

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL  
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

La protection  
de la propriété étrangère  
en droit international public

THÈSE présentée pour obtenir  
le grade de docteur en droit

par

THOMAS HEFTI  
de Schwanden/Glaris

sous la direction de  
JEAN MONNIER †, Professeur à l'Université de Neuchâtel  
et

LUCIUS CAFLISCH, Directeur de l'Institut Universitaire  
de Hautes Études Internationales, Genève

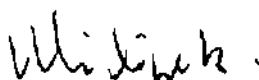
second rapporteur:  
FRANÇOIS KNOEPFLER, Professeur à l'Université de Neuchâtel

Monsieur Thomas HEFTI est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée «La protection de la propriété étrangère en droit international public».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 15 août 1988 et le 10 avril 1989

Le doyen  
de la Faculté de droit  
et des sciences économiques



Philippe Bois

*A mes parents*

ALFRED VERDROSS sur le rôle  
de la bonne foi en droit des  
gens:

«*Hanc si tollis, tollis  
ius gentium ipse*»

---

VERDROSS, «Die bona fides als Grundlage des Völkerrechts», dans *Mélanges Laun*, 1953, p. 31.

## Remerciements

Nous aimerions tout d'abord rendre hommage à Monsieur le professeur Jean Monnier, qui fut notre directeur de thèse jusqu'à son décès survenu au printemps 1987. Sa disponibilité et ses encouragements nombreux ont été d'un grand soutien et nous ont permis d'aborder avec confiance ce travail. Très occupé par ses hautes fonctions d'ambassadeur au service de la Confédération, il n'a cependant jamais refusé un entretien ni montré la moindre impatience. Il n'aura malheureusement pu voir cette thèse achevée, nous regrettons de n'avoir pu lui apporter cette satisfaction.

Notre profonde gratitude va au Professeur Lucius Cafilisch qui a bien voulu accepter de reprendre le témoin et de nous aider ainsi à mener à bien ce travail. Nous lui devons une reconnaissance particulière; il sut en effet nous guider avec discrétion et tact par ses nombreux conseils et suggestions.

Nos vifs remerciements s'adressent également au Professeur François Knoepfler, second rapporteur, et au Professeur Philippe Bois, Doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, qui nous ont apporté une aide précieuse, en particulier lorsqu'il a fallu changer de directeur de thèse.

Nous ne saurions oublier MM. Pierre Cornu, juge d'instruction, Blaise Della Santa, assistant, Hansjörg Peter, docteur en droit, et Yves-Daniel Cochand, assistant, qui ont prêté main forte à un ami glaronais pour la relecture du manuscrit et des épreuves dactylographiées, s'y permettant quelques corrections de langue, ni Eric Siegrist, docteur en droit, qui par sa longue pratique dans le domaine des nationalisations, était le mieux placé pour nous parler de ses expériences; qu'ils trouvent ici tous l'expression de notre gratitude, de même que les membres de notre famille qui ont bien voulu relire les épreuves.

Enfin, nous remercions Madame Christine Radelfinger et Madame Marguerite Baumgartner-Droz qui se sont chargées de la dactylographie de notre texte, tâche ingrate s'il en est.

# Table des matières

## Première Partie

<b>Chapitre 1</b>	<b>Introduction</b>	3
1.1	Présentation du sujet	3
1.2	Plan de la thèse	5
<b>Chapitre 2</b>	<b>Définitions</b>	6
2.1	La «propriété étrangère»	6
2.2	Le «propriétaire»	8
2.3	La dépossession	10

## Deuxième Partie

<b>Chapitre 3</b>	<b>Considérations historiques et générales</b>	17
3.1	Introduction	17
3.2	L'époque de la Société des Nations	18
3.3	L'Organisation des Nations Unies	19
3.4	Transformation des droits internes	21
3.5	Contestation du droit international classique	22
<b>Chapitre 4</b>	<b>Les intérêts contradictoires</b>	30
4.1	Introduction	30
4.2	Les sources des intérêts contradictoires	31

## XII

4.3	Les intérêts contradictoires et leurs effets en droit international	34
4.4	Cas d'application pour une éventuelle protection de la propriété étrangère selon le droit international	35

## Troisième Partie

<b>Chapitre 5</b>	<b>La coutume, le droit écrit, les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU et les principes de la bonne foi et de l'équité</b>	<b>39</b>
5.1	Les règles coutumières classiques	39
5.1.a	La «formule Hull»	39
5.1.b	Le principe des droits acquis	40
5.2	Le droit écrit	44
5.2.a	La nature des règles internationales protectrices de la propriété	44
5.2.b	Les conventions internationales	48
5.3	Les Résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU	53
5.3.1	Introduction	53
5.3.2	La Résolution 1803	54
5.3.3	La «Charte des droits et devoirs économiques des Etats»	57
5.3.4	Résumé	63
5.3.5	Evolution ultérieure	64
5.3.6	Conclusions	65
5.4	Les principes de la bonne foi et de l'équité	68
<b>Chapitre 6</b>	<b>La doctrine</b>	<b>71</b>
6.1	Aperçu historique	71
6.2	La controverse entre Alexander Fachiri et Sir John Fischer Williams	74
6.3	La doctrine contemporaine	75
6.4	Distinction doctrinale entre l'expropriation et la nationalisation	78
6.5	Quelques observations	80

<b>Chapitre 7</b>	<b>La jurisprudence</b>	84
7.1	Introduction	84
7.2	La CPJI et la CIJ	86
7.3	La jurisprudence arbitrale	95
7.3.1	La jurisprudence arbitrale en général	95
7.3.2	Trois sentences arbitrales récentes	97
7.3.2.a	L'affaire <i>Texaco/Calasiatic</i>	98
7.3.2.b	L'affaire <i>Aminoil</i>	101
7.3.2.c	L'affaire <i>Liamco</i>	104
7.3.2.d	Appréciation des trois sentences	107
7.4	Le Tribunal du contentieux entre les Etats-Unis et l'Iran	108
7.5	La jurisprudence du CIRDI	113

## Quatrième Partie

<b>Chapitre 8</b>	<b>La réaction des Etats vis-à-vis des actes de dépossession</b>	123
8.1	Les actes de dépossession vus par l'Etat nationalisant	123
8.2	La réaction des Etats dont les nationaux ont été touchés par des actes étrangers de dépossession	126
<b>Chapitre 9</b>	<b>La pratique conventionnelle des Etats</b>	133
<b>Chapitre 9.A</b>	<b>La pratique conventionnelle des Etats relative aux conséquences des nationalisations</b>	133
9.A.1	Les Accords d'indemnité globale et forfaitaire	133
9.A.2	Appréciation des Accords d'indemnité globale et forfaitaire	139
9.A.2.1	Le caractère prompt de l'indemnité	142
9.A.2.2	Le caractère effectif de l'indemnité	143
9.A.2.3	Les indemnités sont-elles suffisantes?	144
9.A.3	La «formule Hull» et les Accords d'indemnité globale et forfaitaire	145

## XIV

9.A.4	Les accords d'indemnisation conclus entre Etats communistes	147
9.A.4.1	Quels pays sont parties à ces accords?	148
9.A.4.2	La portée des accords du point de vue du droit international	149
9.A.5	Conclusion	152

### **Chapitre 9.B La pratique conventionnelle des Etats ayant pour objet la protection de la propriété** 153

9.B.1	Introduction	153
9.B.2	Aperçu historique	154
9.B.3	Le contenu des accords concernant la protection et la promotion des investissements	158
9.B.4	La clause concernant les actes de dépossession	161
9.B.5	Les effets et la portée des APPI	168
9.B.5.a	Les APPI et le droit international coutumier	168
9.B.5.a.1	La «formule Hull» n'existe-t-elle plus?	170
9.B.5.a.2	Les clauses concernant les actes de dépossession prouvent-elles la désuétude de la «formule Hull»?	172
9.B.5.a.3	Les dispositions des APPI peuvent-elles devenir coutume?	174
9.B.5.b	Les effets des APPI sur le plan bilatéral	177
9.B.6	La validité des APPI	181
9.B.7	Conclusion	185

## **Cinquième Partie**

### **Chapitre 10 Les causes et les motifs de la pratique étatique** 189

10.1	La souveraineté territoriale	190
10.2	« <i>Pacta sunt servanda</i> »	200
10.3	Les principes de la bonne foi et des droits acquis	202
10.3.a	La bonne foi	202
10.3.b	Le principe du respect des droits acquis	205

	10.3.c L'enrichissement sans cause	209
10.4	Les garanties internationales en matière judiciaire	210
10.5	Conclusion	214
10.6	Les considérations de réciprocité	215
	10.6.1 La valeur juridique d'une pratique fondée sur des considérations de réciprocité	221

## Sixième Partie

<b>Chapitre 11</b>	<b>Appréciation des chapitres précédents — les règles internationales en matière de protection de la propriété étrangère</b>	<b>227</b>
11.1	Les conditions de la dépossession	227
	11.1.1 L'exigence de l'intérêt public	228
	11.1.2 L'exigence de la non-discrimination	229
	11.1.3 L'indemnité	230
	11.1.3.a L'effectivité	232
	11.1.3.b La promptitude	232
	11.1.3.c Le montant de l'indemnité	233
	11.1.4 La portée des clauses de stabilisation dans les contrats entre Etats et personnes privées étrangères	242
	11.1.5 L'effet des traités réglant les actes de dépossession	248
	11.1.6 Le droit de propriété est-il un droit de l'homme?	248
11.2	Les moyens pour faire valoir les règles sur la protection de la propriété étrangère	252
	11.2.1 La protection diplomatique	252
	11.2.1.a La nationalité de la personne protégée	253
	11.2.1.b L'épuisement des recours internes	256
	11.2.1.c Les sujets du droit interne n'ont pas de droit à l'exercice de la protection diplomatique par leur Etat d'origine	257
	11.2.2 Le CIRDI	259
	11.2.3 Les tribunaux internes	260
<b>Chapitre 12</b>	<b>Conclusion</b>	<b>268</b>

## Abréviations

AJCL	<i>American Journal of Comparative Law</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
Al./al.	alinéa.
APPI	Accord sur la Protection et la Promotion des Investissements
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
Art./art.	article
ASDI	Annuaire Suisse de Droit International
ATF	Arrêt du Tribunal Fédéral
BYIL	British Yearbook of International Law
CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, débats du Conseil des Etats
CEJDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CF	Conseil Fédéral (suisse)
CIJ	Cour Internationale de Justice
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements
CJTL	Columbian Journal of Transnational Law
CN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, débats du Conseil National
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
Cst.	Constitution
Éd./éd.	éditeur/édition
FF	Feuille Fédérale
GYIL	German Yearbook of International Law (jusqu'en 1975 Jahrbuch für Internationales Recht)
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes (CIRDI)
I&CLQ	The International and Comparative Law Quarterly; avant 1952 The International Law Quarterly (ILQ)
IJIL	Indian Journal of International Law
The IL	The International Lawyer
ILM	International Legal Materials
JWTL	Journal of World Trade Law
N./n.	note

No/no	numéro
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économique
ONU	Organisation des Nations Unies
OPEP	Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole
Par./par.	paragraphe
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RCIJ	Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et Ordonnances de la CIJ
RDI	Rivista di Diritto Internazionale
RDS	Revue de Droit Suisse
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
Rev. crit.	Revue critique de droit international privé
RFA	République Fédérale d'Allemagne
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RO	Recueil Officiel des Lois et Ordonnances de la Confédération
RS	Recueil Systématique des Lois et Ordonnances de la Confédération
RSA	Recueil des Sentences Arbitrales
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
SDN	Société des Nations
T./t.	tome
VJTL	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vol./vol.	volume
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

# Première Partie

# Chapitre I

## Introduction

### I.1 Présentation du sujet

L'essor qu'ont connu ce siècle les relations internationales et l'importance grandissante des investissements faits à l'étranger s'expliquent en grande partie par le développement de nouvelles techniques de communication et la facilité avec laquelle s'entreprennent aujourd'hui les voyages dans les pays les plus lointains. De tels déplacements, qui autrefois demandaient une longue préparation et représentaient une aventure, ne sont, de nos jours, plus considérés comme anormaux ou exceptionnels. Les échanges accrus entre différents pays, voire continents, ont, bien entendu, eu de larges répercussions sur le plan juridique. On comprend ainsi pourquoi des thèmes tels que l'économie, la propriété, les investissements, que l'on ne rencontrait que rarement dans le droit des gens classique, sont aujourd'hui courants dans la littérature juridique. Ce phénomène est accentué par le fait que la notion de propriété a beaucoup évolué par rapport à l'idée que l'on s'en faisait au début de ce siècle. La Révolution bolchévique de 1917 et les événements qui s'étaient produits au Mexique au cours de la même année causèrent de grands remous dans le domaine jusqu'alors peu controversé du traitement juridique de la propriété étrangère. A partir de ce moment, le droit de propriété privée fut sérieusement remis en question. On se souvient des nationalisations de l'Entre-deux-guerres et des grandes vagues de celles postérieures à la Seconde Guerre mondiale. Au cours des années soixante, les Etats nouveaux virent dans les mesures de dépossession un moyen pour parachever le processus de décolonisation et, parfois, pour diminuer ou éliminer l'influence économique des anciennes métropoles. Dans le même ordre d'idées, la «clause Calvo», formulée au siècle passé par le diplomate argentin du même nom, a connu une fulgurante renaissance, quoique ses fondements ne reposent pas sur une attitude hostile à la propriété.

Toutes ces vagues de nationalisations ont suscité une doctrine abondante. Dans les grandes lignes, on peut dire que celle-ci est divisée en deux courants principaux. Il y a d'une part ceux qui affirment que le droit international public existant pose un certain nombre de règles fondamentales en matière de protection de la propriété étrangère et, d'autre part, les auteurs qui soutiennent que le droit des gens ne contient aucune règle à ce sujet. Les vues de ces derniers ont trouvé leur expression dans des résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies vers la fin des années soixante et pendant les années soixante-dix.

Que faut-il penser de cette controverse? Dans quel sens le droit international<sup>1</sup> a-t-il évolué? Quel est l'état du droit international quelques années après l'adoption de résolutions<sup>2</sup> qui ont posé le principe d'une souveraineté presque absolue des Etats en matière de traitement de la propriété étrangère et qui semblent rejeter toute référence au droit international? Ces questions formeront l'objet principal du présent travail.

Malgré l'existence de différents points de vue, le régime de la propriété est considéré par la plupart des auteurs comme relevant essentiellement de la compétence nationale des Etats. Ce sont les lois internes, civiles, administratives et pénales, qui régissent l'acquisition, l'exercice, le transfert, l'étendue et la fin de la propriété. Le droit international public classique n'exigeait que le respect de quelques principes généraux relatifs à la propriété. C'est la raison pour laquelle il traite avant tout des questions d'indemnisation dans les cas de dépossession ou d'atteinte à la propriété. Même si l'on interprétait la notion de compétence nationale en la matière de façon beaucoup plus restrictive, le résultat resterait très semblable.

<sup>1</sup> Par «droit international», on entend toujours «droit international public» ou «droit des gens».

<sup>2</sup> Notamment la «Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international» et la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats» de 1974.

## 1.2 Plan de la thèse

Les deux premières parties de la présente thèse renferment des définitions ainsi que quelques indications historiques et générales. La troisième partie portera sur la coutume et les règles écrites du droit international, la doctrine, les arrêts et les sentences arbitrales. La quatrième partie sera consacrée à la pratique conventionnelle. Nous pourrons alors essayer de répondre à la question de savoir si cette pratique nous permet de conclure à l'existence de règles coutumières. Les motifs qui sous-tendent la pratique étatique seront abordés dans la cinquième partie. La dernière partie apportera une synthèse de nos recherches.

Le présent travail ne traitera que du droit international en temps de paix, laissant de côté le droit de la guerre. De plus, nous entrerons le moins possible dans les détails techniques concernant le calcul de l'indemnité. Nous nous référerons, le cas échéant, aux travaux de spécialistes en économie, en comptabilité et en finance. Nous estimons que le calcul en question ne peut être effectué qu'en tenant compte des particularités de chaque espèce, et que le droit international doit se contenter de fournir quelques principes directeurs. Ces principes guideront les spécialistes, dont il va sans dire qu'ils doivent les appliquer de bonne foi.

## Chapitre 2

### Définitions

Il faut d'abord s'attacher à définir une série de notions qui ont une importance primordiale pour ce travail. Il s'agit de savoir ce qu'on entend par «propriétaire» et par «propriété». Il est également nécessaire de décrire brièvement les différents actes portant atteinte à la propriété étrangère, actes qui pourraient donner lieu à des mesures de protection.

#### 2.1 La «propriété étrangère»

Que faut-il entendre par «propriété étrangère»? On peut dire d'abord qu'il s'agit de la propriété appartenant à une personne étrangère. Cela dit, on se demandera ensuite s'il existe en droit international une définition autonome du terme «propriété» ou s'il faut simplement se référer aux différents droits internes. La doctrine dominante part de l'idée que le droit international ne connaît pas de définition autonome de ce terme<sup>3</sup>.

Le problème est épineux. D'un côté, il est admis que les Etats peuvent choisir librement leur système économique<sup>4</sup>. Par conséquent, ils définiront librement la propriété. De l'autre côté, on admet que la propriété est un droit de l'homme reconnu par le droit international. On ne peut ainsi guère justifier l'idée que le droit international se désintéresserait complètement de la définition de la

<sup>3</sup> DOLZER, *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, p. 148. En faisant cette constatation, l'auteur admet cependant qu'il défend un point de vue contraire à la doctrine dominante.

<sup>4</sup> Sauf s'il existe des engagements internationaux contraires.

propriété. De plus, il existe un instrument international de portée universelle qui traite de la propriété: la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948. Mais l'article 17 de celle-ci<sup>5</sup> est très vague et évite de définir la notion même de propriété. En fait, il n'est pas indispensable de trancher la question dans le cadre de ce travail, ceci pour la raison suivante: la présente thèse traite de la propriété étrangère. Or, nul Etat n'est obligé, de par le droit international, de laisser entrer sur son territoire des étrangers ou des biens étrangers<sup>6</sup>, à moins qu'il ne soit lié par des accords stipulant le contraire. «*In eo quod plus sit semper inest et minus*». Donc, initialement, c'est bien le droit interne qui détermine les biens que les étrangers peuvent amener dans un Etat, et les biens et droits qu'ils peuvent y acquérir<sup>7</sup>. Ce faisant, le droit interne définit simultanément la notion de «propriété étrangère» ayant cours sur son territoire. Ce n'est donc qu'une fois acquis le caractère de «propriété» aux termes du droit interne qu'intervient, le cas échéant, le droit international. La question de savoir s'il peut intervenir et, dans l'affirmative, à quel titre, sera examinée dans les chapitres suivants.

Dès lors, il n'est pas nécessaire de répondre dès à présent à la question de savoir si le droit des gens connaît une définition propre de la «propriété». Il n'en serait pas ainsi si on ne traitait pas uniquement de la «propriété étrangère», mais de la protection de la propriété au sens général en droit international public.

Lorsque nous parlons de «propriété étrangère», nous ne comprenons pas le terme propriété sous l'angle des droits réels. Nous l'utilisons dans un sens plus large, comprenant tous les éléments de fortune

<sup>5</sup> Art. 17: «1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété.»

<sup>6</sup> Cf. YATES, «*The State Responsibility for Nonwealth Injuries to Aliens in Postwar Era*», dans Lillich, *Aliens*, p. 235. L'Albanie, par exemple, n'admet pas les emprunts à l'étranger, voir NZZ no 286 du 7 décembre 1984, p. 4.

<sup>7</sup> Dans ce sens, le droit interne comprend également les traités internationaux auxquels l'Etat est partie. Les accords concernant la protection et la promotion des investissements contiennent d'ailleurs fréquemment une définition du terme «investissement».

qu'une personne a pu amener à l'étranger et (ou) tous les biens et droits à valeur pécuniaire qu'elle a pu y acquérir<sup>8</sup>.

## 2.2 Le «propriétaire»

Qui peut être «propriétaire»? Sans aucun doute, des personnes physiques et morales. L'Etat peut-il lui aussi être considéré comme «propriétaire», afin de pouvoir profiter d'éventuelles règles de droit international ayant pour objet la protection de la propriété étrangère?

Il faut souligner ici qu'il ne s'agit pas de l'Etat propriétaire d'objets qui sont nécessaires à l'exercice de son pouvoir souverain, comme par exemple les ambassades<sup>9</sup>, mais de l'Etat propriétaire d'objets dont il fait usage en tant que sujet de rapports de droit privé (*jure gestionis*). C'est l'Etat dans sa fonction de commerçant ou d'entrepreneur qui est visé. Il existe actuellement un grand nombre d'entreprises ou organismes qui appartiennent directement ou indi-

<sup>8</sup> Cf. la définition large de la propriété qui figure à l'article 9, lettre c, de la «Draft Convention on the Protection of Foreign Property» préparée par un comité de l'OCDE et citée dans *ILM* 1963, pp. 241 ss: «Property means all property, rights and interests, whether held directly or indirectly, including the interest which a member of a company is deemed to have in the property of the company». SCHWEIZER, *Internationale Rechtsprobleme bei der Enteignung von Mitgliedschaftsrechten an juristischen Personen*, thèse, Zurich, 1979, écrit à la p. 95: «Enteignungsobjekt im juristischen Sinne ist immer ein subjektives Recht. Dieses gibt dem Inhaber die Macht, andere Rechtsgenossen zu bestimmten Verhaltensweisen zu zwingen.» Pour FOUILLOUX, *La nationalisation et le droit international public*, p. 139, la nationalisation «( . . . ) apparaît comme l'acte souverain qui transfère à la Nation ce qui a fait ou ce qui est susceptible de faire l'objet d'une appropriation privée».

<sup>9</sup> Cette propriété utilisée à des fins *jure imperii* est protégée par d'autres règles, notamment celles concernant l'immunité des Etats étrangers. Cf. AMMANN, *Der Schutz ausländischer Privatinvestitionen in Entwicklungsländern*, thèse, Saint-Gall, 1967, p. 37. Voir également VERWEY ET SCHRIJVER, «The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective?» *NYIL*, vol. XV, 1984, p. 6, n. 10.

rectement à un Etat. Souvent, les Etats possèdent des avoirs à l'étranger, y ont des succursales ou des filiales, ou détiennent des participations dans des sociétés à l'étranger<sup>10</sup>. Doit-on faire une différence entre la propriété privée étrangère et la propriété étatique étrangère utilisée *jure gestionis*? Un traitement différentiel ne s'impose pas, et ce pour les raisons suivantes:

Premièrement, chaque pays est libre dans le choix de son système économique; celui-ci peut être basé soit sur la propriété privée, soit essentiellement sur la propriété collective détenue par des entreprises nationalisées. Mais, quel que soit le système choisi, c'est toujours l'économie d'un Etat qui en profite ou en souffre. Et un Etat à régime d'économie privée peut toujours recourir à des mesures de nationalisation générales ou visant seulement certains secteurs de son économie. Ensuite, un traitement différentiel est d'autant moins justifié que la jurisprudence récente de la plupart des pays européens abandonne progressivement le principe de l'immunité en matière d'exécution forcée dans le cas où l'Etat agit comme un particulier (*jure gestionis*)<sup>11</sup>.

L'Etat doit ainsi être traité comme un particulier. Et l'Etat qui produit, qui exerce le métier d'entrepreneur, se voue indubitablement à des transactions commerciales qui ne relèvent en rien de l'exercice de son pouvoir souverain (*jus imperii*).

Enfin, pourquoi les risques inhérents à l'acquisition de propriété à l'étranger devraient-ils être différents suivant qu'il s'agit de propriété de la collectivité ou de particuliers? Qu'est-ce qui justifierait qu'une filiale étrangère d'une société étatique, ou contrôlée par un Etat, jouisse d'un traitement plus (ou moins) favorable que la filiale étrangère d'une société multinationale privée? Un traitement différentiel favoriserait un système économique par rapport à d'autres, ce qui n'est nullement la tâche du droit des gens.

<sup>10</sup> Un exemple connu en Suisse est la Viscosuisse, contrôlée par le groupe français Rhône-Poulenc nationalisé en 1982.

<sup>11</sup> ATF 104 Ia 367, *Banque Centrale de la République de Turquie c. Weston Compagnie de Finance et d'Investissement S.A. et Juge unique (procédure sommaire) du Tribunal de district de Zurich*.

En conclusion, on entend par «propriétaire», dans le cadre de ce travail, des personnes privées, physiques et morales, ainsi que l'Etat ou des institutions étatiques, à condition que ces derniers agissent dans le cadre du *jus gestionis*.

### 2.3 La dépossession

On connaît plusieurs procédés utilisés pour opérer le transfert de biens privés à l'Etat. On peut les qualifier tous d'actes de dépossession, terme plus ou moins neutre. Bien que le but de l'ensemble de ces procédés soit de transférer, dans l'intérêt public, un bien ou un droit du secteur privé au secteur public<sup>12</sup>, il y a des mécanismes qui sont particulièrement fréquents et qui présentent certaines particularités. Il faut cependant ajouter qu'un acte de dépossession peut consister aussi en un transfert, dans l'intérêt public, d'un bien ou d'un droit appartenant au secteur public d'un Etat étranger au secteur public national, lorsque la mesure de dépossession touche la propriété publique ou collective étrangère. Par l'*expropriation*, mécanisme connu de presque tous les systèmes juridiques, un Etat oblige un particulier à abandonner sa propriété au profit de la collectivité publique, moyennant une indemnité, cela dans un but d'intérêt public. L'*expropriation* est en général dirigée contre une personne déterminée ou un cercle restreint de propriétaires; elle poursuit un objectif bien déterminé, par exemple la construction d'une route, d'un barrage ou d'une ligne de chemin de fer. La *nationalisation* est une autre forme de dépossession, bien plus controversée. Elle vise aussi au transfert de propriété privée à l'Etat. Quelles sont alors les

<sup>12</sup> «Even if there are many different opinions as to the concept of expropriation in International Law, (. . .) it emerges, however, as a *conditio sine qua non*, that there shall exist a taking of private property and that such taking shall have been executed or instigated by a Government, on behalf of a Government or by an act which otherwise is attributable to a Government.» Sentence *Amco Asia Corporation c. Indonésie*, publiée dans *ILM* 1985, pp. 1022 ss, à la p. 1025.

différences par rapport à l'expropriation? Il en existe deux principales. D'abord, la nationalisation touche un nombre infiniment plus élevé de propriétaires que l'expropriation. On n'a pas eu recours à la nationalisation, par exemple, pour obtenir les terrains nécessaires à la construction de routes. Le moyen de la nationalisation est en revanche utilisé quand un gouvernement veut transférer à l'Etat la totalité de certains secteurs économiques, tels que les transports publics, les banques, les assurances ou les usines électriques<sup>13</sup>. Ensuite, les motifs sous-jacents aux nationalisations sont différents; ils sont souvent d'ordre idéologique. Les expropriations se font sans dérogation au système économique; elles peuvent sans autre s'accorder avec un système économique fondé sur la propriété privée. Ce moyen existe d'ailleurs depuis très longtemps; il a déjà été utilisé à des époques où la propriété privée n'avait pratiquement jamais été remise en cause.

Il n'en va pas de même pour les nationalisations, où l'idée motrice est souvent la volonté de s'écarter du système de l'économie privée, ou tout au moins de le restreindre ou d'en exclure certains secteurs. Elles s'accompagnent souvent d'importants changements sociaux ou sont précisément destinées à les mettre en œuvre<sup>14</sup>. Nous nous bornerons ici à signaler que presque toutes les lois de nationalisation ont posé le principe du versement d'une indemnité.

La doctrine utilise parfois des termes généraux tels que «étatisation» et «indigénisation»<sup>15</sup> ou des termes spécifiques à un pays (par exemple le Maroc: «marocanisation»<sup>16</sup>). Cependant, ces mesures ont toujours pour effet de transférer la propriété privée à l'Etat. Au vu des résultats obtenus par ces divers modes de dépossession, on ne peut s'empêcher de remarquer leur similitude avec la nationalisation,

<sup>13</sup> «Nationalization differs in its scope and extent rather than in its juridical nature from other types of expropriation.» ДОНКЕ, «Foreign Nationalizations», *AJIL*, vol. 55, 1961, pp. 585 ss, à la p. 568.

<sup>14</sup> C'est peut-être l'élément qui explique le caractère controversé de cette mesure.

<sup>15</sup> Cf. *RGDIP*, t. LXXXI, 1977, p. 871.

<sup>16</sup> Cf. *RGDIP*, t. LXXVIII, 1974, p. 1154.

malgré la différence de terminologie et tout en leur reconnaissant un brin de couleur locale.

Notre liste des formes de dépossession n'est de loin pas exhaustive. On se trouve dans un domaine où l'imagination ne connaît guère de limites. Tandis que les expropriations et les nationalisations avouent ouvertement leur but, il existe d'autres techniques qui ressemblent à des mesures normales et ordinaires mais qui aboutissent exactement au même résultat. Une majoration substantielle des impôts, l'exigence de nouvelles autorisations pour certains procédés de fabrication, des règlements d'affectation du sol ou des prescriptions concernant l'emploi de produits utilisés aux fins de fabrication, pour ne mentionner que quelques-unes de ces techniques, peuvent contraindre une entreprise à cesser ses activités. Ces techniques sont désignées en anglais par le terme «creeping expropriation or nationalization»<sup>17</sup>.

Le problème crucial est celui de savoir à partir de quand nous sommes en présence d'une mesure équivalant à une expropriation ou nationalisation. Où passe la frontière entre la mesure qui n'intéresse pas le droit international<sup>18</sup> et celle qui justifie qu'on fasse appel à lui, pour autant bien sûr que le droit international contienne des règles en la matière? En droit interne suisse, un problème similaire surgit lorsqu'il s'agit de distinguer entre la restriction à la propriété «de

<sup>17</sup> «Sometimes expropriation occurs in effect not as a direct act but as the byproduct or indirect result of some other governmental action. In recent years the term «creeping expropriation» has been employed to describe those indirect measures which may sooner or later produce the same effect as direct expropriation . . . ». Report prepared by Mrs Ellen C. Collier, Foreign Affairs Division, at the Request of Thomas Morgan, Chairman, Committee on Foreign Affairs of the United States House of Representatives, 19 juillet 1963, *ILM* 1963, p. 1073.

<sup>18</sup> Des prescriptions concernant les taux de change ou les devises ont toujours été comptées parmi ces mesures, à moins qu'elles ne servent à cacher une dépossession. «International law recognizes that exchange regulations which so completely restrict an owner's right to use his money as to constitute a *de facto* taking are compensable as expropriations.» U. S. Memorandum on the Application of International Law to Iranian Foreign Exchange Regulations, 15 février 1984, *ILM* 1984, p. 1184, n. 64.

nature étroitement policière, destinée à prévenir un danger concret qui menace directement l'ordre, la sécurité et la santé publics» et «la restriction, quoique de nature policière, ne [visant] qu'un danger abstrait et lointain»<sup>19</sup>. Celle-ci entraîne le devoir de l'Etat d'indemniser; celle-là peut être prise sans aucune indemnité. «Les distinctions deviennent de plus en plus subtiles»<sup>20</sup>. De plus, on fait une différence, en Suisse, entre l'expropriation formelle et l'expropriation matérielle<sup>21</sup>.

Le problème des mesures équivalentes aux expropriations ou nationalisations est bien connu dans la pratique étatique. Presque tous les accords concernant la protection et la promotion des investissements (APPI) contiennent une définition des actes donnant lieu au paiement d'une indemnité. Cette définition englobe, outre les expropriations et nationalisations formelles, «any other measure having a similar effect»<sup>22</sup> ou «any other measures tantamount to expropriation or nationalization»<sup>23</sup>.

Par «actes de dépossession», nous entendons les expropriations, nationalisations et autres mesures à effets équivalents<sup>24</sup>, consistant en

<sup>19</sup> JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Supplément, 1982, no 2189.

<sup>20</sup> *Ibid.*, n. 2 au no 2189.

<sup>21</sup> Sur la notion d'expropriation matérielle, cf. ATF 110 Ib 29 ss, *Gemeinde Oberstammheim c. Farmer*.

<sup>22</sup> Art. 4 de l'APPI entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République populaire de Chine, *ILM* 1985, pp. 537 ss.

<sup>23</sup> Art. 4 de l'APPI entre la République populaire de Chine et la République Française, *ILM* 1985, pp. 550 ss. Pour la Suisse cf. l'art. 6 de l'APPI avec la République démocratique socialiste de Sri Lanka: «( . . . ) ni des mesures équivalent à une nationalisation ou à une expropriation», *RO* 1982, p. 931, *RS* 0.975.271.2 ainsi que l'art. 4 de l'APPI avec la République du Panama, *RO* 1985, p. 1377, *RS* 0.975.262.7, ou l'art. 7 de l'APPI avec la République populaire de Chine, *RO* 1987, p. 591, *RS* 0.975.224.9.

<sup>24</sup> «However, it is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.» Iran- United States Claims Tribunal, affaire *Starrett Housing Corporation, et al. c. Government of the Islamic*

un transfert de propriété étrangère au secteur public national. Des mesures susmentionnées, il faut distinguer les notions suivantes, qui n'entrent pas dans la catégorie des actes de dépossession visés par ce travail.

La *confiscation* est une sanction pénale. «Parce qu'elle est une sanction, le juge prive de ses biens, sans indemnité, un coupable, conformément à la loi déterminant la procédure protectrice des droits de l'individu à l'encontre de l'arbitraire»<sup>25</sup>. La *réquisition* «est un procédé autoritaire de cession temporaire ou définitive dans des circonstances particulières»; elle donne lieu au paiement d'une indemnité lorsqu'elle est effectuée régulièrement<sup>26</sup>. La *saisie* est une mesure émanant de l'autorité civile ou militaire, qui n'est pas définitive. «Elle annonce et prépare le sort qui sera réservé à la propriété saisie, restitution ou bien destruction, détention illégale (. . .). Ce sont ces dernières mesures constitutives du dommage qui entraînent l'obligation de réparer lorsque la saisie a été effectuée par un organe compétent de la puissance publique (. . .)»<sup>27</sup>.

*Republic of Iran et al.*, *ILM* 1984, pp. 1090 ss, à la p. 1115. Dans sa «concurring opinion» le juge américain Holtzmann dit à ce sujet: «When a corporate property-owner's managers are forced to flee for their safety, the owner is deprived of the right to manage and control its property. That deprivation is a wrong which, if not merely ephemeral, constitutes a taking. That is a basic rule of international law». *Ibid.*, p. 1127. Cf. le même Tribunal, affaire *Phelps Dodge Corp. et Overseas Private Investment Corp. et Iran*, *ILM* 1986, pp. 619 ss, à la p. 625 no 22.

<sup>25</sup> FOUILLOUX, *op. cit.* p. 8 n. 8, p. 165.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 170.

## Deuxième Partie

## Chapitre 3

### Considérations historiques et générales

#### 3.1 Introduction

L'évolution sociale, économique et technique conduit souvent à des réformes juridiques. L'Homme du XV<sup>e</sup> siècle n'éprouvait pas le besoin de légiférer dans le domaine de la protection des ouvriers d'usine; celui du XIX<sup>e</sup> ignorait les problèmes que pose aujourd'hui la protection des données. Le message du Conseil fédéral relatif à la révision du Code civil suisse de 1979 (droit matrimonial) explique bien ce mécanisme: «Une mutation ne s'est produite qu'à la suite des changements sociaux et économiques intervenus au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Jusqu'alors agricole, la société s'est industrialisée et l'activité exercée par la femme hors du foyer a pris de l'ampleur. Les cantons, les uns après les autres, ont adopté les lois dites d'émancipation et aboli la «tutelle masculine»<sup>1</sup>. Et pour ce qui concerne la situation un siècle plus tard: «Depuis l'entrée en vigueur du Code civil, de profondes mutations sociales se sont cependant produites. Elles ont influencé fortement aussi sur le mariage et la famille, sur la conception de leur organisation et modifié l'importance respective des différentes tâches de la famille»<sup>2</sup>.

La plupart des mouvements de l'histoire ont entraîné des mutations juridiques. Il est d'autre part intéressant de se demander si l'évolution juridique n'a pas elle-même entraîné des transformations sociales, économiques et techniques. Le droit ne fait-il que suivre les mouvements de l'histoire, ou lui arrive-t-il aussi de les précéder? On ne peut répondre à cette question que de manière nuancée.

<sup>1</sup> FF 1979, vol. II, pp. 1179 ss, aux pp. 1181 s.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 1186.

Si nous comparons les données des XVI<sup>e</sup>, XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles avec celles du monde actuel, nous ne pouvons que constater d'énormes différences. Les mondes des XVI<sup>e</sup>, XVIII<sup>e</sup>, et aussi XIX<sup>e</sup> siècles, qui formaient et appliquaient le droit des gens, étaient relativement cohérents. Il existait certes des divergences, mêmes importantes, sur des questions comme la religion (à la base d'une série de conflits), les formes de gouvernement, les structures sociales et les intérêts économiques. Mais, nonobstant cela, tous les Etats assumaient plus ou moins l'héritage de la civilisation et de la philosophie romano-chrétienne<sup>3</sup>. Ceci valait encore récemment, avec certaines nuances et restrictions, pour les Etats américains, bien que ces pays (et surtout ceux de l'Amérique latine) aient été les premiers à se prévaloir de nouvelles conceptions en droit international.

