipait sur plusieurs décennies d'évolution du droit international. Dans les années cinquante du XX<sup>ème</sup> siècle elle est encore minoritaire et on voit des internationalistes éminents recourir à des constructions juridiques inutilement compliquées par refus de vouloir envisager que le droit international puisse s'appliquer à des rapports contractuels avec des personnes privées. C'est ainsi que Lord McNair écrit :

« *It is submitted that the legal system appropriate to the type of contract under consideration [il s'agissait de contrats pétroliers] is not public international law but shares with public international law a common source of recruitment and inspiration namely 'the general principles of law recognized by civilized nations'* »<sup>167</sup>.

C'est donc un autre ordre, un tiers ordre, qui peut régir ces relations et non pas « *public international law as at present understood, because the contracts do not deal with interstate relations* » (c'est nous qui soulignons)<sup>168</sup>. Une position proche est également adoptée par Verdross et par d'autres autorités tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle qui ne peuvent se résoudre à envisager un droit international sortant de la sphère des rapports interétatiques<sup>169</sup>.

Il existait donc une opposition doctrinale forte à toute velléité d'introduire le droit international dans les contrats d'investissement<sup>170</sup>. L'évolution va pourtant se faire vers une reconnaissance de la légitimité du recours au droit international pour régir ces contrats, et elle sera portée à la fois par la pratique contractuelle et par la jurisprudence des tribunaux arbitraux. C'est ainsi, tout particulièrement,

*Municipal Law of States* », A. P. SERENI, *RCADI*, 1959, t. 96, p. 210. Pour d'autres exemples, v. Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *op. cit.*, pp. 299-300.

<sup>166</sup> H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926 t. 14, p. 284. Du même auteur, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, 1932, t. 42, p. 170.

<sup>167</sup> A. MCNAIR, « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *BYBIL*, 1957, p. 6.  
<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 19. On notera, bien entendu, que la restriction *as it present understood* laisse la porte ouverte pour une évolution du droit international.

<sup>169</sup> V. A. VERDROSS, « Quasi-International Agreements and International Economic Transactions », *Yearbook of World Affairs*, 1964, pp. 230-247, p. 231 ; M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 373-385. C'est encore le cas de P. MAYER, dans son article « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat » *JDI*, 1986, pp. 5-78.  
Et V. Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *op. cit.*, pp. 316-321.

<sup>170</sup> L'opposition vise aussi à empêcher les personnes privées, mais plus spécifiquement les entreprises multinationales, à se hisser au niveau des Etats et à subvertir leur souveraineté. Dans cet esprit, v. F. RIGAUX, « Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale », *RCDIP*, pp. 435-459 (à propos de la sentence *Texaco*) et M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, pp. 417-429.

que le recours au droit international est devenu une constante dans la jurisprudence du CIRDI<sup>171</sup> et ceci, il faut le souligner, avant même que la combinaison de la jurisprudence *AAPL c. Sri Lanka* (21 juin 1990) et de la prolifération des traités de promotion et de protection des investissements, viennent ancrer solidement les litiges relatifs aux investissements dans l'orbite du droit international comme on le verra *infra*<sup>172</sup>.

Ce recours au droit international dans la pratique contractuelle et la jurisprudence, a enrichi la réflexion doctrinale malgré les résistances qui continuent à se manifester sur la prétendue impossibilité de l'application du droit international à des relations contractuelles entre Etats et personnes privées. Une synthèse défendant au contraire la légitimité du recours au droit international à des contrats d'investissement possédant certaines caractéristiques fut élaborée par Prosper Weil dans une série de textes débutant par son cours à La Haye de 1969<sup>173</sup>. Un pas supplémentaire et décisif dans l'analyse des contrats d'Etat fut présenté par P. Mayer qui montra que doivent être considérés comme contrats d'Etat dans un sens strict de l'expression, i.e. non pas tout contrat entre un Etat et une personne privée, mais uniquement les contrats dont on perçoit par leurs clauses qu'ils ne sont pas conclus avec l'Etat au sens du droit interne mais avec l'Etat au sens du droit international. Autrement dit, les contrats d'Etat, au sens restreint de ce terme, sont ceux conclus en dehors de l'ordre juridique interne de l'Etat partie. Ce qui pour nous signifie que ce contrat est situé dans l'ordre juridique international et se trouve donc régi par le droit international. P. Mayer cependant préfère considérer qu'il s'agit d'un contrat sans loi<sup>174</sup>. Nous avons pour notre part tenté de montrer que le contrat d'Etat peut être analysé comme un nouvel acte de droit international à côté du traité<sup>175</sup>.

Le rôle joué par l'arbitrage est donc tout à fait central mais il n'aurait pas pris l'importance qu'il allait revêtir, si un autre phénomène majeur ne s'était pas produit parallèlement, à savoir la conclusion massive de traités bilatéraux et, dans une moindre mesure multilatéraux, de promotion et de protection des

<sup>171</sup> De fait, dans les rapports entre droit interne et droit international, c'est celui-ci qui finira par dominer dans la jurisprudence arbitrale CIRDI sur l'article 42. Les tribunaux CIRDI vont peu à peu arriver à l'idée que l'application du droit interne, quand elle est justifiée, doit être faite sous le contrôle du droit international qui commande, en dernière instance, le régime du contrat d'investissement international. V. Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat [...] », *op. cit.*, pp. 276-296.

<sup>172</sup> Sur cette question, v. Ch. LEBEN, *ibid.*, pp. 276-296. Sur le recours des tribunaux CIRDI au droit international, v. Chr. SCHREUEUR, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A Commentary*, *op. cit.* 2<sup>ème</sup> éd. 2009, pp. 167-191, et J.-M. JACQUET, D. BENTOLILA, « Contrat d'Etat », *JCP, droit international*, Fasc. 571-90 (2013), qui détaillent longuement les diverses formes d'intervention du droit international. Et v. *infra* L. ACHTOUK-SPIVAK, chapitre 22.

<sup>173</sup> P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *RCADI*, 1969, t. 128, pp. 94-240. Les autres articles de P. Weil ont été rassemblés dans l'ouvrage *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000, pp. 303-423.

<sup>174</sup> V. P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *JDI*, 1986, pp. 5-78.

<sup>175</sup> V. Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *op. cit.*, pp. 235-245. Sur les fondements théoriques de notre analyse du contrat d'Etat, v. Ch. LEBEN, « L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne », in *Mélanges offerts à G. Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale scientifica, 2004, pp. 755-791.

investissements, contenant presque tous (à partir d'une certaine date) des clauses compromissaires permettant aux investisseurs d'attirer leur partenaire étatique devant un tribunal arbitral<sup>176</sup>.

### 3. Expansion sans précédent des traités de protection des investissements et ses conséquences

On a vu, *supra*, que si le commerce international avait fait l'objet de traités spécifiques dès la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, ce qu'on dénomme les traités d'amitié, de commerce et de navigation, l'investissement international en revanche n'avait guère connu un traitement conventionnel spécifique. Certes les Etats-Unis ont conclu après 1945 une vingtaine de traités d'amitié, de commerce et de navigation (*FCN treaties*) dans lesquels les dispositions concernant les investissements occupent une place importante et comportent de nombreuses dispositions que l'on retrouve dans les traités de promotion et de protection des investissements : garantie d'un traitement juste et équitable de l'investissement, clause de la nation la plus favorisée et/ou clause du traitement national interdiction des discriminations, assurance d'une protection et d'une sécurité pleine et entière, nécessité d'une indemnisation prompte, adéquate et effective en cas de nationalisation, droit à un procès équitable (*due process of law*), etc<sup>177</sup>.

Mais sur un point ces traités restaient en deçà de ce que la grande vague des traités bilatéraux de protection des investissements allait imposer. Les traités d'amitié et de commerce, en effet, ne prévoyaient, en cas de litige entre les deux Etats, que le recours à la Cour internationale de Justice ou à un tribunal arbitral interétatique. Les traités de promotion et de protection des investissements, au contraire, allaient comporter une double disposition de recours à l'arbitrage : l'une pour les litiges entre les Etats parties (tribunal interétatique), l'autre et c'est là la disposition capitale, prévoyant le règlement arbitral des différends entre l'Etat d'accueil et l'investisseur<sup>178</sup>. C'est ce mécanisme permettant à la personne

privée d'attirer un Etat devant un tribunal arbitral, refusé longtemps par les Etats développés eux-mêmes comme attentatoire à la dignité de l'Etat, et ce sur le fondement du traité de protection des investissements entre son Etat national et l'Etat hôte de l'investissement, qui deviendra par la suite la caractéristique essentielle des traités de promotion et de protection des investissements.

C'est en 1959, seulement qu'apparaît un premier traité, entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan, se donnant pour but la promotion et la protection des investissements entre les deux Etats<sup>179</sup>. Le fait est passé presque inaperçu à l'époque et à peine pouvait-on noter dans les années qui suivirent qu'il se concluait chaque année dix à vingt traités nouveaux par an. Ces traités prévoyaient en général, dès la fin des années soixante, qu'en cas de litige avec un investisseur, l'un et l'autre Etat, acceptaient d'aller à l'arbitrage pour soumettre le différend à la décision d'un tribunal arbitral<sup>180</sup>. Cependant personne, semble-t-il, n'avait réellement pressenti les conséquences de l'existence de ces traités sur l'arbitrage international.

On verra dans le chapitre 1 de cet ouvrage la formidable croissance du nombre de traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements qui est passé de 385 à la fin des années quatre-vingt à près de 3000 à l'heure actuelle. Conclut tout d'abord entre pays développés et pays en développement, les parties aux traités de protection vont s'élargir aux relations avec les pays communistes ou anciennement communistes, pour devenir fréquents entre Etats en développement eux-mêmes<sup>181</sup>. A ces traités bilatéraux il faut ajouter des traités multilatéraux qui ont le même objectif de promotion et de protection des investissements comme le traité sur la Charte de l'énergie (signé le 17 décembre 1994), ou le traité conclu sous l'égide de la Ligue arabe (*Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States*, 1982) ou des traités qui comportent de tels objectifs dans un cadre plus large, comme les traités de libre-échange (ALENA, 17 décembre 1992 ou le Protocole de Colonia du 5 août 1994

<sup>176</sup> D'après les recherches effectuées par D. Ngouadje pour sa thèse, *Le standard de traitement juste et équitable [...]*, *op. cit.*, c'est dans le traité de promotion et de protection conclu entre l'Italie et le Tchad du 11 juin 1969 que l'on trouve la première disposition permettant à un investisseur d'attirer un Etat sur la base du traité devant un tribunal arbitral. L'article VII de ce traité prévoyait que : « tout différend concernant les investissements, objet du présent accord, qui s'élèverait entre un Etat Contractant (ou n'importe quelle institution ou organisation dépendantes ou contrôlées par le même Etat) et une personne physique ou morale ayant la nationalité de l'autre Etat, sera réglé par la voie diplomatique. Si un différend ne peut être réglé de cette façon il sera soumis à la juridiction du Centre International du règlement des différends relatifs aux investissements, conformément à la convention internationale de Washington du 18 mars 1965 ». Cette formule est reprise à l'article 7 du TBI Italie-Côte d'Ivoire du 23 juillet 1969.

<sup>177</sup> V. VANDELVE, *Bilateral Investment Treaties. History, Policy, Interpretation*, *op. cit.*, pp. 50-53. Il existe désormais une vaste littérature portant sur les traités de protection des investissements. V. par exemple G. SACERDOTI, « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », *RCADI*, 1997, t. 269, pp. 255-463 et V. aussi P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994-VI, t. 250, p. 13-215, p. 106-135.

<sup>178</sup> V. K. J. VANDELVE, « A Brief History of International Investment Agreements », in K. P. SAUVANT, L. E. SACHS, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment : Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, *op. cit.*, p. 17 : « whereas the modern

*FCNs had provided a provision for submission of disputes to the International Court of Justice, the BITs provided for submission to an ad hoc arbitral tribunal* ».

<sup>179</sup> Sur l'historique des TBI, v. entre autres, P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994-VI, t. 250, pp. 13-215 ; G. SACERDOTI, « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », *RCADI*, 1997, t. 269, pp. 251-460 ; K. J. VANDELVE, *Bilateral Investment Treaties. History, Policy, and Interpretation*, *op. cit.*, ch. 2 ainsi que son article « A Brief History of International Investment Agreements », in SAUVANT, SACHS, *The Effect of Treaties on Foreign Investment*, *op. cit.*, pp. 3-36 ; J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit.* tout le chapitre 4, pp. 78-125.

<sup>180</sup> V. J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit.* pp. 137-138. Pour les différences entre les traités d'amitié, de commerce et de navigation d'une part et les traités d'investissement d'autre part, v. K. J. VANDELVE, *Bilateral Investment Treaties [...]*, *op. cit.*, pp. 56-59.

<sup>181</sup> C'est à partir de l'année 2003 que le nombre de TBI se concluant chaque année entre Etats en développement, dépassa le nombre de traités conclus entre ceux-ci et les Etats développés (plus de 600 TBI entre Etats en développement rien que pour la période 2003-2006). V. UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties, 1995-2006 : Trends in Investment Rule Making*, 2007, p. 18, cité par R. DOLZER, Chr. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 21.

au sein du MERCOSUR par exemple) ou encore les traités d'union économique telle que l'Union européenne depuis le traité de Lisbonne<sup>182</sup>.