Les conceptions soviétiques, en revanche, étaient radicalement différentes de celles des autres nations de l'époque. Les nationalisations décrétées au lendemain de la Révolution bolchévique dépassèrent en ampleur tout ce qu'on avait pu voir jusqu'alors. Il faut rappeler toutefois le cas du Mexique, qui, sur la base de sa Constitution du 31 janvier 1917, procéda à des nationalisations en chaîne<sup>4</sup>.

### 3.2 L'époque de la Société des Nations

De par sa nature et ses buts, la Société des Nations (SDN) représentait une institution nouvelle en droit international public. Elle contribua particulièrement au développement du droit des gens, notamment par la création de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI). Dans le domaine qui nous occupe, son impact ne fut cependant pas comparable à celui que devait avoir un jour l'Organisation des Nations Unies (ONU).

<sup>3</sup> Cf. aussi MONNIER, «Observations sur quelques tendances récentes en matière de formation de la volonté sur le plan multilatéral», *ASDI*, vol. XXXI, 1975, p. 31.

<sup>4</sup> KATZAROV, *Théorie de la nationalisation*, p. 32.

Contrairement à l'ONU, la SDN n'a jamais atteint l'universalité. Les puissances européennes industrialisées, fidèles au droit international classique, y jouissaient d'une grande influence. Les projets de codification du droit applicable aux étrangers que caressait la SDN n'ont jamais abouti<sup>5</sup>.

D'autres problèmes, plus cruciaux à l'époque, ont également contribué à reléguer au second plan la protection de la propriété étrangère.

### 3.3 L'Organisation des Nations Unies

Après la Seconde Guerre mondiale, la communauté internationale, devenue universelle, a subi de profondes mutations avec l'entrée en vigueur, le 24 octobre 1945, de la Charte des Nations Unies. L'ONU compte aujourd'hui parmi ses membres des Etats de tous les continents, qui se distinguent fondamentalement les uns des autres par leurs traditions, leur histoire, leurs civilisations et leurs religions.

La Charte des Nations Unies dispose en son article 13:

«L'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue de: a) développer la coopération internationale dans le domaine politique et encourager le développement progressif du droit international et sa codification.»

Pendant plusieurs années, la Commission du droit international a étudié la question de la responsabilité des Etats, sans parvenir toutefois à élaborer un projet de convention. Les nationalisations et la protection des investissements figuraient à l'ordre du jour de plusieurs organisations internationales, ainsi qu'à celui de l'Assemblée générale de l'ONU. Cette dernière a adopté quelques résolutions en la matière, suscitant parfois de vives controverses<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> STOFFEL, *Die völkervertraglichen Gleichbehandlungsverpflichtungen der Schweiz gegenüber den Ausländern*, thèse, Fribourg, 1979, pp. 18 s.

<sup>6</sup> Cf. *infra* pp. 53 à 68.

Si la SDN profitait encore d'une certaine homogénéité — aux dépens de l'universalité — l'ONU par contre a acquis l'universalité sans jamais atteindre la même homogénéité. Durant l'Entre-deux guerres, l'Union Soviétique pouvait être considérée comme un cas unique et exceptionnel. La situation était différente après la Seconde Guerre mondiale, avec la multiplication du nombre des Etats communistes. Au lendemain de la guerre, une imposante vague de nationalisations a déferlé sur l'Europe et, un peu plus tard, l'Asie. Elle ne s'est même pas arrêtée aux portes des pays de l'Europe occidentale.

A l'ONU, les Etats occidentaux, dont la puissance a par ailleurs décliné, sont nettement minoritaires. A leurs côtés siègent le bloc soviétique, les Etats asiatiques et ceux d'Amérique latine. Enfin, au fur et à mesure de la décolonisation, le nombre des Etats africains et caraïbes a constamment augmenté. Les pays industrialisés, fidèles aux principes de la propriété privée et de l'économie de marché, ont vu surgir, face à eux, un puissant groupe de pays en voie de développement, qui se sont plus tard réunis dans le Groupe des 77<sup>7</sup>.

Ces Etats, dont beaucoup venaient d'acquérir leur indépendance, sont en majeure partie faibles en ressources financières et peu industrialisés, mais riches en ressources naturelles. Après avoir lutté pour acquérir leur indépendance, ils entendaient affermir cette nouvelle indépendance et rejeter l'influence de l'ancienne métropole, ressentie surtout sur les plans économique et administratif<sup>8</sup>. Ayant constaté que, par l'effet du nombre, ils pourraient agir sur l'ONU<sup>9</sup>, ils se réunirent dans le Groupe des 77. Bien que ce groupe compte

<sup>7</sup> Le Groupe des 77 rassemble actuellement plus de 120 Etats.

<sup>8</sup> L'idée que ce sont souvent les Etats qui sont la partie faible dans les relations économiques internationales est exprimée par le juge Padillo Nervo: «It is not the shareholders in those huge corporations who are in need of diplomatic protection; it is rather the poorer or weaker States, where the investments take place, who need to be protected against encroachment by powerful financial groups . . . ». Opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, RCIJ 1970, p. 248.

<sup>9</sup> Cf. J.-F. LALIVE, «Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées — Développements récents», *RCADI* t. 181, 1983, p. 32: «L'Etat — cela vaut notamment pour les Etats du tiers monde — compense, parfois largement, sa faiblesse économique, très variable d'ailleurs, par sa souveraineté politique,

parmi ses membres des Etats aux réalités très différentes, il a toujours réussi à présenter des positions assez homogènes<sup>10</sup>. La propriété étrangère sise sur leur territoire appartenait principalement aux nationaux de l'ancien colonisateur. Cela explique qu'ils considéraient souvent les règles relatives à la protection de la propriété étrangère comme des vestiges d'un ancien régime dépassé, au service des puissances coloniales<sup>11</sup>.

### 3.4 Transformation des droits internes

En droit interne, le rôle de la propriété privée n'est pas non plus resté immuable au cours de l'histoire. Les divers systèmes juridiques se sont souvent éloignés de la notion de propriété inviolable. Ceci vaut également pour les pays attachés traditionnellement à la défense de la propriété privée, où l'on a aussi commencé à en souligner la finalité sociale et la soumission à l'intérêt public<sup>12</sup>. L'alinéa 2 de l'article 14 de

par l'influence croissante du tiers monde et la domination réelle que ce dernier exerce aujourd'hui dans bien des cas sur les organisations internationales.»

<sup>10</sup> Il n'est pas du tout certain que ces prises de position restent toujours si uniformes. Elles pourraient être modifiées un jour au fur et à mesure du développement que connaîtront certains pays. Cf. l'intervention de M. JOETZE, dans *Völkerrecht und internationale wirtschaftliche Zusammenarbeit*, édité par W. A. Kewenig, p. 128.

<sup>11</sup> Cf. GUHA ROY, «Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?», *AJIL*, vol. 55, 1961, pp. 863 ss, à la p. 884.

<sup>12</sup> FOULOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 9: «Pour cette raison il est au moins possible d'affirmer que dans le droit commun constitutionnel de quelques soixante-dix Etats, le droit de propriété, droit absolu de l'individu, devient un droit dont l'exercice est de plus en plus limité au profit de l'Etat ou de la Nation.» Cette tendance se manifeste aussi en Suisse. DOLZER, «New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property», *AJIL*, vol. 75, 1981, pp. 553 ss, cite à la p. 568, n. 58, à ce titre l'art. 17 du projet de Constitution de 1977. Cet article garantit la propriété dans les limites de la législation (al. 1<sup>er</sup>) et dispose (al. 3) que «Dans les cas d'expropriation ou de restrictions à la propriété analogues à une expropriation, une indemnité est due», tandis que la Constitution actuelle dit dans son art. 22ter al. 1<sup>er</sup>: «La propriété est garantie»; et dans l'al. 3: «En cas d'expropria-

la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne stipule ce qui suit:

«Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.»

De son côté, le droit des gens connaît la règle exprimée dans un précepte appelé «formule Hull», du nom du secrétaire d'Etat américain Cordell Hull. Cette règle prévoit que la propriété étrangère ne peut être expropriée que contre le paiement d'une indemnité prompte, effective et adéquate. Cette «formule Hull» est aussi appelée «règle classique», car on la considère comme reflétant le droit international classique en matière de protection de la propriété étrangère.

Les tendances évolutives apparues dans les droits internes et les changements intervenus au sein de la communauté internationale ont eu des répercussions en droit international public.

### 3.5 Contestation du droit international classique

Le droit international classique est devenu l'objet de controverses et de critiques, les jeunes Etats lui reprochant de favoriser exclusivement les intérêts du colonialisme et de l'impérialisme. «Il était naturel que le tiers monde se confonde rapidement avec la contestation du droit international classique qui a servi précisément à légitimer la domination coloniale et l'impérialisme»<sup>13</sup>. D'autre part, les Etats socialistes, qui avaient procédé à des nationalisations à grande échelle,

tion et de restrictions à la propriété équivalant à l'expropriation, une juste indemnité est due.» Le texte italien caractérise l'indemnité comme «piena» et le texte allemand comme «voll». Au sujet des changements intervenus en Suisse cf. également J.-F. AUBERT, *Petite histoire constitutionnelle*, 1974, pp. 116 s.

<sup>13</sup> MOHAMMED BENNOUNA, *Droit international du développement*, p. 10. BENNOUNA n'est de loin pas le seul représentant de cette école. On nommera encore BEDJAOUI, GIRVAN et HARTMANN pour n'en citer que quelques-uns.

n'avaient évidemment aucun intérêt à défendre la «formule Hull». Les critiques n'en sont pas restées là: la «formule Hull» ne constitue qu'un aspect de ce qu'on appelle le «standard minimum», ou «standard minimum international», qui est une notion du droit des gens. Cette notion garantit certains droits, notamment des droits personnels et des droits de propriété, aux personnes établies dans un pays dont elles ne sont pas ressortissantes<sup>14</sup>. Elle est en rapport étroit avec la protection diplomatique, ce qui ressort clairement d'un passage du rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale au sujet de la politique suisse en matière des droits de l'homme:

«( . . . ) dès qu'un Etat admettait sur son territoire des ressortissants étrangers, il était tenu, en vertu du droit international coutumier, de leur accorder un minimum de protection juridique (règle dite du «standard minimum»). A cette obligation, qui est encore généralement reconnue aujourd'hui, correspond le droit qu'à tout Etat, lorsque certaines conditions sont remplies, d'exercer la protection diplomatique en faveur de ses ressortissants à l'étranger»<sup>15</sup>.

Dans la mesure où les critiques du droit international classique visaient à imposer l'applicabilité exclusive des lois nationales, ils rejoignaient une autre théorie exprimée beaucoup plus tôt déjà: la «clause Calvo»<sup>16</sup>. Celle-ci s'est largement répandue depuis les années soixante. Le principe du respect des droits acquis, dans une certaine mesure le principe «*pacta sunt servanda*» lui-même, voire le droit coutumier en général n'ont pas non plus été épargnés par la critique<sup>17</sup>.

Plusieurs auteurs, dont HARTMANN<sup>18</sup> et GUHA ROY<sup>19</sup>, estiment que le droit international coutumier n'est opposable aux nouveaux Etats que dans la mesure où ils l'ont approuvé. On peut se rendre

<sup>14</sup> Cf. ROTH, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, thèse, Genève, 1949, pp. 185 s.

<sup>15</sup> Rapport du 2 juin 1982, FF 1982, vol. II, pp. 753 ss, à la p. 758.

<sup>16</sup> Sur la notion de «clause Calvo» cf. *infra* p. 34.

<sup>17</sup> Cf. par exemple l'opinion individuelle du juge Ammoun dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, RCIJ 1970, p. 286.

<sup>18</sup> HARTMANN, *Nationalisierung und Enteignung im Völkerrecht*, 1977, p. 166.

<sup>19</sup> GUHA ROY, *op.cit.* p. 21 n. 11, p. 867: «No state other than those that are parties to such treaties, conventions, or customary laws, or that accept them as binding, would be bound by them» (nos italiques).

compte de la portée de cette thèse en constatant qu'aujourd'hui encore, les règles coutumières tiennent, qualitativement et quantitativement, une grande place en droit international<sup>20</sup>.

Une première affirmation est celle que le droit international classique n'est qu'un moyen au service du colonialisme et de l'impérialisme, et une seconde postule que le droit international coutumier n'est applicable aux nouveaux Etats que dans la mesure où ils l'ont approuvé.

La seconde de ces affirmations implique l'abandon du principe de l'universalité du droit des gens, et partant une construction assez compliquée des normes internationales régissant les rapports entre les nations, à savoir une sorte d'ensemble de cercles concentriques comportant au centre quelques pays auxquels le droit international s'applique dans sa totalité et à l'extérieur d'autres auxquels il ne s'applique que dans la mesure qui leur convient. La cohérence du droit international en pâtirait évidemment. On ne saurait justifier qu'un Etat nouveau, qui vient d'acquérir son indépendance et qui est devenu sujet de droit international (statut auquel il a aspiré avec impatience), ne soit pas tenu au respect de l'ensemble des normes en vigueur dans la communauté internationale. On chercherait sans doute en vain, en droit international ou en droit interne, privé ou public, des cas où une personne qui désire entrer dans une organisation, une société ou une association, pourrait unilatéralement déterminer son statut juridique en excluant l'application pour elle-même de normes statutaires qui lui déplaisent<sup>21</sup>.

La conception universaliste du droit international public exige que ses normes s'appliquent de manière identique à tous ses sujets. Devenus sujets de droit international, les nouveaux Etats pourront bien entendu participer à l'élaboration et à la révision de ces normes

<sup>20</sup> MONNIER, «La neutralité suisse et l'ONU»: «Aujourd'hui encore les règles du droit international public sont pour une très large part de nature coutumière.» *Schweizer Monatshefte*, novembre 1984, p. 892.

<sup>21</sup> On mentionnera cependant l'institution des réserves qui constitue l'exception à cette règle. Mais les réserves peuvent être sujettes à objection. La Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969 confère aux objections dans ses art. 20 à 23 une portée plutôt restreinte.

et, par leur pratique, à la formation de coutumes, ou, inversement, provoquer la désuétude de règles coutumières.

Reprenant la première des affirmations mentionnées plus haut, on peut se demander si le droit international n'est vraiment qu'un moyen au service du colonialisme. Plusieurs auteurs se sont prononcés sur cette question. Pour LALIVE, «il est clair que le droit international classique, fondé comme tout système de droit sur le respect de la parole donnée et des engagements librement consentis, n'est pas en soi ni ne peut être un droit de l'impérialisme»<sup>22</sup>.

Ceux qui partagent l'avis selon lequel le droit international classique serait un moyen au service de l'impérialisme paraissent principalement fonder leur position sur le fait que le droit international limite la liberté d'action des Etats<sup>23</sup>. Ces entraves peuvent évidemment être ressenties comme gênantes. Elles valent cependant pour l'ensemble des Etats, qu'ils viennent du nord ou du sud, qu'ils soient riches ou pauvres, grands ou petits.

Si donc le droit international contient des normes relatives au traitement des étrangers, tout Etat a le devoir de s'y conformer. Le cas échéant, il pourrait devoir constater que ses projets sont contraires

<sup>22</sup> J.-F. LALIVE, *op.cit.* p. 20 n. 9, p. 164. Dans le même sens LILICH, «The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens», dans Lillich, *Aliens*, p. 10: «( . . . ) the case that the traditional international law rules were the exclusive product of nineteenth century economic imperialism has been conceded far too readily. While it is true that «the ideas of justice and fair dealing incorporated in the accepted norms of conduct for European nations were carried over into the wider sphere of the international society of the nineteenth century», especially notions of individual liberty, the sacredness of private property, and the sanctity of contracts, it is a mistake to believe that this development took place solely because the Great Powers wished to have a legal basis for coercing weaker States.»

Cf. également HALLBRONNER, «International Economic Development Law and the Protection of Private Investors», *IJIL*, vol. 23, 1983, pp. 198 ss, à la p. 208.

<sup>23</sup> Ainsi HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, p. 185: «In allen Fällen hätten Entschädigungsverlangen nach der Formel vom Minimum-Standard nichts anderes als den Verzicht auf die grundlegende Veränderung der Sozialstruktur bedeutet, also den Verzicht, die innere Entwicklung des Landes nach Prinzipien zu gestalten, wie sie als politisch richtig und notwendig erkannt worden waren.»

au droit des gens et les abandonner en conséquence<sup>24</sup>. Cette prééminence du droit international sur le droit interne trouve notamment son expression dans la sentence du *Lac Lanoux*: «La souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption. Elle doit fléchir devant toutes les obligations internationales, quelle qu'en soit la source, mais elle ne fléchit que devant elles»<sup>25</sup>. Nous avons vu que les obligations découlant du droit international sont souvent considérées comme un obstacle à l'épanouissement de la souveraineté nationale. Ce sentiment est d'autant plus fort quand il s'agit de normes à la formation desquelles le pays en question n'a pas contribué ou, pire, dans le cas d'Etats issus de la décolonisation, quand il s'agit de coutumes dont la formation remonte à l'époque où la communauté internationale était essentiellement composée d'Etats européens (dont les puissances coloniales).

<sup>24</sup> «But (...) the exercise of sovereign rights is subordinated to the rules of international law.» HAILBRONNER, *op.cit.*, p. 25 n. 22, p. 203.

Une intervention de M. Barchi, rapporteur de la commission du Conseil National dans le débat concernant l'initiative sur le référendum en matière de traités internationaux, indique bien que des considérations de droit international peuvent avoir un impact sur des décisions, à première vue tout à fait internes, d'un Etat. «(...) J'en viens au deuxième motif qui a amené le Conseil des Etats à déclarer nulle l'initiative de l'Action nationale. Selon la Chambre haute, la disposition transitoire de cette initiative, qui prévoit le référendum rétroactif contre les traités déjà en vigueur, violerait le droit international.» CN, 1976, p. 319.

<sup>25</sup> Sentence du Tribunal arbitral franco-espagnol dans l'affaire de l'utilisation des eaux du *Lac Lanoux*, RGDIP, t. LXII, 1958, pp. 79 ss, à la p. 99. Cf. également MONNIER, «Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse», RDS, t. 105, 1986, vol. II, p. 140 *in fine*.

Une certaine limitation de la souveraineté est également admise par CARRILLO SALCEDO. «Atributo exclusivamente reservado a los Estados, la soberanía expresa una realidad básica del Orden internacional: cada Estado es, además y a la vez que sujeto del Derecho internacional, órgano del mismo e intérprete, razonablemente y de buena fe del alcance de sus obligaciones y de las consecuencias jurídicas de las situaciones que le conciernen. La relevancia del Estado resulta así claro pero, al mismo tiempo, esto es algo muy distinto a concebir la soberanía del Estado como poder arbitrario, no sujeto a norma jurídica alguna.» JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, p. 80.

Est-il justifié de prétendre que le droit international coutumier classique porte préjudice à la position des nouveaux Etats, pour les motifs qu'il a déjà été appliqué pendant la période du colonialisme et que les puissances coloniales européennes ont largement contribué à sa formation?

Pour apprécier cette affirmation, d'ailleurs réfutée par d'éminents auteurs<sup>26</sup>, il faut naturellement prendre en considération le fait que les peuples colonisés n'étaient pas considérés comme des sujets du droit des gens (de par leur non-appartenance à ce qu'on appelait alors le «monde civilisé»).

Cette attitude prévalait notamment à l'égard du continent africain, et ces conceptions ont marqué la Conférence sur le Congo tenue à Berlin en 1884/85:

«Aber niemand beabsichtigte, alle afrikanischen Stämme zu Mitgliedern der Völkerrechtsgemeinschaft zu machen. Sonst wäre die Kongokonferenz nicht nur (. . .) überflüssig gewesen, weil nichts mehr zur Okkupation offengestanden hätte, sie wäre selbst nach ihren eigenen Maßstäben ein einziges Unrecht gewesen, weil in ihr über die Köpfe gleichberechtigter Betroffener hinweg weitreichende Entscheidungen getroffen worden wären, während man in Wirklichkeit die Betroffenen als nicht gleichberechtigt und deshalb den Massnahmen der Mächte unterworfen betrachtete. (. . .)

Die afrikanischen Völker wurden als unter dem Schutze der Völkerrechtsgemeinschaft stehend betrachtet, aber *nicht als deren Mitglieder*, und auch nicht als Völkerrechtssubjekte in einem weiteren Sinne»<sup>27</sup>.

Les relations entre Métropoles et Colonies n'étaient en principe pas régies par le droit des gens, mais bien par le droit interne des pays colonisateurs<sup>28</sup>.

Les injustices dont les anciennes Colonies se plaignent aujourd'hui ont surtout résulté du fait que le droit international leur avait refusé la qualité de sujets de droit des gens (les normes du droit international ne régissant que les rapports des «pays civilisés» entre

<sup>26</sup> Cf. *supra* p. 25 et les auteurs cités à la note 22 de cette page.

<sup>27</sup> FISCH, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, pp. 321 s; également p. 385 (nos italiques).

<sup>28</sup> Pour l'Espagne et l'Amérique latine cf. *ibid.*, p. 392.

eux<sup>29</sup>), et non de décisions prises en vertu du droit des gens envers un sujet de droit international. Dès lors, la revendication possible aurait dû toucher la qualité de sujet de droit international, et perdre sa raison d'être dès l'acquisition par les anciennes Colonies du statut d'Etats indépendants<sup>30</sup>, entraînant l'égalité juridique entre les anciennes Colonies et les anciennes Métropoles, la liberté d'action de chacune se trouvant limitée en vertu des mêmes normes.

Différente est la question de savoir si chaque Etat est capable de faire respecter le droit international par ses partenaires, dans le cadre de ses relations extérieures, évitant ainsi d'être la victime d'abus de droit ou de violations de celui-ci. Il s'agit là plutôt d'un problème de puissance et d'efficacité de sanctions, car le droit international ne prévoit pas les mêmes possibilités de contrainte que le droit interne. L'occupation du Danemark par les armées du troisième Reich fut-elle rendue possible par une lacune du droit international? La réponse paraît évidente: un Etat — de petite taille par rapport à son agresseur

<sup>29</sup> Pourtant cette conception n'était pas partout et en tout temps partagée avec la même rigueur. Du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle on ne discutait pas encore la question de savoir «ob die überseeischen Staatswesen Völkerrechtssubjekte seien, sondern ob Völkerrechtsverkehr mit ihnen erlaubt sei und, wenn ja, ob Eingriffsrechte gegenüber ihnen bestanden, die ihre Selbständigkeit einschränkten oder aufhoben», *ibid.*, p. 288. Au moins les Etats les plus importants d'Asie et parfois même quelques Etats africains comme le Libéria, l'Ethiopie et le Zanzibar étaient reconnus comme souverains au XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, *ibid.*, p. 309. En doctrine, ce fut notamment CHRISTIAN WOLFF qui fit la grande exception. Sa définition du «peuple» pouvait aussi comprendre des peuples extra-européens. «Die Grundlage für Wolffs Haltung bildet die uningeschränkte Anerkennung für Freiheit, Gleichheit und Souveränität aller Völker und Staaten». *Ibid.*, p. 270. «Doch scheint dazu schon eine sehr lockere Organisation auszureichen, da Wolff nirgends spezifisch europäische Merkmale der Staatlichkeit fordert». *Ibid.*, p. 273.

<sup>30</sup> Ceci est confirmé par le commentaire de FISCH au sujet de l'arrêt de la CPJI de 1933 concernant l'affaire du *Greenland oriental* entre le Danemark et la Norvège: «Die Zielrichtung ist klar. Die Eskimos (und mit ihnen vergleichbare Bevölkerungen) bilden keine souveränen Staatswesen und mithin keine Völkerrechtssubjekte. Würde ihnen dies zugestanden, so müssten sie ganz anders behandelt werden, als Staatswesen eigenen Rechts. In der Interpretation des Gerichtshofes bilden sie lediglich verstreute Individuen in einem staatslosen Gebiet». *Ibid.*, p. 181 (nos italiques).

— s'avérait incapable de faire respecter son indépendance et sa souveraineté, statut qui lui était pourtant reconnu par le droit international. Peu auparavant, la Finlande — de petite taille elle aussi par rapport à son voisin de l'Est — réussit cependant à défendre ses droits par le recours à ses forces armées.

Beaucoup d'injustices ont trouvé, trouvent et trouveront moins leur source dans une imperfection des règles du droit des gens que dans le fossé qui existe parfois entre la théorie et la pratique dans le cadre de rapports de force. Il y a, certes, des normes qui pèsent plus lourdement sur certains Etats que sur d'autres. Parfois le principe voulant que chaque norme doit être appliquée eu égard aux circonstances de l'espèce permet d'y remédier.

## Chapitre 4

### Les intérêts contradictoires

#### 4.1 Introduction

Dès qu'une personne se trouve à l'étranger, la question se pose de savoir comment il faut la traiter. Le cas du touriste en vacances ne pose pas de problèmes particuliers, à l'inverse de celui des personnes qui ont des attaches autres et plus marquées avec le pays d'accueil.

La question n'est d'ailleurs pas nouvelle et des lois et traités datant de l'antiquité ont déjà cherché à la régler.

En Suisse par exemple, nous nous souvenons des mercenaires, dont de nombreux accords déterminaient le statut et, en particulier, l'attachement juridique (soit à leur canton d'origine, soit à l'Etat qui les engageait). Vu l'importance du mercenariat pour les cantons, ceux-ci ne pouvaient y rester indifférents. Les pays d'accueil, pour leur part, y portaient un intérêt certain, puisque les mercenaires se trouvaient — en principe du moins — sur leurs territoires.

Des problèmes comparables se posaient pour les commerçants, les marchands et les industriels séjournant à l'étranger. Tandis que l'importance du mercenariat diminuait au fil des siècles, celle des mouvements des branches commerciales augmentait constamment, parallèlement au progrès économique et à la croissante interdépendance des Etats.

Ainsi se sont développées peu à peu des règles coutumières du droit des gens, appelées plus tard règles du «standard minimum»<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> «International law lays upon every State in whose territory foreign natural or juristic persons reside, remain, operate or even simply possess property, an obligation towards the State of which such persons are nationals: the obligation to afford the certain treatment. That treatment, which is defined most usually and in greater detail by the rules of treaty law, nevertheless has its minimum requirements laid down by customary international law.» Opinion individuelle du juge Padillo Nervo dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, RCIJ 1970, pp. 253 s (nos italiques). Cf. également *supra* p. 23.

Celles-ci présentent plusieurs aspects: la reconnaissance de la personnalité juridique de l'étranger et de sa liberté de conscience et de croyance, l'inviolabilité de la personne, la protection de son patrimoine et des droits acquis à l'étranger, ainsi que la garantie d'une juridiction impartiale<sup>32</sup> (pour qu'il puisse veiller à l'application de ce «standard minimum», il est admis que l'Etat d'origine peut accorder la protection diplomatique à ses ressortissants<sup>33</sup>).

Avant de passer plus spécialement à l'étude de la protection de la propriété et des droits acquis des ressortissants étrangers, il est utile de présenter brièvement quelques aspects des relations interétatiques qui se trouvent à l'origine de la controverse sur la protection de la propriété en droit des gens.

## 4.2 Les sources des intérêts contradictoires

Les intérêts en cause trouvent leur origine, d'une part dans la compétence personnelle, et d'autre part dans la compétence territoriale, qui est en sa forme normale la souveraineté territoriale. La compétence personnelle investit l'Etat «d'une compétence particulière à l'égard de certaines personnes, indépendamment du fait que ces personnes se trouvent sur son territoire et qu'elles participent au fonctionnement d'un service public»<sup>34</sup>. «Par compétence territoriale on entend la compétence de l'Etat à l'égard des hommes qui vivent sur son territoire, des choses qui s'y trouvent et des faits qui s'y passent»<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> STRUPP/SCHLOCHAUER, *Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. II, 1961, p. 538; et notamment ROTH, *op.cit.* p. 23 n. 14, pp. 185 s.

<sup>33</sup> «L'Etat, dont le particulier est le ressortissant, est autorisé à exiger, pour celui-ci, le traitement requis par les règles internationales en la matière et, au cas où un tel traitement ne serait pas accordé, il peut prétendre à une réparation sous la forme soit d'une *restitutio in integrum* soit d'un dédommagement.» Opinion individuelle du juge Morelli dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, RCIJ 1970, p. 224.

La CIJ voit d'ailleurs la protection diplomatique en rapport étroit avec le commerce international, *ibid.* no 37.

<sup>34</sup> ROUSSEAU, «*Droit international public*», 11<sup>ème</sup> édition, 1987, par. 95.

<sup>35</sup> *Ibid.*, par. 155.

Le pays d'origine ne perd pas tout intérêt pour ses nationaux par le seul fait qu'ils vivent à l'étranger. Il lui importe qu'ils y soient traités correctement, et la pratique étatique démontre qu'il entend assumer des responsabilités à leur égard<sup>36</sup>. L'Etat est d'autant plus intéressé au sort de ses nationaux résidant à l'étranger, ou à celui des valeurs patrimoniales détenues à l'étranger par ses ressortissants, que ces personnes jouent un rôle important dans l'économie ou dans le commerce<sup>37</sup>.

La plupart des pays connaissent ce genre de situations, du fait de l'interdépendance des Etats. Ils essaient d'intervenir auprès de l'Etat d'accueil quand ils estiment que le bien-être de leurs ressortissants et, de manière indirecte, leurs propres intérêts sont menacés. La protection diplomatique constitue l'un des moyens de défendre les intérêts des nationaux à l'étranger; «( . . . ) der gewöhnlich auf der Personalhoheit fussende diplomatische Schutz erscheint insoweit als Korrektiv der Gebietshoheit»<sup>38</sup>. «Par protection diplomatique, on entend l'intervention d'un Etat au bénéfice de ses ressortissants auxquels un autre

<sup>36</sup> On mentionnera les interventions diplomatiques de la Chine en Indonésie en 1966 (YATES, *op.cit.* p. 7 n. 6, p. 218) et vis-à-vis du Vietnam en 1978/79 (HUNGDAH CHIU, «China's Legal Position on Protecting Chinese Residents in Vietnam», *AJIL*, vol. 74, 1980, pp. 685 ss), les interventions de la Turquie au sujet du traitement de la minorité turque en Bulgarie (*NZZ* no 5 du 8 janvier 1986, p. 5) ou les soucis exprimés par l'Algérie en tant que puissance protectrice des intérêts iraniens aux Etats-Unis au sujet de la protection légale des ressortissants iraniens aux Etats-Unis, (*AJIL*, vol 74, 1980, pp. 920 s). Cf. aussi *NZZ* no 31 du 8 février 1988, p. 2, en ce qui concerne la conception hongroise de la protection.

<sup>37</sup> «Wie Gros in seinem zustimmenden Sondervotum zum Barcelona Traction Fall so klar ausgeführt hat, sehen heute auch marktwirtschaftlich organisierte Staaten das Auslandvermögen ihrer Staatsangehörigen als Teil des Nationalvermögens an. Zumindest in Notzeiten war und ist es üblich, dass der Heimatstaat durch entsprechende Rechtsvorschriften seine Staatsbürger dazu verpflichtet, ihre im Ausland befindlichen Vermögenswerte zu repatriieren und auf diese Weise der heimischen Volkswirtschaft nutzbar zu machen.» SEIDL-HOHENVELDERN, «Modernes Völkerrecht und Schutz ausländischen Eigentums», dans *Mélanges Verdross*, 1980, p. 658.

La même idée est à la base des démarches entreprises par maints Etats après le renversement d'un dictateur pour récupérer ses biens placés à l'étranger.

<sup>38</sup> STRUPP/SCHLOCHAUER, *op.cit.* p. 31 n. 32, vol. I, p. 380.

Etat a causé un préjudice par des mesures contraires au droit des gens; le but est d'en obtenir réparation»<sup>39</sup>.

Selon l'Etat qui l'exerce, la protection diplomatique peut engendrer la peur. Les puissances (européennes) se sont montrées parfois très dures dans son exercice<sup>40</sup>. Les abus commis au nom de cette institution — menaces, canonnades et expéditions punitives — la discréditèrent auprès de certains Etats. Il nous paraît cependant contradictoire de faire l'éloge des droits de l'homme et de condamner en même temps à haute voix la protection diplomatique, laquelle n'a pas d'autre but que de remédier aux violations du «standard minimum». Car, considérées du seul point de vue de l'étranger, ces deux institutions produisent des effets parallèles, bien qu'elles reposent sur des notions fondamentalement différentes<sup>41</sup>.

Le pays d'accueil possède naturellement un intérêt légitime à ce que les personnes résidant sur son territoire soient soumises — au moins dans une certaine mesure — à son ordre juridique. La question de la détermination du droit applicable dans un cas d'espèce est en principe résolue au moyen de conventions internationales et par le droit international privé propre à chaque Etat. Aussi ouvert soit-il à l'application de lois étrangères, un Etat va cependant veiller à ce que les normes impératives de son droit interne ne soient pas éludées par l'application de ces lois. C'est la raison pour laquelle le «standard minimum» n'est pas partout reconnu avec le même enthousiasme. Il gêne les Etats quand il prescrit un traitement privilégié en faveur des

<sup>39</sup> Le Conseil fédéral suisse dans un message aux Chambres, *FF* 1965, vol. II, pp. 451 s.

<sup>40</sup> Des exemples sont donnés par ALVAREZ DE EULATE, *La «restitutio in integrum» en la práctica y en la jurisprudencia internacionales*, resumen de la tesis doctoral del autor, pp. 28 s.

<sup>41</sup> «Although the law governing the Responsibility of States for Injuries to Aliens was one of international law's first attempts to protect human rights, according to some authorities it has been preempted, in whole or in part, by the generation by the United Nations of new international human rights norms applicable to nationals and aliens alike.» LILLICH, *AJIL*, vol. 70, 1976, p. 509. Cf. aussi STOFFEL, *op.cit.* p. 19 n. 5, pp. 59 s.

étrangers, par rapport à celui que réserve le droit interne à leurs propres ressortissants.

### 4.3 Les intérêts contradictoires et leurs effets en droit international

La «clause Calvo» et les règles sur le «standard minimum» témoignent de l'existence de ces intérêts contradictoires. La «clause Calvo» exige que les étrangers et les nationaux soient en principe traités de manière égale. Par conséquent, les étrangers sont exclusivement assujettis à la juridiction interne, et doivent renoncer à toute protection diplomatique. Un traitement privilégié des étrangers est dès lors exclu. Cette théorie met l'accent sur la souveraineté territoriale de chaque Etat. Nous retrouverons cette préoccupation dans les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU relatives à la souveraineté sur les ressources naturelles.

Le «standard minimum», en revanche, entend garantir certains droits aux étrangers, indépendamment du droit interne. Pour ses partisans, sa disparition mettrait les étrangers à la merci des législateurs de l'Etat où ils sont établis, sur lesquels aucune influence ne serait possible, les étrangers n'ayant pas la possibilité de participer à la vie politique dans l'Etat d'accueil<sup>42</sup>. Ils prônent donc la protection diplomatique, la validité des règles sur le «standard minimum» et, par conséquent, aussi le respect des droits acquis des étrangers.

Ces théories sont si diamétralement opposées qu'elles ne paraissent guère conciliables. Elles ne le sont pas en théorie, mais en pratique la solution est souvent différente. Peu d'Etats vivent en parfaite autarcie. Pour la plupart, ils entretiennent des relations commerciales avec l'étranger; ils exportent et importent, ou ont besoin de ressources financières pour atteindre les objectifs fixés par leur politique. Ces raisons, de nature économique souvent, et la

<sup>42</sup> Cf. ROTH, *op.cit.* p. 23 n. 14, p. 113 et pp. 116 s.

conscience de la dépendance réciproque peuvent contribuer à l'adoption de positions s'éloignant des points de vue admis en théorie. Le droit international contient-il des normes qui permettent un compromis entre ces intérêts contradictoires? Nous espérons pouvoir donner une réponse à cette question à la fin de la présente étude.

#### 4.4 Cas d'application pour une éventuelle protection de la propriété étrangère selon le droit international

Avant d'aborder l'étude des normes du droit international public en la matière, le moment paraît venu de survoler rapidement les différents cas où les intérêts de plus d'un pays sont en cause.

Nous venons d'illustrer ces intérêts par l'exemple d'une personne physique étrangère. Il faut cependant aussi tenir compte des personnes morales, dont l'importance quantitative et économique est tout à fait primordiale<sup>43</sup>.

La plupart des Etats accueillent chez eux des ressortissants et des capitaux étrangers, et en même temps certains de leurs nationaux investissent et/ou résident à l'étranger.