On trouvera également dans le chapitre 1, une étude sur le contenu de ces traités. Ce qu'on peut dire ici, à titre d'observation générale, c'est qu'aucun (ou presque) n'est conforme à l'idéologie du nouvel ordre économique international avec sa prééminence quasi totale accordée aux Etats d'accueil de l'investissement. Tous les traités donnent des garanties aux Etats d'origine des investissements et à leurs investisseurs, leur promettant un traitement juste et équitable, une protection pleine et entière pour leurs biens, une indemnisation adéquate en cas de nationalisation, un droit applicable pour les contrats qui n'est pas purement et simplement le droit de l'Etat hôte, et une juridiction dont on veut qu'elle soit neutre et impartiale en cas de litige, en pratique un tribunal arbitral.

On est donc en présence, à la fin des années quatre-vingts de deux phénomènes proches mais qui restent distincts : d'un côté l'acceptation, par un nombre grandissant d'Etats, du règlement arbitral pour traiter des litiges entre Etats d'accueil de l'investissement et investisseurs, et de l'autre la conclusion toujours croissante de traités de promotion et de protection des investissements. Ces deux phénomènes vont, tout d'un coup, se rencontrer et provoquer une modification radicale de l'état général du droit international des investissements. Ceci sera l'œuvre de la sentence *AAPL c. Sri Lanka* du 27 juin 1990.

Une entreprise de Hong Kong, AAPL, saisit le CIRDI d'une demande de constitution d'un tribunal arbitral pour juger d'un différend avec le Sri Lanka sur la base du TBI entre le Sri Lanka et le Royaume-Uni auquel était rattaché alors Hong Kong. La société AAPL avait investi dans ce pays pour y créer une usine de production de crevettes. Celle-ci avait été détruite lors de combats opposant des forces gouvernementales aux rebelles tamouls. La société AAPL demanda au Sri Lanka d'indemniser sa perte, ce que celui-ci refusa. L'entreprise décida de saisir le CIRDI sur la base de l'article 8(1) du traité bilatéral avec le Royaume-Uni qui prévoyait :

« 1. Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as 'the Centre') for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington 18 March 1965 any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former ».

Il n'y avait donc pas ici une acceptation spécifique de la compétence du CIRDI à partir d'un contrat, ce qui était l'hypothèse principalement envisagée par la convention de Washington (V. l'article 42 de la convention qui n'a de sens, principalement, que s'il existe un contrat). En l'absence donc d'un contrat contenant une clause compromissoire renvoyant au CIRDI, le tribunal arbitral

<sup>182</sup> V. *infra*, chapitre 16, S. MÉNÉTRY, « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne » et V. J.W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit.* p. 97-104.

aurait pu se déclarer incompétent. Ce ne fut pourtant pas son avis. A l'exemple d'un précédent qui avait accepté la compétence d'un tribunal CIRDI sur la base d'une loi nationale (*SPP c. Egypte*, sentence du 14 avril 1988), et conforté peut-être par une doctrine ancienne mais de poids<sup>183</sup>, le tribunal décida qu'une entreprise pouvait très bien saisir un tribunal CIRDI sur le seul fondement de l'acceptation donnée par l'Etat hôte à l'arbitrage dans un traité<sup>184</sup>.

Le mécanisme ainsi reconnu consistant pour un Etat à faire une offre d'arbitrage en acceptant ce mode de règlement des différends dans un traité (ou dans une loi), permettant par la suite à une personne privée de saisir cette offre en demandant la constitution d'un tribunal arbitral, a été dénommé *arbitration without privity* (J. Paulsson) et en français, arbitrage sans lien contractuel ou arbitrage sans accord spécifique (B. Stern) ou encore arbitrage transnational unilatéral (Ben Hamida)<sup>185</sup>. Contesté par une partie de la doctrine à ses débuts, refusé par divers Etats développés car indigne d'un Etat, ce mécanisme fut adopté de façon massive par tous les tribunaux arbitraux et constitue aujourd'hui le mécanisme juridique le plus puissant qui ait jamais existé pour le règlement international de litiges entre Etats et personnes privées<sup>186</sup>.

En effet, les centaines puis les milliers de traités de promotion et de protection des investissements sont désormais à la disposition des personnes privées pour attirer les Etats devant un tribunal arbitral CIRDI (ou un tribunal arbitral d'un autre centre ou un tribunal *ad hoc* puisque les arbitres en dehors du cadre du CIRDI ont en fait statué de la même façon) et lui reprocher de ne pas avoir respecté les obligations souscrites dans tel ou tel traité. Désormais, il n'est donc plus nécessaire de s'appuyer sur la théorie du contrat d'Etat pour voir le droit international s'appliquer. Celui-ci est désormais là en majesté sous la forme du traité bilatéral ou multilatéral de protection de l'investissement. Les

<sup>183</sup> A. BROCHES, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States », *RCADI*, 1972, t. 136, p. 353 ; P. REUTER, « Réflexions sur la compétence du Centre créée par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », in CREDIMI, *Investissements étrangers et arbitrages entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965*, Paris, Pedone, 1969, pp. 9-24, p. 14. E. LAUTERPACHT, « The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes », in *Recueil d'Etudes de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 642-664, p. 644. En outre, le rapport des Administrateurs qui accompagne la convention prévoit cette possibilité (CIRDI/15/Rév.1, 1<sup>er</sup> janvier 2003, p. 43 n° 24). Mais pour une opinion opposée, v. B. STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Mélanges Ph. Kahn*, Dijon, Université de Bourgogne, Paris, Litec, pp. 223-244, p. 227.

<sup>184</sup> V. *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. République du Sri Lanka*, sentence du 27 juin 1990, *JDI*, 1992, pp. 216-232 (observations E. Gaillard) ; D. ASIÉDU-AKROFI, « Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka », *AJIL*, 1992, pp. 371-376 ; P. RAMBAUD, « Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger (sentence *AAPL c. Sri Lanka*) », *AFDI*, 1992, pp. 501-510. V. aussi G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrages dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Rev. arb.*, 1995, pp. 3-37.

<sup>185</sup> V. J. PAULSSON, « Arbitration Without Privity », *FILJ/ICSID Review*, vol. 2, 1995, pp. 232-257. W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral*, thèse Paris II, 2003 ; B. STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI [ ... ] », *op. cit.*

<sup>186</sup> V. *infra*, chapitre 18, l'étude juridique des questions juridiques soulevées par ce mode de consentement à l'arbitrage (pp. 681-726).



conséquences sur l'activité du CIRDI se firent rapidement sentir. Là où le Centre traitait deux à quatre ou cinq affaires par an jusqu'en 1990, il fut désormais saisi tous les ans dans vingt, trente, quarante affaires et plus<sup>187</sup>. Dans la grande majorité des cas les saisines du CIRDI se font désormais sur le fondement d'un traité bilatéral de protection des investissements (à la date du 30 juin 2014, 63% des saisines avaient été faites en invoquant un tel traité bilatéral à quoi il faut ajouter celles qui reposaient sur un traité multilatéral comme le Traité sur la Charte de l'énergie – 5% et l'ALENA – 3%). Quant aux sentences rendues elles s'élèvent à plusieurs dizaines rien qu'au CIRDI (en 2013, 37 sentences dont 23 avaient été publiées auxquelles il faut ajouter les sentences rendues par les différents grands centres d'arbitrage ou sur la base du règlement de la CNUDCI (et v. *infra* chapitre 1)<sup>188</sup>.

Incontestablement on est en présence d'un phénomène qui s'inscrit dans la durée parce qu'il répond à cet impératif d'offrir une juridiction internationale à des affaires qui sont substantiellement internationales. La meilleure preuve en est que les pays en développement qui deviennent des exportateurs de capitaux, qui entrent donc dans des relations économiques internationales, concluent avec leurs partenaires des traités de protection qui comportent à peu près les mêmes dispositions concernant le règlement des différends que celles inscrites dans les traités conclus entre pays développés et pays en développement. Le paradoxe en fait vient d'où on ne l'attendait pas. Ce sont certains de ces pays développés, en fait les Etats-Unis et l'Australie, découvrant les possibilités offertes aux investisseurs étrangers de s'en prendre à eux, qui dernièrement semblent avoir adopté une attitude plus restrictive en la matière<sup>189</sup>. Mais gageons que cela ne changera rien au tableau d'ensemble que nous venons de dresser.

Ceci ne dément en aucune façon la justesse de la théorie du contrat d'Etat. Cela la condamne seulement à l'inutilité dans la majorité des cas, mais pas tous. Il y a encore des hypothèses où il n'existe pas de traité de couverture que l'investisseur peut invoquer. Il n'y a pas, par exemple, de traité de protection entre le Venezuela et les Etats-Unis, ou entre la Chine et le Gabon, et il serait facile mais trop fastidieux d'énumérer dans la liste des Etats de la planète, les combinaisons deux par deux de pays dont les relations ne sont pas couvertes par un TBI (voire un traité multilatéral). Dans ces cas la seule voie si l'on veut voir le droit international régir les relations entre les parties, est le contrat d'Etat. On notera, selon une statistique publiée en 2014 par le CIRDI que, dans les affaires

<sup>187</sup> V. les statistiques données par la CNUCED (UNCTAD) dans le document *Recent Developments in Investor State Dispute Settlement (ISDS)*, n° 1, avril 2014. Les chiffres donnés regroupent toutes les actions connues devant toutes les instances d'arbitrage et pas seulement devant le CIRDI. Mais celui-ci est de loin le centre qui traite le plus de demandes d'arbitrage. On notera qu'entre 2003 et 2010 le nombre d'instances introduites a été constamment de 30 à 40 affaires nouvelles. En 2011 il a été de 50, en 2012 près de 60 et en 2013, 57. V. aussi CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques*, n°2014-2, p. 7 et n°2015-1.

<sup>188</sup> V. CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques*, n°2014-2, p. 10 et pour 2014, *Statistiques* n°2015-1, p. 10.

<sup>189</sup> V. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties ... op. cit.*, qui se demande (p. 73) si les Etats-Unis ne se sont pas convertis à la doctrine Calvo, ce à quoi il donne une réponse nuancée.

enregistrées au 30 juin 2014, 18% sont encore sur le fondement d'un contrat d'investissement (et 11% sur le fondement d'une loi de l'Etat d'accueil)<sup>190</sup>.

#### 4. La renaissance d'un standard minimum de traitement

Face à la poussée des partisans du nouvel ordre économique international et, en particulier, leur rejet d'une grande partie du droit international économique entaché à leurs yeux de colonialisme, les pays développés vont chercher à réaffirmer les principes dégagés dans les périodes précédentes fondés sur la logique libérale en les insérant dans des traités conclus avec les Etats en développement et tout particulièrement les traités de promotion et de protection des investissements. Ainsi, si la force coutumière de ces principes est mise en doute par les tenants du nouvel ordre économique international, ils peuvent regagner une force conventionnelle entre Etats parties aux mêmes traités.

Et il en a été ainsi tout particulièrement s'agissant des standards de traitement des étrangers, de leur propriété et de leurs investissements. Parmi les standards, celui qui était au cœur de la controverse est indubitablement le standard de traitement minimum qui impose à l'Etat, au nom du droit international, le respect de certaines règles quel que soit par ailleurs ce qu'il offre sur la base du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée. Ce standard qu'on croyait mortellement blessé à la suite des attaques livrées au nom du nouvel ordre économique international va renaître<sup>191</sup> du fait de son insertion quasi systématique dans les traités mais, le plus souvent désormais, sous l'appellation relativement nouvelle de traitement juste et équitable auquel est associé le plus souvent le standard de pleine et entière protection et sécurité<sup>192</sup>.

Après 1945 plusieurs phénomènes se conjuguent pour modifier le paysage de la société internationale en matière d'investissement. Tout d'abord les litiges interétatiques concernant des mauvais traitements infligés à des étrangers et le déni de justice dont ces derniers se plaignent ne donnent plus lieu à la constitution de commissions mixtes arbitrales avec la grande exception du Tribunal des différends irano-américains. D'autre part si des étrangers (et plus particulièrement des investisseurs étrangers) ont à se plaindre du comportement des Etats d'accueil c'est désormais et majoritairement des plaintes concernant l'expropriation de leurs biens, expropriation directe, franche et nette, ou expropriation indirecte qui ne s'annonce pas comme telle. C'est là le phénomène marquant, comme on l'a vu, des années cinquante à soixante-dix et c'est là le danger essentiel dont veulent se protéger les investisseurs et leurs Etats d'origine. A cela s'ajoute, dans le paysage nouveau de cette époque que les personnes à protéger ne sont plus en général des personnes physiques mais des personnes morales, des sociétés, qui soulèvent à ce titre des difficultés spécifiques, comme par exemple la détermination de leur nationalité.

<sup>190</sup> V. CIRDI, *Affaires du CIRDI- Statistiques* n° 2014-2, p. 10 et p. 23.

<sup>191</sup> Et c'est à bon droit que P. Juillard a intitulé un de ses articles « Phénix et ses cendres : le standard minimum de droit international », *op. cit.*

<sup>192</sup> V. P. JUILLARD, « Phénix et ses cendres [...] », pp. 264-265 et v. *infra*, Yves NOUVEL, chapitre 8.

Il s'ensuit que la notion même de déni de justice, au cœur du standard minimum de traitement des étrangers, va changer de contenu. Elle vise essentiellement, jusque dans les années vingt et trente du XX<sup>ème</sup> siècle comme on l'a vu, la mauvaise administration de la justice à l'égard d'un particulier, une personne physique, qui est maltraitée par des policiers ou par des tribunaux partiaux ou une administration animée de mauvaises intentions à son égard. Le champ juridique couvert par le standard minimum est alors le droit procédural, le droit pénal, les libertés civiles. Pour cet aspect là du standard minimum on parlera plutôt, après 1945, du standard de pleine et entière protection et sécurité. Le droit de propriété occupe une place mineure. A la suite des grandes nationalisations confiscatrices des pays européens qui entrent dans la sphère des Etats communistes, suivies par les nationalisations liées à la décolonisation des Etats du tiers monde, le problème essentiel est désormais celui de la licéité internationale de telles expropriations. La notion de déni de justice n'est plus simplement procédurale mais substantielle et couvre le non respect par les Etats de l'obligation d'indemniser de façon adéquate les propriétaires des biens investis et expropriés, c'est du moins ce que soutiennent les Etats développés.