Une décision étatique intéresse le droit international dès qu'elle produit des effets dépassant le seul cadre national<sup>44</sup>. Pour les questions relatives à la propriété, c'est le cas:

- 1) Quand une mesure prise dans l'Etat A produit des effets sur des biens sis en A ou des droits localisés en A qui appartiennent,

<sup>43</sup> Il existe différents critères pour déterminer la nationalité des personnes morales. Cette nationalité doit être reconnue par des Etats tiers «si elle est basée sur l'un (ou plusieurs) des éléments suivants: incorporation ou constitution, siège administratif réel, centre d'exploitation, contrôle, ou sur tout autre critère qui revêt une certaine effectivité minimum». CARLISCH, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, thèse, Genève, 1969, p. 146.

<sup>44</sup> «Dès lors que les étrangers peuvent être atteints dans leur propriété et dans leurs biens les nationalisations cessent d'intéresser exclusivement l'ordre interne.» FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 200.

- directement ou indirectement, à des personnes physiques ou morales étrangères qui se trouvent sur le territoire de A.
- 2) Quand une telle mesure produit des effets sur des biens sis en A ou des droits localisés en A qui appartiennent, de manière directe ou indirecte, à des personnes physiques ou morales qui se trouvent dans un pays tiers.
  - 3) Quand une telle mesure produit des effets sur des biens sis en B ou des droits localisés en B qui appartiennent, directement ou indirectement, à des personnes physiques ou morales ayant la nationalité de A, de B ou d'un Etat tiers.

On constate que les situations comportant une dimension internationale sont très nombreuses.

Avec ces chapitres préliminaires d'ordre général et historique, nous avons esquissé le contexte dans lequel se situe la protection de la propriété étrangère en droit international. Nous allons maintenant nous attacher plus directement aux aspects juridiques de la question.

## Troisième Partie

## Chapitre 5

### La coutume, le droit écrit, les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU et les principes de la bonne foi et de l'équité

#### 5.1 Les règles coutumières classiques

##### 5.1.a La «formule Hull»

Pour être licite, une mesure étatique opérant le transfert de la propriété d'un bien appartenant à une personne étrangère doit satisfaire à plusieurs conditions: la mesure doit viser un but d'intérêt public, ne pas être discriminatoire (c'est-à-dire ne pas toucher uniquement des étrangers ou certaines catégories d'étrangers) et elle doit être accompagnée du versement d'une indemnité prompte, effective et adéquate. En outre, la mesure ne doit pas être contraire à une obligation conventionnelle à laquelle serait tenu l'Etat nationalisant. Les mesures de pure police et d'hygiène ne donnent pas lieu à indemnisation, de même que les mesures fiscales et pénales, ceci à moins qu'elles ne constituent un abus de droit<sup>1</sup>.

La formule «prompte, effective et adéquate» tente d'exprimer l'idée que l'indemnité doit correspondre à la valeur réelle du bien ou du droit exproprié, et qu'elle doit être payée rapidement et dans une monnaie transférable. En d'autres termes, elle postule une indemnité intégrale et effectivement réalisable<sup>2</sup>. Une expropriation sans indem-

<sup>1</sup> Cf. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, 1953, vol. 1, p. 333.

<sup>2</sup> MÜLLER/WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 2<sup>ème</sup> éd., 1982, p. 340, qualifient ce standard de «voll».

Cf. également VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3<sup>ème</sup> éd., 1984, no 1217 et FAVRE, *Principes du droit des gens*, 1974, p. 521.

GUGGENHEIM emploie la formule suivante: «Lorsqu'il s'agit de cas d'expropriation isolés, dans un but d'utilité publique, la doctrine et la pratique sont à peu

nité équivaldrait à une confiscation et serait contraire au droit international.

Telles sont les règles du droit international classique. Souvent, on les désigne simplement par le vocable «formule Hull», du nom du Secrétaire d'Etat américain Cordell Hull qui l'a utilisée dans une note du 21 juillet 1938 adressée à l'Ambassadeur du Mexique à Washington: «Under every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate, and effective payment therefor»<sup>3</sup>. La «formule Hull», ou les règles classiques coutumières que nous venons de décrire, font partie du «standard minimum» international. Le «standard minimum» fixe certaines règles relatives au traitement des étrangers, que chaque Etat est tenu d'observer en vertu du droit international<sup>4</sup>.

Ces règles classiques n'ont pas échappé à la critique, surtout dès la fin de la Seconde Guerre mondiale. On a notamment prétendu qu'elles ne seraient pas applicables aux nationalisations.

### 5.1.b Le principe des droits acquis

«Le principe du respect de la propriété privée et des droits acquis n'a pas et n'a jamais eu pour signification d'empêcher l'Etat pour des motifs d'utilité publique de porter atteinte à la propriété privée et aux droits acquis des étrangers mais de l'obliger à réparer pécuniairement les conséquences dommageables de ses actes sur la propriété et

unanimes à admettre que l'indemnité doit être complète, adéquate et effective, c'est-à-dire qu'elle doit permettre au lésé d'acquérir à nouveau des biens de même valeur que ceux dont il a été privé.» *Ibid.* pp. 333 s. SCHELLE, *Précis de droit des gens*, 1934, deuxième partie, p. 113, parle d'une «juste et préalable indemnité».

<sup>3</sup> Citée par BAARDE, «Indonesian Nationalization Measures before Foreign Courts, A Reply», *AJIL*, vol. 54, 1960, p. 809.

<sup>4</sup> Une liste des différentes normes qui font partie du standard minimum se trouve chez VERDROSS/SIMMA, *op.cit.* p. 39 n. 2, no 1213; voir aussi ROTH, *op.cit.* p. 23 n. 14, pp. 185 s.

les droits acquis des étrangers»<sup>5</sup>. La formule employée par FOUILLOUX («respect de la propriété privée et des droits acquis») pourrait nous faire supposer que les deux notions ne sont pas identiques. D'autres auteurs, en revanche, les emploient comme synonymes<sup>6</sup> ou comme équivalant à «droits patrimoniaux»<sup>7</sup>. BINDSCHEDLER nous apprend que la doctrine plus récente assimile les droits acquis aux droits subjectifs, terme dont on désigne de façon générale la propriété (meubles et immeubles) et les droits contractuels<sup>8</sup>. Les notions de protection de la propriété (au sens de la «formule Hull») et de respect du principe des droits acquis se recouvrent-elles? C'est ce que paraît dire la doctrine récente (où on a pour le moins de la peine à percevoir une distinction évidente).

Quoi qu'il en soit, il paraît nécessaire d'examiner de plus près cette notion, qu'on retrouve d'ailleurs très souvent dans la jurisprudence.

### Origine et définition des droits acquis

Dans un article intitulé: «The Protection of Vested Rights in International Law»<sup>9</sup>, KAECKENBEECK remonte à l'origine de la notion de droits acquis. Il explique qu'on distinguait autrefois les droits acquis des droits innés. Plus tard, on y incluait aussi les droits acquis à titre particulier, par opposition à ceux revenant à chacun, ou à certaines catégories de personnes, en vertu de la loi.

La notion de droit acquis servait ensuite à résoudre des problèmes relatifs à l'application des lois dans le temps: l'équité commandait de verser une indemnité lorsque des droits de valeur économique avaient été supprimés (règle de la non-rétroactivité). Plus tard, elle servait encore à résoudre des problèmes relatifs à l'application des lois

<sup>5</sup> FOUILLOUX *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 312.

<sup>6</sup> Cf. FAVRE, *op.cit.* p. 39 n. 2, p. 518.

<sup>7</sup> GUGGENHEIM, *op.cit.* p. 39 n. 1, p. 331: «Les droits patrimoniaux (on parle aussi de droits acquis) (...)».

<sup>8</sup> BINDSCHEDLER, «La protection de la propriété privée en droit international public», *RCADI* t. 90, 1956, p. 215.

<sup>9</sup> KAECKENBEECK, «The Protection of Vested Rights in International Law», *BYIL* 1936, pp. 1 ss.

dans l'espace: le principe fut considéré comme le fondement d'une obligation faite à l'Etat de reconnaître et de laisser exercer les droits acquis à l'étranger («recognition and enforcement of rights vested abroad»).

Appliquées au domaine du droit international public, ces deux règles de la non-rétroactivité et de la reconnaissance et de l'exercice des droits privés acquis à l'étranger en engendrèrent une troisième: celle selon laquelle un changement de souveraineté ne pouvait pas atteindre les droits acquis privés<sup>10</sup>. Dans ce contexte, KAECKENBEECK cite le «Chief Justice» Marshall dans l'affaire *United States v. Perchemann*: «( . . . ) A cession of territory is never understood to be a cession of the property belonging to its inhabitants. The King cedes that only which belongs to him»<sup>11</sup>.

Il ne faut donc pas perdre de vue que nous parlons de droits privés. DESCAMPS définit le droit acquis comme suit: «C'est le droit obtenu par la réalisation des faits légalement requis pour une mise en possession définitive.» Il ajoute que «certaines concessions d'ordre absolument précaire, faites par l'autorité publique, ne peuvent jamais être transformées en droits acquis»<sup>12</sup>. La pratique américaine allait apparemment dans le même sens: «It should not, for instance, be overlooked that the United States of America seems to have consistently subordinated the maintenance of concessions to the proof of benefit for the territory ceded»<sup>13</sup>.

Au fil des années, on s'est rendu compte que beaucoup de droits possédaient un caractère à la fois privé et public. Aujourd'hui, on compte aussi parmi les droits acquis des droits qui ne relèvent pas

<sup>10</sup> «( . . . ) a change of sovereignty leaves *private* rights unaffected». Nos italiques. *Ibid.*, p. 8.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>12</sup> DESCAMPS, «La définition des droits acquis», *RGDIP*, t. XV, 1908, p. 390.

<sup>13</sup> KAECKENBEECK, *op.cit.* p. 41 n. 9, p. 11 (nos italiques); cf. aussi BARDE, *La notion de droits acquis en droit international public*, pp. 291 ss, à la p. 301: «Seuls les droits privés sont des droits acquis.» Cependant cet auteur y range notamment aussi les concessions.

uniquement du droit privé, à savoir notamment les concessions<sup>14</sup>. Le juge Morelli s'exprimait ainsi dans son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*: «( . . . ) le droit international oblige l'Etat, dans certaines limites et à certaines conditions, à respecter, par la conduite de ses organes administratifs ou même législatifs, les droits que l'ordre juridique interne du même Etat confère aux ressortissants étrangers. On parle, à ce propos, du respect des droits acquis des étrangers»<sup>15</sup>.

### Portée des droits acquis

Les droits acquis ne sont pas des droits absolus, car ils peuvent être restreints, voire supprimés, dans le cadre de révisions législatives. Le principe du respect des droits acquis se contente d'exiger qu'ils ne soient pas l'objet de mesures arbitraires ou discriminatoires et que, lorsqu'il y est porté atteinte, le titulaire du droit soit indemnisé<sup>16</sup>. Car «it follows also that a failure to grant compensation might in some cases cause a gross and unjust hardship even though the suppression of the right be, from the point of view of state policy, perfectly legitimate and justified. What is therefore needed to ensure a minimum of justice in international practice is not an alleged principle of immunity of vested rights against legislation — which has no place in international law — but, in my opinion, an international minimum standard for equitable compensation. ( . . . ) This standard, valid only between states, is not meant as a model of normality but as a minimum of justice and fairness in treatment of foreigners, which a

<sup>14</sup> «Rien ne s'oppose à ce qu'un Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, se lie irrévocablement par les clauses d'une concession et attribue à un concessionnaire des droits irrévocables. Ces droits ont le caractère de droits acquis.» Sentence dans l'affaire *Texaco/Calasiatic*, Clunet 1977, p. 370 par. 67. Le droit qu'a la banque appartenant à l'Union Soviétique à Zurich d'exercer des activités bancaires constitue également un droit acquis. Aujourd'hui une demande respective n'aurait probablement plus de succès, puisque la Suisse fait dépendre l'autorisation d'exercer des activités bancaires de la condition que ses instituts bancaires aient le même droit dans l'Etat de l'institut requérant. *NZZ* no 285 du 6 décembre 1984, p. 17.

<sup>15</sup> *RCJ* 1970, p. 233; nos italiques.

<sup>16</sup> Cf. GUGGENHEIM *op.cit.* p. 39 n. 1, vol. 1, p. 331.

state may not transgress without exposing itself to rightful intervention and international liability»<sup>17</sup>.

Ainsi, l'indemnisation due en vertu du principe du respect des droits acquis trouve son fondement dans des considérations d'équité, de bonne foi et d'interdiction de l'arbitraire. O'CONNELL soutient que le «standard international» de la société civilisée n'est rien d'autre que la réalisation du principe du respect des droits acquis<sup>18</sup>.

## 5.2 Le droit écrit

### 5.2.a La nature des règles internationales protectrices de la propriété

Chaque Etat peut définir librement son système économique. Dans son arrêt relatif à l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la CPJI disait déjà: «En principe, dans tous les Etats, les droits de propriété et les droits contractuels des particuliers relèvent du droit interne, et de ce chef c'est avant tout aux tribunaux internes qu'il appartient d'en connaître»<sup>19</sup>. Ce droit au libre choix du système économique, reconnu par le droit des gens classique, n'a été mis en doute ni par la doctrine, ni par la jurisprudence, ni par les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU.

«Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel»<sup>20</sup>.

La «Déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément

<sup>17</sup> KAECKENBEECK, *op.cit.* p. 41 n. 9, p. 16.

<sup>18</sup> O'CONNELL, *International Law*, 2<sup>ème</sup> éd. 1970, vol. 2, pp. 780 s.

<sup>19</sup> Arrêts de la CPJI, série A/B, no 76, p. 18.

<sup>20</sup> Art. 1<sup>er</sup> du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (Résolution 2200 de l'Assemblée générale de l'ONU).

à la Charte des Nations Unies» stipule ce qui suit: «Tout Etat a le droit de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel»<sup>21</sup>. La «Charte des droits et devoirs économiques des Etats» exprime la même idée en son article premier: «Chaque Etat a le droit souverain et inaliénable de choisir son système économique, de même que ses systèmes politique, social et culturel, conformément à la volonté de son peuple, sans ingérence, pression ou menace extérieure d'aucune sorte»<sup>22</sup>.

Pour cette raison, toutes les études de la protection de la propriété en droit international traitent des questions relatives aux actes de dépossession. Le droit des gens ne s'occupe dans ce domaine, qui relève essentiellement de la compétence nationale, que des cas extrêmes (en cas de conflit avec ses normes), car aucun droit n'est absolu; chaque droit trouve sa limite là où il se heurte à d'autres. Le rôle du droit international ne peut être autre que celui d'une garantie *in extremis*. Il ne lui appartient pas, et il ne lui a jamais appartenu, de poser des principes de droit constitutionnel, administratif ou fiscal en matière de propriété<sup>23</sup>. Il intervient en quelque sorte à titre subsidiaire seulement<sup>24</sup>, dans le contexte des droits garantis aux étrangers. Le terme «standard minimum» exprime déjà cette notion de subsidiarité. Puisqu'aucun Etat n'a l'obligation de laisser entrer des étrangers sur son territoire, ou d'admettre la propriété étrangère<sup>25</sup>, il peut choisir

<sup>21</sup> Résolution 2625 de 1970, annexe. Cf. aussi l'art. 5 de la Résolution 2131 de 1965 et l'art. 4, lettre d, de la Résolution 3201 de 1974 «Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international».

<sup>22</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Résolution 3281 de 1974.

<sup>23</sup> NIEDERER, «Der völkerrechtliche Schutz des Privateigentums», dans *Mélanges Lewald*, 1953, p. 548.

<sup>24</sup> «Tout ce que le droit international prescrit à cet égard, c'est que l'Etat ne doit pas violer arbitrairement les droits privés des étrangers, fût-ce même par un acte du législateur.» VERDROSS, «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers», *RCADI*, t. 37, 1931, p. 359.

Dans un sens semblable, FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 52.

<sup>25</sup> «Es besteht keine Verpflichtung, dem Ausländer den Erwerb aller Privatrechte und namentlich nicht den Erwerb von Produktionsmitteln zu gestatten. Als minus in maiore kann jeder Staat gewisse wirtschaftliche Sektoren oder bestimmte Privatrechte inländischem Kapital vorbehalten und damit ausländi-

une politique qui n'est tout simplement pas concernée par les règles du «standard minimum»<sup>26</sup>.

Il en va différemment si le droit international intervient pour la protection des droits de l'homme.

«Selon la pratique des Nations Unies notamment, un Etat ne peut pas invoquer, dans ces conditions, le principe de non-immixtion dans les affaires intérieures pour s'opposer à ce que la situation des droits de l'homme sur son territoire soit discutée, par exemple, dans le cadre d'une enceinte internationale ou fasse l'objet d'interventions d'autres pays. L'entrée en vigueur, en 1976, des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, (...) ainsi que l'adoption, dans l'Acte final d'Helsinki du 1<sup>er</sup> août 1975, du principe no. VII régissant les relations mutuelles des Etats participant à la CSCE [Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe] (...) ont largement contribué à faire du respect des droits de l'homme une question d'intérêt international, qui ne peut plus être considérée comme appartenant au «domaine réservé» des Etats»<sup>27</sup>.

Les conventions pour la sauvegarde et la protection des droits de l'homme ne s'appliquent pas seulement aux étrangers, mais bien aussi aux nationaux. Les Etats parties à ces conventions admettent que les matières qu'elles régissent sont soustraites à la compétence nationale, ceci au profit d'une réglementation internationale. Le but propre de

schem verschliessen.» GATTKER, «Behandlung und Rolle von Auslandsinvestitionen im modernen Völkerrecht: eine Standortbestimmung», *ASDI*, vol. XXXVII, 1981, p. 31.

L'art. 1<sup>er</sup>, lettre b, de la «Draft Convention on the Protection of Foreign Property» préparée par un comité de l'OCDE publiée dans *ILM* 1963, aux pp. 241 ss, dit ceci:

«The provisions of this Convention shall not affect the right of any Party to allow or prohibit the acquisition of property or the investment of capital within its territory by nationals of another Party.»

<sup>26</sup> «Probleme des völkerrechtlichen Eigentumschutzes werden sich im allgemeinen nur ergeben, wenn ein Staat die anwendbaren Normen ändert, nachdem der Fremde das Eigentum im Aufenthaltsstaat erworben oder dorthin eingebracht hat.» DOLZER, *op.cit.*, p. 6 n. 3, p. 241.

<sup>27</sup> *ASDI*, vol. XXXIX, 1983, p. 207. Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 2 juin 1982 sur la politique de la Suisse en faveur des droits de l'homme. Nos italiques.

ces conventions est d'empêcher le législateur national de porter atteinte aux droits qu'elles garantissent<sup>28</sup>.

Les Etats qui ont ratifié la CEDH et qui reconnaissent la juridiction de la Cour de Strasbourg ont, par cette ratification et cette reconnaissance, consenti à ce que les dispositions de cette Convention soient, en dernier ressort, interprétées par des organes internationaux, c'est-à-dire principalement par la Cour européenne des Droits de l'Homme à Strasbourg<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Rien n'empêche évidemment un Etat de garantir plus de droits que ceux prévus par la convention, qui est toujours le fruit de négociations et de compromis.

<sup>29</sup> L'intervention du Conseiller fédéral M. Graber dans le débat du Conseil national concernant l'approbation de la CEDH ne nous le dit pas expressément, mais néanmoins de manière indirecte:

«Le professeur Schindler a examiné successivement les problèmes qui pourraient se poser pour constater d'abord que, dans le cas où ce serait une disposition législative ou réglementaire qui serait jugée incompatible avec la Convention, il n'y aurait guère de difficultés: les autorités suisses compétentes ne manqueraient pas de prendre les mesures nécessaires pour modifier les dispositions en question, mais très souvent il sera possible d'éviter une divergence avec la Convention en interprétant dorénavant la disposition contestée de manière à ce qu'elle soit conforme avec celle-ci. Le cas des actes administratifs incompatibles avec la Convention ne semble pas poser non plus de problème de l'avis du professeur Schindler: l'autorité dont ils émanent, c'est l'évidence même, pourrait les modifier en tout temps. En fait, des problèmes délicats pourraient surgir au cas où un jugement de tribunal serait considéré comme incompatible avec les obligations résultant de la Convention. Ce jugement aurait en effet toujours force de chose jugée et devrait être exécuté malgré la décision du Comité des ministres ou l'arrêt de la Cour. La Suisse serait seulement obligée d'indemniser la victime de cette violation de la Convention». *CN* 1974, p. 1489.

On peut aussi se référer à ce qu'a dit le rapporteur de langue française, M. Barchi: «La Suisse est donc tenue d'aligner son ordre juridique sur la CEDH.» *CN* 1974, p. 1463, ou à l'intervention du rapporteur de la Commission du Conseil des Etats; *CE* 1974, p. 379.

Dans un autre contexte, au sujet d'un éventuel contrôle judiciaire international des actes de dépossession, HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, à la p. 87, dit ceci: «Die Frage scheint hier berechtigt, ob es mit dem Prinzip der Selbstbestimmung vereinbar ist, wenn ein internationaler Gerichtshof über die in einem innerstaatlichen Gesetzgebungsakt zum Ausdruck kommenden nationalen Interessen entscheidet.»

En ce qui concerne les matières réglées par la CEDH, les Etats parties à cette Convention qui reconnaissent la juridiction de la Cour de Strasbourg ne sont apparemment pas de cet avis.

## 5.2.b Les conventions internationales

a) L'article 17 de la *Déclaration universelle des Droits de l'Homme* est consacré à la propriété:

- al. 1<sup>er</sup> «Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété.»
- al. 2 «Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété.»

La Déclaration universelle des Droits de l'Homme n'est pas une convention internationale. «Elle procède d'une résolution<sup>30</sup> [de l'Assemblée générale de l'ONU et] n'a pas, en elle-même, valeur obligatoire»<sup>31</sup>. Néanmoins, il s'agit de la reconnaissance expresse du droit de propriété en tant que droit de l'homme. Il faut d'emblée préciser que cette reconnaissance est extrêmement floue et vague: que veut dire l'expression «aussi bien seule qu'en collectivité»?

Bien des nationalisations ont été justifiées par le motif qu'il s'agissait de faire passer à la collectivité le contrôle d'entreprises importantes, contrôle auparavant détenu par un petit groupe de personnes. Le but de la politique des Etats communistes était de rendre à l'Etat, c'est-à-dire à la collectivité, la maîtrise des moyens de production. On ne voit pas quel obstacle l'article 17 susmentionné constituerait pour de pareilles nationalisations, fussent-elles décrétées sans accorder d'indemnité aux anciens propriétaires<sup>32</sup>. On pourrait éventuellement soutenir que ces nationalisations violeraient l'esprit de la disposition. Cela paraît être l'opinion de GOLDMAN, qui écrit qu'on «( . . ) doit admettre que la «propriété collective» est ici la

<sup>30</sup> Résolution 217 de 1948.

<sup>31</sup> THIERRY, SUR, COMBACAU et VALLÉ, *Droit international public*, 1986, 5<sup>ème</sup> éd., p. 470.

<sup>32</sup> «Dennoch ist ein Schutz des Privateigentums als Menschenrecht, den also auch Staatsbürger des in das Eigentum eingreifenden Staates genießen würden, bei der Definition des Rechtes auf Eigentum in Artikel 17 der allgemeinen Deklaration der Menschenrechte vom 10.12.1948 von vorne herein illusorisch. Gewährt er doch ein Recht auf Eigentum nur allein oder in Gemeinschaft mit anderen.» SEIDL-HOHENVELDERN, «Internationale Organisationen und der Schutz des Privateigentums», *Clunet* 1963, pp. 626 s.

propriété par l'intermédiaire de sociétés, d'associations ou plus généralement de collectivités de personnes privées, si bien que la propriété de l'Etat ou d'entités en dépendant ne suffirait pas à satisfaire le droit ainsi proclamé<sup>33</sup>. Il est concevable qu'un juge impartial arriverait dans certains cas à une telle conclusion. Mais il faut se souvenir qu'il n'existe pas d'instance internationale veillant à l'application de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et qui aurait des compétences semblables à celles attribuées à la Cour européenne des Droits de l'Homme, à Strasbourg, laquelle veille à l'application de la CEDH.

Le second alinéa de la disposition visée offrirait-il une meilleure garantie? On pourrait le penser si on sort la phrase de son contexte. Mais il doit précisément être interprété à la lumière du premier alinéa. Qu'en est-il alors de la personne qui a été victime d'une expropriation ou d'une nationalisation sans indemnité? Au lieu d'être propriétaire à titre privé, elle sera tout simplement devenue propriétaire à titre collectif! Il n'y aura donc pas eu privation arbitraire du droit de propriété. A défaut de contrôle judiciaire international et impartial, l'Etat dépossédant choisira l'interprétation qui lui conviendra le mieux et qui, à ses yeux, aura au moins le mérite de ne pas violer la lettre de la disposition.

Pour les propriétaires étrangers, en revanche, l'article 17 offre un certain intérêt. On ne pourra guère prétendre que les biens dont ils ont été dépossédés leur appartiennent toujours à titre collectif, puisqu'ils sont précisément étrangers à la collectivité en cause<sup>34</sup>. Cela vaut en tout cas pour les personnes étrangères qui ne sont pas établies sur le territoire de l'Etat qui vient de décréter les actes de déposses-

<sup>33</sup> GOLDMAN, «Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux nationalisations et le droit international», *Clunet* 1982, p. 286.

<sup>34</sup> MEBSEN, «Völkerrechtliches Enteignungsrecht im Nord-Süd Konflikt», dans Kewenig, *op.cit.* p. 21 n. 10, p. 27:

«(...) denn der enteignete Ausländer erhält (...) anders als der enteignete Inländer nicht die Möglichkeit, an den Vorteilen, die von der Überführung grosser Vermögensmassen in Gemeineigentum erwartet oder erhofft werden, zu partizipieren, er trägt nur den Nachteil seines persönlichen Vermögensverlustes.»

sion. Dans leur cas, il y a effectivement eu, au sens de l'article 17, privation arbitraire de propriété si l'acte de dépossession n'a pas donné lieu à une indemnisation. L'article 8 de la Déclaration donne encore une garantie procédurale: toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les activités violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi. Cette garantie est cependant limitée, du fait qu'elle ne concerne pas les droits reconnus par la Déclaration, mais seulement ceux reconnus par le droit interne.

En conclusion, la Déclaration universelle des Droits de l'Homme n'offre que des garanties limitées contre les atteintes à la propriété. La doctrine ne lui reconnaît qu'une valeur très restreinte<sup>35</sup>. Ces avis paraissent trop peu nuancés, puisque nous venons de démontrer qu'une interprétation minutieuse de l'article 17 permettrait d'en déduire une garantie contre des actes de dépossession sans indemnité dirigés contre les propriétés étrangères.

b) *Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, et *le Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966, entrés en vigueur en 1976, restent muets au sujet de la propriété et leur intérêt pour notre étude réside probablement dans le seul fait qu'ils garantissent le déroulement d'un procès équitable<sup>36</sup>.

c) Il existe plusieurs *conventions régionales*, parmi lesquelles la CEDH est certainement la plus efficace du fait des mécanismes de contrôle qu'elle met en œuvre — notamment la requête individuelle (article 25) — et de l'institution de la Cour européenne des Droits de l'Homme à Strasbourg.

La protection de la propriété fait l'objet du premier article du premier Protocole additionnel:

«Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

<sup>35</sup> SCHWEIZER, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 82; AMMAN, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 16; SEIDL-HOHENVELDERN, *op.cit.* p. 32 n. 37, p. 628.

<sup>36</sup> Art. 2. al. 3a et 3b. 14 *in initio* et 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.»

La portée de la CEDH n'est toutefois que régionale. De plus, la disposition citée se réfère directement au droit international, de sorte qu'il est difficile de dire dans quelle mesure la CEDH crée une norme propre différente de ce que prévoit le droit international général<sup>37</sup>.

Il existe d'autres conventions régionales, semblables à la CEDH, comme par exemple la *Convention américaine des Droits de l'Homme* et la *Charte africaine des Droits de l'Homme*.

L'article 21 de la Convention américaine des Droits de l'Homme, conclue à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, est rédigé comme suit:

- \*1) Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.
- 2) No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.
- 3) Usury and any other forms of exploitation of man by man shall be prohibited by law.»

Nous nous bornerons à en déduire que le droit de propriété est apparemment considéré comme un droit de l'homme sur plusieurs continents<sup>38</sup>.

d) Les efforts n'ont pas manqué pour tenter d'arriver à une protection conventionnelle de la propriété au plan mondial. Les travaux entrepris n'ont cependant jamais été couronnés de succès, et

<sup>37</sup> Au sujet de la protection de la propriété dans le cadre de la CEDH et au sujet de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg cf. DOLZER, *op.cit.* p. 6 n. 3, pp. 199 ss, ainsi que HIGGINS, «The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law», *RCADI*, t. 176, 1982, pp. 355—375.

<sup>38</sup> DOLZER, *op.cit.* p. 6 n. 3, pp. 94—105.

n'ont pas dépassé le stade de projets. Ceci vaut pour la *convention Abs*, la *convention Abs/Shawcross* et bien d'autres encore<sup>39</sup>.

e) Nous rappelons pour mémoire les *Conventions de la Haye de 1899 et de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*. Nous ne les examinerons pas dans notre étude, car elles traitent exclusivement des lois et coutumes de la guerre. Les articles 46 et 47 des deux Conventions ont une teneur identique:

Article 46: «L'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes, doivent être respectés.

La propriété privée ne peut pas être confisquée.»

Article 47: «Le pillage est formellement interdit.»

D'accord avec DOLZER, nous pouvons dire que ce qui est valable en temps de guerre — par nature incertain et troublé — l'est d'autant plus en temps de paix, et constater ainsi à quel point la protection de la propriété privée étrangère paraissait assurée au début du siècle. «Über Jahrhunderte hinweg hatte sich die Stellung des zuerst rechtlosen Fremden dahin gewandelt, dass nunmehr sein Schutz durch das Friedensvölkerrecht in *umfassender* Weise gewährleistet war»<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Cf. POLTER, *Auslandsenteignungen und Investitionsschutz*, pp. 33 s.

On citera spécialement les projets de convention élaborés par des comités de l'OCDE, cf. *ILM* 1963, pp. 241 ss; 1968, pp. 117 ss.

Cf. aussi AMMANN, *op.cit.* p. 8 n. 9, pp. 147—153, et SALEM, «Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers», *Clunet* 1986, aux pp. 592 s.

Le «United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations» est un des projets les plus récents où on a essayé d'insérer les dispositions concernant les devoirs des Etats en cas d'expropriation ou de nationalisation. L'article 54 de ce projet contient un choix de plusieurs variantes. Le projet est publié dans *ILM* 1984, aux pp. 626 ss.

<sup>40</sup> DOLZER, *op.cit.* p. 6 n. 3, p. 18. Nos italiques.

## 5.3 Les Résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU

### 5.3.1 Introduction

La question de l'effet international des nationalisations a figuré à l'ordre du jour de l'Assemblée générale de l'ONU pratiquement dès la fondation de cette Organisation. Le sujet a notamment été traité dans une série de résolutions concernant la politique économique mondiale et la souveraineté permanente des Etats sur leurs ressources naturelles.

En 1952, l'Assemblée générale a déclaré que les pays insuffisamment développés avaient le droit de disposer librement de leurs richesses naturelles<sup>41</sup>. Elle a admis que ces pays pouvaient conclure des accords commerciaux entrant dans le cadre des objectifs de leur politique économique, pourvu que ces accords ne stipulent aucune condition d'ordre économique ou politique qui violerait leurs droits souverains<sup>42</sup>. La même année, l'Assemblée générale a recommandé à tous les Etats membres de s'abstenir de tout acte de nature à empêcher un autre Etat d'exercer sa souveraineté sur ses ressources naturelles<sup>43</sup>.

Ces textes posent déjà une grande partie des principes — la libre détermination du système économique, la place de l'accord d'investissement dans l'ordre juridique international, la nationalisation et l'interdiction d'empêcher un Etat d'exercer sa souveraineté sur ses ressources naturelles — qui seront développés successivement dans des résolutions ultérieures, résolutions plus ou moins conformes au droit international classique jusqu'en 1962, s'y opposant en revanche par la suite. Un examen de ces résolutions permet de constater, dès 1952, une évolution systématique dans ce domaine<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Résolution 523 (VI), «Développement économique intégré et accords commerciaux», du 12 janvier 1952.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Résolution 626 (VII), «Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles», du 21 décembre 1952.

<sup>44</sup> Contrairement à ce que NIEDERER, *op.cit.* p. 45 n. 23, p. 549, pensait à l'époque.

### 5.3.2 La Résolution 1803

La Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962, intitulée «Souveraineté permanente sur les ressources naturelles», mérite d'être examinée dans une section particulière, du fait qu'elle est l'une des résolutions les plus fréquemment citées en la matière, et qu'elle est aussi considérée par une grande partie de la doctrine, ainsi que par des tribunaux<sup>45</sup>, comme l'expression du droit coutumier de l'époque. Elle marque une étape importante dans la série de résolutions consacrées à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Elle est d'une part le fruit de résolutions antérieures<sup>46</sup> et, d'autre part, malgré l'esprit classique qu'elle ne prétend pas désavouer, elle prépare le terrain pour les résolutions ultérieures.

Les huit paragraphes de sa première section sont consacrés à l'exercice de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, aux conséquences de son non-respect, aux actes de dépossession et aux accords relatifs aux investissements.

a) La Résolution pose le principe que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population intéressée (al. 1<sup>er</sup>). Cela paraît aller de soi: il serait absurde de demander à un gouvernement de nuire aux intérêts de son pays, et nul gouvernement n'a jamais prétendu agir au détriment des intérêts nationaux tels qu'il les comprenait. La Résolution admet l'octroi de concessions à des étrangers ou à des entreprises étrangères aux fins de l'exploita-

<sup>45</sup> WILDHABER, «Wo steht das Völkerrecht heute? — Versuch einer Standortbestimmung», *ASDI*, vol. XXXVI, 1980, p. 81; SEIDL-HOHENVELDERN, *op.cit.* p. 32 n. 37, p. 657. De même la sentence arbitrale dans l'affaire *Texaco/Calasiatic*, *Clunet* 1977, p. 379; la sentence arbitrale dans l'affaire *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Gouvernement de la République Libérienne* du CIRDI du 31 mars 1986, *ILM* 1987, p. 665 et l'«interlocutory award» dans l'affaire *SEDCO, Inc. and National Iranian Oil Company and Iran*, *ILM* 1986, p. 634.

<sup>46</sup> Cf. les Résolutions 523 et 626, précitées à la p. 53 n. 41 et 43, et les Résolutions 1514 (XV), «Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux», du 14 décembre 1960 et 1515 (XV), «Action concertée en vue du développement des pays économiquement peu développés», du 15 décembre 1960.

tion de ressources naturelles. «Dans le cas où une autorisation sera accordée, les capitaux importés et les revenus qui en proviennent seront régis par les termes de cette autorisation, par la loi nationale en vigueur et par le droit *international*» (al. 3)<sup>47</sup>.

b) «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 indemnité 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» (al. 4).

Ce texte ne fait aucune différence entre la nationalisation, l'expropriation et la réquisition. L'utilité publique, la sécurité ou l'intérêt national sont des conditions alternatives de validité de ces mesures. Mais un intérêt public seul ne suffit pas, l'Etat devant encore procéder à une pesée des intérêts en cause. Il ne peut décréter une expropriation, une nationalisation ou une réquisition que si l'utilité publique, l'intérêt national ou la sécurité priment les «simples intérêts particuliers ou privés tant nationaux qu'étrangers». L'indemnité allouée aux intéressés doit enfin être adéquate.

Les Etats-Unis déclarèrent qu'ils considéraient le texte de cette Résolution comme équivalant au droit international classique<sup>48</sup>.

c) «Les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des Etats souverains ou entre de tels Etats seront respectés de bonne foi» (al. 8). Apparemment, cette clause ne s'applique pas seulement aux accords conclus entre Etats, pour lesquels le principe «*pacta sunt servanda*» a été codifié par l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, mais elle vise aussi un autre type d'accords, à savoir ceux conclus par des Etats souverains avec des partenaires non-étatiques, par exemple des organisations interna-

<sup>47</sup> Nos italiques.

<sup>48</sup> HIGGINS, *op.cit.* p. 51 n. 37, p. 292.

tionales ou des personnes privées. Ces derniers accords doivent aussi être respectés de bonne foi, comme les accords entre Etats<sup>49</sup>.

Notons toutefois que la phrase introductive de la Résolution réserve «la position d'un Etat membre concernant tout aspect de la question des droits et obligations des Etats et gouvernements successeurs en ce qui concerne les biens acquis avant l'accession à la pleine souveraineté des pays qui étaient anciennement des colonies». Il s'agit là d'une exception de poids, énonçant l'idée que la décolonisation représenterait un événement exceptionnel, auquel les règles «normales» du droit international ne seraient pas nécessairement applicables.

d) Qu'advient-il en cas de violation des droits souverains des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles? Une telle violation «va à l'encontre de l'esprit et des principes de la Charte des Nations Unies et gêne le développement de la coopération internationale et le maintien de la paix» (al. 7); cette réponse n'est pas dénuée d'importance.

e) Mentionnons encore l'alinéa 5, qui recommande aux membres des Nations Unies «d'encourager l'exercice libre et profitable de la souveraineté des peuples et des Nations sur leurs ressources naturelles par le respect mutuel des Etats, fondé sur l'égalité souveraine».

On voit là l'expression, timide encore, du double aspect du principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. D'une part, ce principe confère des droits aux Etats possédant des ressources naturelles et, d'autre part, il impose des obligations, non seulement de s'abstenir mais aussi de faire, aux membres des Nations Unies. Ce sont notamment les Etats industrialisés qui sont appelés à assumer des obligations de faire<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> BÖCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, pp. 212 ss.

<sup>50</sup> Cf., par exemple, l'annexe à la «Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies», Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970; le «Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique internationale», Résolution 3202 du 1<sup>er</sup> mai 1974, à la section X, chiffre 3 et à la section première, chiffre 3, points ii, iii, v, vi, vii, viii, ix, x et xii ou la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats», Résolution

Cette Résolution a été adoptée à une large majorité, les Etats communistes s'étant toutefois abstenus. Tout en accordant d'importantes concessions aux pays en voie de développement, elle témoigne d'un esprit toujours assez proche de celui de la «formule Hull».

### 5.3.3 La Charte des droits et devoirs économiques des Etats

Les principes énoncés sous lettres a) à e) de la section précédente ont été successivement développés dans les résolutions postérieures à la Résolution 1803<sup>51</sup>. Cette évolution connut un point culminant en 1974, année qui vit l'adoption de la «Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international»<sup>52</sup>, du «Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international»<sup>53</sup> ainsi que, le 12 décembre, de la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats», laquelle se réfère explicitement aux deux résolutions précitées<sup>54</sup>.

3281 du 12 décembre 1974, art. 5 combiné avec l'art. 7 *in fine*, articles 13, 17, 18 et 26.

<sup>51</sup> Voir notamment les Résolutions 2131 (XX), «Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté», du 21 décembre 1965; 2158 (XXI), «Souveraineté permanente sur les ressources naturelles» du 25 novembre 1966; la «Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies» du 24 octobre 1970 (Résolution 2625 XXV); la Résolution 2626 (XXV), «Stratégie internationale du développement pour la deuxième décennie des Nations Unies pour le développement» du 24 octobre 1970; la Résolution 3171 (XXVIII), «Souveraineté permanente sur les ressources naturelles», du 17 décembre 1973. A ce sujet voir notamment l'article de FRANCISCO SÁNCHEZ — APELLÁNIZ VALDERRAMA, «La soberanía permanente sobre los recursos naturales: Orígenes y contenidos», *Anuario de derecho internacional*, vol. V\*, 1979, 1980, 1981, pp. 3 ss.

<sup>52</sup> Résolution 3201 du 1<sup>er</sup> mai 1974.

<sup>53</sup> Résolution 3202 du 1<sup>er</sup> mai 1974.

<sup>54</sup> La Résolution 3171 (ci-dessus, n. 51), qui reste bien à l'ombre de ces Résolutions bien connues et controversées, anticipe d'ailleurs de manière très succincte et précise les principes recommandés par celles-ci.

Ayant constaté qu'«il s'est révélé impossible de réaliser un développement harmonieux et équilibré de la communauté internationale dans l'ordre économique international actuel», l'Assemblée générale a voulu, par l'adoption de cette «Charte», mettre en place «un nouveau système international de relations économiques fondé sur l'équité, l'égalité souveraine et l'interdépendance des intérêts des pays développés et des pays en voie de développement»<sup>55</sup>. Parmi les éléments fondamentaux des relations économiques internationales, la «Charte» mentionne, en son premier chapitre, la souveraineté, l'interdépendance politique des Etats et l'exécution de bonne foi des obligations internationales.

D'après la «Charte», chaque Etat a le droit «de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété de 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 un différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation *interne*»<sup>56</sup> de l'Etat qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet Etat, à moins que tous les Etats intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques»<sup>57</sup>.

Ces prérogatives sont renforcées par l'article 7 du chapitre II, suivant lequel chaque Etat a le droit «d'opérer des réformes économiques et sociales progressives et d'assurer la pleine participation de son peuple au processus et aux avantages du développement»<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Résolutions 3201 précitée, al. 1<sup>er</sup> et Résolution 3281, introduction.

<sup>56</sup> Nos italiques.

<sup>57</sup> Article 2.2.c du chapitre II. Cette idée se trouve déjà énoncée dans la Résolution 3171 précitée à la p. 57 n. 51.

A ce sujet, SÁNCHEZ, *op.cit.* p. 57 n. 51, écrit à la p. 20: «Basta la decisión política del órgano estatal competente, sin más, para que la nacionalización queda legitimada. Pero si basta la voluntad estatal para la nacionalización, ello quiere decir que ninguna concesión o autorización goza de una mínima esrabilidad. Por el contrario, se hallará siempre a merced de lo que el Estado territorial decida en un momento dado.» Il qualifie ceci de «monstruosidad jurídica».

<sup>58</sup> Voir déjà S. FRIEDMAN, *Expropriation in International Law*, p. 207, qui, partant de ce point de vue, arriva, en 1953, à la conclusion que le droit international «cannot set its face against the present development of social forms by imposing

Les dispositions précitées pourraient entraîner des conséquences inattendues du point de vue de la protection diplomatique accordée par son Etat d'origine à une personne dépossédée. Du moins en théorie, sinon en pratique, l'obligation de payer une indemnité pourrait avoir pour effet l'échec d'une nationalisation en raison du manque de moyens financiers. Le fait pour l'Etat d'origine d'endosser la cause de son ressortissant lésé pourrait être considéré comme interdit par cette disposition, voire même comme une entrave à ce droit, ou comme une mesure de coercition, prohibée d'ailleurs déjà par la Résolution 2158 (XXI), «Souveraineté permanente sur les ressources naturelles», du 25 novembre 1966<sup>59</sup>. L'Etat nationalisant confronté à la suppression, par l'Etat d'origine des personnes dépossédées, de faveurs tarifaires ou d'avantages de toute autre nature, invoquerait, certes, l'argument que ces mesures l'empêcheraient d'opérer les réformes économiques et sociales envisagées, constitueraient de ce fait une contrainte vis-à-vis de lui et seraient, par conséquent, contraires aux résolutions de l'Assemblée générale. Ceci vaudrait «*a fortiori*» pour des actes de boycottage ou pour des décisions de tribunaux internes qui refuseraient de reconnaître certaines nationalisations étrangères.

an obligation to pay compensation most frequently out of all proportion to the financial resources of States.»

<sup>59</sup> VERWEY/SHRIJVER, *op.cit.* p. 8 n. 9, aux pp. 1 ss, p. 59: «Thus, it is not all that unthinkable that Latin American and possibly other developing countries would perceive the submission of a claim for damages, and the more so the exertion of diplomatic pressure to submit such a claim for international settlement, as (coercion).»

Déjà en 1968, le Pérou affirmait dans une note diplomatique que: «From the recognition of this right [sc. the right of every sovereign State to expropriate property within its own jurisdiction], it follows that its exercise could not become the basis of diplomatic action, nor could such action be permitted by a Government which has lawfully exercised this right. The doctrinal and constitutional position of the Government of Peru in this respect, as is true also of the other Latin American nations, is clear and definite.» Note du 28 novembre 1968, *ILM* 1968, p. 1263. Nos italiques.

Selon le chiffre 5 de la Résolution 3171<sup>60</sup>, le fait de persister dans des mesures ou pratiques adoptées par des Etats pour exercer une contrainte sur des Etats qui procèdent à la refonte de leurs structures internes «pourrait constituer une menace contre la paix et la sécurité internationales»<sup>61</sup>.

On ne saurait négliger la portée de cette disposition. Ses conditions étant réunies, elle habiliterait le Conseil de sécurité, en vertu de l'article 39 de la Charte de l'ONU, à constater l'existence d'une menace contre la paix et à décréter les mesures prévues aux articles 41 et 42, c'est-à-dire des sanctions économiques et militaires<sup>62</sup>.

L'article 5 de la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats» confère à tous les Etats le droit «de se grouper en organisations de producteurs de produits de base en vue de développer leur économie nationale, et d'assurer un financement stable à leur développement (. . .)». Cela signifie que les cartels formés de pays producteurs de produits de base sont admis<sup>63</sup>.

Considérant l'époque de l'élaboration de la disposition précitée, il n'est pas aberrant de supposer que l'OPEP a servi de modèle.

On pourrait objecter que l'embargo pétrolier décidé par l'OPEP en 1973 constituait une mesure prohibée par la Résolution 2625 qui stipule qu'aucun Etat ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature pour contraindre un autre Etat à subordonner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que

<sup>60</sup> Citée supra à la p. 57 n. 51.

<sup>61</sup> SÁNCHEZ, *op.cit.* p. 57 n. 51, p. 35: «Las consecuencias de esta calificación son evidentes: con ella — en el caso, repetimos, de la coacción económica continuada o persistente — quedan abiertas las puertas, que, como es bien sabido, establece la Carta de las Naciones Unidas para los supuestos de amenaza a la paz.»

<sup>62</sup> On peut toutefois se demander si la protection diplomatique en tant qu'exercice d'un droit pourrait équivaloir à un acte de contrainte. Admettons que les résolutions de l'Assemblée générale aient force de règle de droit — ce qui n'est pas le cas d'après la Charte de l'ONU — le juge devrait constater qu'il y a concurrence entre deux droits différents qui se contredisent. Il procéderait alors à une pesée des intérêts en cause. Mais il n'est pas inconcevable qu'il applique l'adage «*lex posterior derogat priori*» ou celui de la «*lex specialis derogat legi generali*».

<sup>63</sup> Cette idée est déjà exprimée dans la Résolution 3171 citée à la p. 57 n. 51.

ce soit», ou peut-être par l'article 7 de la «Charte» susmentionnée. Mais il paraît vain d'entamer une discussion à ce sujet, puisque l'article 5 de la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats» statue *in fine*: «Réciproquement, tous les Etats ont le devoir de respecter ce droit [*sc.* le droit des Etats de se grouper en organisations de producteurs de produits de base] en s'abstenant d'appliquer des mesures économiques et politiques qui le limiteraient»<sup>64</sup>.

La «Charte des droits et devoirs économiques» ne prévoit pas seulement le respect du droit des Etats de se grouper en organisations productrices de produits de base. Elle impose aussi aux autres Etats le devoir d'éliminer les obstacles à l'exercice de ce droit; autrement dit, l'Assemblée générale a consacré une obligation de faire: les Etats sont tenus de favoriser l'exercice du droit en question<sup>65</sup>.

La même «Charte» stipule en outre que tous les Etats devraient encourager «des apports nets accrus de ressources réelles de toutes provenances aux pays en voie de développement» (chiffre 1<sup>er</sup> de l'article 22 du chapitre II). A cet effet, les Etats «devraient s'efforcer d'augmenter le montant net des apports de ressources financières provenant de sources *publiques* aux pays en voie de développement et d'en améliorer les modalités et conditions» (chiffre 2 de l'article 22 du chapitre II)<sup>66</sup>. Ces objectifs avaient été fixés dans le Programme

<sup>64</sup> On aurait pu, par un raisonnement confinant à l'absurde, se basant sur ce texte, en arriver à interdire pendant l'embargo pétrolier les essais visant à substituer d'autres sources d'énergies au pétrole.

<sup>65</sup> Art. 5 combiné avec l'art. 7 *in fine*.

Au sujet de l'art. 5, WILDHABER, *Multinationale Unternehmen und Völkerrecht*, écrit: «Falls damit gemeint sein sollte, dass wirtschaftliche Druckanwendung in Form von Rohstofflieferungsboykotten inskünftig seitens der Entwicklungsländer zulässig, in Form von Technologie-, Fertigprodukte- oder Kapitallieferungsboykotten seitens der industrialisierten Staaten hingegen unzulässig sein sollte, so würde dies dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten widersprechen»; dans *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 1978, pp. 30 s.

<sup>66</sup> Nos italiques.

d'action relatif à l'instauration d'un nouvel ordre économique international, où l'on faisait déjà appel à des investisseurs privés<sup>67</sup>.

D'autres dispositions de la «Charte» visent particulièrement les pays développés, leur imposant certains devoirs, tels que le transfert de techniques (article 13) et l'ouverture de leurs marchés aux pays en voie de développement (articles 17, 18 ou 26), tout en stipulant l'absence de réciprocité à leur égard (cf. articles 18 et 19). Réfléchissant sur le nouvel ordre économique, ROETHLISBERGER arrive à la conclusion qu'«en substance, on ne peut qu'être frappé par l'incompatibilité inhérente à la double exigence d'une part que les pays industrialisés transfèrent toujours davantage de ressources financières et techniques vers les pays en développement, d'autre part que soit reconnu à ces derniers le droit de procéder à des nationalisations sans indemnisation»<sup>68</sup>.

Dans une large mesure, l'Assemblée générale a consacré, dans la «Charte des droits et devoirs économiques», ce que BENCHIKH appelle la «dualité des normes», qui «consiste à fonder en droit l'octroi par les pays développés d'avantages sans contrepartie en faveur des pays sous-développés. C'est donc la mise entre parenthèses de la fameuse règle «do ut des» (. . .)»<sup>69</sup>. Il nous semble pourtant que cette mise entre parenthèses de la règle «do ut des» (dite aussi principe de réciprocité) est inconcevable dans un droit international fondé sur l'égalité souveraine des Etats<sup>70</sup>. C'est d'ailleurs justement le manque de réciprocité qui inspire des doutes à BROWER et TEPE<sup>71</sup> quant à la question de

<sup>67</sup> Voir les sections III, Industrialisation, IV, Transfert de techniques et V, Réglementation et contrôle des activités des sociétés transnationales.

<sup>68</sup> ROETHLISBERGER, «Réflexions sur le Nouvel Ordre Economique (NEO)», *Aussenwirtschaft*, 1975, p. 245. Dans ce sens également FEUER, «Les Nations Unies et le nouvel ordre économique international 1974-1976», *Clunet* 1977, p. 620.

<sup>69</sup> BENCHIKH, *Droit international du sous-développement*, p. 64.

<sup>70</sup> On aura probablement de la peine à trouver des traités où des considérations de réciprocité n'ont joué aucun rôle. Cf. SIMMA, *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge*, par exemple pp. 55 ss, pp. 189 ss et p. 309.

<sup>71</sup> «There is not sufficient reciprocity of interests to persuade the developed States to be legally bound by all the terms of the Charter»; *The IL*, vol. 9, 1975, p. 318.

savoir si cette «Charte» sera effectivement suivie dans la pratique internationale.

### 5.3.4 Résumé

Les résolutions dont il a été question laissent peu subsister de la «formule Hull»; elles divergent essentiellement de la Résolution 1803 et elles pourraient réduire à un rôle insignifiant la protection diplomatique dans le cadre de la protection de la propriété étrangère. Comme l'écrit IDA, «( . . . ) le but principal de souligner la souveraineté dans le [nouvel ordre économique international] est d'exclure l'ingérence des pays développés ou des entreprises multinationales géantes dans la politique du développement propre aux pays en voie de développement soit en raison de la protection diplomatique des ressortissants soit en raison d'activités économiques «libres»<sup>72</sup>.

C'est la négation du droit international classique<sup>73</sup>. Peut-on prétendre, comme le font SÁNCHEZ<sup>74</sup>, R. C. A. WHITE<sup>75</sup> ou VERWEY et SCHRIJVER<sup>76</sup>, que les résolutions adoptées au cours de l'année 1974 écartent le principe international de l'indemnisation en cas de dépossession? Formellement, ce n'est pas exact. Le texte de l'article 2.2.c de

<sup>72</sup> IDA, «La structure juridique de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats», dans *mélanges Abendroth*, p. 124.

<sup>73</sup> Cf. SCHRÖDER, *Die dritte Welt und das Völkerrecht*, p. 54: «Sie [sc. les Etats du tiers monde] wollen jede Einflussnahme anderer Staaten als Intervention disqualifizieren und verbieten (. . .). Da Aussenpolitik aber Einflussnahme eines Staates auf andere Staaten bedeutet, würde am Ende jede aussenpolitische Aktivität europäischer Staaten in der Dritten Welt verhindert. Den europäischen Staaten würde zugemutet, jede Entwicklung in der Dritten Welt hinzunehmen, auch wenn sie ihre eigene Existenz gefährdet.»

<sup>74</sup> *Op.cit.* p. 57 n. 51, p. 17; cf. aussi JAIN, *Nationalization of Foreign Property*, p. 258: «All these developments, in our view, formally announce the demise of «due, prompt and effective» compensation formula.»

<sup>75</sup> «A New International Economic Order», *I&CLQ*, vol. 24, 1975, p. 547. ROBIN C. A. WHITE s'exprime très prudemment.

<sup>76</sup> De manière indirecte, *op.cit.* p. 8 n. 9, n. 193, à la p. 44: «( . . . ) the G[roup of] 77 could still deny that the question of taking of foreign property, in the manner in which is dealt with in Art. 2, gives rise to any international obligation.»

la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats» est clair: «chaque Etat a le droit de nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate (. . .).» Bien que le mode employé soit le conditionnel, cette disposition consacrerait, en principe, le devoir international d'indemniser<sup>77</sup>. Mais elle s'achève comme suit: «(. . .) compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes», ce qui relativise évidemment le devoir d'indemniser. En pratique donc, l'impact du droit international sera tout à fait marginal. La situation est semblable à celle du roi qui édicte les lois mais est tenu, en fait, de signer ce que lui présente son premier ministre. Sur la base de leurs lois et règlements, les Etats ont en principe la possibilité de réduire l'indemnité au franc symbolique<sup>78</sup>. Ce résultat est sévèrement critiqué par DOLZER:

«Historisch gesehen schliesslich erweist sich der von den kommunistischen Staaten und der dritten Welt in der Charta gefundene gemeinsame Nenner als ein Rückfall des Völkerrechts in jene Zeit vor dem Beginn der neuzeitlichen Entwicklung, in welcher das Eigentum des Fremden ausschliesslich der freien Disposition — und damit auch der Willkür — des Aufenthaltsstaates unterworfen war»<sup>79</sup>.

### 5.3.5 Evolution ultérieure

Les résolutions ultérieures n'ont pas apporté, pour l'instant, de modifications notables aux principes tels qu'ils ont été définis par les

<sup>77</sup> BENCHIKH, *op.cit.* p. 62 n. 69, p. 159; RODRIGUEZ IGLESIAS, «El enriquecimiento sin causa como fundamento de responsabilidad internacional», *REDI*, vol. XXXIV, 1982, p. 393; GARCÍA ROBLES, Ambassadeur permanent du Mexique aux Nations Unies, cf. *Proceedings of the American Society of international law*, 1975, p. 230: «In my opinion, that text makes the payment of appropriate compensation mandatory»; SORNARAJAH, «Compensation for Expropriation: The Emergence of New Standards», *JWTL*, vol. 13, 1979, p. 129.

<sup>78</sup> SÁNCHEZ va encore plus loin: «¿Cómo puede hablarse de obligación, si permanece en el presunto obligado la facultad de decidir soberanamente si la cumple o no?». *Op.cit.* p. 57 n. 51, p. 24.

<sup>79</sup> DOLZER, *op.cit.* p. 6 n. 3, p. 33.

résolutions de l'année 1974, sinon des nuances dont on peut citer trois exemples.

Tout d'abord, l'Assemblée générale a cherché à accroître l'importance des investissements étrangers et, particulièrement, des investissements privés<sup>80</sup>; ensuite, le droit au développement a été élevé au rang de droit de l'homme<sup>81</sup>; enfin, des distinctions ont été opérées au sein du vaste groupe d'États communément appelés pays en voie de développement<sup>82</sup>.

### 5.3.6 Conclusions

Quels sont l'effet et la portée des résolutions considérées? Elles ne constituent, d'après la Charte de l'ONU (art. 10), que des recommandations. Indubitablement, elles ne forment pas de règles de droit international, car elles ne peuvent pas affecter les dispositions de la Charte, fait d'ailleurs expressément reconnu par le chiffre 2 des dispositions finales de la Résolution 2625<sup>83</sup>, ni les autres normes du droit international coutumier ou écrit.

Il est difficile de répondre à la question posée. A juste titre, le message du Conseil fédéral concernant l'adhésion de la Suisse à l'ONU s'exprime de manière très nuancée:

<sup>80</sup> Voir les Résolutions 3362, «Développement et coopération économique internationale», du 16 septembre 1975, section IV, chiffre 6 et 35/56, «Stratégie internationale du développement pour la troisième décennie des Nations Unies pour le développement», du 5 décembre 1980 aux chiffres 25, 78 ou 110.

<sup>81</sup> Cf. les Résolutions 37/199, «Autres méthodes et moyens qui s'offrent dans le cadre des organismes des Nations Unies pour mieux assurer la jouissance effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales», du 18 décembre 1982 et 37/200, «Moyens de mieux assurer la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales», du 18 décembre 1982, chiffres 5 et 2 (dans le même sens la Résolution 38/124 du 16 décembre 1983).

<sup>82</sup> Cf. les Résolutions 3362 citée ci-dessus, n. 80, section II chiffres 10 et 13 et 35/56, «Stratégie internationale du développement pour la troisième décennie des Nations Unies pour le développement», du 5 décembre 1980, au chiffre 24.

<sup>83</sup> «Rien dans la présente Déclaration ne doit être interprété comme affectant de quelque manière que ce soit les dispositions de la Charte...».

«Si, formellement, les résolutions de l'Assemblée générale ne peuvent constituer une source d'obligations juridiques, leur contenu n'exerce pas moins une influence concrète sur la coopération internationale. (. . .) Les résolutions constituent souvent le germe ou l'esquisse de normes qui n'acquerront force obligatoire qu'ultérieurement.

(. . .) Il [st. l'Etat] n'est donc pas lié, comme dans un parlement national, par une décision prise à la majorité. Bien plus, il a la faculté de se distancer d'une résolution en la rejetant ou en s'abstenant lors du vote. Si la résolution est adoptée par consensus, il reste libre de préciser sa position par des réserves. L'Assemblée générale ne peut donc obliger un Etat à souscrire contre son gré à des obligations»<sup>84</sup>.

Beaucoup d'auteurs se sont exprimés au sujet de la portée et de l'effet juridique des résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU. SORNARAJAH prétend qu'il est trop tard pour soutenir la thèse que les résolutions ne créent pas du droit international<sup>85</sup>. D'autres font preuve de plus de circonspection: «Die Empfehlungen internationaler Konferenzen und Organisationen sind im allgemeinen nicht völkerrechtsverbindlich. Sie können jedoch als völkerrechtlicher Begleittext relevant werden»<sup>86</sup>. MEESSEN admet qu'elles peuvent produire, dans des conditions spécifiques, certains effets juridiques<sup>87</sup>. Parfois, on les appelle «soft-law», terme utilisé pour désigner des normes qui ne sont pas obligatoires, mais qui produisent néanmoins certains effets juridiques, ou qui s'approchent beaucoup de la règle de droit<sup>88</sup>. Toutefois, l'opinion dominante en doctrine est d'avis, «(. . .) dass diese Entschliessungen, die nach der Charter (Art. 13) formell nur

<sup>84</sup> *FF* 1982, vol. 1, pp. 538 s. Voir aussi *SEDCO Inc. et National Iranian Oil Company and Iran*, *ILM* 1986, pp. 633 s.

<sup>85</sup> SORNARAJAH, *op.cit.* p. 64 n. 77, p. 129.

<sup>86</sup> BENEDEK, «Entwicklungsrecht — neuer Bereich oder neue Perspektive (Gestaltungswandel) im Völkerrecht?», dans *Reformen des Rechts, Mélanges offerts à la Faculté de droit de l'Université de Graz*, 1979, p. 888.

<sup>87</sup> MEESSEN, *op.cit.* p. 49 n. 34, pp. 24 ss.

<sup>88</sup> THÜRER, «(Soft-law) — eine neue Form von Völkerrecht?», *NZZ* no 168 du 21/22 juillet 1984, p. 31.

Empfehlungen ohne Verbindlichkeit darstellen, nicht unmittelbar Recht zu setzen imstande sind»<sup>89</sup>. Le sujet est donc controversé.

Deux conclusions paraissent évidentes: premièrement, le texte de la Charte de l'ONU ne laisse subsister aucun doute et, deuxièmement, les résolutions témoignent néanmoins dans une certaine mesure de l'état d'esprit qui règne parmi les délégations. On ne saurait donc les sous-estimer<sup>90</sup> ou, pire, ne pas les prendre au sérieux, arguant qu'il ne s'agirait que de simples recommandations<sup>91</sup>.

La difficulté consiste à savoir comment interpréter la deuxième conclusion. Les Etats auraient-ils voté de la même façon si les résolutions acquéraient force de droit? La question est académique, les résolutions n'étant, par définition, pas des règles de droit mais des recommandations. Il est patent que nous pesons moins nos actes s'ils ne nous obligent pas<sup>92</sup>. L'ONU n'est pas un parlement. Il faudrait modifier la Charte pour qu'elle le devienne. Toute modification de la Charte sur ce point changerait le caractère de l'ONU de manière fondamentale. Admettre le fait que les résolutions de l'Assemblée générale puissent créer des normes de droit international signifierait l'abandon des principes du consentement et de la souveraineté. On doit donc se garder de trop s'éloigner du texte de la Charte de l'ONU.

Il serait intéressant d'examiner si les Etats respectent les principes acceptés par leurs délégations. Si tel n'était pas le cas, on pourrait supposer que les délégations profitent du vote des résolutions pour marquer, sans compromis, certaines positions et émettre des revendications — comme on le fait au début de négociations — parce

<sup>89</sup> SCHEIDNER, «Internationale Verträge als Elemente der Bildung von völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht», dans *Mélanges Mann*, p. 431, avec beaucoup de références.

<sup>90</sup> HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, p. 84: «( . . . ) sind sie [*sc.* les résolutions] doch nicht ganz bedeutungslos im Hinblick auf Einflussmöglichkeiten betreffend den Entwicklungsprozess neuen Rechts oder der Wandlung alter Normen.»

<sup>91</sup> KEWENIG, dans Kewenig, *op.cit.* p. 21 n. 10, p. 79.

<sup>92</sup> «Im Grunde entsteht die Fülle dieser Resolutionen gerade deshalb, weil man sich bewusst ist, einer blossen Empfehlung und nicht einem verbindlichen Akt zuzustimmen», OPPERMAN, *ibid.*, p. 129.

qu'elles se rendent parfaitement compte que ces textes ne sont pas des règles de droit international<sup>93</sup>.

## 5.4 Les principes de la bonne foi et de l'équité

L'article 38, al. 1<sup>er</sup>, du statut de la CIJ stipule ce qui suit:

«La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique:

- a) Les conventions internationales, soit générales soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;
- b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
- c) les *principes généraux de droit* reconnus par les nations civilisées;
- d) sous réserve de la disposition de l'art. 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.»

Parmi les «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées»<sup>94</sup>, on compte celui de la *bonne foi*, ainsi que les règles «*pacta sunt servanda*», «*rebus sic stantibus*», «*nemo commodum capere potest ex iniuria sua propria*». Ces principes ont été codifiés par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, et on peut se demander quel rôle ils jouent en droit international public.

L'article 38, al. 1<sup>er</sup>, lettre c, du Statut de la CIJ «ermächtigt demnach den Internationalen Gerichtshof, einem Anspruch stattzugeben, der bei alleiniger Anwendung von Vertrags- und Völkergewohnheitsrecht abgewiesen werden müsste (. . .). Die allgemeinen

<sup>93</sup> BROWER/TEPE, *op.cit.* p. 62 n. 71, p. 302: «At the very least the Charter could serve as a pressure on future international lawmaking.»

<sup>94</sup> Aujourd'hui, on entend par nations civilisées tous les Etats membres de l'ONU ou d'autres organisations internationales universelles. La distinction entre nations civilisées et autres nations est devenue désuète. Cf. VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 2<sup>e</sup> éd., 1981, p. 309.

Rechtsgrundsätze durchleuchten somit die ganze Völkerrechtsordnung»<sup>95</sup>. Il s'agirait dès lors en quelque sorte de règles d'application subsidiaire. Les auteurs cités, VERDROSS et SIMMA, affirment cependant qu'il existe deux catégories de principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées: ceux qui sont effectivement d'application subsidiaire et ceux qui sont présumés par le droit international et la coutume internationale, s'agissant pour ces derniers de considérations élémentaires d'humanité et de bonne foi. «Diese zweite Kategorie ist zwingender Natur mit der Folge, dass widersprechendes Völkergewohnheitsrecht oder Vertragsrecht nicht gültig entstehen kann»<sup>96</sup>. Le principe de la bonne foi joue donc un rôle fondamental en droit des gens.

Ce rôle est d'ailleurs reconnu par la Charte des Nations Unies, qui prescrit aux membres de l'ONU de remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont contractées par la ratification de la Charte (article 2, al. 2). On trouve des dispositions semblables dans la «Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies»<sup>97</sup>, et également dans la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats»<sup>98</sup>.

Du principe de la bonne foi découlent la règle «*rebus sic stantibus*», l'interdiction de l'abus de droit et l'opposabilité des promesses unilatérales<sup>99</sup>.

L'équité est une notion différente de celles des principes généraux du droit<sup>100</sup>, ou encore de l'équité du droit anglo-saxon. Il faut bien distinguer l'application de principes équitables et le fait de

<sup>95</sup> *Ibid.*, pp. 313 s.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 336.

<sup>97</sup> Résolution 2625, annexe: préambule, lettre g.

<sup>98</sup> Chapitre 1<sup>er</sup>, lettre j: «Exécution de bonne foi des obligations internationales.»

<sup>99</sup> VERDROSS/SIMMA, *op.cit.* p. 68 n. 94, p. 62.

<sup>100</sup> ROUSSEAU, *Droit international public*, t. 1, p. 400. Cf. pourtant l'opinion dissidente du juge Ammoun dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*: «Un principe général de droit s'est en conséquence établi que le droit des gens ne pouvait s'empêcher d'accueillir, fondant les relations juridiques entre les Nations sur l'équité et la justice.» *RCIJ* 1969, p. 140.

rendre une décision «*ex aequo et bono*» selon l'article 38, al. 2, du Statut de la CIJ (décision qui peut retenir une solution *extra legem*, voire *contra legem*<sup>101</sup>). Nous ne parlerons ici que de la forme de l'équité qui reste conforme au droit<sup>102</sup>. C'est en ce sens que la CIJ l'invoque dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*. «Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de la justification objective de ses décisions non pas au-delà des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables»<sup>103</sup>.

Dans l'arrêt rendu dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/ Jamahiriya Arabe Libyenne)*, les juges ont fait les remarques suivantes, qui permettent également de bien cerner la notion d'équité au sens où nous l'entendons ici: «L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. (. . .) Il faut distinguer entre l'application de principes équitables et le fait de rendre une décision *ex aequo et bono* (. . .). En pareil cas, la Cour n'a plus à appliquer strictement des règles juridiques, le but étant de parvenir à un règlement approprié. La tâche de la Cour est ici toute différente: elle doit appliquer les principes équitables comme partie intégrante du droit international et peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable»<sup>104</sup>.

La notion d'équité, comprise dans ce sens, pourrait entrer en ligne de compte pour résoudre certains problèmes en matière de protection de la propriété étrangère<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> VERDROSS/SIMMA, *op.cit.* p. 39 n. 2, no 658.

<sup>102</sup> «L'équité opère l'adaptation de la règle de droit aux circonstances particulières de l'espèce afin d'harmoniser les intérêts en présence.» FAVRE, *op.cit.* p. 39 n. 2, p. 292.

<sup>103</sup> *RCIJ* 1969, p. 48.

<sup>104</sup> *RCIJ* 1982, p. 60.

<sup>105</sup> L'application du principe de l'équité en droit international peut poser des problèmes. Cf. AKEHURST, «Equity and General Principles of Law», *I&CLQ*, vol. 25, 1976, p. 810: «One of the problems about equity is that it can often be defined only by reference to a particular ethical system. Consequently, although

## Chapitre 6

### La doctrine

#### 6.1 Aperçu historique

Dans un cours donné à l'Académie de droit international de la Haye VERDROSS disait que «le premier auteur qui ait traité notre sujet de plus près semble avoir été EMMERICH DE VATTEL»<sup>106</sup>. VATTEL écrivait ceci:

«Le Souverain ne peut accorder l'entrée de ses Etats pour faire tomber les étrangers dans un piège: Dès qu'il les reçoit, il s'engage à les protéger comme ses propres sujets, à les faire jouir, autant qu'il dépend de lui, d'une entière sûreté»<sup>107</sup>.

L'«entière sûreté» dont parlait VATTEL reposait notamment, pour lui, sur les éléments suivants:

«Les biens d'un particulier ne cessent pas d'être à lui parce qu'il se trouve en pays étranger & ils font encore partie de la totalité des biens de sa Nation. Les prétentions que le Seigneur du territoire voudroit former sur les biens d'un étranger, seroient donc également contraires aux droits du Propriétaire & à ceux de la Nation dont il est membre»<sup>108</sup>.

Il était bien question de la protection de la propriété étrangère en droit des gens. Naturellement, on ne craignait pas, à l'époque, des

references to equity are meaningful in a national society which can be presumed to hold common ethical values, the position is entirely different in the international arena, where the most mutually antagonist philosophies meet in head-on conflict.»

<sup>106</sup> VERDROSS, *op.cit.* p. 45 n. 24, pp. 322 ss, à la p. 348.

<sup>107</sup> VATTEL, *Droit des gens*, MDCCLVIII, livre II, chap. VIII, par. 104.

<sup>108</sup> *Ibid.*, par. 109.

expropriations ou des nationalisations du type de celles du XX<sup>ème</sup> siècle. On redoutait principalement l'exercice du droit d'aubaine, lequel permettait au souverain territorial de s'approprier les biens qu'un étranger laissait en mourant. C'est en pensant à ce droit d'aubaine que VATTEL continuait:

«Comme le droit de tester, ou de disposer de ses biens à cause de mort, est un droit résultant de la propriété, il ne peut sans injustice être ôté à un étranger. L'étranger a donc, de Droit naturel, la liberté de faire un Testament»<sup>109</sup>.

Aujourd'hui, le droit d'aubaine ne présente plus qu'un intérêt historique. Cependant, le raisonnement de VATTEL reste actuel, quand il qualifie le droit de tester de droit résultant de la propriété, l'étranger ayant donc, de droit naturel, la liberté de faire un testament. La protection des biens de l'étranger peut, par conséquent, s'appuyer sur deux principes: le premier pose que la confiscation des biens d'un étranger est contraire aux droits de l'Etat dont il est ressortissant; le second stipule qu'elle est contraire au droit de propriété, qui est un droit naturel. Comme nous le verrons plus loin, ces deux principes, mettant l'accent l'un sur les intérêts de la collectivité, de l'Etat d'origine, l'autre sur le droit individuel de chaque être humain, sont encore invoqués de nos jours.

Comme VERDROSS le laissait entendre, certains auteurs antérieurs à VATTEL avaient déjà traité le même sujet, notamment CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK (1673—1743), qui s'était toutefois exprimé dans un contexte et des circonstances particuliers.

«The same thing happened in the year 1657. for when the French in the midst of peace seized the goods of the Dutch subjects among them, the Dutch in the same manner seized the property of the French under the edict of the Holland States of April 26, 1657. The States-General in their decree concerning this matter hold that, according to the law of nations, this seizure among friendly States is manifestly unlawful, unless for a just cause and after satisfaction has been demanded and refused. But no sovereign will make such a seizure except for some cause that he considers just»<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> *Ibid.*, par. 111. Nos italiques.

<sup>110</sup> CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK, *Quaestionum iuris publici libri duo*, traduction anglaise par Tenney Frank, 1930, vol. 2, p. 24.

Dans les circonstances décrites par cet auteur, il ne s'agissait pas de cas de dépossession au sens où nous l'entendons, mais plutôt de saisies ou d'actes de représailles. Il est néanmoins possible de constater qu'à l'époque, on considérait déjà qu'entre Etats vivant en relations amicales, il n'était pas permis de priver arbitrairement les étrangers de leurs biens, tout acte de saisie étant subordonné à une sorte d'intérêt public («*just cause*»).

Dans son ouvrage intitulé: *De triplice virtute theologica, fide, spe et caritate* (1621), FRANCISCO SUÁREZ a fait une remarque encore plus intéressante que celle de VAN BYNKERSHOEK:

«For, as a general rule, it would be rather difficult to believe that this practice prevailed, since the laws of one country cannot bind [the citizens of] other countries, nor deprive aliens of their rights of ownership»<sup>111</sup>.