Cette prégnance du phénomène des nationalisations non ou mal indemnisées entraîne, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, que l'argumentation juridique n'a plus en général recours à la notion de standard minimum et de son respect, mais traite de façon autonome la question de la nationalisation et de son régime en droit international et tout particulièrement la question de l'indemnisation. Cependant plusieurs facteurs vont œuvrer pour le rapprochement du standard minimum et des principes concernant les expropriations. Le premier on l'a vu contient en son sein l'interdiction du déni de justice, i.e. qu'il requiert en tout premier lieu une administration correcte de la justice d'un pays. Mais cette dimension procédurale se retrouve en fait dans le cadre du droit des nationalisations car la première condition d'une expropriation licite au regard du droit international des nationalisations est que la personne expropriée puisse défendre sa position devant une autorité judiciaire respectant le *due process of law*. Or il est assez clair que là où il n'y a pas de *due process of law* il y a déni de justice<sup>193</sup>.

Un autre facteur de rapprochement résulte de l'impact du droit international des droits de l'homme. Le paradoxe relevé dès le XIX<sup>ème</sup> siècle d'un standard minimum de traitement protégeant plus les étrangers que les nationaux scandalisait, on l'a vu, nombre d'Etats récepteurs d'investissements. Mais il y avait là, pour les Etats d'origine des capitaux, une condition sur laquelle ils ne pouvaient transiger : il y allait de la sécurité de leurs nationaux et de leurs investissements. La solution de ce problème était théoriquement simple mais pratiquement difficile à imposer : appliquer à toute personne, étrangère ou nationale, la protection que le standard minimum ne réservait qu'aux étrangers. C'était dans cette voie que s'était engagé dès les années cinquante, F.V. Garcia

<sup>193</sup> Sur toute cette question, v. M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, op. cit., pp. 67-73.

Amador, le premier rapporteur spécial de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés à la personne ou aux biens des étrangers. L'article 5 de son projet prévoyait :

« 1. L'Etat est tenu d'assurer aux étrangers la jouissance de droits et le bénéfice de garanties individuelles identiques à ceux dont jouissent ou bénéficient ses nationaux. Toutefois, ces droits et garanties ne peuvent en aucun cas être moindres que les « droits fondamentaux de l'homme » reconnus dans les instruments internationaux contemporains.

2. En conséquence, en cas de violation de droits civils ou de refus de garanties individuelles au détriment d'étrangers, il n'y a de responsabilité internationale que s'il s'agit de 'droits fondamentaux de l'homme' internationalement reconnus »<sup>194</sup> ;

Ce texte ne satisfait personne, ni le bloc communiste qui n'avait que dédain pour les droits de l'homme bourgeois, ni les pays en développement qui y voyaient un retour du colonialisme, ni certains pays occidentaux qui considéraient qu'il y avait là une atteinte à leur souveraineté. Le texte disparut avec son rapporteur qui avait eu le grand tort d'être en avance sur son temps. On verra par ailleurs dans cet ouvrage, la place que le droit international des droits de l'homme occupe aujourd'hui dans le droit international des investissements. (V. *infra* chapitres 13 et 14).

Mais le facteur de renaissance du standard minimum de traitement le plus décisif, fut l'insertion de deux clauses spécifiques, la clause du traitement juste et équitable et la clause de pleine et entière protection et sécurité, dans la très grande majorité des traités de protection des investissements qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux ainsi que dans des traités assimilés comme les traités de libre-échange. Ce qui fait qu'aujourd'hui on est dans une situation, sans précédent dans l'histoire du droit international, d'un double standard de traitement correspondant aux deux aspects d'un standard minimum : l'aspect sécuritaire présent dans la clause de sécurité et protection pleine et entière, et l'aspect de légalité internationale (le respect de règles de fond du droit international). Ces standards sont présents dans des centaines ou même milliers de traités et pour certains auteurs, présents dans le droit international coutumier ainsi que dans les principes généraux de droit international. Ils sont appliqués par des dizaines voire des centaines de tribunaux arbitraux là où au XIX<sup>ème</sup> siècle et dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, on avait un principe largement doctrinal s'appuyant presque exclusivement sur un petit nombre de sentences arbitrales et couvrant surtout l'aspect sécuritaire de la question.

En fait l'apport essentiel dans la pratique conventionnelle des Etats est le changement de dénomination du standard de traitement à réserver aux investisseurs. Là où on parlait de standard minimum de traitement, on va parler désormais de traitement juste et équitable. Pour ne donner qu'un exemple, l'Accord de libre échange nord américain comporte un article 1105 alinéa 1

<sup>194</sup> V. F. V. GARCIA AMADOR, « Responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers », A/CN.4/106, *Ann. CDI*, 1957, vol. II, p. 128 et pour la liste des droits fondamentaux établis par le rapporteur, *ibid.*, pp. 128-132.

disposant : « Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales ».

Naturellement une importante discussion doctrinale a rapidement vu le jour pour savoir ce que signifiait la notion très vague de « traitement juste et équitable », si cela renvoyait à l'équité, si cela était fondamentalement différent de ce que réclamait le standard minimum de traitement (ce que pensait F.A. Mann mais il semble être minoritaire dans la doctrine), ou si ce n'était qu'une façon différente de dire la même chose<sup>195</sup>, s'il s'agissait d'un principe simplement conventionnel ou s'il s'agissait aussi d'un principe coutumier etc. La discussion n'est pas restée purement doctrinale car de nombreuses sentences arbitrales sont venues apporter leur interprétation du standard. Tout cela sera étudié dans le chapitre 8. Il suffit de noter ici que le vaste réseau des traités de promotion et de protection des investissements comportant dans leur grande majorité une clause sur la sécurité pleine et entière des investisseurs et de leurs investissements et une autre sur le traitement juste et équitable à leur appliquer, a tenu en échec les revendications des partisans d'un nouvel ordre économique international qui donnaient aux Etats d'accueil toute liberté de traiter comme ils l'entendaient, les investisseurs étrangers (avec la limite posée par le déni de justice défini de la façon la plus restrictive qui soit).