Nous citerons encore un texte de CHRISTIAN WOLFF (1679—1754), plein d'enseignements bien qu'il concerne principalement les relations entre étrangers et nationaux sur le territoire d'un même Etat:

«The ruler of a state ought not to allow any one of his subjects to cause a loss or do a wrong to the citizen of another nation, and if this has been done, he ought to compel him to repair the loss caused and to punish him; unless he does this, since he tacitly approves of the act, the nation itself must be assumed to have done the wrong or inflicted the injury»<sup>112</sup>.

Le souverain doit dès lors empêcher ses sujets de se comporter de manière injuste envers les étrangers. S'il n'y parvient pas, ce n'est plus le particulier, mais bien l'Etat qui est censé avoir agi injustement. On se place donc au niveau du droit des gens. Le droit des gens autorise-t-il un Etat à commettre des injustices? Probablement non, ce qui permet de déduire que, selon WOLFF, le droit international ne tolère pas que les étrangers soient arbitrairement privés de leurs biens.

<sup>111</sup> FRANCISCO SUÁREZ, *De triplice virtute theologica, fide, spe et caritate*, vol. 2, p. 842, Disputation XIII, «On war»; traduction anglaise par Williams, Brown, Waldron et Davis, 1944.

<sup>112</sup> CHRISTIAN WOLFF, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, vol. 2, p. 536, Chapter IX, «Of the Law of Embassies», par. 1063; traduction anglaise par Drake, 1934.

Au XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, la protection de la propriété en droit international s'était tellement affirmée que la solution juridique à ce problème semblait acquise<sup>113</sup>. Il paraissait inconcevable, au début de notre siècle, qu'un Etat puisse, sans violer ses devoirs internationaux<sup>114</sup>, porter atteinte à la propriété et aux droits patrimoniaux des étrangers. Le sujet n'était pas controversé et la doctrine ne lui accordait donc qu'une place secondaire. On pouvait se contenter d'une courte évocation du problème.

Le principe du respect des droits patrimoniaux ne fut pas seulement battu en brèche à l'occasion de la Révolution bolchévique, mais aussi par les traités de paix mettant fin à la Première Guerre mondiale et par certains traités et conventions conclus au lendemain de la Seconde Guerre mondiale<sup>115</sup>.

## 6.2 La controverse entre Alexander Fachiri et Sir John Fischer Williams

La mise à l'écart progressive du principe de la propriété sacrée, après la Première Guerre mondiale, alla de pair avec un intérêt grandissant de la doctrine pour la protection de la propriété en droit des gens et avec le début des controverses entre les juristes; celle qui

<sup>113</sup> BINDSCHEDLER, *op.cit.* p. 41 n. 8, p. 181.

KATZAROV le dit dans un langage plus imagé: «Etant donné l'époque où se tinrent les deux Conférences de La Haye (1899—1907), on peut donc admettre que la reconnaissance et la protection de la propriété privée, en tant que droit naturel, absolu, exclusif et éternel, ainsi que la distinction entre la propriété privée et la propriété d'Etat qui dominait le droit interne apparaissaient alors comme des principes indiscutables, acceptés par la coutume en droit international public également»; *op.cit.* p. 18 n. 4, p. 375.

<sup>114</sup> Cf. AUDINET, «Le monopole des assurances sur la vie en Italie», *RGDIP*, t. XX, 1913, p. 10.

<sup>115</sup> Cf. KATZAROV, *op.cit.* p. 18 n. 4, pp. 373 ss, aux pp. 381 ss; MANN, «German Property in Switzerland», *BYIL* 1946, pp. 354 ss, SCHINDLER, «Besitzen konfiskatorische Gesetze ausserterritoriale Wirkung?», *ASDI*, vol. III, 1946, pp. 65 ss, et BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2<sup>ème</sup> éd., 1975, vol. I, p. 430.

opposa ALEXANDER FACHIRI à Sir JOHN FISCHER WILLIAMS en fut une des premières.

FACHIRI écrivit dans le *BYIL* de 1925<sup>116</sup>:

«Two positions can, it is submitted, be laid down as forming part of the law of nations.

- 1) A state is entitled to protect its subjects in another state from injury to their property resulting from measures in the application of which there is discrimination between them and the subjects of such other state.
- 2) A state is entitled to protect its subjects in another state from *gross injustice* at the hands of such other state, even if the measure complained of is applied equally to the subjects of such other state.»

Sir JOHN FISCHER WILLIAMS contesta cette théorie dans une réponse parue dans le *BYIL* de 1928<sup>117</sup>:

«We conclude then that where no treaty or other contractual or quasi-contractual obligation exists by which a state is bound in its relations to foreign owners of property, no general principle of international law compels it not to expropriate except on terms of paying full or «adequate» compensation.»

FACHIRI publia une réplique dans le *BYIL* de 1929<sup>118</sup>:

«On the whole, I submit in answer to the question in issue that it is a general rule of international law that if a state expropriates the physical property of an alien without the payment of full compensation it commits a wrong of which the state of the alien affected is entitled to complain, even if the measure of expropriation applies indiscriminately to nationals and aliens.»

Les arguments développés à l'occasion de cette controverse sont encore invoqués par les auteurs contemporains.

### 6.3 La doctrine contemporaine

Au fil des années, la doctrine est devenue si riche qu'on tenterait en vain d'en présenter un résumé complet. Tout au plus peut-on essayer

<sup>116</sup> «Expropriation and international law», *BYIL* 1925, pp. 159 ss, à la p. 160.

<sup>117</sup> «International Law and the Property of Aliens», *BYIL* 1928, pp. 1 ss, à la p. 28.

<sup>118</sup> «International Law and the Property of Aliens», *BYIL* 1929, pp. 32 ss, aux pp. 54 s.

d'en esquisser les principales tendances. A titre préliminaire, précisons que la plupart des auteurs partagent l'avis selon lequel le droit international comprend des règles qui protègent la propriété étrangère. Toutefois, leurs opinions divergent considérablement dans l'appréciation du contenu exact de ces règles<sup>119</sup>.

Selon WOOLDRIDGE et SHARMA, «it is generally admitted that States do not enjoy an unlimited discretion to nationalize or expropriate foreign property. The property in question must be within the jurisdiction of the expropriating State. It may be that expropriations must fulfil some public purpose: they must not be discriminatory and prompt, adequate and effective compensation must be paid in respect of them»<sup>120</sup>. Ces auteurs mentionnent la plupart des conditions classiques qu'un Etat doit respecter s'il procède à des actes de dépossession: l'intérêt public, l'interdiction de la discrimination et le paiement d'une indemnité prompte, effective et adéquate. Il faut toutefois ajouter que l'indemnité doit aussi être entière ou intégrale, selon les règles classiques.

Les modalités de l'indemnisation ont fait couler beaucoup d'encre. La doctrine nous présente un choix de qualificatifs qui s'appliquent à l'indemnité due. Celle-ci doit être «voll»<sup>121</sup>, «approximate to the fair value»<sup>122</sup>, «angemessen, sofortig und wirksam»<sup>123</sup>, «prompt,

<sup>119</sup> BÖCKSTIEGEL, *op.cit.* p. 56 n. 49, p. 120. WEIGEL et WESTON, «Valuation upon the Deprivation of Foreign Enterprises: A Policy-oriented Approach to the Problem of Compensation under International Law», dans Lillich, *Valuation*, vol. 1, p. 4; MULLER, «Compensation for Nationalization: A North-South Dialogue», *CJTL*, vol. 19, 1981, p. 37; AMMANN, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 57, ou la doctrine citée par SCHINDLER, *op.cit.* p. 74 n. 115, pp. 85 ss.

<sup>120</sup> «The Expropriation of the Property of the Ugandan Asians», *IJIL*, vol. 14, 1974, p. 58.

<sup>121</sup> FLEISCHHAUER, dans Kewenig, *op.cit.* p. 21 n. 10, p. 64, avec certaines réserves.

<sup>122</sup> G. WHITE, *Nationalisation of Foreign Property*, p. 243.

<sup>123</sup> NIEDERER, *op.cit.* p. 45 n. 23, p. 548.

angemessen und effektiv»<sup>124</sup>, simplement «angemessen»<sup>125</sup> ou «correspondant à la valeur du bilan»<sup>126</sup>.

Quelques auteurs se contentent de mentionner le devoir d'indemniser sans donner davantage de précisions<sup>127</sup>. TOUSCOZ se prononce en faveur d'une détermination adaptée à chaque cas d'espèce, en tenant compte «des principes d'équité et de bonne foi (et du rapport des forces en présence). A la limite, il peut être équitable de déclarer qu'aucune indemnité ne doit être versée si les bénéfices de la compagnie expropriée sont manifestement excessifs, (. . .)»<sup>128</sup>. Il constate qu'«en définitive, le droit international général ne fournit pas une interprétation unique et automatiquement applicable du principe de l'indemnisation (adéquate, équitable et effective)»<sup>129</sup>.

Si l'on suivait KATZAROV<sup>130</sup>, la protection pourrait, le cas échéant, s'avérer totalement illusoire, puisqu'elle ne devrait être accordée que dans la mesure garantie aux nationaux. Mais cela n'empêche pas cet auteur d'écrire: «(. . .) or c'est en droit international un principe établi que sont reconnus au ressortissant étranger — à lui personnellement en tant que ressortissant de l'Etat qui réclame la reconnaissance de ses droits — le droit de propriété et le respect des droits acquis»<sup>131</sup>. VOSS doute sérieusement que ces droits soient reconnus en droit international<sup>132</sup> et GUHA ROY écrit<sup>133</sup>:

<sup>124</sup> BÖCKSTIEGEL/KOPPENSTEINER, *Enteignungs- oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften*, p. 30.

<sup>125</sup> WILDHABER, *op.cit.* p. 61 n. 65, p. 32.

<sup>126</sup> AMERASINGHE, «The Quantum of Compensation for Nationalized Property», dans Lillich, *Valuation*, vol. III, p. 126 («book value»).

<sup>127</sup> En ce qui concerne les pays en voie de développement, cf. MEESSEN, *op.cit.* p. 49 n. 34, p. 34.

<sup>128</sup> TOUSCOZ, «Le régime juridique des hydrocarbures et le droit international du développement», *Clunet* 1973, p. 326.

<sup>129</sup> *Ibid.* p. 326.

<sup>130</sup> KATZAROV, *op.cit.* p. 18 n. 4, p. 396. HIGGINS, *op.cit.* p. 51 n. 37, p. 270, appelle le livre de Katzarov «a leading marxist study».

<sup>131</sup> KATZAROV, *op.cit.* p. 18 n. 4, p. 468.

<sup>132</sup> VOSS, *I&CLQ*, vol. 31, 1982, p. 704: «Even where an investor overcomes the obstacles outlined above and substantiates an expropriation, his claim to compensation is by no means assured by any generally accepted rules.»

<sup>133</sup> *Op.cit.* p. 21 n. 11, p. 888.

«The law of responsibility then, is not founded on any universal principle of law or morality. Its sole foundation is custom, which is binding only among States where it either grew up or came to be adopted. It is thus hardly possible to maintain that it is still part of universal international law.»

Pour GIRVAN aussi, il est clair qu'il n'existe pas d'obligation juridique internationale qui exige le paiement d'une indemnité:

«First, countries whose peoples have been the victims of centuries of decimation, plunder, and exploitation are bound to approach the question of compensating foreign interests with a great deal of cynism. That they contemplate compensation at all, may be only in deference to international realpolitik»<sup>134</sup>.

L'existence de règles internationales en matière de protection de la propriété est aussi niée par HARTMANN<sup>135</sup> et, dans le «*Lehrbuch des Völkerrechts*» de la République démocratique allemande, il n'y a pas non plus d'équivoque à ce sujet: «Der Streit reduziert sich im Grunde auf die Entschädigungspflicht und ihren Umfang. Trotz vielfältiger derartiger Behauptungen und zahlreicher Entscheidungen bürgerlicher Gerichte kann im allgemeinen Völkerrecht eine solche Entschädigungspflicht nicht nachgewiesen werden, (. . .) denn es gibt im allgemeinen Völkerrecht keine Verpflichtung zum Schutz des Privateigentums»<sup>136</sup>.

## 6.4 Distinction doctrinale entre l'expropriation et la nationalisation

Parmi les auteurs qui admettent un devoir international d'indemniser, certains distinguent l'expropriation de la nationalisation, alors

<sup>134</sup> GIRVAN, «*Expropriating the Expropriators: Compensation Criteria from a Third World Viewpoint*», dans Lillich, *Valuation*, vol. III, p. 179.

<sup>135</sup> HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, p. 117: «Es muss heute davon ausgegangen werden, dass es einen Grundsatz des allgemeinen Völkerrechts, der Entschädigungsleistungen zwingend vorschreibt, nicht oder nicht mehr gibt, da zu viele Staaten eine solche Pflicht ablehnen.»

<sup>136</sup> *Lehrbuch des Völkerrechts*, Staatsverlag der DDR, 1973, 1<sup>ère</sup> partie, p. 322.

que d'autres n'opèrent pas cette distinction. Appartenant au second courant, AMMANN estime que «( . . . ) die juristische Unterscheidung von «Enteignung» und «Nationalisation» zielt ja lediglich auf die Milderung dieser Finanzprobleme, auf die Herabsetzung der vom Staat zu leistenden Entschädigung ab»<sup>137</sup>. Dans le même sens, BÖCKSTIEGEL affirme que le droit international public contemporain ne permet pas du tout la constatation que les conséquences juridiques internationales sont différentes suivant qu'il s'agisse d'une expropriation ou d'une nationalisation<sup>138</sup>.

D'autres auteurs se rallient au contraire à SEIDL-HOHENVELDERN, qui se réfère lui-même à VERDROSS:

«Verdross macht doch gerade einen Unterschied zwischen Enteignungen und Nationalisierungen. Er erkennt gleich mir das Recht jedes Staates an, seine Wirtschaftsordnung nach seinem Ermessen zu gestalten. Gleich mir betont er, dass die Forderung nach Bezahlung einer sofortigen, vollen und frei transferierbaren Entschädigung an ausländische Eigentümer Nationalisierungsmaßnahmen in Staaten, die umfangreiche fremde Kapitalinvestitionen aufweisen, in vielen Fällen unmöglich machen würde»<sup>139</sup>.

Pour les raisons susmentionnées, il estime nécessaire de renoncer, dans l'hypothèse d'une nationalisation, à une indemnisation entière, dans le but d'arriver à un compromis équitable tenant compte à la fois de la valeur des biens et des droits dont l'étranger a été dépossédé et de la capacité financière de l'Etat nationalisant<sup>140</sup>. Cette opinion avait déjà été exprimée par DE LA PRADELLE, dans le rapport qu'il avait présenté en 1950 à l'Institut de droit international au sujet des

<sup>137</sup> AMMANN, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 30.

<sup>138</sup> BÖCKSTIEGEL, *op.cit.* p. 77 n. 124, pp. 9 s.

Egalement VERZIJL; cf. la discussion sur le Rapport de la Pradelle sur les effets internationaux des nationalisations, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. I, 1950, pp. 117 s. Dans le même sens, mais de manière très nuancée, CAFLISCH, «Les droits des étrangers en temps de paix», *Fiches juridiques suisses*, fiche no 826, p. 11, no 18.

<sup>139</sup> SEIDL-HOHENVELDERN, *op.cit.* p. 32 n. 37, p. 656.

<sup>140</sup> *Ibid.*; dans le même sens FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 423; BERBER, *op.cit.* p. 74 n. 115, vol. I, pp. 427 s; SØBERENSEN, *Manual of Public International Law*, 1968, p. 489; WEIGEL et WESTON, *op.cit.* p. 76 n. 119, p. 8.

effets internationaux des nationalisations<sup>141</sup>. Elle est aussi partagée par S. FRIEDMAN, qui va encore plus loin en constatant l'absence d'une obligation internationale d'indemniser en cas de nationalisation<sup>142</sup>.

## 6.5 Quelques observations

1) L'institution de l'expropriation est connue depuis longtemps<sup>143</sup>. On connaît également de longue date les dépossessions à caractère pénal et à des fins militaires. Par contre, les nationalisations touchant des secteurs entiers de l'économie ou les moyens de production en général, et motivées par des raisons de politique économique ou d'idéologie, sont une invention de notre siècle.

2) La doctrine dominante ne conteste pas le caractère illicite des nationalisations confiscatoires<sup>144</sup>. Elle se compose toutefois de trois tendances distinctes: la première fait une différence entre l'expropriation et la nationalisation, la seconde ne fait pas cette différence, et la troisième est prête à considérer d'autres nuances encore<sup>145</sup>.

3) HARTMANN n'admet même pas l'existence de la condition de l'intérêt public<sup>146</sup>. Il estime que l'Etat responsable d'un acte de dépos-

<sup>141</sup> «L'expropriation a dans ses motifs plus ou moins d'ampleur. Sont-ils d'ordre local? Alors l'indemnité doit être complète. Sont-ils d'ordre national? Alors, la nationalisation concourant par principe aux fins du progrès dans l'ordre universel, l'indemnité ne doit pas être juste au sens économique de la valeur du mot, mais simplement raisonnable», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, t. 1, p. 61; voir aussi les pp. 62 ss.

<sup>142</sup> *Op.cit.* p. 58 n. 58, p. 211: «The considerations which in connection with general expropriation led to the conclusion that there is no rule requiring compensation have no application to individual expropriation.»

<sup>143</sup> Cf. une note du Ministre des affaires étrangères britannique de 1846, citée par MEESSEN, *op.cit.* p. 49 n. 34, p. 11.

<sup>144</sup> Cf. GOLDMAN, *op.cit.* p. 49 n. 33, p. 294.

<sup>145</sup> «Im «West-West-Verhältnis» gilt der Hull-Standard weiterhin, im «Nord(West)-Süd-Verhältnis» ist er durch einen neuen, tieferen Standard ersetzt worden. Die Frage ist nunmehr: Was gilt auf universeller Ebene? (. . .) Mindestinhalt eines solchen Kompromisses ist die (. . .) Anerkennung einer Entschädigungspflicht dem Grunde nach». SIMMA, dans Kewenig, *op.cit.* p. 21 n. 10, p. 59.

<sup>146</sup> HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, pp. 100 s.

session pourrait toujours se prévaloir d'un tel intérêt, fût-il insignifiant ou presque. On ne pourrait donc jamais reprocher à un Etat le non-respect de la condition envisagée. Cette conclusion est partagée par WOOLDRIDGE et SHARMA<sup>147</sup>, qui sont parfaitement conscients de l'élasticité de la notion de l'intérêt public, ceci tout particulièrement à l'occasion d'un examen au regard du droit international<sup>148</sup>.

HARTMANN se montre aussi très sceptique quant à l'interdiction de la discrimination<sup>149</sup>. Cette interdiction est pourtant incluse dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme (article 2) et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 2, al. 1). Mais on sait qu'il n'est pas discriminatoire de traiter différemment ce qui est différent. L'interdiction de la discrimination se confondra souvent avec celle de l'arbitraire.

4) GUHA ROY considère le droit de la responsabilité des Etats comme un produit du XIX<sup>e</sup> siècle et de la première moitié du XX<sup>e</sup><sup>150</sup>, ce qui le lui rend suspect. L'histoire et de nombreux exemples nous montrent que le droit de la responsabilité des Etats était destiné à être appliqué à des Etats indépendants, et non pas à entraver un jour le processus de décolonisation. Cependant, par l'accession des colonies à l'indépendance, les investissements des ressortissants de l'ancienne métropole sont devenus des investissements étrangers, protégés désormais par le droit international également. Cette situation indisposait les nouveaux gouvernements, qui avaient le sentiment de s'être fait imposer les investissements en question par l'administration coloniale.

<sup>147</sup> «Some Legal Questions Arising from the Expulsion of the Ugandan Asians», *I&CLQ*, vol. 23, 1974, p. 419: «It might also be argued that, given the lack of economic expertise of certain Ugandans, the redistribution might be to the public detriment rather than benefit; but, it may be for the benefit of a country if its economy is removed from foreign domination.»

<sup>148</sup> *Contra*: DOLZER, *op.cit.* p. 6 n. 3, pp. 280 s. Il propose un examen approfondi des principes de proportionnalité et d'intérêt public.

<sup>149</sup> HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, pp. 104 ss.

<sup>150</sup> GUHA ROY, *op.cit.* p. 21 n. 11, p. 865: «The history of its development thus became «an aspect of the history of «imperialism» and «dollar diplomacy».»

Les implications en matière de décolonisation seraient-elles le principal motif à l'appui de sa thèse, selon laquelle la coutume internationale ne lie que les Etats qui l'ont approuvée? On peut le penser lorsque GUHA ROY dit:

«If, therefore, the existing law with suitable modifications could be applied only to rights and interests to be created now or after the adoption of a new law of responsibility, a good deal of the objectionable features of this law from the point of view of the victims of colonialism are likely to disappear»<sup>151</sup>.

Dans ce cas là, le refus des règles classiques semble être surtout momentanément et limité aux investissements faits pendant la colonisation. S'il en est ainsi, le refus des règles classiques par GUHA ROY a d'autres motifs que celui invoqué par les auteurs du *Lehrbuch* est-allemand.

5) Dans son cours à l'Académie de droit international, VERDROSS, après avoir cité VATTEL, poursuivait:

«Pour cette raison, les étrangers peuvent, certes, être tenus de contribuer aux dépenses normales de l'Etat de leur séjour, mais celui-ci n'a pas le droit de leur enlever leur propriété sans juste indemnité. Car cette propriété ou sa valeur en argent pourrait être exigée de la patrie des étrangers qui, incontestablement, est en droit de rappeler à tout moment ses sujets et de les obliger à rapporter leurs biens.

Un Etat qui confisque les biens des étrangers s'enrichit ainsi, en vérité, au détriment d'une autre nation»<sup>152</sup>.

L'idée de VATTEL<sup>153</sup>, selon laquelle «les biens même des particuliers doivent être regardés comme des biens de la nation à l'égard des autres Etats», sous-tend la pensée de VERDROSS. Cette idée, nous la trouvons déjà chez WOLFF<sup>154</sup>. Beaucoup plus tard, elle fut encore exprimée par le juge Gros dans l'affaire de la *Barcelona Traction*<sup>155</sup>. La conclusion de VERDROSS mérite une attention particulière:

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 883; cf. également JAIN, *op.cit.* p. 63 n. 74, p. 256.

<sup>152</sup> VERDROSS, *op.cit.* p. 45 n. 24, p. 371.

<sup>153</sup> VATTEL, *op.cit.* p. 71 n. 107, livre II, chapitre VII, par. 81.

<sup>154</sup> WOLFF, *op.cit.* p. 73 n. 112, pp. 146 s.

<sup>155</sup> Opinion individuelle, *RCIJ* 1970, par. 5 *in fine*.

\*A mon avis, notre principe [sc. le principe que les étrangers touchés par des actes de dépossession doivent être indemnisés] devrait raisonnablement même être reconnu par le commerce entre des Etats socialistes. Car, en l'absence d'une telle règle, chaque Etat pourrait confisquer les biens situés sur son territoire et appartenant aux institutions commerciales de l'autre Etat<sup>156</sup>.

Cette opinion allait être consacrée plus tard par la pratique.

<sup>156</sup> VERDROSS, *op.cit.* p. 45 n. 24, p. 371.

## Chapitre 7

### La jurisprudence

La jurisprudence ne manque pas en ce qui concerne le sujet de notre travail. Il s'agira, comme pour la doctrine, d'en esquisser les grandes lignes. Quelques décisions récentes feront néanmoins l'objet d'un examen plus approfondi.

Le présent chapitre est divisé en une première section introductive, une seconde consacrée à la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ, la troisième et la quatrième traitant de la jurisprudence arbitrale et de celle du Tribunal du contentieux entre les Etats-Unis et l'Iran, et une cinquième et dernière portant sur le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

Toute la jurisprudence n'émane cependant pas des institutions que nous venons de mentionner. La jurisprudence interne, notamment des Etats-Unis et de quelques pays européens, consacre de nombreux arrêts à la question de la protection de la propriété en droit international. Puisque cette jurisprudence est nationale, elle ne peut avoir le même caractère que les décisions des tribunaux internationaux. C'est la raison pour laquelle nous y reviendrons dans un autre chapitre.

#### 7.1 Introduction

La jurisprudence intéressant notre sujet remonte parfois à des époques assez éloignées. Ainsi, de manière indirecte, la Guerre d'indépendance aux Etats-Unis a provoqué une vague de sentences arbitrales (peut-être une des premières des temps modernes).

Durant les hostilités, la propriété des loyalistes avait subi de sévères restrictions, plusieurs Etats ayant promulgué des lois confisca-

toires<sup>157</sup>. Dans le Traité préliminaire de paix, signé en novembre 1782, les négociateurs américains et britanniques s'étaient mis d'accord, après de longues discussions, sur deux articles relatifs aux loyalistes. L'un d'eux stipulait que le Congrès recommanderait aux Etats de restituer la propriété des «real British subjects» confisquée pendant la guerre, tandis que l'autre visait à interdire, entre autres, des confiscations ultérieures, des poursuites et des saisies. Mais le Gouvernement central américain s'avéra incapable d'imposer l'exécution correcte de certaines dispositions du Traité de paix, et les promesses faites aux loyalistes ne furent pas tenues<sup>158</sup>. Le refus d'honorer les créances des sujets britanniques a été particulièrement répandu dans les Etats du Sud, où ces créances représentaient des montants considérables. «By 1790, unfriendly judges and juries notwithstanding, British creditors in the northern states were moderately satisfied. In the South, however, appalling abuses continued. In Georgia and the Carolinas, legal actions for the recovery of British debts were either prohibited outright by law or discontinued at the order of the bench»<sup>159</sup>. On entendait dire en Virginie: «If we are now to pay the debts (. . .) what have we been fighting for all this while<sup>160</sup>?» Ne retrouve-t-on pas là une similitude avec les idées de GUHA ROY? Malgré cela, les Etats-Unis comptent aujourd'hui parmi les plus ardents défenseurs des règles classiques en matière de protection de la propriété!

Dans presque tous les Etats, les loyalistes voyaient restreindre leurs droits de propriété. Cependant, les Américains n'approuvaient pas tous cette manière de procéder. Par exemple, Alexander Hamilton apparut devant la «Mayor's Court» de New York en 1784 pour

<sup>157</sup> On trouve des exemples dans BROWN, *The King's Friends. The Composition and Motives of the American Loyalist Claimants*, par exemple à la p. 115 pour l'Etat de New York, aux pp. 196 s. pour la Caroline du Nord et à la p. 214 pour la Caroline du Sud.

<sup>158</sup> Cf. RITCHESON, *Aftermath of Revolution*, pp. 49 ss.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 64. Il y eut aussi des efforts législatifs dans cette direction. «Twice in 1784, the popular party in the Virginia legislature swamped efforts by James Madison to remove legal impediments to the payment of the prewar debts», *ibid.*, p. 67.

<sup>160</sup> *Ibid.*, n. 48 à la p. 66.

défendre la cause d'un loyaliste et «argued powerfully in the case of *Rutgers vs. Waddington* that the Trespass Act, the basis for the action, was in violation of established international law, the rights of conquest, and the treaty of peace»<sup>161</sup>.

On voit qu'il invoquait le droit international devant une cour interne. Hamilton obtint gain de cause. Les représentants diplomatiques de la jeune République se rendirent compte, partout en Europe, de la réprobation que suscitaient les pratiques litigieuses. John Jay, en poste à Paris, conseilla aux Etats-Unis d'agir de manière plus humaine<sup>162</sup>. En 1794, les Etats-Unis et la Grande-Bretagne conclurent le Traité dit de «Jay», qui devait régler les problèmes en suspens entre les deux Etats. Le Traité instituait, entre autres, deux commissions mixtes, compétentes pour juger des réclamations des ressortissants des parties contractantes suite à des mesures prises en temps de guerre. Ces commissions ont rendu de nombreuses sentences.

Par la suite, et notamment dès la deuxième moitié du siècle dernier, une riche jurisprudence arbitrale s'est formée. Elle est particulièrement importante pour le continent américain puisqu'une grande partie des affaires jugées concerne des modifications ou des suppressions de concessions accordées à des citoyens américains dans d'autres Etats du continent.

## 7.2 La CPJI et la CIJ

Le respect des droits acquis est un principe généralement reconnu en droit des gens (arrêt de la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow*<sup>163</sup>). Cette affaire, qui opposait l'Allemagne à la Pologne, suscita à vrai dire plusieurs décisions. La Pologne avait décrété quelques expropriations en Haute-Silésie, dont celle de l'usine de Chorzow qui appartenait à une société allemande. Le point litigieux était la ques-

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 61. Nos italiques.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>163</sup> CPJI, série A, no 7, p. 22.

tion de savoir si ces expropriations étaient compatibles avec le Traité sur la Haute-Silésie conclu le 15 mai 1922 entre l'Allemagne et la Pologne.

Il ne s'agissait donc pas d'examiner ces expropriations à la lumière du droit international coutumier, mais au regard d'un traité, ce qui rend le contenu de ces décisions moins essentiel pour notre étude. La Cour a toutefois profité de l'occasion pour rappeler quelques règles générales, confirmant que le respect des droits acquis est un principe généralement reconnu en droit international, et ne laissant subsister aucun doute sur le caractère extraordinaire des expropriations.

«Dans son arrêt no. 7, elle (sc. la Cour) a retenu que, l'expropriation admise par le titre III de la Convention de Genève étant une dérogation aux règles généralement appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers, ainsi qu'au principe du respect des droits acquis, (. . .)»<sup>164</sup>.

Cette constatation valait autant pour l'interprétation du droit conventionnel entre la Pologne et l'Allemagne que pour le droit des gens en général. Elle constituait la preuve que la Cour n'entendait pas s'écarter des règles classiques.

Quelques années plus tard, la Grande-Bretagne et la Belgique furent parties à l'affaire *Oscar Chinn*, qui présentait un caractère assez particulier.

### L'affaire *Oscar Chinn*

En 1929, Oscar Chinn commença à exploiter au Congo, alors colonie belge, une entreprise de transport sur le fleuve du même nom. Une autre société s'occupait également de transports sur ce fleuve: l'UNATRA, contrôlée indirectement par le Gouvernement belge. Par lettre du 20 juin 1931, le Ministre belge des colonies décréta une réduction générale des tarifs de transport. Les pertes ainsi causées à l'UNATRA devaient être prises en charge par l'Etat belge. Suite à ces mesures, Chinn se voyait obligé de cesser ses activités, n'étant plus en

<sup>164</sup> *CPII*, série A, no 8, p. 27.

mesure d'offrir des tarifs compétitifs. Le Gouvernement britannique lui accorda sa protection diplomatique, et l'affaire fut tranchée par la CPJI dans un arrêt du 12 décembre 1934. La Belgique obtint gain de cause, car la Cour constata que le décret du Ministre des colonies ne violait pas le droit international.

Il est évident qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une expropriation formelle. Le décret n'enlevait aucun droit à Chinn, qui était autorisé à poursuivre ses activités. Mais la mesure prise par le Ministre et la fin des activités de Chinn paraissent indubitablement liées par un rapport de causalité. Le décret litigieux déployait des effets qui équivalaient pratiquement à une expropriation.

Que dit la Cour? Elle procéda à un examen minutieux de la question de savoir si la Belgique avait violé une obligation conventionnelle. Tel n'était pas le cas. La Grande-Bretagne invoquait cependant encore un autre argument: «Reste à examiner le dernier grief, invoqué subsidiairement par le Gouvernement du Royaume-Uni, suivant lequel la mesure du 20 juin 1931 (. . .) aurait constitué une violation des principes généraux du droit international et, notamment, de celui du respect des droits acquis»<sup>165</sup>.

Dans un considérant extrêmement bref, la Cour nia que les expectatives commerciales de Chinn constituaient un véritable droit acquis. «La Cour, sans méconnaître le changement de la situation économique de M. Chinn, laquelle l'aurait amené à liquider son entreprise de transport et son chantier, ne saurait apercevoir dans sa situation primitive, qui comportait la possession d'une clientèle et la possibilité d'en tirer profit, un véritable droit acquis»<sup>166</sup>.

L'arrêt pourrait nous surprendre. Pourquoi une telle issue? Deux explications au moins sont possibles.

1) Ou bien la Cour partait d'une notion étroite de droits acquis, en excluant pratiquement tout ce qui ne correspondait pas à la titularité d'un droit réel. Chinn n'était effectivement dépossédé d'au-

<sup>165</sup> CPJI, série A/B, no 63, p. 26.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 27. L'arrêt fut rendu par 6 voix contre 5. Juge dissident, Anzilotti rédigea une opinion individuelle. Il ne pouvait adhérer ni aux motifs ni au dispositif de l'arrêt; *ibid.*, pp. 46 ss.

cun bien. La mesure belge réduisait simplement les tarifs de l'UNATRA à des prix de «dumping». Par «droits acquis», on a compris pendant longtemps exclusivement des droits privés<sup>167</sup>. Aucun titre de droit privé ne garantissait à Chinn le maintien de sa clientèle. Probablement se tenait-on encore, à l'époque, à une notion étroite de droits acquis. Cela résulte d'un article publié par FACHIRI, qui lui-même propose d'adopter une conception large de la propriété privée. Selon FACHIRI, il est de règle générale en droit international qu'un Etat n'a pas le droit d'exproprier la propriété physique («physical property») d'un étranger sans payer une indemnité entière. Il s'explique ainsi sur ce point<sup>168</sup>:

«Further — although perhaps the position is not equally clear — I think the precedents tend to establish that a measure such as a state monopoly, which appropriates for the benefit of the Government, and thereby destroys the business (as distinct from the physical assets) of foreigners, without compensation, is contrary to international law even if equally applicable to nationals.»

2) Ou bien la Cour entendait délibérément restreindre la notion de droits acquis pour limiter le rôle de ce principe en droit international. A première vue, cette hypothèse paraît la moins vraisemblable. La composition de la Cour en 1934 et l'esprit de l'époque ne permettent pas sans autre de supposer qu'on voulait faire le procès des droits acquis.

3) Il existe encore une troisième possibilité. En commençant ses activités, Chinn savait que l'UNATRA offrait des services de transport et il connaissait également l'intérêt de l'Etat belge pour cette société. Il devait se rendre compte de la situation particulière que rencontrerait une société de transport privée sur le fleuve Congo. «M. Chinn (. . .) en entreprenant, en 1929, l'exploitation de transports fluviaux, ne pouvait ignorer l'existence de la concurrence qu'il rencontrerait de la part de l'UNATRA, fondée depuis 1925, l'importance du capital investi dans cette société, ses attaches avec le Gouver-

<sup>167</sup> Cf. *supra*, chap. 5.1.b. pp. 40 ss.

<sup>168</sup> FACHIRI, *op.cit.* p. 75 n. 118, p. 55; souligné par nous. Il ne parle, bien sûr, pas de l'affaire *Chinn* mais de l'introduction du monopole d'assurance en 1912 en Italie.

nement colonial et le Gouvernement belge, ainsi que le rôle prépondérant réservé à ceux-ci relativement à la détermination et à l'application de tarifs de transport<sup>169</sup>.

Pouvait-il alors de bonne foi se plaindre de la mesure prise par le Ministre<sup>170</sup>? Notons que le Gouvernement britannique ne mettait pas l'accent sur la violation du principe des droits acquis, qui n'était qu'un argument subsidiaire à côté de l'argument principal qui consistait à reprocher à la Belgique la violation d'un traité international.

La Cour s'est-elle montrée excessive dans son interprétation de la bonne foi? La faible majorité (6 voix contre 5) montre qu'elle se trouvait en présence d'un cas limite. Mais l'arrêt a été rendu à une époque de crise économique mondiale. Les juges firent peut-être preuve d'une certaine compréhension pour la Belgique, qui essayait de remédier à une situation extrêmement difficile.

Cela ne nous empêche pas de constater que l'arrêt n'était pas équitable pour Chinn. Toutefois, on ne saurait y voir une rupture dans l'application par la CPJI des règles classiques, car la Cour s'en tint strictement au droit des gens valable à l'époque; celui-ci ne comptait pas le droit à disposer d'une certaine clientèle parmi les droits acquis dignes de protection<sup>171</sup>.

### **L'affaire de la *Barcelona Traction Light & Power Company* (CIJ)**

La *Barcelona Traction* était une société holding, constituée en 1911 et dont le siège se trouvait à Toronto (Canada). Elle avait fondé un certain nombre de filiales en vue de créer et développer un réseau de production et de distribution d'énergie électrique en Catalogne. D'après le Gouvernement belge, demandeur devant la CIJ, ses actions passèrent, après la Première Guerre mondiale, en grande partie entre les mains de ressortissants belges, personnes physiques ou morales.

<sup>169</sup> CPJI, série A/B, no 63, p. 23.

<sup>170</sup> Cf. aussi à ce sujet DOLZER, *op.cit.* p. 6 n. 3, p. 179.

<sup>171</sup> Cf. FACHIRI, *op.cit.* p. 75 n. 118, p. 55 *in fine*; cf. aussi ROTH, *op.cit.* p. 23 n. 14, aux pp. 167 s., qui semble d'ailleurs approuver l'arrêt, et à la p. 186: «Property rights are to be understood as rights to tangible property.»

Le Tribunal de Reus (une ville près de Barcelone) déclara la Barcelona Traction en faillite par ordonnance du 10 février 1948. Il motiva sa décision par les difficultés que la société avait éprouvées, à plusieurs reprises, à payer les intérêts de ses obligations. Ces difficultés provenaient pourtant du refus des autorités espagnoles de permettre le transfert des devises nécessaires au service des dettes. En 1951, le juge autorisa les syndicats de la faillite à vendre les actions des filiales à une société espagnole.

De l'avis des actionnaires de la Barcelona Traction, la déclaration de faillite n'était qu'un prétexte pour le transfert des filiales à la société espagnole<sup>172</sup>. Les Gouvernements du Royaume-Uni, du Canada, des Etats-Unis et de la Belgique intervinrent sans succès auprès du Gouvernement espagnol. En 1955, la Belgique intervint à nouveau et décida, après qu'un projet de compromis eût été rejeté, de soumettre le litige unilatéralement à la CIJ. Elle demanda à celle-ci de dire et juger:

«( . . . )

- 2) que l'Etat espagnol est responsable du préjudice subi par l'Etat belge dans les personnes de ses ressortissants, actionnaires de la Barcelona Traction, du fait des actes contraires au droit international commis par ses organes et qui ont conduit au dépouillement total du groupe de la Barcelona Traction»<sup>173</sup>.

L'affaire aurait pu amener la CIJ à se prononcer sur la protection de la propriété étrangère en droit international. Elle ne l'a pas fait, la Belgique ayant été déboutée parce qu'elle n'avait pas qualité pour agir: «Comme le droit de protection revenant à l'Etat national de la société ne saurait être tenu pour éteint du fait qu'il n'est pas exercé, il n'est pas possible d'admettre qu'en cas de non-exercice les Etats nationaux des actionnaires aient un droit de protection subsidiaire

<sup>172</sup> «In short what really took place appears to have had the character of a disguised expropriation of the undertaking.» Cette phrase se trouve dans l'opinion individuelle du juge Fitzmaurice; *RCIJ* 1970, par. 71 de son opinion individuelle.

<sup>173</sup> *RCIJ* 1970, par. 25.

La CIJ s'est occupée deux fois de l'affaire de la *Barcelona Traction*, d'abord en 1964 (*Barcelona Traction, exceptions préliminaires*), *RCIJ* 1964, pp. 6 ss, puis en 1970, *RCIJ* 1970, pp. 1 ss.

par rapport à celui de l'Etat national de la société»<sup>174</sup>. En effet, l'Etat national de la société, le Canada, n'avait plus agi après les premières réclamations.

Bien qu'ainsi la CIJ n'ait pas pu entrer en matière, elle a constaté dans un *obiter dictum* important que «dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement. Ces obligations ne sont toutefois ni absolues ni sans réserve»<sup>175</sup>.

A l'exception du juge *ad hoc*, M. Riphagen, auteur d'une opinion dissidente, les juges de la CIJ ont été unanimes à rendre l'arrêt. Mais tous n'ont pas invoqué les mêmes motifs: les juges Bustamante y Rivero, Fitzmaurice, Tanaka, Jessup, Morelli, Padilla Nervo, Gros et Ammoun ont tenu à faire part de leur opinion individuelle.

L'arrêt s'est heurté à des critiques sévères de la part de la doctrine<sup>176</sup>. A première vue, l'arrêt paraît être d'un formalisme assez rigoureux qui justifierait ces critiques. Cela notamment parce que la Cour elle-même fait allusion à la figure juridique de la «levée du voile» en disant qu'«( . . . ) on peut admettre que la levée du voile, procédé exceptionnel admis par le droit interne à l'égard d'une institution qu'il a lui-même créée, joue un rôle analogue en droit international. Il en découle que, dans l'ordre international également, il peut en principe y avoir des circonstances spéciales qui justifient la levée du voile des actionnaires»<sup>177</sup>.

Pareille appréciation, qui fait preuve de compréhension à l'égard des actionnaires dépouillés, mais fait abstraction des règles de

<sup>174</sup> *RCIJ* 1970, par 96.

<sup>175</sup> *Ibid.*, par. 33.

<sup>176</sup> «The Court subordinated facts to formal law. Legal conceptualism prevailed over realism.» MANN, «The Protection of Shareholders Interests in the Light of the Barcelona Traction Case», *AJIL*, vol. 67, 1973, p. 274. BINDSCHEDLER dans Wildhaber, *op.cit.* p. 61 n. 65, p. 381: «( . . . ) übertrieben können man von Lotterie sprechen.»

<sup>177</sup> *RCIJ* 1970, par. 58.

droit avec lesquelles était confrontée la Cour<sup>178</sup>, ne rendrait toutefois pas justice à celle-ci. Il s'agissait de répondre à la question de savoir si la Belgique pouvait prendre fait et cause pour ses ressortissants, personnes physiques et morales, actionnaires d'une *société ayant la nationalité d'un Etat tiers*.

La nationalité d'une société est déterminée par la *lex causae* et doit, en principe, être reconnue par les autres Etats<sup>179</sup>. En l'espèce, la Barcelona Traction possédait plusieurs liens avec le Canada: elle y avait été constituée conformément aux lois du pays, le siège était au Canada (où avaient lieu les réunions du conseil d'administration), elle figurait dans les listes des autorités fiscales canadiennes et cette nationalité fut reconnue aussi bien par l'Espagne que par la Belgique<sup>180</sup>. Il ne pouvait donc pas y avoir de doute au sujet de la nationalité de la Barcelona Traction puisque «cette «nationalité» est opposable à des Etats tiers — et doit être reconnue par eux — si elle est basée sur l'un (ou plusieurs) des éléments suivants: incorporation ou constitution, siège administratif réel, centre d'exploitation, contrôle ou sur tout autre critère qui revêt une certaine effectivité minimum»<sup>181</sup>.

«Les intérêts indirects des membres étrangers d'une société sont protégés par le droit des gens, lorsque la société en tant que telle est rattachée à l'Etat défendeur, lorsqu'elle est apatride ou lorsque sa nationalité étrangère est inopposable à l'Etat défendeur»<sup>182</sup>; <sup>183</sup>, ce qui n'était précisément pas le cas en l'espèce. D'autre part, le droit des gens ne contient pas de règle prévoyant la protection des intérêts

<sup>178</sup> CAPLISCH approuve l'arrêt tout en faisant une petite réserve. Voir CAPLISCH, «The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case», *ZaöRV*, vol. 31, 1971, pp. 162 ss, à la p. 190.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 177. L'auteur continue en disant: «Thus, international law establishes no criteria of its own in matters of nationality, and the determination of the nationality of natural persons as well as of companies is within the ambit of each State's domestic jurisdiction.»

<sup>180</sup> *Ibid.*, pp. 175 ss.

<sup>181</sup> CAPLISCH, *op.cit.* p. 35 n. 43, pp. 145 s.

<sup>182</sup> *Ibid.*, pp. 266 s.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 140. La nationalité perd «son opposabilité, quand l'entité est contrôlée, directement ou indirectement, par des individus ressortissants de l'Etat défendeur».

indirects de membres de sociétés qui ne relèvent ni de l'Etat défendeur ni de l'Etat demandeur<sup>184</sup>. Par conséquent, la Belgique manquait de la qualité pour agir et le fait que l'Etat d'origine de la société (le Canada) n'avait pas agi n'y pouvait rien changer.

On ne saurait donc négliger, malgré certaines similitudes, les différences entre les affaires *Nottebohm* — sur laquelle nous n'entendons pas nous prononcer — et *Barcelona Traction*, qui ne se limitent pas au fait que Nottebohm était une personne physique et la Barcelona Traction une personne morale. Dans la première affaire, il avait fallu trancher s'il y avait ou non nationalité du Liechtenstein, tandis que la nationalité canadienne de la Barcelona Traction ne faisait l'objet d'aucune contestation.

Ainsi, c'est une question de forme ou de procédure<sup>185</sup> qui a fait échouer l'action de la Belgique. Si le Canada avait agi à la place de la Belgique, la CIJ aurait dû entrer en matière. Nous trouvons là une excellente illustration du fait que la protection de la propriété en droit international ne dépend pas uniquement des règles de fond, mais aussi de la question de savoir qui doit ou peut agir pour essayer de les faire respecter. Vu l'absence de qualité pour agir du Gouvernement belge, l'affaire de la *Barcelona Traction* ne nous donne, à part l'*obiter dictum*<sup>186</sup>, pas de renseignements sur la position exacte de la CIJ vis-à-vis des règles concernant la protection de la propriété étrangère.

<sup>184</sup> L'Etat d'origine des actionnaires pourrait, en revanche, agir si leurs intérêts personnels, tels que le droit à la part de liquidation, le droit au dividende approuvé ou le droit de participer à l'assemblée générale étaient en jeu. Voir CAELISCH, *op.cit.* p. 93 n. 178, p. 181.

<sup>185</sup> La question de savoir si nous sommes en présence d'un problème de forme ou de fond est controversée. CAELISCH tranche plutôt en faveur de la seconde approche (*ibid.*, pp. 167 ss). Malgré son ambiguïté, la réponse suivante serait probablement exacte: il s'agit d'un problème de fond avec des aspects de forme ou d'un problème de forme avec des aspects de fond.

<sup>186</sup> Cf. *supra*, p. 92 et la n. 175 à cette même page.

## 7.3 La jurisprudence arbitrale

### 7.3.1 De la jurisprudence arbitrale en général

«De 1830 à 1930, les arbitres, la Cour Permanente d'arbitrage et la CPJI devaient tour à tour proclamer le caractère sacré de la propriété privée des étrangers à l'occasion d'affaires célèbres dont l'affaire des *Congrégations religieuses au Portugal*, l'affaire des *vaisseaux Norvégiens*, l'affaire de l'*usine de Chorzow*, l'affaire *Goldenberg*, l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, l'affaire du *Monopole du Soufre en Sicile*, l'affaire *Savage* et l'affaire de la *réforme agraire de Roumanie* ne sont que les plus connues»<sup>187</sup>.

Il ne s'agira pas ici de résumer cette riche jurisprudence, dont nous nous bornerons pour l'essentiel à donner les références et à citer quelques brefs passages pour en montrer l'esprit. L'accent de ce chapitre sera plutôt mis sur quelques affaires récentes.

Dans l'affaire des *Propriétaires des vaisseaux norvégiens*, qui opposait le Royaume de Norvège aux Etats-Unis, le Tribunal arbitral a cité le cinquième amendement à la Constitution des Etats-Unis<sup>188</sup>, poursuivant: «It is common ground that in this respect the public law of the Parties is in complete accord with the international public law of all civilized countries»<sup>189</sup>.

Le litige était né durant la Première Guerre mondiale. Des Norvégiens avaient commandé et payé des navires aux Etats-Unis. Pendant la construction des navires, les Etats-Unis étaient entrés en

<sup>187</sup> FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 50, nos italiques. Des références à la jurisprudence se trouvent aussi dans DOLZER, *op.cit.* p. 6 n. 3, p. 82 et dans *AJIL*, vol. 56, 1962, n. 11 à la p. 1100. Pour d'autres références, voir S. FRIEDMAN, *op.cit.* p. 58 n. 58, pp. 67-86, et l'affaire *SEDCO*, *ILM* 1986, pp. 642 ss («separate opinion» de l'arbitre Brower).

<sup>188</sup> «Nulle propriété privée ne sera prise pour un usage public sans une juste indemnité» (5<sup>e</sup> amendement *in fine*).

<sup>189</sup> Award of the Tribunal of Arbitration between the *United States and the Kingdom of Norway* under the Special Agreement of June 30, 1921, by the Permanent Court of Arbitration, The Hague, 13.10.1922. La sentence est publiée dans *RSA*, vol. 1, pp. 307 ss et dans *AJIL*, vol. 17, 1923, pp. 362 ss, p. 385.

guerre et les avaient réquisitionnés. L'indemnité que les Etats-Unis se déclarèrent finalement prêts à payer ne satisfaisait pas du tout les propriétaires norvégiens. La mesure qui portait atteinte à la propriété n'était donc pas une expropriation, une nationalisation ou un acte analogue, mais une réquisition, ce qui ne diminue pourtant en rien la valeur des considérants du Tribunal arbitral, lorsqu'ils sont d'ordre général comme le suivant:

«Here it must be remembered that in the exercise of eminent domain the right of friendly alien property must always be fully respected. Those who ought not to take property without making just compensation at the time or at least without due process of law must pay the penalty of their action»<sup>190</sup>.

Le Tribunal arbitral accorda à la Norvège un montant beaucoup plus élevé que celui que les Etats-Unis avaient offert de payer<sup>191</sup>. Ce qui était fondamental, c'était qu'en l'espèce la responsabilité des Etats-Unis découlait de la violation de la coutume internationale. Signalons encore que la Norvège ne pouvait obtenir cette indemnité que sur la base des règles classiques en matière de protection de la propriété.

Cette jurisprudence a été confirmée dans d'autres décisions, dont voici quelques exemples:

«Le respect de la propriété privée et des droits acquis des étrangers fait sans conteste partie des principes généraux admis par le droit des gens. (...) Toutefois, si le droit des gens autorise un Etat, pour des motifs d'utilité publique, à déroger au principe du respect de la propriété privée des étrangers, c'est à la condition *sine qua non* que les biens expropriés ou réquisitionnés seront équitablement payés le plus rapidement possible»<sup>192</sup>.

L'arbitre Max Huber ne s'éloignait pas de cette conception dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*:

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 386.

<sup>191</sup> «Just compensation implies a complete restitution of the *status quo ante* based not upon future gains of the United States or other powers, but upon the loss of profits of the norwegian owners as compared with other owners of similar property», *ibid.*, p. 392.

<sup>192</sup> *Affaire David Goldenberg, RSA*, vol. II, p. 909.

«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>193</sup>.

Des sentences datant des années soixante confirmèrent cette position:

«Au demeurant, le respect des droits dérivant d'une concession n'est qu'un des aspects du respect des droits acquis, lequel est indubitablement un des principes généraux du droit reconnu par les juridictions internationales»<sup>194</sup>.

### 7.3.2 Trois sentences arbitrales récentes

Il faut naturellement se demander si la jurisprudence récente suit toujours la même direction, et en particulier si les opinions exprimées au sein de l'ONU se reflètent dans cette jurisprudence. A cet effet, nous allons examiner les sentences rendues dans les affaires *Texaco/Calasiatic*, *Aminoil* et *Liamco*. Dans ces trois affaires, les faits présentaient de nombreuses similitudes: une société privée étrangère exploite des gisements pétroliers sur la base d'une concession qui a la forme d'un contrat entre un Etat et la société. Ce contrat de concession contient des garanties en faveur de la société, empêchant que le droit applicable au concessionnaire ne soit modifié de manière fondamentale sans un commun accord. Le but de ces dispositions est de maintenir la stabilité juridique et d'empêcher la suppression prématurée de la concession. Malgré ces engagements contractuels, l'Etat décide la nationalisation de l'entreprise, avec la justification que le droit international reconnaît aux Etats le droit de nationaliser.

On s'aperçoit que les problèmes juridiques n'étaient pas tout à fait les mêmes que dans l'affaire des *Propriétaires des vaisseaux norvégiens*. Il ne s'agissait pas, en premier lieu, d'appliquer le droit de gens, mais bien d'interpréter les contrats conclus entre la société (personne privée) et l'Etat concédant. Le rapport avec le droit international était

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 647.

<sup>194</sup> *Sapphire International Petroleum Limited c. National Iranian Oil Company, ASDI*, vol. XVIII, 1962, p. 290.

établi parce que les Etats s'y étaient référés pour justifier les nationalisations. Les tribunaux devaient dès lors examiner les contrats de concession à la lumière du droit international.

Les trois sentences présentent un grand intérêt: le rôle que pourraient être appelés à jouer les contrats entre personnes privées et Etats dans le domaine de la protection de la propriété étrangère dépend des effets que le droit des gens leur reconnaît. Les sentences ont été rendues après 1974. Elles se réfèrent à des résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU. Enfin, elles contiennent de nombreuses références directes aux normes de droit international en matière de protection de la propriété étrangère. Cela permettra de répondre à la question soulevée au début de la présente section.

### 7.3.2.a L'affaire *Texaco/Calasiatic*

La concession dont bénéficiait l'entreprise privée contenait la clause suivante<sup>195</sup>:

«Le Gouvernement de Libye prendra toutes les dispositions nécessaires pour garantir à la société la jouissance de tous les droits qui lui sont conférés par la présente convention. Les droits contractuels expressément créés par la présente concession ne pourront être modifiés si ce n'est pas par accord mutuel des parties.»

Cette clause constituait-elle une arme efficace contre une nationalisation survenant avant l'échéance de la concession? Le litige opposant la Libye à la *Texaco/Calasiatic* fut tranché par un tribunal arbitral le 19 janvier 1977. M. René-Jean Dupuy fonctionnait comme arbitre unique. Bien que la Libye ait fait défaut pendant toute la procédure, le Tribunal s'est efforcé d'examiner les arguments que le Gouvernement libyen aurait éventuellement pu invoquer<sup>196</sup>.

L'arbitre unique constate tout d'abord que «le droit d'un Etat de procéder à des nationalisations n'est pas aujourd'hui contestable

<sup>195</sup> Cf. *Clunet* 1977, p. 321.

<sup>196</sup> J.-F. LALIVE, «Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères», *Clunet* 1977, pp. 319 ss, p. 330. La sentence est publiée en annexe à cet article.

(. . .). L'exercice de la compétence étatique de nationaliser est considéré comme l'expression de sa souveraineté territoriale<sup>197</sup>. Il s'ensuit «(. . .) que ne saurait être internationalement critiquée une mesure de nationalisation concernant des nationaux de l'Etat pas plus que celles atteignant des étrangers à l'égard desquels il n'aurait souscrit aucun engagement particulier de garantir le maintien de leur situation»<sup>198</sup>.

La situation n'est en revanche plus la même si l'Etat a conclu avec le contractant étranger un accord internationalisé<sup>199</sup>. Dans cette hypothèse, nous apprend la sentence, «(. . .) l'Etat s'est placé dans l'ordre juridique international pour souscrire, vis-à-vis de son cocontractant étranger, l'engagement lui garantissant une certaine situation juridique et économique *durant un certain temps*»<sup>200</sup>. Le problème que doit donc résoudre l'arbitre est celui de savoir si l'Etat, qui a souscrit sur le plan international l'obligation de ne pas nationaliser, peut méconnaître cette obligation du fait du caractère souverain de la nationalisation. La réponse est négative.

Il est toutefois clair qu'un pareil engagement n'a pas valeur de traité international, auquel seuls des Etats peuvent être parties. Mais cela ne signifie pas «(. . .) qu'un Etat ne puisse s'engager *internationalement* dans des actes d'une autre nature à l'égard de partenaires non-étatiques, organisations internationales ou entités privées étrangères (. . .)»<sup>201</sup>. A cet égard, il n'est pas possible d'établir une distinction entre le traité et le contrat internationalisé. Selon LALIVE<sup>202</sup>, la sentence *Texaco/Calasiatic* démontre qu'un contrat entre un Etat et un opérateur privé ressortissant d'un autre Etat constitue un engagement au

<sup>197</sup> Sentence, par. 59.

<sup>198</sup> *Ibid.*, par. 61. Notons qu'on parle de la compétence de procéder à des nationalisations et non de la question de l'indemnisation.

<sup>199</sup> *Ibid.*, par. 62. Par accord internationalisé il faut comprendre: «(. . .) soit que le contrat ait été soumis au droit national de l'Etat d'accueil, conçu comme un simple droit de référence, applicable à la date d'entrée en vigueur du contrat et «stabilisé» à cette même date par des clauses spécifiques, soit qu'il ait été placé directement sous l'empire du droit international». *Ibid.*, par. 62.

<sup>200</sup> *Ibid.*; nos italiques.

<sup>201</sup> *Ibid.*, par. 66; nos italiques.

<sup>202</sup> J.-F. LALIVE, *op.cit.* p. 20 n. 9, p. 111.

sens du droit international. Il en résulte que ces contrats sont soumis à la règle «*pacta sunt servanda*».

Ce genre d'engagement ne pourrait-il pas équivaloir à un abandon de la souveraineté permanente? L'arbitre réfute cet argument et consacre, pour la souveraineté permanente, une distinction entre la jouissance et l'exercice. L'Etat concédant conserve en tout cas de façon permanente la jouissance de ses droits souverains. Ce que la Libye avait fait, c'était s'en limiter l'exercice durant un certain temps<sup>203</sup>.

Il reste à examiner l'impact sur ces contrats internationalisés des tendances récentes, qui se sont notamment exprimées dans les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU: «Certes, on peut constater certaines tendances à détacher complètement la nationalisation du droit international, tendances qui, si elles se trouvaient consacrées par le droit positif, auraient pour effet de ramener dans le cadre du droit national de l'Etat toutes ses relations avec des entreprises privées étrangères. Le Tribunal de céans n'ignore pas ces tendances mais il ne saurait anticiper sur l'état du droit à cet égard»<sup>204</sup>.

Quant à la pratique étatique, l'arbitre fait la remarque suivante: La pratique générale des relations entre Etats est conforme, «non pas aux dispositions de l'article 2, alinéa c, de la Charte (sc. des droits et devoirs économiques des Etats), attribuant une compétence exclusive à la législation et aux tribunaux internes, mais à l'exception énoncée à la fin de cet alinéa»<sup>205</sup>. La sentence rend également attentif au rôle de la bonne foi mentionnée tant dans la Résolution 1803 que dans la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats», en tirant la conséquence «(. . .) que l'Etat souverain nationalisant ne saurait méconnaître les engagements pris par l'Etat contractant: décider autrement, ce serait en effet admettre que tous les engagements contractuels assumés par l'Etat l'auraient été sous une condition purement potestative de sa part et donc seraient dénués de toute valeur juridique

<sup>203</sup> Sentence, par. 77. La Libye n'a pas aliéné sa souveraineté, mais elle l'a exercée tout en veillant à ce qu'elle ne soit pas atteinte dans son principe, par. 78.

<sup>204</sup> *Ibid.*, par. 79.

<sup>205</sup> *Ibid.*, par. 89.

et de toute force obligatoire. (...) En droit, pareil résultat irait directement à l'encontre du principe de la plus élémentaire bonne foi et c'est pourquoi il ne saurait être admis»<sup>206</sup>.

Dans le dispositif, l'arbitre unique dit et juge que les contrats de concession ont un caractère obligatoire pour les parties et que le Gouvernement libyen, en adoptant les mesures de nationalisation, a manqué aux obligations qui résultaient pour lui de ces contrats. Il statue que «la *restitutio in integrum* constitue, tant selon les principes de la loi libyenne que selon ceux du droit international, la sanction normale de l'inexécution d'obligations contractuelles et qu'elle ne pourrait être écartée que dans la mesure où le rétablissement du *status quo* se heurterait à une impossibilité absolue»<sup>207</sup>.

### 7.3.2.b L'affaire *Aminoil*

La sentence *Aminoil* est considérée par KAHN<sup>208</sup> comme l'antithèse de celle concernant l'affaire *Texaco/Calasiatic*. C'est pourquoi elle sera traitée avant l'affaire *Liamco*. Les parties en étaient l'Etat du Koweït et l'American Independent Oil Company. Le contrat de concession comprenait la clause suivante (article 11):

«Le Souverain ne dictera aucune loi, générale ou spéciale, ni aucune mesure administrative, ni aucun autre acte en vue d'annuler cet Accord, sauf conformément à l'Article 11. Aucune modification ne sera faite des termes de cet Accord soit par le Souverain, soit par la Société, sauf dans le cas où le Souverain et la Société conviendraient qu'il serait souhaitable, dans l'intérêt des deux Parties, d'effectuer certaines modifications, suppressions ou jonctions à cet Accord»<sup>209</sup>.

<sup>206</sup> *Ibid.*, par. 91.

<sup>207</sup> *Ibid.*, par. 109.

L'affaire s'est terminée par un dédommagement en nature. La Libye a versé l'équivalent en nature, c'est-à-dire en pétrole, de 152 mio. de dollars à la société. J.-F. LALIVE, *op.cit.* p. 20 n. 9, p. 139.

<sup>208</sup> «On est donc bien en présence d'une solution nouvelle qui contredit les décisions rendues dans les affaires libyennes et notamment celle rendue dans l'affaire *Libye-Texaco-Calasiatic*», KAHN, «Contrats d'Etat et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982», *Clunet* 1982, pp. 844 ss, à la p. 859.

<sup>209</sup> Les clauses sont publiées dans *Clunet* 1982, p. 892.

La lettre b de cet article était libellée comme suit:

«Sous réserve de ce qui a été dit ci-dessus, cet Accord ne prendra fin avant l'expiration de la période spécifiée à l'Article 1 (sc. 60 ans) de cet Accord, sauf par renonciation telle qu'elle a été prévue à l'Article 12, ou sauf si la société est en faute au regard des dispositions relatives à l'arbitrage de l'Article 18.»

La société soutenait le point de vue que ces clauses de stabilisation empêchaient toute nationalisation. Le Gouvernement ne partageait pas cette opinion. Le Tribunal répond à la société que son interprétation «( . . . ) constitue une interprétation possible sur le plan purement formel. Mais pour les raisons suivantes, elle n'est pas adoptée par le Tribunal»<sup>210</sup>. Quelles sont ces raisons?

Le Tribunal admet expressément la possibilité pour un Etat d'accorder par contrat ou par traité «( . . . ) des garanties de quelque nature que ce soit à l'encontre de l'exercice de l'autorité publique à l'égard des richesses naturelles»<sup>211</sup>. L'affirmation selon laquelle la souveraineté permanente sur les ressources naturelles l'en empêcherait «est dénuée de fondement»<sup>212</sup>. Cette constatation est parfaitement claire et le Tribunal continue en s'exprimant au sujet des résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU: «Même si la Résolution 1803 (XXVII) de l'Assemblée des Nations Unies en 1962, doit être considérée, en raison des circonstances de son adoption, comme reflétant l'état alors existant du droit international, *tel n'est pas le cas des résolutions subséquentes* qui n'ont pas été revêtues du même degré d'autorité: ( . . . ) Il peut en effet être éminemment utile que les Etats d'accueil aient la faculté de s'engager à ne pas nationaliser une entreprise étrangère *dans une période limitée*; et aucune règle de droit international public ne les en empêche»<sup>213</sup>.

<sup>210</sup> Sentence, par. 94. Un extrait de la sentence est publié en annexe à l'article de KAHN, *op.cit.* p. 101 n. 208. Le tribunal était composé de M. Renter, président, M. Homek Sultan et Sir Gerald Fitzmaurice, arbitres. La sentence est également publiée dans *ILM* 1982, pp. 976 ss.

<sup>211</sup> Sentence, par. 90, section 2.

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> *Ibid.*; nos italiques.

Pourquoi le Tribunal ne partage-t-il toutefois pas le point de vue de la société? A son avis, l'engagement de ne pas nationaliser pendant un certain temps est un engagement lourd de conséquences qui doit remplir certaines conditions de forme pour être valable. Implicitement, il distingue deux types de clauses de stabilisation: l'une que nous appellerons «ordinaire», et l'autre «qualifiée»<sup>214</sup>.

En l'espèce, la clause contenue dans la concession ne remplit pas les conditions nécessaires à la clause «qualifiée», selon laquelle l'Etat peut valablement renoncer à nationaliser pendant un certain temps, puisque cet engagement de renoncer n'y figure pas explicitement. Nous sommes en présence d'une clause de stabilisation «ordinaire» qui ne déploie des effets qu'au plan de l'indemnisation<sup>215</sup>.

Ensuite le Tribunal dit ce que sont l'effet et la portée de la concession litigieuse: «(. . .) la Concession était devenue un contrat dont le régime, progressivement changé, comportait au profit de l'Etat des droits particuliers, comprenant la faculté de mettre fin au contrat si la protection de l'intérêt public le justifiait, et à condition de fournir une compensation adéquate»<sup>216</sup>. Cette phrase pourrait inquiéter les partisans des règles classiques. Si la clause «ordinaire» a pour résultat le devoir de payer une indemnité adéquate, que se passe-t-il en l'absence de clause? Cela revient-il à dire implicitement que le droit international ne subordonne plus les nationalisations à une indemnité adéquate, puisqu'il faut une clause de stabilisation pour empêcher une nationalisation confiscatoire? Ce n'est pas le cas. Dans ces paragraphes, le Tribunal arbitral interprète uniquement le

<sup>214</sup> KAHN, *op.cit.* p. 101 n. 208, parle, à la p. 852, de «clauses de stabilisation que l'on pourrait dire ordinaires et de clauses de non-nationalisation.»

<sup>215</sup> «Sans aucun doute, les limitations contractuelles du droit de l'Etat de nationaliser sont juridiquement possibles, mais cela impliquerait un engagement particulièrement grave qui devrait être expressément stipulé et qui devrait se conformer aux règles régissant la conclusion des contrats avec un Etat; et en règle générale, elle ne devraient concerner qu'une période relativement limitée. Cependant, dans le cas présent, l'existence d'une telle stipulation devrait être présumée comme étant impliquée par les termes généraux des clauses de stabilisation et comme concernant toute la durée d'une concession particulièrement longue, puisque s'étendant sur une période de soixante ans.» Sentence, par. 95.

<sup>216</sup> *Ibid.*, par. 113.

contrat de concession, indépendamment des règles d'indemnisation du droit international. En effet, il déclare préliminairement que «( . . . ) le cas de la nationalisation constitue précisément un tel acte, puisque selon le droit international, celle-ci est subordonnée entre autres, au paiement d'une indemnité adéquate»<sup>217</sup>.

Sir Gerald Fitzmaurice a rédigé une opinion individuelle<sup>218</sup>. Sa critique principale s'adresse à la division de la clause de stabilisation en clauses «qualifiées» et en clauses «ordinaires». «I know of no legal principle ( . . . ) which would require something to be expressly stated rather than left to be implied from representative language clearly covering it according to normal canons of interpretation»<sup>219</sup>. Selon lui, la nationalisation devrait être exclue, non pas seulement lorsque la clause de stabilisation l'interdit expressément, mais aussi lorsque l'interdiction y est implicitement contenue. Il conclut: «( . . . ) good faith and my professional conscience compel me to conclude that although the nationalisation of Aminoil's undertaking may otherwise have been perfectly lawful<sup>220</sup>, considered simply in its aspect of being an act of the State, it was nevertheless irreconcilable with the stabilization clauses of a Concession that was still in force at the moment of the take-over»<sup>221</sup>.

### 7.3.2.c L'affaire *Liamco*

Les parties au litige étaient la «Libyan American Oil Company» (Liamco) et le Gouvernement de la République Arabe Libyenne. M. Sobhi Mahmassani fonctionna comme arbitre unique et rendit sa sentence le 12 avril 1977. La concession comprenait la clause de stabilisation suivante:

<sup>217</sup> *Ibid.*, par. 93.

<sup>218</sup> En anglais, elle est intitulée «separate opinion». D'après J.-F. LALIVE, *op.cit.* p. 20 n. 9, pp. 160 s, il s'agit en réalité d'une opinion dissidente.

<sup>219</sup> *ILM* 1982, p. 1051.

<sup>220</sup> C'est peut-être une allusion au fait qu'en accordant l'indemnité à la société, on avait bien tenu compte de l'existence de la clause de stabilisation. N'oublions pas que Sir Gerald Fitzmaurice s'était déclaré d'accord avec le dispositif.

<sup>221</sup> *ILM* 1982, p. 1053.

«The contractual rights expressly created by the concession shall not be altered except by mutual consent of the parties»<sup>222</sup>.

Dans sa sentence, l'arbitre fait d'abord une analyse du droit de la propriété, en tenant spécialement compte du droit musulman, et examine ensuite les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU. «In this connection, the Arbitral Tribunal has reached the conclusion that the said Resolutions (il se réfère aux Résolutions 1803 et 3281), if not an unanimous source of law, are evidence of the recent dominant trend of international opinion concerning the sovereign right of States over their national resources, and that the said right is always subject to the respect for contractual agreements and to the obligation of compensation, as will be explained in later section»<sup>223</sup>.

Deux considérations frappent dans cet extrait: premièrement, l'arbitre est beaucoup plus enclin à reconnaître des effets juridiques aux résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU que l'arbitre Dupuy ou le Tribunal arbitral dans l'affaire *Aminoil*. Deuxièmement, il ne laisse subsister aucun doute sur le fait que la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats» subordonne le droit de nationaliser à l'obligation d'indemniser et au respect des «contractual agreements»<sup>224</sup>.

En ce qui concerne le droit international applicable en l'espèce, ses recherches l'amènent aux constatations suivantes<sup>225</sup>:

«( . . )

- c) The right of each State to nationalize its wealth and natural resources is sovereign, subject to the obligation of indemnification from premature termination of concession agreements.
- d) Nationalization of concession rights, if not discriminatory and not accompanied by a wrongful act or conduct, is not unlawful as such, and

<sup>222</sup> Cette clause est publiée dans *ILM* 1981, p. 17. La sentence est publiée *ibid.*, pp. 1 ss.

<sup>223</sup> Sentence, *ILM* 1981, p. 53.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 56: «The principle of the respect of agreements is thus applicable to ordinary contracts and concession agreements. It is binding on individuals as well as governments. The same is admitted in Islamic law, ( . . )» Nos italiques.

<sup>225</sup> «From the foregoing legal considerations may be drawn the following propositions, recognized by both municipal and international law ( . . )» *Ibid.*, p. 61.

constitutes not a tort, but a source of liability to compensate the concessionaire for said premature termination of the concession agreements.»

Comme nous le montre cette citation, la sentence distingue entre nationalisations licites et illicites («lawful and unlawful»). Est licite la nationalisation de droits découlant d'une concession, même avant l'expiration du délai de la concession, pourvu que la mesure ne soit pas discriminatoire et ne viole pas un traité, et soit subordonnée au paiement d'une indemnité<sup>226</sup>. Est *a contrario* illicite la nationalisation faite à l'encontre d'une obligation contenue dans un traité, et les nationalisations discriminatoires ou confiscatoires<sup>227</sup>. Compte tenu de l'évolution du droit de nationaliser, l'arbitre est de l'avis que les cas d'actes de dépossession illicites devraient survenir de plus en plus rarement<sup>228</sup>.

Une place très importante est réservée à la détermination de l'indemnité. Selon la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats», ainsi que selon la Résolution 1803, l'Etat nationalisant doit payer une indemnité appropriée<sup>229</sup>. Les dispositions du droit international relatives à la détermination du montant de l'indemnité, et notamment à la question de savoir s'il faut tenir compte du «*lucrum cessans*» ne lui paraissent pas tout à fait précises. C'est pourquoi l'arbitre propose de se référer aux principes généraux du droit et d'adopter la formule d'«equitable compensation»<sup>230</sup>.

En l'espèce, il dit: «( . . . ) there is no doubt that *Liamco* is entitled to *damnum emergens*, which represents the value of the nationalized physical plant and equipment»<sup>231</sup>, et, pour l'indemnisation du *lucrum cessans* des concessions numéros 20 et 17, le Tribunal fixe une indemnité équitable:

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 59: «Therefore, a purely discriminatory nationalization is illegal and wrongful.»

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 67: «appropriate compensation».

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 86. L'arbitre comprend par *damnum emergens* la «market value» des installations nationalisées, *ibid.*, p. 79.

«( . . . ) the Arbitral Tribunal has reached the conclusion that it is just and reasonable to adopt the formula of «equitable compensation» as a measure for the assessment of damages in the present dispute, with the classical formula of «prior, adequate and effective compensation» remaining as a maximum and a practical guide for such assessment»<sup>232</sup>.

### 7.3.2.d Appréciation des trois sentences

De l'affaire *Texaco/Calasiatic*, il ressort qu'une concession accordée sous la forme d'un contrat internationalisé avec clause de stabilisation lie l'Etat concédant et l'empêche valablement de procéder à une nationalisation. Cette solution est parfaitement envisageable, quoique pour une durée limitée seulement, comme nous le montre l'affaire *Aminoil*, bien que, dans le cas d'espèce, elle ne soit pas retenue puisque la clause de stabilisation n'a pas la forme exigée de la clause de stabilisation «qualifiée» laquelle peut seule empêcher la nationalisation.

«The right of a State to nationalize its wealth and natural resources is sovereign, subject to the obligation of indemnification for premature termination of concession agreements.» Telle est la conclusion de l'arbitre Mahmassani<sup>233</sup>, qui tient cependant compte de la clause de stabilisation sur le plan de l'indemnité, en accordant des dommages-intérêts pour le *damnum emergens* et pour le *lucrum cessans*. Des indices nous montraient d'ailleurs qu'il en allait de même dans l'affaire *Aminoil*.