## CONCLUSION

L'ouvrage que nous consacrons au droit international des investissements, vise à présenter l'état actuel de ce droit. Celui-ci résulte, comme on a essayé de le montrer d'une longue évolution historique qui a abouti aux caractéristiques que nous lui connaissons aujourd'hui. Ces caractéristiques évolueront avec le temps et en fonction des forces et des faiblesses de ses différents acteurs, comme ils ont évolué dans le passé. On verra *infra* dans la conclusion d'E. Gaillard que l'actualité offre l'exemple des tendances contradictoires qui traversent ce droit. Des Etats (en majorité des Etats d'Amérique latine, ce qui n'étonnera personne au regard du survol historique que l'on vient de faire) dénoncent leur participation à la convention de Washington, d'autres (comme l'Afrique du sud ou l'Indonésie) dénoncent des traités bilatéraux de protection qu'ils ont conclus

<sup>195</sup> Les trois Etats parties (Canada, Etats-Unis, Mexique) ont par la suite, par l'intermédiaire de la Commission de libre échange donné une interprétation authentique de l'Accord selon laquelle le traitement requis par l'article 105 n'était ni supplémentaire ni supérieur au standard minimum de traitement du droit international coutumier. V. *infra* ch. 8, p. 287-345. V. aussi la position suisse sur la protection de la propriété privée qui explique que par l'expression « traitement juste et équitable », « on se réfère (...) au principe classique du droit des gens selon lequel les Etats doivent mettre les étrangers se trouvant sur leur territoire et leurs biens au bénéfice du 'standard minimum' international, c'est-à-dire leur accorder un minimum de droits personnels, procéduraux et économiques », *ASDI*, 1980, pp. 174-183, p. 178. V. *infra* Y. NOUVEL, ch. 8. Et V. également les ouvrages publiés ces dernières années sur le traitement juste et équitable, par TUDOR, PAPANISKIS et KLÄGER et la thèse de D. NGOUADJE MALIENJI (V. la bibliographie de ce chapitre).

dans les décennies précédentes. Inversement des TBI continuent à être conclus<sup>196</sup>. La question fondamentale qui reste posée est celle de l'internationalisation du droit des investissements internationaux. Et en effet, ce n'est pas seulement au sein des Etats en développement qu'il existe une opposition aux traités internationaux de protection des investissements. Au sein des Etats développés, une partie de l'opinion partage cette même hostilité. Elle est motivée par ce que certains considèrent être la défense de la souveraineté étatique face à des entreprises multinationales qui utiliseraient l'arme que le règlement des différends par arbitrage international leur donne, pour mettre en échec les décisions nationales, tout particulièrement dans les domaines de l'environnement, de la santé publique ou de l'énergie.

C'est ainsi par exemple, que Philip Morris et plusieurs autres fabricants de cigarettes ont entamé, en novembre 2011, une action devant les tribunaux australiens contre la loi votée par le parlement de Canberra obligeant à présenter les paquets de cigarettes de façon neutre et uniforme. Après avoir été déboutée par la Haute cour de Sidney dans une instance sur l'inconstitutionnalité de la loi, la célèbre société a saisi le CIRDI sur la base du TBI entre l'Australie et Hong Kong (où se trouve le siège de Philip Morris Asia). Pour la société la loi australienne aboutirait à la perte d'une partie de la valeur de son investissement assimilable à une expropriation partielle. L'Australie est assez puissante pour ne pas craindre une telle action, mais d'autres pays, plus faibles, pourraient être plus fragiles devant ce que certains appellent un chantage. C'est ainsi que l'Uruguay fait face, depuis 2010, et pour avoir adopté le même type de législation sur la présentation uniforme des paquets de cigarettes, à une action devant le CIRDI par la même société, cette fois sur la base d'un TBI entre la Suisse (où Philip Morris dispose également d'un siège) et l'Uruguay. Il a fallu, selon la presse, l'intervention d'un mécène privé pour aider ce pays d'Amérique latine à faire face à l'action du fabricant de tabac. Le tribunal CIRDI, quant à lui, s'est déclaré compétent le 4 juillet 2013 et une sentence est attendue pour l'année 2015.

Il nous semble cependant que la solution à un problème de nature internationale (et l'internationalité des flux d'investissements dans le monde est incontestable) est internationale. Elle ne peut pas être le retour à un fractionnement étatique incapable de répondre à la complexité des rapports économiques contemporains. Il nous semble impossible, au regard des soixante dernières années d'internationalisation de l'économie de revenir à une situation du droit d'avant 1945. Plus précisément, s'agissant du droit international des investissements, il est vrai que l'Europe comporte en son sein des courants souverainistes et altermondialistes puissants qui s'opposent aux garanties à accorder aux investisseurs étrangers assimilés à des multinationales toutes puissantes qui œuvrent contre la souveraineté des Etats et le bien des peuples. Mais les Etats européens ont conclu depuis la guerre plus de 1400 TBI avec le reste du monde. Comment pourraient-ils réclamer le maintien des dispositions protectrices de

<sup>196</sup> V. *infra* la conclusion de cet ouvrage : E. GAILLARD, « L'avenir des traités de protection des investissements ».

leurs investissements s'ils n'accordent pas les mêmes protections aux investissements qu'ils accueillent ? Or ce mécanisme de la réciprocité qui sous-tend les relations inter étatiques est le moteur le plus puissant qui commande la conduite des Etats. Et ceci vaut pour tout le monde, comme le montre le cas de la Chine qui après avoir été longtemps très réticente et critique à l'égard des TBI a changé de politique à partir du moment où elle est devenue exportatrice de capitaux (V. la conclusion de cet ouvrage).

Si donc on accepte que pour des phénomènes internationaux il faut des règles internationales et que pour des règles internationales il faut des mécanismes internationaux de règlement des différends efficaces sous peine de voir ces règles rester lettres mortes, il n'y a que deux solutions envisageables : ou bien on installe un organe inter étatique central de règlement des litiges sur le modèle de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce<sup>197</sup>. Mais pour cela il faut une structure institutionnelle mise en place par des traités ratifiés par un très grand nombre d'Etats ; ou bien on conserve un système plus décentralisé, de type arbitral, avec des éléments plus ou moins marqués de centralisation comme l'offre le CIRDI. L'avenir seul pourra déterminer quel est le système qui répond le mieux aux aspirations des Etats qu'ils soient exportateurs ou importateurs de capitaux, ainsi qu'aux aspirations de leurs investisseurs, dans toutes leurs diversités et leurs complexités.

## BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

- ADEDE (A.O.), « The Minimum Standards In a World of Disparities », in R. St. J. MACDONALD, D. M. JOHNSTON, *The Structure and Process of International Law : Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, pp. 1001-1026.
- ALDRICH (G.), *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1996.
- AUDIT (B.), « Les Accords d'Alger du 19 janvier 1981, tendant au règlement des différends entre les Etats-Unis et l'Iran », *JDI*, 1981, pp. 713-786.
- ALVAREZ (A.), « Latin America and International Law », *AJIL*, 1909, pp. 269-353.
- ALVAREZ (J.E.), « Contemporary Foreign Investment Law : an 'Empire of Law' or the 'Law of an Empire' ? », *American University International Law Review*, 2009, pp. 811-842.
- ANGHIE (A.), *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, CUP, 2004.
- BEDJAOUI (M.), *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, UNESCO, 1980.
- BELLO (A.), *Derecho internacional*, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1886 (Obras completas, vol. X).
- BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral*, thèse Paris II, 2003.