Jugées par leurs effets pratiques on pourrait opposer les sentences *Aminoil* et *Liamco* à celle rendue dans l'affaire *Texaco*, même si les considérants du Tribunal arbitral dans l'affaire *Aminoil* rejoignent sur certains points essentielles ceux de l'arbitre R.-J. Dupuy. Les sentences *Texaco* et *Aminoil* nous montrent que les résolutions de l'Assem-

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 86. Nos italiques.

La société bénéficiait encore d'une troisième concession, la concession 16. Quant à cette dernière, la société n'a pas réclamé de dommages et intérêts parce que, dans les activités entreprises dans le cadre de la concession 16 elle n'avait pas trouvé de pétrole.

<sup>233</sup> Sentence dans l'affaire *Liamco*, *ILM* 1981, p. 85.

blée générale de l'ONU ne doivent pas être confondues avec le droit des gens, alors que la sentence *Liamco* est beaucoup plus réservée sur ce point. Il y a cependant unanimité pour dire que les nationalisations intéressent le droit international et que l'Etat nationalisant doit verser une indemnité<sup>234</sup>.

## 7.4 Le Tribunal du contentieux entre les Etats-Unis et l'Iran

Après la chute du Chah au début de l'année 1979 et l'avènement au pouvoir de l'Ayatollah Khomeini, le Gouvernement iranien procéda à diverses nationalisations d'entreprises étrangères. Le 4 novembre 1979, l'Ambassade des Etats-Unis fut envahie et occupée par un fort groupe armé, que la CIJ appela «les militants»<sup>235</sup>. Le groupe prit en otage les membres du personnel diplomatique et consulaire et d'autres personnes qui se trouvaient sur les lieux. L'Accord d'Alger du 20 janvier 1981, formé d'un ensemble de documents, permit finalement la libération des otages. Une des trois déclarations que comprenait cet Accord<sup>236</sup> prévoyait, entre autres, l'institution d'un tribunal international, dénommé Tribunal du contentieux entre les Etats-Unis et

<sup>234</sup> D'après l'arbitre Mahmassani, la Résolution 1803 exige une indemnité «adéquante» et la Résolution 3281 une indemnité «appropriée». Sentence *Liamco*, *ILM* 1981, p. 67.

Selon la sentence *Aminoil*, les règles générales n'excluant en aucun cas le paiement d'une indemnité substantielle (sentence, par. 143 s.), elle doit être «appropriée», et d'après la sentence *Texasco/Calasiatic*, elle doit être «adéquante» par référence à la Résolution 1803. L'affaire *Liamco* s'est d'ailleurs terminée par le versement à la société d'un montant dont on ne connaît pas la somme. Cf. J.-F. LAUVE, *op.cit.* p. 20 n. 9, pp. 139 s.

<sup>235</sup> Affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *RCIJ* 1980, p. 12.

<sup>236</sup> «Déclaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran», *AJIL*, vol. 75, 1981, pp. 422 ss.

l'Iran. Le Tribunal était composé de 9 membres ou plus, mais toujours en multiples de trois. Les Etats-Unis et l'Iran durent choisir chacun trois membres dans les 90 jours suivant l'entrée en vigueur de l'Accord. Ces six membres nommèrent, par accord mutuel, les trois derniers, dont le président, qui fut désigné en la personne de M. Gunnar Lagergren. Le président avait la compétence de déterminer si le Tribunal rendrait ses décisions *in corpore* ou en sections de trois membres (article 3). Le Tribunal devait connaître des «( . . . ) claims of nationals of the United States against Iran and claims of nationals of Iran against the United States, and any counterclaim which arises out of the same contract, transaction or occurrence that constitutes the subject matter of the national's claim, if such claims and counterclaims are outstanding on the date of this agreement, whether or not filed with any court, and arise out of debts, contracts ( . . . ), expropriations or other measures affecting property rights, ( . . . )» (article 2)<sup>237</sup>.

Dans l'affaire *Starrett Housing Corporation c. Gouvernement iranien*, le Tribunal reconnut l'existence d'actes et de mesures équivalant à une dépossession, bien qu'il n'existât en l'espèce ni loi ni décret portant formellement nationalisation<sup>238</sup>. Le Tribunal continuait en disant que le droit international requérait de l'Etat nationalisant le paiement d'une indemnité. «It has, however, to be borne in mind that assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the Government, thus requiring compensation under international law»<sup>239</sup>.

<sup>237</sup> Quelques-unes des sentences ont été publiées dans les *ILM*. A partir du vol. VII — 1982, le *Yearbook Commercial Arbitration* consacre chaque année une partie au Tribunal du contentieux entre les Etats-Unis et l'Iran.

<sup>238</sup> *ILM* 1984, p. 1115. Voir également l'affaire *Phelps Dodge Corp. and Overseas private Investments Corp. and Iran*, *ILM* 1986, pp. 625 s.

<sup>239</sup> *ILM* 1984, p. 1116; nos italiques. Le Tribunal ne s'est pas prononcé sur l'indemnité puisqu'il ne s'agissait que d'une décision interlocutoire. Le Tribunal était composé de M. Lagergren (président), de M. Howard Holtzmann, qui écrivit une «concurring opinion», et de M. Mahmoud M. Kashani, dont la «dissenting opinion» n'est pas publiée. M. Holtzmann regrette que le tribunal ne se soit pas

Dans l'affaire *American International Group*, les sociétés demandereses réclamaient 39 millions de dollars pour des participations et des sous-participations à une société nationalisée. L'Iran prétendait que les réclamations tendant à une indemnisation entière se basaient sur le standard international traditionnel, qui était révolu vu les tendances modernes en droit international. Pour soutenir cette thèse, l'Iran se référait spécialement à la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats»<sup>240</sup>. Le Tribunal qualifia la nationalisation de licite aussi bien sous l'angle du droit international coutumier que du Traité d'amitié irano-américain de 1957. Mais, «on the other hand, it is a general principle of public international law that even in a case of lawful nationalization the former owner of the nationalized property is normally entitled to compensation for the value of the property taken»<sup>241</sup>.

Très important est le passage qui indique les critères servant à la détermination de l'indemnité. «The Tribunal holds that the appropriate method is to value the company as a going concern, taking into account not only the net book value of its assets but also such elements as goodwill and likely future profitability, had the company been allowed to continue its business under its former management»<sup>242</sup>. En tenant compte de ces critères, le Tribunal fixa l'indemnité à 10 millions de dollars et il ajouta qu'il n'était donc plus nécessaire d'examiner la validité et l'impact du Traité d'amitié irano-américain sur l'affaire en cause<sup>243</sup>.

prononcé sur les règles du standard international concernant l'indemnité en cas de dépossession.

<sup>240</sup> «These developments, they argue, require that only «partial» compensation be paid.» *ILM* 1984, p. 9, cf. également p. 7; nous lisons même que l'Iran affirma que si jamais une indemnité était due, ce serait plutôt de la part des demandeurs.

<sup>241</sup> *ILM* 1984, p. 8.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 12.

Cela peut surprendre, car il apparaît que le Tribunal s'est basé uniquement sur le droit international coutumier<sup>244</sup>. Comment pouvait-on se dispenser d'examiner la question de l'applicabilité du Traité d'amitié? Comme le Tribunal n'a pas explicité ses motifs, on ne peut qu'émettre des hypothèses, dont l'une est qu'à ses yeux le standard garanti par le Traité d'amitié correspondait au standard d'indemnisation alloué par la sentence. En d'autres termes, la protection offerte par le Traité d'amitié ou par le droit coutumier revenait *in casu* au même.

La clause de ce Traité concernant l'indemnisation en cas de dépossession était rédigée comme suit:

«Property of nationals and companies of either High Contracting Party, including interests in property, shall receive the most constant protection and security within the territories of the other High Contracting Party, in no case less than that required by international law. Such property shall not be taken except for a public purpose, nor shall it be taken without the prompt payment of just compensation. Such compensation shall be in an effectively realizable form and shall represent the full equivalent of the property taken; and adequate provision shall have been made at or prior to the time of taking for the determination of payment thereof»<sup>245</sup>.

Au vu de l'hypothèse énoncée ci-dessus, on peut dire que la stipulation subordonnant tout acte de dépossession au paiement d'une indemnité prompte, adéquate et effective (c'est-à-dire une indemnité correspondant à la valeur intégrale des biens touchés), n'est qu'une codification du droit international coutumier<sup>246</sup>.

<sup>244</sup> Voir aussi la «concurring opinion» de M. Mosk, *ibid.*, p. 18. «It appears that the Tribunal in awarding claimants as damages what it determined to be the full value of the property nationalized, has relied upon customary international law»; nos itali-ques.

<sup>245</sup> Art. IV, chiffre 2, du Traité d'amitié irano-américain de 1957. *ILM* 1984, p. 400.

<sup>246</sup> Le Tribunal était composé de M. Nils Mangård (président) et de MM. Richard M. Mosk et Parviz Ansari Moin, qui n'a pas signé la décision. M. Mosk a rédigé une «concurring opinion». Il aurait alloué une indemnité plus élevée et conclu à l'applicabilité du Traité d'amitié.

Il n'est en effet pas aberrant de se poser la question de savoir si les 10 millions alloués correspondaient bien à la valeur intégrale de l'entreprise nationalisée.

Les *ILM* reproduisent un passage du «U.S. Congressional Record-Senate», notamment une intervention de Mr. Percy qui déclare ceci: «( . . . ) thus far, our people have been very successful in obtaining favorable judgements from the Tribunal (*sc.* le Tribunal du contentieux entre les Etats-Unis et l'Iran), and the prospects of further significant levels of compensation appear excellent»<sup>247</sup>.

Dans l'affaire *SEDCO Inc. et National Iranian Oil Company and Iran*<sup>248</sup> le Tribunal a constaté que la doctrine et la jurisprudence internationale dominantes partagent la conviction que la coutume internationale exige dans un cas décrit dans la sentence comme «a discrete expropriation of alien property» une indemnisation entière, indépendamment de la licéité de l'acte de dépossession<sup>249</sup>. Le Tribunal, qui a ordonné l'indemnisation entière de la SEDCO, a pris résolument position:

«Finally, that international law requires full compensation in cases such as that now before us is supported by the practice of this very Tribunal. (. . . ) In practice this Tribunal has not applied (partial) or less than (full) compensation in any case»<sup>250</sup>.

Il n'empêche que le travail de ce Tribunal doit parfois se dérouler dans une ambiance inhabituelle — c'est au moins le point de vue des

<sup>247</sup> *ILM* 1984, p. 1182.

<sup>248</sup> *ILM* 1986, pp. 629 ss. Il s'agit d'un «interlocutory award». La SEDCO détenait une participation de la SEDIRAN Drilling Company, qui avait été expropriée par l'Iran le 22 novembre 1979. Le Tribunal arbitral était composé de M. Nils Mangård, président, et de MM. Charles N. Brower et Parviz Ansari Moin.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 634. Dans cette affaire, le Tribunal s'attacha à donner un petit cours à ses lecteurs en procédant à une étude approfondie de la doctrine et de la jurisprudence contemporaines en la matière. La sentence est suivie d'une «separate opinion» de l'arbitre Charles N. Brower qui contient encore beaucoup de références précieuses.

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 635 et n. 21 à la p. 635. Le Tribunal semble laisser la porte ouverte à des solutions différenciées suivant qu'il s'agit d'expropriations ou de nationalisations de très grande envergure, *ibid.*, pp. 634 s. Eu égard au fait qu'il s'agissait en l'espèce d'une expropriation particulière, mais qui s'insérait néanmoins dans toute la chaîne d'expropriations décrétées après la chute du Chah, on est fondé à conclure que le Tribunal n'est pas du tout d'avis que cette différence devrait permettre des solutions faciles, peu coûteuses, au détriment des propriétaires dépossédés.

membres américains, qu'ils sous-entendent parfois dans leurs «concurring opinions». Ainsi M. Mosk: «I concur in the Tribunal's Award in order that a majority can be formed. (. . .) This Award represents a «compromise solution» in which I have joined so that some award could be issued. Otherwise, this case, heard almost a year ago, would remain undecided»<sup>251</sup>. Les sentences publiées donnent l'impression que les points de vue des juges sont très tranchés. D'une part, un accord entre le juge iranien et le juge américain est pratiquement exclu, et, d'autre part, aucun des deux ne peut se rallier à la position du président. Ainsi l'affaire reste bloquée jusqu'à ce qu'un des juges — en général l'Américain — se rallie à l'avis du président, qui joue de ce fait un rôle décisif.

## 7.5 La jurisprudence du CIRDI

La Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats a été élaborée par les administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement — la Banque mondiale — assistés par un comité juridique où étaient représentés les Etats membres de la Banque. La Convention est entrée en vigueur le 14 octobre 1966, trente jours après le dépôt du vingtième instrument de ratification. Au début de l'année 1985, la Convention liait 87 Etats<sup>252</sup>.

Cette Convention prévoit l'institution du CIRDI, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Ce Centre comprend un Conseil administratif, qui a le même

<sup>251</sup> *American International Group, Inc.*, *ILM* 1984, p. 14; cf. également M. Holtzmann dans l'affaire *Starrett Housing Corporation*, *ILM* 1984, p. 1120.

Après la rédaction de la présente thèse, a paru un quatrième volume de Lillich, *Valuation*, qui contient notamment une contribution de CLAGETT, intitulée «Just Compensation in International Law: The Issues before the Iran-United States Claims Tribunal», dans Lillich, *Valuation*, vol. IV, pp. 31 ss.

<sup>252</sup> *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Annual Report* 1985, p. 6. A cette même date la Convention était signée par 91 Etats.

président que la Banque mondiale, et un Secrétariat; il tient à jour une liste de conciliateurs et une liste d'arbitres. Chaque Etat contractant peut désigner quatre personnes pour chacune des listes. Le président de la Banque mondiale en désigne encore dix pour chacune des listes.

La Convention ne crée pas de droit matériel. Elle se contente de mettre à disposition des parties des règles procédurales et les deux listes d'arbitres et de conciliateurs. Le seul fait d'avoir ratifié la Convention n'oblige pas l'Etat à faire usage des instances du CIRDI. Il faut encore son consentement écrit pour qu'un différend puisse être soumis au Centre<sup>253</sup>.

La Convention laisse aux Etats la possibilité de fixer librement les cas pour lesquels ils entendent permettre le recours au Centre. La compétence de celui-ci peut être prévue à l'avance par une clause compromissoire insérée dans un accord de protection et de promotion d'investissements<sup>254</sup>, ou par accord lorsque surgit un différend.

L'article 27 de la Convention dispose que les Etats contractants renoncent à accorder la protection diplomatique au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la Convention. Les sentences rendues jouissent d'une grande autorité dans les Etats contractants, qui «reconnaissent toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assurent l'exécution sur leur territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat» (article 54, al. 1).

<sup>253</sup> Cf. DELAUME, «Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements», *Chuvet* 1982, p. 779. «La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement» (art. 25, al. 1<sup>er</sup>).

<sup>254</sup> Une pareille clause figure dans une centaine de traités d'investissement. CIRDI, *Annual Report* 1985, p. 11.

Jusqu'en 1985, 20 différends furent soumis au Centre. Dans cinq cas, une sentence fut rendue<sup>255</sup>.

Dans l'affaire *AGIP Spa c. Gouvernement de la République populaire du Congo*<sup>256</sup>, le Gouvernement congolais n'avait pas respecté une clause de stabilisation insérée dans un accord d'investissement conclu entre la société AGIP et lui-même<sup>257</sup>. Ce fut pour le Tribunal arbitral l'occasion de dire que «ces clauses de stabilisation qui ont été librement souscrites par le Gouvernement n'affectent pas dans son principe sa souveraineté législative et réglementaire, puisqu'il conserve l'une et l'autre à l'égard de ceux, nationaux ou étrangers, avec lesquels ce Gouvernement n'a pas pris de tels engagements (. . .)»<sup>258</sup>. Le Tribunal constata le caractère irrégulier de la mesure de nationalisation au regard du droit international. Il en résultait que le Gouvernement devait indemniser la société au titre des dommages résultant pour elle de la nationalisation<sup>259</sup>.

Dans l'affaire *Liberian Eastern Timber Corporation c. Gouvernement de la République Libérienne* concernant la rupture d'un accord de concession, le Tribunal arbitral<sup>260</sup> examina, dans un *obiter dictum*, la rupture d'une concession sous l'angle des règles applicables aux nationalisations<sup>261</sup>. Il constata que des mesures gouvernementales finis-

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 4. Huit affaires soumises à l'arbitrage ou à la conciliation aboutirent soit à un arrangement à l'amiable, soit à un désistement d'instance.

<sup>256</sup> Des extraits sont publiés dans *Clunet* 1982, pp. 829 ss et dans *RDI*, vol. LXIV, 1981, pp. 863 ss.

<sup>257</sup> Selon cette clause, le Gouvernement s'engageait à «adopter des dispositions appropriées afin d'éviter l'application à la Société des modifications futures au droit des sociétés visant à la structure et composition des organes de la Société.» *RDI*, vol. LXIV, 1981, par. 864 s., par. 17 s.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 875.

<sup>259</sup> *Ibid.*; la sentence fut rendue le 30 novembre 1979 à l'unanimité par M. Trolle, président, MM. Dupuy et Rouhani, arbitres. Notons que le Tribunal ne conclut pas à l'annulation de la nationalisation. Mais il alloua, à part l'indemnité du *damnum emergens*, le montant symbolique de trois fois un franc à titre de dommages-intérêts pour le *lucrum cessans*.

<sup>260</sup> *ILM* 1987, pp. 647 ss. Le Tribunal arbitral était composé de M. Bernardo Cremades, président, MM. Jorge Gonçalves Pereira et Alan Redfern, arbitres.

<sup>261</sup> Le Gouvernement libérien n'avait pourtant jamais essayé de justifier la rupture de la concession en invoquant la nationalisation, *ibid.*, p. 664.

sant par priver la société de sa concession pourraient être considérées comme un acte de nationalisation, lequel ne saurait être justifié, et du point de vue du droit libérien et de celui du droit international, que moyennant une indemnité appropriée<sup>262</sup>. Le Tribunal constata aussi la rupture de la concession par le Gouvernement et décida que la société aurait droit, aussi bien selon le droit libérien qu'en vertu du droit international, à une indemnité «for both its lost investments and its forgone future profits»<sup>263</sup>.

Dans une autre affaire, *Amco Asia c. République d'Indonésie*<sup>264</sup>, une société américaine s'était engagée en 1968, sur la base d'un contrat avec une société indonésienne, à construire un hôtel et à l'exploiter pendant un certain temps. A cet effet, le Gouvernement indonésien octroya une «investment license» à la société américaine. La construction de l'hôtel terminée, des conflits ont surgi quant à la façon de l'exploiter. Les conflits ne se résolvait pas et l'hôtel fut occupé en 1980 par les forces armées<sup>265</sup>. Ensuite, le Gouvernement révoqua la «investment license».

Les arbitres confirmèrent que chaque Etat avait le droit de nationaliser ou d'exproprier des étrangers, et aussi celui d'exproprier des droits contractuels garantis antérieurement par lui-même. C'était là un principe fondamental, généralement reconnu aujourd'hui tant par les systèmes juridiques internes que par le droit international<sup>266</sup>. «However, the right to nationalize supposes that the act by which the

<sup>262</sup> *Ibid.* Le Tribunal arbitral précisa les conditions de la nationalisation en disant que le Gouvernement qui plaiderait le droit de nationaliser devrait prouver «that its action was taken for a *bona fide* public purpose; that it was non-discriminatory; and that it was accompanied by payment (or at least the offer of payment) of appropriate compensation.» Il constata que le Gouvernement n'aurait, en l'espèce, satisfait à aucune de ces conditions, *ibid.*, p. 665.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 670.

<sup>264</sup> *Amco Asia Corporation and Others and the Republic of Indonesia*, *ILM* 1985, pp. 1022 ss.

<sup>265</sup> La société indonésienne était contrôlée par une société coopérative qui devait promouvoir le «welfare of active and retired Indonesian Army personnel», *ibid.*, p. 1022.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 1029. La sentence se réfère à la Résolution 1803 et à des sentences arbitrales.

State purports to have exercised it is a true nationalization, namely a taking of property or contractual rights which aims to protect or to promote the public interest»<sup>267</sup>.

Cela revient à dire que l'exigence de l'intérêt public est une condition nécessaire pour l'exercice du droit de nationaliser, cette condition n'échappant pas à l'examen d'un tribunal international.

En l'espèce, deux principes établissaient la responsabilité de la République indonésienne à l'égard de la société: la maxime «*pacta sunt servanda*»<sup>268</sup> et le principe du respect des droits acquis. «Indeed, by receiving the authorization to invest, Amco was bestowed with acquired rights (. . .)»<sup>269</sup>. Quant au montant de l'indemnité, les arbitres ne se sont guère laissés impressionner par les tendances modernes exprimées dans de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU. «Thus, the full compensation of prejudice, by awarding to the injured party the *damnum emergens* and the *lucrum cessans* is (. . .) a general principle of law which may be considered as a source of international law»<sup>270</sup>.

Pour apprécier la portée de cette phrase, on doit se rendre compte que la «investment license» ne contenait pas de clause de stabilisation, ni «qualifiée», ni «ordinaire»<sup>271</sup>.

Le 18 mars 1985, la République Indonésienne forma un recours en annulation de la sentence<sup>272</sup>. Le Comité *ad hoc* prévu à l'article 52 de la Convention CIRDI rendit sa décision unanime le 16 mai 1986<sup>273</sup> et annula la sentence pour deux motifs. Selon le Comité, la sentence était entachée d'excès de pouvoir manifeste et de défaut de motiva-

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 1029.

<sup>268</sup> L'applicabilité de cette maxime au cas d'espèce paraît «logically and morally necessary», *ibid.*

<sup>269</sup> *Ibid.*

<sup>270</sup> *Ibid.*, pp. 1036 s.

<sup>271</sup> La sentence fut rendue le 20 novembre 1984 par M. Berthold Goldman, président, MM. Isi Foighel et Eduard W. Rubin, arbitres.

<sup>272</sup> CIRDI, *Annual Report 1985*, pp. 6 s.

<sup>273</sup> Le Comité était composé de M. I. Seidl-Hohenveldern, président, et de MM. M. F. P. Feliciano et A. Giardina, membres. La sentence est publiée dans *ILM* 1986, pp. 1439 ss.

tion<sup>274</sup>. Ni le premier motif d'annulation, le reproche au Tribunal arbitral d'avoir appliqué de façon incorrecte le droit indonésien — motif primordial et décisif selon RAMBAUD<sup>275</sup> — ni le second, l'absence de motifs, ne concernent un objet intéressant directement notre étude. Le Comité ne s'avança pas dans le sujet des nationalisations, prétendant qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la question de savoir si le Tribunal arbitral avait insuffisamment motivé sa sentence lorsqu'il admettait qu'il existait, en droit international, un devoir particulier de l'Etat de protéger la propriété étrangère. Sans prendre vraiment position, le Comité constata, dans un *obiter dictum*<sup>276</sup>:

«( . . ) that the existence or content of such a «special duty» is at best a controversial matter. A very considerable number of States reject that notion. United Nations General Assembly Resolution No. 3281 (XXXIX) Article 2 (2) (a), for instance, emphasizes that: «No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investments»<sup>277</sup>.

Le CIRDI est-il un instrument important pour la protection des investissements, ou, au contraire, les espérances ont-elles été déçues? Le fait que relativement peu d'affaires lui ont été soumises est-il un signe «que les garanties apportées par cette procédure ne contribuent pas, en fait, à assurer la protection que l'investisseur en espérait»<sup>278</sup>? Cela paraît être le cas lorsqu'on en juge d'un point de vue quantitatif.

<sup>274</sup> *Ibid.*, pp. 1460 s. Cf. RAMBAUD, «L'annulation des sentences Klöckner et AMCO», *AFDI*, vol. XXXII, 1986, pp. 259 ss, aux pp. 268, 270 et 272.

<sup>275</sup> RAMBAUD, *loc.cit.*, p. 272.

<sup>276</sup> *ILM* 1986, p. 1453.

<sup>277</sup> On ne peut s'empêcher de reprocher au Comité d'avoir à son tour commis sur ce point un «défaut de motivation» en négligeant complètement la doctrine et surtout la jurisprudence qui corrigent beaucoup l'image qu'on pourrait se faire de la matière en ne tenant compte que des résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU. Qu'elle le veuille ou non, cette sentence réduit beaucoup la contribution importante au renforcement du droit international en matière de protection de la propriété apportée par la sentence annulée.

La critique de RAMBAUD, *op.cit.* p. 118 n. 274, se fonde essentiellement sur le reproche fait au Comité d'avoir statué plutôt en instance d'appel qu'en instance de recours. On aurait de la peine à réfuter ses arguments, qui portent également sur les répercussions des annulations sur la Convention CIRDI.

<sup>278</sup> VELLAS, «Droit de propriété, investissements étrangers et nouvel ordre économique international», *Clunet* 1979, p. 22.

Mais le nombre des sentences rendues n'est pas l'unique critère pour mesurer le succès de l'institution. Il faut en ajouter d'autres encore, dont l'appréciation est plus difficile, du fait que ces critères ne se mesurent guère<sup>279</sup>: Combien de conflits ont-ils été réglés entre les parties sans qu'elles aient eu recours à des instances judiciaires, parce que la seule faculté pour l'une des parties d'introduire une instance devant le Centre a incité l'autre à accepter un règlement à l'amiable? On serait obligé d'ajouter à la petite liste des affaires soumises au Centre celle des affaires jamais nées, qu'il est naturellement impossible de dresser. Enfin, on ne saurait négliger les clauses CIRDI contenues dans des traités et dans des contrats entre Etats et personnes privées.

<sup>279</sup> Voir aussi P. LALIVE, «Some Threats to International Investment Arbitration», *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1, no 1, pp. 26 s.

## Quatrième Partie

## Chapitre 8

### La réaction des Etats vis-à-vis des actes de dépossession

Dans un domaine régi avant tout par la coutume, il peut être indiqué d'étudier les actes unilatéraux émanant d'organes étatiques, ainsi que les lois et règlements des différents pays, pour se faire une idée de leur manière d'envisager les obligations internationales. S'agissant d'actes unilatéraux ou internes, émanant le plus souvent d'Etats intéressés en tant que parties, il convient de les apprécier avec toutes les précautions nécessaires. On peut distinguer deux manières d'agir, selon qu'on se trouve en présence d'un Etat nationalisant ou au contraire d'un Etat dont les nationaux ont été déposés de leurs biens.

#### 8.1 Les actes de dépossession vus par l'Etat nationalisant

Pratiquement tous les lois, décrets et règlements portant nationalisation ou expropriation d'entreprises, de terres ou d'autres éléments constituant le patrimoine de personnes prévoient le versement d'indemnités aussi bien en Europe occidentale qu'en Europe orientale<sup>1</sup> ou en d'autres régions du monde, par exemple dans des pays comme

<sup>1</sup> Cf. KATZAROV, *op.cit.* p. 18 n. 4, pp. 412 ss, FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, pp. 418 s. GUTTERIDGE, «Expropriation and Nationalisation in Hungary, Bulgaria and Rumania», *I&CLQ*, vol. 1, 1952, pp. 14 ss, mentionne en revanche une Loi roumaine de 1945 portant nationalisation de la propriété agricole qui prévoyait le transfert immédiat de cette propriété à l'Etat en excluant toute indemnité: *ibid.*, p. 19.

l'Égypte, Cuba, l'Indonésie<sup>2</sup>, la Tanzanie<sup>3</sup>, Ceylan<sup>4</sup>, l'Algérie<sup>5</sup> ou le Venezuela<sup>6</sup>.

Ce qui nous intéresse particulièrement dans ces textes, ce sont les références explicites au droit international. Nous en trouvons aussi une dans un communiqué de presse du 19 avril 1972, à l'issue d'une conférence entre les pays membres du «Club de Paris» et le Gouvernement chilien. Dans ce communiqué, les représentants du Chili confirmaient «( . . . ) their Government's policies of recognition and of payment of all foreign debt and its acceptance of the principle of payment of just compensation for all nationalization in accordance with Chilean and international law»<sup>7</sup>. Lorsqu'en 1969 l'Inde nationalisa les banques commerciales, les banques étrangères furent exceptées<sup>8</sup>. La France a aussi exclu les étrangers de la suppression des privilèges fiscaux attachés à l'emprunt dit «Giscard», décidée en 1984<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Cf. DOMKE, *op.cit.* p. 11 n. 13, p. 603.

<sup>3</sup> *ILM* 1967, pp. 1194 ss.

<sup>4</sup> Aujourd'hui Sri Lanka. Le Gouvernement de Ceylan répondit dans un communiqué paru le 8 février 1963: «It was all the times ready and willing to pay compensation to the oil companies and that, in fact, provision for that purpose already existed in the Ceylon Petroleum Corporation Act», *AJIL*, vol. 58, 1964, p. 446.

<sup>5</sup> Cf. *ASDI*, vol. XXI, 1964, p. 148. «Le Gouvernement algérien nous a déclaré que ces cas seraient réglés conformément aux principes généraux du droit des gens, concernant l'obligation pour un Etat qui procède à des nationalisations d'en indemniser les victimes», extrait du Rapport de gestion du Conseil fédéral de 1963.

<sup>6</sup> «Nevertheless it has been a negotiated nationalization framed within our Constitution and according to principles which are universally recognized in international law. Time magazine called it «[t]he most gentlemanly nationalization in history», FELIX P. ROSSI-GUERRERO, «The Transition from Private to Public Control in the Venezuela Petroleum Industry», *VJTL*, vol. 9, 1976, pp. 475 ss, p. 482.

<sup>7</sup> *AJIL*, vol. 66, 1972, p. 840.

<sup>8</sup> US Department of State Report on Nationalizations, *ILM* 1972, p. 117. Le Gouvernement du Pérou suivit la même politique en 1987 lorsqu'il décida la nationalisation des banques; cf. *NZZ* no 238 du 14 octobre 1987, p. 35.

<sup>9</sup> *Finanz und Wirtschaft* no 84 du 24 octobre 1984, p. 27.

Les nationalisations en Roumanie et en Bulgarie, décrétées après la Seconde Guerre mondiale, comportèrent deux exceptions marquantes. En Bulgarie, les entreprises appartenant à un Etat étranger visé par l'article 24 du Traité de paix ne furent pas nationalisées. En Roumanie, on exclut les entreprises ou participations appartenant à un «Etat, membre des Nations Unies, qui avait acquis ces biens en application du Traité de paix ou au titre de remboursement d'engagements se rapportant à des indemnités provenant de l'état de guerre»<sup>10</sup>. Ces dispositions surprennent, surtout quand on voit à qui elles profitaient. En Roumanie, elles visaient les biens acquis par l'URSS et les anciennes entreprises allemandes passées à l'URSS en vertu du Traité de paix. Pour la Bulgarie, la situation était pour l'essentiel identique<sup>11</sup>. On ne peut s'empêcher de se remémorer le cours donné en 1931 par VERDROSS à l'Académie de droit international à La Haye<sup>12</sup>.

Malheureusement, en pratique, les promesses ne furent pas toujours tenues, particulièrement en Europe orientale où elles demeurèrent vaines paroles. «En outre, les formules appliquées à l'indemnisation lors des nationalisations accomplies après la seconde guerre mondiale ont été choisies pour donner l'impression d'une indemnisation équitable plutôt que pour la réaliser effectivement»<sup>13</sup>. Selon SORNARAJAH<sup>14</sup>, les pays d'Asie et d'Afrique ont en revanche effectivement payé des indemnités, qui ne furent cependant jamais entières. Pourquoi les gouvernements n'ont-ils pas décrété des confiscations, puisqu'ils n'avaient pas l'intention de tenir leurs promesses d'indemniser? Pourquoi ce décalage entre la loi et la pratique? N'osait-on pas dire qu'il n'y aurait jamais d'indemnité, pressentant l'injustice des pareilles dépossessions? Ces lois prouvent de toute façon que les législateurs étaient convaincus de l'injustice des nationa-

<sup>10</sup> KATZAROV, *op.cit.* p. 18 n. 4, pp. 59 et 63.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Cf. *supra*, pp. 82 s.

<sup>13</sup> KATZAROV, *op.cit.* p. 18 n. 4, p. 422. Cf. aussi GUTTERIDGE, *op.cit.* p. 123 n. 1, p. 21.

<sup>14</sup> *Op.cit.* p. 64 n. 77, pp. 129 s.

lisations sans indemnisation et du fait qu'il fallait, au moins formellement, respecter certaines règles. La mauvaise conscience est souvent un bon indicateur de ce qu'on considère comme juste et dû.

## 8.2 La réaction des Etats dont les nationaux ont été touchés par des actes étrangers de dépossession

Il y a bientôt deux siècles, le Secrétaire d'Etat américain Adams écrivit une note libellée comme suit<sup>15</sup>:

«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 his 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.»

Si nous considérons les événements liés à la Guerre d'indépendance<sup>16</sup>, cette déclaration n'allait pas du tout de soi. Dorénavant, semblables déclarations devaient être fréquentes dans la pratique étatique, comme les interventions diplomatiques d'Etats dont les citoyens avaient été touchés par des nationalisations.

En 1911, le Parlement italien vota une loi portant fondation d'un institut national auquel serait confié le secteur entier des assurances-*vie*. Aucune indemnité n'était prévue pour dédommager les sociétés d'assurances qui désormais ne pourraient plus s'intéresser à ce domaine. Cela provoqua de vives protestations des Gouvernements britannique, français, austro-hongrois, allemand et américain<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> On a donc inséré dans le Traité entre les Etats-Unis et l'Espagne des normes du droit coutumier. Note du Secrétaire d'Etat Adams, de 1796, citée dans DOIZER, *op.cit.* p. 21 n. 12, n. 16 à la p. 558.

<sup>16</sup> Cf. *supra*, section 7.1, pp. 84 ss.

<sup>17</sup> Cf. FACHRI, *op.cit.* p. 75 n. 116, p. 166; AUDINET, *op.cit.* p. 74 n. 114, pp. 5 ss.

En février 1918, le Doyen du corps diplomatique à Petrograd remit la note suivante au Ministère des affaires étrangères de l'Union Soviétique, note dont les termes avaient été arrêtés par l'ensemble des membres du corps diplomatique, alliés et neutres<sup>18</sup>:

«Afin d'éviter un malentendu à l'avenir, les représentants à Petrograd de toutes les puissances étrangères déclarent qu'ils considèrent les décrets au sujet de la répudiation des emprunts de l'Etat russe, de la confiscation des propriétés de toutes sortes et d'autres moyens analogues comme sans valeur en ce qui concerne leurs nationaux, et lesdits représentants se réservent le droit de réclamer à l'heure voulue au gouvernement russe les dommages et intérêts pour toutes les pertes que ces décrets pourront apporter à leurs nationaux.»

Le 19 janvier 1972, la Maison Blanche publia une déclaration du Président Nixon, qui affirmait que les Etats-Unis étaient en droit d'attendre:

- que chaque mesure de dépossession touchant la propriété privée américaine soit non-discriminatoire;
- que ces mesures soient prises dans l'intérêt public;
- que leurs citoyens reçoivent une indemnité du pays qui avait pris les mesures et que cette indemnité soit prompte, adéquate et effective<sup>19</sup>.

Lors de son adhésion à la CEDH en 1978, le Portugal émit une réserve quant à l'article premier du premier Protocole additionnel<sup>20</sup>, vu l'article 82 de sa Constitution<sup>21</sup>. Ceci amena la République fédé-

<sup>18</sup> Citée dans *Clunet* 1918, pp. 982 s.

<sup>19</sup> *AJIL*, vol. 66, 1972, pp. 620 ss.

Voir aussi la note du 8 juillet de l'Ambassadeur des Etats-Unis à Tripoli, *AJIL*, vol. 68, 1974, p. 108; la réponse donnée par le Secrétaire d'Etat pour les relations du Commonwealth à la Chambre des communes le 26 juillet 1973, *ILM* 1963, p. 962; la note de protestation du Royaume-Uni remise à l'Ambassadeur de Libye à Londres le 23 décembre 1971, citée par MEHREN/KOURIDES, «International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases», *AJIL*, vol. 75, 1981, p. 486, ou l'avis du Conseiller juridique du Département d'Etat, cité dans *AJIL*, vol. 56, 1962, p. 1029.

<sup>20</sup> Le texte est cité *supra*, pp. 50 s.

<sup>21</sup> Il s'agissait de la Constitution de la République portugaise dans sa version de 1976. «Na sua versão de 1976, o art. 82 admitia, num no. 2, que a lei determinasse que as expropriações de latifundiários e de grandes proprietários ou

rale d'Allemagne, le Royaume-Uni et la France à faire les déclarations suivantes<sup>22</sup>:

«( . . . ) dass nach Auffassung der deutschen Bundesregierung der von Portugal erklärte Vorbehalt die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechtes, nach denen bei Enteignung ausländischen Vermögens prompte, angemessene und effektive Entschädigung zu leisten ist, nicht berühren kann.»

«In regard to this reservation, I have been instructed to re-affirm the view of the Government of the United Kingdom that the general principles of international law require the payment of prompt, adequate and effective compensation in respect of the expropriation of foreign property.»