<sup>197</sup> Mais à la différence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'ORD qui statuent sur un ensemble unique de traités pour tous les membres de l'OMC, un organe unique en matière d'investissements pourrait avoir à se prononcer, potentiellement, sur quelques milliers de traités, se ressemblant certes, mais malgré tout distincts. V. *infra* p. 930.

- BINDER (CHR.), KRIEBAUM (U.), REINISCH (A.), WITTICH (S.), *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, OUP, 2009.
- BORCHARD (E.M.), *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publ. Co, 1915.
- « Important Decisions of the Mixed Claims Commission United States and Mexico », *AJIL*, 1927, pp. 516-522.
- BOWET (D.W.), « State Contracts with Aliens. Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach », *BYBIL*, 1988, pp. 49-55.
- BROCHES (A.), « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States », *RCADI*, 1972, t. 136, pp. 333-407.
- BROWER (Ch.), BRUESCHKE (J.), *The Iran-United States Claims Tribunal*, La Haye, Nijhoff, 1988.
- CALVO (Ch.), *Le droit international. Théorie et pratique*, Paris, Rousseau, 5<sup>ème</sup> éd. 1896, 6 vol.
- CARREAU (D.), « Le NOEI », *JDI*, 1977, pp. 595-605.
- CASTAÑEDA (J.), « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Note sur son processus d'élaboration », *AFDI*, pp. 31-56.
- CEDIN, *Le tribunal des différends irano-américains*, Nanterre, Université Paris X, 1985.
- DANIC (O.), *L'émergence d'un droit international des investissements*, thèse, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, 2012.
- DAWSON (Fr. Gr.), « The Influence of Andrés Bello on Latin-American Perceptions of Non-Intervention and State Responsibility », *BYBIL*, 1986, pp. 253-315.
- DAWSON (Fr. Gr.) & HEAD (I. L.), *International Law, National Tribunals and the Right of Aliens*, Syracuse University Press, 1<sup>st</sup> ed. 1971.
- DOLZER (R.), SCHREUER (Chr.), *Principles of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2012.
- DRAGO (Luis M.), « Les emprunts d'Etat et leurs rapports avec la politique internationale », *RGDIP*, 1907, pp. 251-287.
- DRAHOZAL (C.), GIBSON (Ch. S.), *The Iran-U.S. Claims Tribunal at 25*, New York, Oxford, OUP, 2007, pp. 215-374.
- DUGAN (Chr. F.), WALLACE (D., Jr), RUBINS (N.), SABAH (B.), *Investor-State Arbitration*, New York, Oxford, OUP, 2008.
- EISEMANN (P.M.), « Le nouvel ordre économique international en tant que concept juridique », *Annuaire du Tiers monde*, 1976, pp. 103-113.
- ELIAN (G.), *The Principle of Sovereignty Over Natural Resources*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1979.
- FACHIRI (A.P.), « Expropriation and International Law », *BYBIL*, 1925, pp. 159-171.
- « International Law and the Property of Aliens », *BYBIL*, 1929, pp. 32-55.
- FEUER (G.), « Réflexions sur la Charte des droits et devoirs économiques des Etats », *RGDIP*, 1975, pp. 273-320.
- « Les Nations unies et le NOEI », *JDI*, 1977, pp. 606-629.
- FOUILLOUX (G.), *La nationalisation et le droit international public*, Paris, LGDJ, 1962.
- FREEMAN (A. F.), *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, Green and Co, 1938.
- « Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law », *AJIL*, 1946, pp. 121-147.



- GARIBALDI (O.M.), « Carlos Calvo Redivivus : The Rediscovery of the Calvo Doctrine in the Era of Investment Treaties », *TDM* déc. 2006, vol.3 issue 5.
- GIARDINA (A.), « Les aspects juridiques du recours à l'arbitrage par un investisseur contre les autorités de l'Etat hôte en vertu d'un traité interétatique », *Rapport Institut du droit international*, vol.73, t. I et II, session de Naples, 2009.
- GIRVAN (N.), « Expropriating the Expropriators : Compensation Criteria from a Third World Viewpoint », in R. B. LILLICH, *The Valuation of nationalized Property in International Law*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975, vol. III, pp. 149-179.
- GONG (G.W.), *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Oxford, OUP, 1984.
- HERSHEY (A. S.), « The Calvo and Drago Doctrines », *AJIL*, 1907, pp.26-45.
- HERZ (J. H.), « Expropriation of Foreign Property », *AJIL*, 1941, pp. 243-262.
- HYDE (C. H.), « Confiscatory Expropriation », *AJIL*, 1938, pp. 759-766.
- IMPERIALI (Cl.), « Les bénéfices excessifs, une pratique limitée et controversée », *AFDI*, 1978, pp. 678-710.
- JACQUET (J.-M.), BENTOLIA (D.), « Contrat d'Etat », *JCP DI*, Fasc. 571-90 (2012).
- JENNINGS (R.), « State Contracts in International Law », *BYBIL*, 1961, pp. 156-182.
- JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994-VI, t.250, pp. 13-215.
- « Phénix et ses cendres : le standard minimum de droit international », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Libres propos sur les sources du droit*, Paris, Dalloz, pp. 257-272.
- KLÄGER (R.), *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2011.
- LALIVE (J.F.), « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *RCADI*, 1983, t. 181, pp. 9-284.
- LAUTERPACHT (E.), « The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes », in *Recueil d'Etudes de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 642-664.
- LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, t. 302, pp. 201-386, pp. 220-226.
- « L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne », in *Mélanges offerts à G. Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale scientifica, 2004, pp. 755-791.
- LILLICH (R.B.), WESTON (B.H.), *International Claims : Their Settlement by Lump-Sum Agreements*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975.
- MAHIOU (A.), « Les implications du nouvel ordre économique international », *RBDI*, 1976, pp. 421-450.
- MAKARCZYK (J.), *Principles of a New International Economic Order*, Dordrecht, Nijhoff, 1988.
- MANN (F.A.), « The Law Governing State contracts », *BYBIL*, 1944, pp. 11-33
- « The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons », *BYBIL*, 1959, pp. 435-459.
- MANNING-CABROL (D.), « The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle : Equality of Foreign and National Investors », *LPIB*, 1995, pp. 1169-1199.
- MAURER (N.), « The Empire Struck Back : Sanctions and Compensation in the Mexican Oil Expropriation of 1938 », *The Journal of Economic History*, 2011, pp. 590-615.
- MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *JDI*, 1986, pp. 5-78.
- « Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI*, 2009, p. 71-96.
- Mc NAIR (A.), « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *BYBIL*, 1957, p. 1-19.
- MILES (K.), *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, CUP, 2013.
- MONTT (S.), *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Portland, Hart Publ., 2009.
- MOULIN (H.A.), « La doctrine de Drago », *RGDIP*, 1907, pp. 417-472.
- MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (Chr.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford, OUP, 2008.
- NAÓN (H. G.), « Arbitration in Latin America : Progress and Setbacks », *Arbitration International*, 2005, pp. 127-176.
- NANTEUIL (A. DE), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014.
- NEUFELD (H.), *The International Protection of Private Creditors from the Treaties of Westphalia to the Congress of Vienna (1648-1845)*, Leyde, A.W. Sijthoff, 1971.
- NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, The Netherlands, Austin, Wolters Kluwer, 2009.
- NGOUADJE MALIENDJI (D.), *Le standard du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement*, Paris, thèse Panthéon-Assas, 2014.
- NUSSBAUM (A.), « The Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd and the Soviet Government », *Cornell Law Quarterly*, 1950-1951, pp. 31-52.
- O'ROURKE (K. H.), *Globalization and Inequality : Historical Trends*, National Bureau of Economic Research, June 2001.
- ORREGO VICUNA (F.), « Of Contracts and Treaties in the Global Market », *Max Plank UNYB*, 2004, pp.341-357.
- PAPARINSKIS (M.), *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, OUP, 2013.
- PARRY (C.), « Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law », *RCADI*, 1956-II, pp.653-726.
- PAULSSON (J.), *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, CUP, 2005.
- « Arbitration Without Privity », *ICSID Rev./FILJ*, 1995, pp. 232-257.
- PAULSSON (J.), PETROCHILOS (G.), « Neer-ly Mised ? », *ICSID Rev./FILJ*, 2007, pp. 242-257.
- PELLET (A.), « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis. Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1359-1382.
- « Le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique : une codification pour (presque) rien », in Marcelo G. KOHEN, (dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international - Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leyde, Brill, 2007, pp. 1133-1155.
- PETREN (S.), « La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu », *RCADI*, 1963-II, t.109, pp. 492-571.
- RADI (Y.), *La standardisation du droit international. Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

- REUTER (P.), « Réflexions sur la compétence du Centre créée par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », in *CREDIMI, Investissements étrangers et arbitrages entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965*, Paris, Pedone, 1969, pp. 9-24.
- RIPINSKY (S.), WILLIAMS (K.), *Damages in International Investment Law*, Londres, *British Institute of International and Comparative Law*, 2008.
- ROOT (E.), « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *ASIL Proceedings*, 1910, p.517-528.
- ROTH (A. H.), *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leyde, Sijthoff, 1949.
- SACERDOTI (G.), « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », *RCADI*, 1997, pp.251-460.
- SALACUSE (J. W.), *The Law of Investment Treaties*, New York, Oxford, OUP, 2010.
- *The Three Laws of International Investment : National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford, OUP, 2013.
- SAUVANT (K.P.), SACHS (L.E.), (ed.) *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment : Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, New York, Oxford, OUP, 2009.
- SCHILL (St. W.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, New York Oxford, OUP, 2010.
- *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2009.
- SCHREUER (Chr.), « Calvo's Grandchildren : the return of local remedies in investment arbitration », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2005, pp. 1-17.
- SCHREUER (Chr.), MALINTOPPI (L.), REINISCH (A.), SINCLAIR (A.), *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge, CUP 2<sup>ème</sup> éd. 2009.
- SCHRIJVER (N.), *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge, CUP, 1997.
- SCHWARZENBERGER (G.), « The Standard of Civilization in International Law », *Current Legal Problems*, 1955, pp. 212-234.
- SCHWEBEL (St. M.), « Is Neer far from fair and equitable ? », *Arbitration International*, 2011, pp. 555-561.
- « The Reshaping of the International Law of Foreign Investment by Concordant Bilateral Investment Treaties », in S. CHARNOVITZ, D.P. STEGER, P. VAN DEN BOSSCHE, *Law in the Service of Human Dignity. Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, CUP, 2005, pp. 241-245.
- « Is Neer far from fair and equitable ? », *Arbitration International*, 2011, pp. 555-561.
- SÉFÉRIADÈS (St.), « L'accès des particuliers à des juridictions internationales », *RCADI*, 1935-I, p. 5-118.
- SHEA (R.), *The Calvo Clause. A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, reprint 2014.
- SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, CUP, 3<sup>ème</sup> éd. 2010.
- STERN (B.), « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1980, pp. 3-43.
- « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Mélanges Ph. Kahn*, Dijon, Université de Bourgogne, Paris, Litec, pp. 223-244.
- TEYSSAIRE (J), SOLÈRE (P. DE), JAUDON (P.), *Les tribunaux arbitraux mixtes*, Paris, Ed. internationales, 1931.
- TITI (C.), « Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas », *Arbitration International*, 2014, pp. 357-386.
- TOUZÉ (S.), *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007.
- TUDOR (I.), *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, OUP, 2008.
- VANDEVELDE (K. J.), *Bilateral Investment Treaties. History, Policy, and Interpretation*, New York, Oxford, OUP, 2010.
- *United States International Investment Agreements*, New York, Oxford, OUP, 2009.
- VEEDER (V.V.), « The Lena Goldfields Arbitration : the Historical Roots of Three Ideas », *ICLQ*, 1998, pp. 747-792.
- « The Tetiuhe Mining concession 1924-1932 : A Swiss-Russian Story (where the Arbitral Dog Did Not Bark) », in *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, pp. 325-342.
- « Chancellor Wirth and the Mologales concession 1923-1927 : The German-Speaking Origins of the 1965 ICSID Convention », in BINDER (CHR.), KRIEBAUM (U.), REINISCH (A.), WITTICH (S.), *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, OUP, 2009, pp. 377-400.
- VERDROSS (A.), « Quasi-International Agreements and International Economic Transactions », *Yearbook of World Affairs*, 1964, pp. 230-247.
- VIRALLY (M.), « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Note de lecture », *AFDI*, 1974, pp. 57-77.
- WEIL (P.), « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *RCADI*, 1969, t. 128, pp. 94-240.
- *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000.
- WESTBERG (J.A.), *International Transactions and Claims Involving Government parties. Case Law of the Iran-United States Claims Tribunal*, Washington, D.C., International Law Institute, 1991.
- WESTON (B.), « The New International Economic Order and the Deprivation of Foreign Proprietary Wealth : Reflections upon the Contemporary International Law Debate », in R. B. LILLICH (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, pp. 89-148.
- WETTER (J. G.), SCHWEBEL (St. M.), « Some Little-Known Cases on Concessions », *BYBIL*, 1964, pp. 183-232.
- WHITE (G.), *Nationalisation of Foreign Property*, Londres, Stevens, 1961.
- WOOLSEY (L. H.), « The Expropriation of Oil Properties by Mexico », *AJIL*, 1938, pp. 519-526.
- WORTLEY (B. A.), *Expropriation in Public International Law*, Cambridge, CUP, 1959.
- YEPES (J. M.), « La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé », *RCADI*, 1930-II, pp. 691-800.