«De l'opinion du Gouvernement français, cette réserve ne peut affecter les principes généraux du droit international requérant une indemnisation prompte, adéquate et effective en cas d'expropriation de biens étrangers.»

La Suisse a récemment pris position à ce sujet dans la réponse du Conseiller fédéral Aubert à une question du Conseiller national Ogi. «La France comme la Suisse ( . . . ) a toujours défendu les principes et les règles du droit international, qui préconisent une indemnisation prompte, adéquate et effective. Les entretiens de Paris m'ont donné l'occasion de rappeler ces principes à mon collègue français et de souligner à quel point le Conseil fédéral est attaché au respect du droit international»<sup>23</sup>.

Les prises de position résumées ci-après présentent un intérêt particulier, puisqu'elles proviennent de pays qui, en général, ne sont pas connus pour être les partisans les plus fidèles des règles classiques en matière de protection de la propriété étrangère.

Le Chili était au XIX<sup>e</sup> siècle un pays exportateur de capitaux, et il n'hésitait pas à avoir recours à la force quand il s'agissait de

empresários ou accionistas não dessem lugar a qualquer indemnização.» Cette disposition constitutionnelle fut pourtant abrogée en 1982 sans jamais avoir été appliquée. «Nenhuma expropriação, com fito de aquisição de bens para o Estado, pode hoje ser realizada sem indemnização.» JOSÉ DE OLIVEIRA ASENÇÃO, *A Caducidade da Expropriação no Âmbito da Reforma Agrária*, pp. 8 s.

<sup>22</sup> Citées par DOLZER, *op.cit.* p. 6 n. 3, p. 41.

<sup>23</sup> ASDI, vol. XXXVIII, 1982, p. 126. Quelques exemples d'interventions survenues au siècle passé nous sont donnés par FACHINI, *op.cit.* p. 75 n. 116, pp. 159 ss et *op.cit.* p. 75 n. 118, pp. 32 ss.

protéger ses investissements à l'étranger: ainsi les forces armées chiliennes débarquèrent-elles en 1879 à Antofagasta, alors sous la juridiction de la Bolivie, pour protéger des entreprises chiliennes qui avaient été confisquées par le Gouvernement de la Bolivie en violation d'obligations contractuelles<sup>24</sup>.

Dans un rapport du Département d'Etat des Etats-Unis au sujet des expropriations et des nationalisations intervenues à partir de 1960, nous lisons sous le titre «Birmanie» que l'Inde a élevé des protestations contre la nationalisation de quatre grandes sociétés et de centaines de petits commerces et entreprises<sup>25</sup>.

La République populaire de Chine protesta, dans une note du 12 avril 1966 remise à l'Ambassade de la République d'Indonésie en Chine, contre le fait que des forces réactionnaires indonésiennes avaient lancé en 1965 une campagne massive contre les ressortissants chinois, campagne qui se soldait par des expropriations et d'autres préjudices. La note demandait notamment au Gouvernement indonésien de laisser aux ressortissants chinois la possibilité de rapatrier leurs biens et leurs fonds<sup>26</sup>.

On ne peut pas non plus passer sous silence la Déclaration des Ministres des affaires étrangères du Groupe des 77 du 29 septembre 1979<sup>27</sup>: «Les pays en développement bénéficiaires sont instamment priés de prendre, dans le cadre de leurs politiques et de leurs législations nationales, des mesures visant à garantir la sécurité des investis-

<sup>24</sup> Cf. ORREGO VICUÑA, «The International Regulation of Valuation Standards and Processes: A Reexamination of Third World Perspectives», dans Lillich, *Valuation*, vol. III, p. 135 et n. 20 à la p. 135.

<sup>25</sup> «The British and Indian Embassies have made periodic representations to the Burmese Government to settle the outstanding claims, but with limited success», *ILM* 1972, p. 115.

C'est en même temps une preuve que les nationalisations ne touchent pas exclusivement de grandes entreprises ou des sociétés multinationales. Parmi les victimes, on trouve au contraire souvent de petites et moyennes entreprises.

En ce qui concerne la nationalisation de la propriété indienne en Birmanie et dans d'autres pays, cf. notamment JAIN, *op.cit.* p. 63 n. 74, pp. 241 ss.

<sup>26</sup> YATES, *op.cit.* p. 7 n. 6, p. 218 et n. 31 à la p. 218.

<sup>27</sup> La Déclaration est citée par GATTIKER, *op.cit.* p. 45 n. 25, p. 51.

sements d'autres pays en développement et de faire bénéficier ces investissements d'un régime privilégié.»

Le dernier exemple que nous mentionnerons est assez extraordinaire et nous rappelle à nouveau le cours donné par VERDROSS et le bien-fondé de sa théorie<sup>28</sup>: en septembre 1945, le Gouvernement autrichien provisoire du Chancelier Renner fit une première tentative de nationalisation<sup>29</sup>. Cette tentative échoua, parce que la Loi autrichienne devait être considérée comme nulle et non avenue, l'Autorité militaire soviétique y ayant opposé son *veto*. Une autre tentative fut faite en 1946 par la «première loi de nationalisation»<sup>30</sup>. Les Autorités soviétiques élevèrent à nouveau une vive protestation, par la voix du Général Kurassow:

«Le Gouvernement autrichien et le parlement n'ont pas le droit de nationaliser unilatéralement les actifs ex-allemands, ni de prendre d'autres décisions unilatérales qui concernent l'actuelle propriété allemande en Autriche.»

Le représentant politique de l'URSS en Autriche avait libellé sa note en ces termes:

«Le commandement militaire soviétique dispose de la propriété allemande située dans le secteur oriental de l'Autriche; il poursuivra sévèrement toute atteinte à ses ordres et dispositions concernant ces biens»<sup>31</sup>.

L'Union Soviétique invoqua dans ses protestations une violation par l'Autriche des Accords de Potsdam. Selon les termes de ces Accords,

<sup>28</sup> Cf. *supra*, pp. 82 s.

<sup>29</sup> En principe, l'autorité du Gouvernement autrichien s'exerçait pleinement sur l'ensemble du territoire. Mais il y avait des exceptions importantes. Pour quelques catégories de mesures, le consentement de la Commission alliée était nécessaire. Cette Commission était composée de quatre Commissaires militaires, provenant des Etats-Unis, du Royaume-Uni, de l'Union Soviétique et de la France. Cf. l'Accord sur les organismes de contrôle en Autriche et l'Accord sur le mécanisme de contrôle en Autriche de 1945 et de 1946, publiés dans *Hudson International Legislation*, vol. IX, pp. 558 ss.

<sup>30</sup> En 1945, il s'était agi d'un arrêté-loi. L'histoire des nationalisations en Autriche est minutieusement décrite dans LANGER, *Les nationalisations en Autriche*, cf. notamment p. 82 et pp. 96 ss.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 124 s.

les biens allemands situés à l'étranger étaient confisqués à titre de réparation<sup>32</sup>. Les Autrichiens de leur côté considéraient que la plupart des biens allemands situés sur leur territoire avaient été acquis sous la pression allemande après l'«Anschluss». Ils estimaient que ces biens leur revenaient en principe. Dans leur zone, les Autorités soviétiques convertirent ces biens en propriété soviétique (elles administraient par exemple directement les entreprises). Pour s'assurer au moins une partie de ces biens, les Autrichiens eurent recours à l'arme de la nationalisation<sup>33</sup>.

Nous sommes donc là en présence d'un cas unique, les Autorités soviétiques protestant contre le principe d'une nationalisation (et non pas seulement pour des raisons d'indemnité trop réduite). La Loi autrichienne constituait-elle une violation de l'Accord de Potsdam?

Elle l'aurait sans aucun doute été si elle n'avait pas prévu d'indemnités. Aurait-elle toujours constitué une violation de l'Accord de Potsdam si elle avait prévu la nationalisation de ces biens allemands revenant à l'URSS à titre de réparation moyennant paiement d'une indemnité prompte, effective et adéquate? L'Accord est muet à ce sujet. En se basant sur les règles classiques en matière de protection de la propriété étrangère, on a des raisons d'admettre que la Loi autrichienne pouvait ne pas correspondre à l'esprit de l'Accord de Potsdam.

Toutefois, cet Accord n'interdisait pas les nationalisations et le droit international classique les admet à condition qu'elles soient accompagnées d'une indemnité prompte, adéquate et effective, qu'elles soient non-discriminatoires, entreprises dans l'intérêt public et non contraires à une obligation conventionnelle.

Si l'on se référait à des idées moins classiques, on pourrait facilement soutenir que l'Autriche avait le droit de légiférer de la

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 123 s. Cf. aussi l'Accord sur les réparations allemandes adopté à Berlin le 1<sup>er</sup> août 1945, art. 1<sup>er</sup>: «Reparation claims of the USSR shall be met by removals from the zone of Germany occupied by the USSR, and from appropriate German external assets», *Hudson International Legislation*, vol. IX, p. 584, nos italiens. Précisons qu'il ne s'agissait pas d'une nationalisation ordinaire du fait qu'elle était liée à la question des réparations.

<sup>33</sup> Cf. LANGER, *op.cit.* p. 130 n. 30, p. 83, pp. 97 ss. et pp. 123 s.

sorte, vu le caractère souverain de la nationalisation. On pourrait même ajouter qu'elle se montrait généreuse puisqu'elle prévoyait une indemnité. Au sein du Conseil allié, la Loi rencontra l'opposition du Commissaire soviétique. Elle obtint le consentement des Commissaires américain, anglais et français. Le Haut-commissaire américain, le Général Clark, «plaidait la cause autrichienne en invoquant que l'acte de nationalisation ne violait pas les Accords de Potsdam, étant donné que la Loi autrichienne prévoyait une indemnisation»<sup>34</sup>. La Loi put entrer en vigueur le 9 septembre 1946, le rejet, au sein du Conseil allié, n'ayant pas été unanime. Mais l'opposition soviétique eut pour effet que les entreprises situées en zone soviétique échappèrent en fait à l'emprise de la Loi jusqu'à la conclusion du Traité d'Etat en 1955<sup>35</sup>. C'est un des cas, probablement rares, où l'intervention de l'Etat touché par un acte de nationalisation réussit effectivement à l'empêcher.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 83.

## Chapitre 9

### La pratique conventionnelle des Etats

#### **A La pratique conventionnelle des Etats relative aux conséquences des nationalisations**

##### **9.A.1 Les accords d'indemnité globale et forfaitaire**

Comme les dispositions relatives à l'indemnisation dans les lois de nationalisation promulguées en Europe orientale après la Seconde Guerre mondiale sont quasiment toutes restées lettre morte, les gouvernements étrangers<sup>36</sup> ont fini par intervenir en faveur de leurs ressortissants dépossédés dans ces pays. Ils ont exhorté les gouvernements nationalisants à respecter les règles du «standard minimum» parce que ces nationalisations équivalaient en fait à des confiscations.

Les négociations menées entre les gouvernements intéressés ne s'avèrent pas aisées. La Seconde Guerre mondiale, dans laquelle tous ces Etats s'étaient trouvés impliqués, avait laissé des traces. On a aujourd'hui de la peine à imaginer les dévastations, destructions et dégâts provoqués par six ans de guerre. Il fallut rétablir les gouvernements et les administrations, réorganiser les Etats et surtout réparer et reconstruire villes et installations. Tout ceci coûtait cher, et les pays sortis de la guerre manquaient de moyens.

Même si les gouvernements des Etats d'Europe orientale avaient été très favorables à l'idée de la propriété privée, il leur aurait été difficile, du fait de la mauvaise situation économique, de verser des

<sup>36</sup> Notamment ceux du Royaume-Uni, de la France, des Etats-Unis, de la Suisse, de la Suède, de la Norvège et des Pays-Bas.

indemnités promptes et adéquates pour les nationalisations de grande envergure auxquelles il était procédé.

Ces circonstances auraient pu conduire un gouvernement favorable à l'économie privée à renoncer à une grande partie des nationalisations envisagées et à se reposer sur l'initiative privée pour la reconstruction du pays. Mais la situation politique de l'époque excluait une telle solution. Si on revenait, en Europe orientale, aux constitutions de l'avant-guerre, ce n'était que pour de courtes périodes transitoires avant le passage au régime communiste. Les changements politiques, sociaux et économiques furent radicaux. Avant l'année 1950, les partis communistes réussirent à s'emparer du pouvoir, soit avec l'aide, soit du moins sous l'œil bienveillant de l'Union Soviétique. Les nouveaux gouvernements communistes s'empressèrent d'organiser leurs pays selon le modèle soviétique, ce qui impliquait en économie la nationalisation des moyens de production. Quelle raison aurait alors dû les empêcher de suivre, en matière d'indemnisations, l'exemple de l'Union Soviétique, qui avait, à quelques exceptions près, refusé de payer des indemnités<sup>37</sup>? Aux causes financières qui entravaient une indemnisation prompte et adéquate s'ajoutaient ainsi des causes idéologiques.

Ce qui compliquait encore la position des gouvernements qui défendaient la cause de leurs ressortissants dépossédés, c'était le fait que la doctrine du «standard minimum» se divisait, depuis longtemps

<sup>37</sup> Dans quelques rares cas, l'Union Soviétique s'était effectivement déclarée prête à indemniser les anciens propriétaires. Récemment encore, elle s'est engagée à verser au Gouvernement britannique une somme modeste pour dédommager les créanciers d'emprunts contractés par le Tsar; *NZZ* no 162 du 16 juillet 1986, p. 13.

Malgré toutes les ressemblances, on ne saurait négliger les différences entre les nationalisations d'Union Soviétique et d'Europe orientale, qui étaient beaucoup moins importantes et qui ont pratiquement toutes abouti à la conclusion d'accords d'indemnisation prévoyant le versement d'une somme globale et forfaitaire. Cf. notamment LILICH/WESTON, éd., *International Claims: Their Settlement by Lump-sum Agreements*, 2 vol.

d'ailleurs, en deux courants, dont l'un pouvait être invoqué — à tort ou à raison — par les Etats nationalisants<sup>38</sup>.

Selon quelques auteurs, le «standard minimum» concernant la protection de la propriété étrangère est respecté lorsque les étrangers ne reçoivent pas un traitement inférieur à celui des nationaux; c'est ce qu'on appelle le «traitement national». «En général ils ne peuvent pas demander une position juridique meilleure que celle des ressortissants. Cela s'applique notamment au cas d'expropriation qu'ils doivent souffrir, faute de traités internationaux, au fur et à mesure que les ressortissants sont soumis à ce régime»<sup>39</sup>.

BATY, BRIERLY et Sir JOHN FISCHER WILLIAMS sont, selon DOMAN<sup>40</sup>, des représentants de cette école, alors que STRUPP, PHILLIMORE, WEISS, MARBURG et FRIEDMAN le sont selon BINDSCHEDLER<sup>41</sup>. On pourrait aussi invoquer — mais cette fois indubitablement à tort — une certaine pratique étatique. La plupart des traités d'amitié ou d'établissement conclus au siècle passé<sup>42</sup> stipulaient que les ressortissants de l'une des parties établis sur le territoire de l'autre auraient droit à un traitement égal à celui accordé aux nationaux de l'Etat de séjour. A l'époque, ces articles ne présentaient aucun inconvénient. Et pour autant qu'ils s'appliquaient aussi aux biens et à la propriété des étrangers, ils garantissaient dans l'éventualité d'une expropriation

<sup>38</sup> Voir notamment ROTH, *op.cit.* p. 23 n. 14, pp. 62 ss, 115 et 122, qui suit une autre terminologie en distinguant la doctrine de l'égalité de la doctrine du standard international, à laquelle il donne la préférence.

<sup>39</sup> KARL STRUPP, *Eléments de droit international public*, 2e éd., 1930, p. 140. Mais «établir des inégalités de traitement à l'égard des ressortissants d'un Etat déterminé, c'est commettre un délit international, à moins qu'elles ne soient fondées sur le droit de représailles ou d'autres motifs juridiques», *ibid.*, p. 141.

<sup>40</sup> DOMAN, «Compensation for Nationalized Property in Post-War Europe», *ILQ*, vol. 3, 1950, p. 324.

<sup>41</sup> BINDSCHEDLER, *op.cit.* p. 41 n. 8, p. 188.

STOFFEL, *op.cit.* p. 19 n. 5, dresse à la n. 12 à la p. 11, une liste d'éminents auteurs qui se prononcent en faveur de la théorie du «standard minimum».

<sup>42</sup> Cf. par exemple les Traités entre la Suisse et les Etats-Unis de 1850, art. 1<sup>er</sup>, RS 0.142.113.361; entre la Suisse et l'Espagne de 1879, art. 1<sup>er</sup>, RS 0.142.113.321; entre la Suisse et les Pays-Bas de 1875, art. 1<sup>er</sup>, RS 0.142.116.361; et STOFFEL *op.cit.* p. 19 n. 5, pp. 68 ss, qui énumère les traités conclus par la Suisse aux pp. 99 ss, ainsi que CARLSCH, *op.cit.* p. 79 n. 138, pp. 16 s, no 31.

une indemnité tout à fait correcte, puisqu'aucun Etat n'aurait confisqué les biens de ses propres ressortissants. Après la Révolution bolchévique, et surtout après la Seconde Guerre mondiale, on pouvait commencer à concevoir des doutes sur la valeur réelle de semblables stipulations. Dans leur pratique conventionnelle, les Etats ont tenu compte de ces perspectives. Parmi les traités conclus après cette guerre et ayant pour objet la protection des biens ou investissements étrangers, on ne trouve plus guère de dispositions se contentant de garantir le «traitement national»<sup>43</sup>. Ou bien on y trouve des articles qui fixent expressément les modalités à suivre en cas d'expropriation ou d'autres mesures semblables, ou alors on se réfère au «standard minimum» garanti en vertu du droit des gens.

D'après l'autre école, qui n'est pas du tout un phénomène de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle et qui comprend la grande majorité des auteurs<sup>44</sup>, le standard international est défini par le droit des gens, indépendamment de ce que prévoit le droit national. Les tenants de cette école disent que le «traitement national» garantit le respect du «standard minimum» uniquement à condition qu'il corresponde aux obligations incombant aux Etats en vertu du droit international.

Si le «standard minimum» était simplement identique à la notion de «traitement national», les Etats pourraient commettre des injustices à l'égard des étrangers, pour autant qu'ils les commettent aussi à l'égard de leurs ressortissants<sup>45</sup>. La conséquence en serait aberrante, car le droit international pourrait être éludé par les droits nationaux.

Malgré ces obstacles, les négociations ont abouti dans la plupart des cas à la conclusion d'accords assez semblables. Les premiers datent de la fin des années quarante déjà, beaucoup datent des années

<sup>43</sup> Il faut rappeler que la plupart des ouvrages écrits par les tenants de cette école, et qui sont cités par DOMAN ou BINDSCHEDLER, datent de l'avant-guerre. Les positions défendues dans ces ouvrages reflètent le climat de leur époque. Les conditions ont évidemment changé dans l'après-guerre.

<sup>44</sup> BINDSCHEDLER, *op.cit.* p. 41 n. 8, p. 189. Leur théorie est devenue opinion dominante; STOFFEL, *op.cit.* p. 19 n. 5, p. 11.

<sup>45</sup> Voir déjà AUDINET, *op.cit.* p. 74 n. 114, p. 17 et ROTH, *op.cit.* p. 23 n. 14, p. 117.

cinquante et soixante et quelques-uns sont très récents<sup>46</sup>. Ils fixent en général une somme globale et forfaitaire, payable en plusieurs annuités, au titre d'indemnisation pour les nationalisations ou autres actes de dépossession. D'ordinaire, ils énumèrent les réclamations ainsi liquidées et définissent le cadre des bénéficiaires de l'accord. C'est l'Etat d'origine des personnes touchées par les actes de dépossession qui se charge de la distribution des montants versés par l'Etat nationalisant. L'Etat qui reçoit la somme s'engage à renoncer à présenter toute autre réclamation à l'Etat nationalisant et à refuser sa protection diplomatique à tout ressortissant qui pourrait encore élever une prétention du fait des nationalisations visées par l'accord.

En doctrine et en jurisprudence, ces accords sont souvent désignés par le terme anglais de «*lump-sum agreements*».

La distribution de la somme globale a souvent été confiée à des commissions spéciales, comme aux Etats-Unis, en Grande-Bretagne, en France et en Suisse<sup>47</sup>. L'*Encyclopedia of Public International Law* estime le nombre des accords d'indemnité globale et forfaitaire conclus depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale à environ deux cents. Ce n'est cependant pas une technique d'indemnisation propre au XX<sup>e</sup> siècle. En 1802 déjà, les Etats-Unis avaient payé une somme globale de £ 600'000 à la Grande-Bretagne pour régler certaines dettes<sup>48</sup>. La méthode des accords d'indemnité globale et forfaitaire remonte, d'après LILICH<sup>49</sup>, pratiquement au Traité de «Jay» de 1794. Ces accords jouèrent un certain rôle dans la pratique conventionnelle des Etats-Unis au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>50</sup>. Tout en constituant quasiment la méthode unique pour le règlement des réclamations du fait des nationalisations survenues dans les Etats de l'Europe orientale, les

<sup>46</sup> Par exemple l'Accord entre les Etats-Unis et la Tchécoslovaquie du 6 novembre 1981.

<sup>47</sup> Voir BINDSCHEDLER, *op.cit.* p. 41 n. 8, pp. 290 ss.

<sup>48</sup> CHRISTENSON, «The US-Rumanian Claims Settlement Agreement of March 30, 1960», *AJIL*, vol. 55, 1961, p. 617. Pour un autre exemple de la même époque, voir CAFLISCH, *op. cit.* p. 35 n. 43, p. 123. CAFLISCH dresse la liste des accords conclus par la Suisse, *op.cit.*, p. 79 n. 138, p. 24, no 43.

<sup>49</sup> *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8, 1985, p. 368.

<sup>50</sup> CHRISTENSON, *op.cit.* p. 137 n. 48, p. 617.

accords prévoyant le versement d'une somme globale et forfaitaire ont aussi été utilisés lors de nationalisations décrétées en Asie, en Afrique et dans quelques Etats du continent américain.

L'indemnisation peut bien sûr être octroyée selon d'autres méthodes. Elle peut être stipulée dans un accord de commerce<sup>51</sup> ou dans des conventions qui combinent le versement de l'indemnité avec des obligations pour l'ancien propriétaire, par exemple de continuer à s'occuper pendant un certain temps de la vente des produits<sup>52</sup>.

La «Convention entre le Gouvernement suisse et le Gouvernement français relative aux modalités de l'indemnisation des intérêts suisses en France dans les entreprises d'électricité et de gaz nationalisées» consacre le principe du dédommagement individuel<sup>53</sup>. «En l'occurrence, l'indemnité que la France accepte de verser s'analyse dans une offre faite aux ayants-droit suisses de les dédommager individuellement»<sup>54</sup>. L'accord «évite donc la solution d'une indemnité globale; ainsi la Confédération n'aura pas à intervenir pour assurer la répartition des indemnités»<sup>55</sup>. En 1981, les lois prévoyant la nationalisation de cinq groupes industriels, de 36 banques et des sociétés Paribas et Suez offrirent aux anciens propriétaires des obligations amortissables sur quinze ans, garanties par l'Etat et négociables à un taux d'intérêt variable. Etaient exclus de la nationalisation les banques dont la majorité du capital social appartenait directement ou indirectement à des personnes physiques ne résidant pas en France ou à des personnes morales n'ayant pas leur siège social en France.

<sup>51</sup> De cette manière la Grande-Bretagne obtint en 1934 une certaine indemnisation de la part de l'Union Soviétique, O'CONNELL, *op.cit.* p. 44 n. 18, p 766. A la Conférence de Gênes de 1922, l'Union Soviétique s'est déclarée prête, en vue d'obtenir une assistance financière, à verser des indemnités effectives sous forme de concessions aux anciens propriétaires; on pourrait appeler ceci une sorte d'indemnisation en nature; voir FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, n. 5 à la p. 418.

<sup>52</sup> Ainsi en est-il dans la Convention entre les Etats-Unis et le Pérou au sujet de la nationalisation de «la Marcona Mining Company»; GANTZ, «The Marcona Settlement: New Forms of Negotiation and Compensation for Nationalized Property», *AJIL*, vol. 71, 1977, pp. 485 s.

<sup>53</sup> Accord du 22 novembre 1949.

<sup>54</sup> Message du Conseil fédéral, *FF* 1949, vol. II, pp. 957 ss, à la p. 961.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 962.

Enfin on ne doit pas oublier qu'un nombre considérable de cas se sont réglés directement entre les Etats nationalisants et les propriétaires.

### 9.A.2 Appréciation des accords d'indemnité globale et forfaitaire

La doctrine n'a pas tardé à s'intéresser aux accords d'indemnité globale et forfaitaire, dont la grande fréquence explique déjà la place importante dans la pratique de l'indemnisation<sup>56</sup>.

Dans un article paru dans l'*AJIL* de 1961, DOMKE a défendu la thèse selon laquelle ces accords n'ont pas pu modifier le droit international coutumier existant. «In concluding global compensation agreements and accepting lump-sum payments, states have acquiesced in an adjustment of the liability of the debtor government, a prerogative open to them in accepting less than that what was due them. However, such practice does not amount to a new trend, much less to an abrogation of the existing customary international law, but rather to a compromise in a given situation»<sup>57</sup>.

Les accords d'indemnité globale et forfaitaire sont pour SEIDL-HOHENVELDERN le fruit de deux sortes de concessions: d'une part l'acceptation par l'Etat d'origine des propriétaires victimes des nationalisations d'une indemnité inférieure au «standard minimum» réclamé par les Etats exportateurs de capitaux avant la Seconde Guerre mondiale, et d'autre part l'abandon par l'Etat nationalisant du prin-

<sup>56</sup> Au lieu de produire une liste bibliographique impressionnante, nous renvoyons à LILICH/WESTON, *op.cit.* p. 134 n. 37.

<sup>57</sup> DOMKE, *op.cit.* p. 11 n. 13, p. 609. Dans son *Völkerrecht* de 1965, SEIDL-HOHENVELDERN qualifie les concessions financières faites dans ces accords par les Etats d'origine des victimes des nationalisations de «remises de dettes» volontaires, «( . . . ) ohne dass daraus ein *Gewohnheitsrecht* für andere Schuldner entsteht, ihre Schuld nur zu einem Teil begleichen zu müssen»; par. 1190. Plus tard il devait changer d'avis.

cipe du «traitement national»<sup>58</sup>. Il croit reconnaître une «*opinio iuris in statu nascendi*» qui aurait le contenu suivant: un Etat nationalisant est tenu d'indemniser les propriétaires étrangers, même s'il n'accorde pas d'indemnité à ses propres nationaux. Pourtant, l'indemnité offerte aux étrangers ne doit pas nécessairement être pleine et entière<sup>59</sup>. Enfin, dans un article intitulé «Austrian Practice on Lump-sum Compensation by Treaty»<sup>60</sup>, il se rallie, en ce qui concerne la pratique autrichienne, à LILICH et WESTON qui pensent que les accords prévoyant le versement d'une somme globale et forfaitaire sont l'expression d'une nouvelle norme de droit international coutumier selon laquelle l'Etat nationalisant doit une indemnité partielle, même si les nationaux ne sont pas indemnisés du tout<sup>61</sup>. Ayant analysé les accords des années 1945 à 1971, les professeurs LILICH et WESTON concluent «that «partial» compensation has become, if indeed it already was not, the general norm»<sup>62</sup>.

Commentant l'Accord américano-hongrois de 1973, LILICH montre les éventuelles conséquences qui pourraient se dégager de cette pratique d'indemnisation: «( . . . ) if the United States continues to accede to settlements whereby its claimants receive less than one-third compensation for their adjudicated losses, it should not be surprised if during the course of future negotiations foreign countries

<sup>58</sup> SEIDL-HOHENVELDERN, «The Social Function of Property and Property Protection in Present-day International Law», dans *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys*, p. 94.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp. 95 s.

<sup>60</sup> *AJIL*, vol. 70, 1976, pp. 763 ss, à la p. 765.

<sup>61</sup> Nous remarquons son changement d'opinion par rapport à son manuel de 1965. Dans Meessen, *op.cit.* p. 49 n. 34, p. 37, il en avertit d'ailleurs lui-même le lecteur: «Die Globalentschädigungsverträge könnten sogar Ausdruck einer Rechtsüberzeugung sein. Ich nehme hier die Gelegenheit wahr, von einer These abzugehen, die ich noch in meinem eigenen Völkerrechtslehrbuch vor zwei Jahren vertreten habe».

<sup>62</sup> LILICH/WESTON, *op.cit.* p. 134 n. 37, vol. I, p. 238.

raise the doctrine of estoppel to its arguments for just and adequate compensation»<sup>63</sup>.

Pour DOLZER l'examen des accords mérite deux conclusions principales: la «formule Hull» n'a pas été observée par la pratique et «the Calvo doctrine (as applied to property rights) explains this practice even less than the Hull rule»<sup>64</sup>.

AMMANN est d'un autre avis: «Die in der Praxis getroffenen Regelungen zwischenstaatlicher Nationalisierungsschulden mittels Globalentschädigungsabkommen bieten keine Handhabe für eine Interpretation, wonach eine Abkehr vom Prinzip der völkerrechtlichen Verpflichtung zur vollen Entschädigung erfolgt wäre (. . .). Die Verpflichtung zur Leistung einer «angemessenen, effektiven und unverzüglichen Entschädigung» bleibt als Grundsatz vollumfänglich bestehen, auch wenn bei der Regelung des praktischen Einzelfalles den politischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten ein Tribut gezollt werden muss»<sup>65</sup>. On ne cause probablement de tort à aucun des auteurs cités ci-dessus en disant que leurs thèses se rencontrent dans la constatation suivante de MIEHLER: «(. . .) so scheinen mir die Globalentschädigungsabkommen (. . .) eine Entschädigungspflicht dem Grunde nach qua Völkergewohnheitsrecht zu bestätigen»<sup>66</sup>.

L'approche de BINDSCHEDLER est différente: «On ne saurait donc tirer de cette pratique — pourtant généralisée, on l'a vu — des conclusions définitives de principe. Il s'agissait plutôt d'une liquidation — on percevait le dividende d'une faillite — que de cas d'expro-

<sup>63</sup> *AJIL*, vol. 69, 1975, pp. 557 s. L'Accord de 1981 entre la Tchécoslovaquie et les Etats-Unis devait atteindre un taux d'indemnisation très élevé. «Finally, because it provides more than 100 percent of the principal of certified U.S. claims, the Agreement is unprecedented in the history of postwar claims negotiations (. . .)», PECHOTA, «The 1981 U.S. Czechoslovak Claims Settlement Agreement: an Epilogue to Postwar Nationalization and Expropriation Disputes», *AJIL*, vol. 76, 1982, p. 640.

<sup>64</sup> DOLZER, *op. cit.* p. 21 n. 12, p. 560.

<sup>65</sup> AMMANN, *op. cit.* p. 8 n. 9, p. 99.

<sup>66</sup> MIEHLER dans Meessen, *op. cit.* p. 49 n. 34, p. 51.

priation à régler entre pays constituant une même communauté sociale et juridique»<sup>67</sup>.

La question se pose de savoir laquelle des opinions rend le mieux justice au phénomène des accords prévoyant le versement d'une indemnité globale et forfaitaire.

### 9.A.2.1 Le caractère prompt de l'indemnité

Normalement, l'indemnité fixée par les accords d'indemnité globale et forfaitaire n'est pas versée en une fois<sup>68</sup>, mais en tranches semestrielles ou annuelles, la première pouvant être plus élevée que les autres<sup>69</sup>. Il est généralement reconnu que le paiement par annuités respecte l'exigence de la promptitude pour autant que la durée globale ne dépasse pas certaines limites jugées excessives<sup>70</sup>. Le Conseil constitutionnel français a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet dans sa décision du 16 janvier 1982 concernant la Loi de nationalisation française de 1981. Il constate «que le remboursement des obligataires au pair se fera par voie de tirage au sort en quinze tranches annuelles sensiblement égales, ce qui fait apparaître une échéance moyenne de remboursement à sept ans et demi, durée qui n'est ni anormale ni excessive»<sup>71</sup>. Le fait qu'il s'agit d'une décision interne ne diminue en rien son intérêt. Au contraire, l'examen de la compatibilité de la Loi de nationalisation avec le droit de propriété n'était pas du tout fait à la légère. Cela résulte du passage suivant: «Considérant que (. . .) les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le carac-

<sup>67</sup> BINDSCHEDLER, *op.cit.* p. 41 n. 8, p. 266.

<sup>68</sup> Voir cependant l'Accord entre la Suisse et le Maroc, *FF* 1978, vol. II, p. 737.

<sup>69</sup> Par exemple l'Accord entre la Suisse et la Tchécoslovaquie concernant l'indemnisation des intérêts suisses en Tchécoslovaquie, *FF* 1950, vol. I, pp. 452 ss, aux pp. 468 et 478 ss.

<sup>70</sup> Les Accords américano-polonais de 1960 et américano-hongrois de 1973 prévoient vingt versements partiels. L'Accord sino-américain en prévoit cinq, de même que la Convention entre la France et Cuba de 1967, pour ne citer que quelques exemples.

<sup>71</sup> La décision est publiée dans *Clunet* 1982, pp. 330 ss.

tère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression (. . .)»<sup>72</sup>.

Le Département d'Etat des Etats-Unis se rallie expressément au point de vue que les paiements partiels ne sont pas contraires au principe de la promptitude lorsque les conditions économiques s'opposeraient à un paiement immédiat<sup>73</sup>.

Si on en jugeait uniquement en fonction des textes des accords, les indemnités correspondraient plus ou moins à l'interprétation actuelle de la promptitude. Mais on doit aussi tenir compte de la date de la conclusion des accords. Sinon d'un point de vue strictement juridique, du moins en fait, l'indemnité n'est plus prompte lorsque l'accord est conclu dix ou vingt ans ou plus après l'acte de nationalisation et que les versements s'étendent encore sur plusieurs années<sup>74</sup>.

### 9.A.2.2 Le caractère effectif de l'indemnité

L'indemnisation doit être effective, c'est-à-dire intervenir d'une manière qui ne la rend pas illusoire. Versées dans la grande majorité des cas par l'Etat nationalisant au gouvernement de l'Etat d'origine des propriétaires dépossédés en la monnaie de cet Etat, les indemnités

<sup>72</sup> *Clunet* 1982, p. 332. L'art. 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qui fait partie intégrante du droit constitutionnel français en vertu du préambule de la Constitution de 1958, déclare ceci: «La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.»

<sup>73</sup> «However, because of the economic conditions of the respondent countries immediate payment of the entire amount in United States dollars is not possible. In such circumstances the Department accepts installment payments», Lettre du Département d'Etat du 30 août 1966, *AJIL*, vol. 61, 1967, p. 102.

<sup>74</sup> Aujourd'hui encore des pourparlers en vue de la conclusion d'un accord entre la Suisse et la République démocratique allemande sont en cours! Réponse du Conseiller fédéral Delamuraz à une question du député Allenspach, *CN* 1986, p. 1323.

allouées en vertu des accords d'indemnité globale et forfaitaire satisfont au critère de l'effectivité<sup>75</sup>.

### 9.A.2.3 Les indemnités sont-elles suffisantes?

Les taux d'indemnisation fixés dans les divers accords varient entre moins de trente pour cent et quatre-vingt-dix pour cent et plus<sup>76</sup>. L'Accord entre la Tchécoslovaquie et les Etats-Unis est peut-être le plus favorable aux anciens propriétaires, atteignant même l'indemnisation entière, ce qui représente un résultat assez extraordinaire<sup>77</sup>. En général, les taux d'indemnisation n'atteignaient pas ce maximum. Nous pouvons constater que le taux d'indemnisation prévu par l'Accord entre la Tchécoslovaquie et les Etats-Unis était extraordinairement élevé en lisant les messages du Conseil fédéral: «(. . .) l'accord que nous soumettons à votre approbation n'est peut-être pas entièrement satisfaisant. Nous sommes cependant convaincus qu'il représente le maximum pouvant raisonnablement être attendu, compte tenu des circonstances et des profondes réformes de structure intervenues à Cuba»<sup>78</sup>.

«L'accord conclu après de longues et difficiles négociations, que nous soumettons à votre approbation, ne satisfait pas entièrement les prétentions suisses. Il en va cependant d'ordinaire ainsi pour de tels

<sup>75</sup> Cf. SEIDL-HOHENVELDERN, *op.cit.* p. 139 n. 57, par. 1188; AMMANN, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 96.

<sup>76</sup> Trente-trois pour cent environ pour l'Accord bulgare-britannique de 1955, LILLICH, *AJIL*, vol. 58, 1964, p. 704; quarante pour cent environ pour l'Accord sino-américain de 1979, *AJIL*, vol. 73, 1979, pp. 487 s; plus de cinquante pour cent pour l'Accord bulgare-américain de 1963, LILLICH, *AJIL*, vol. 58, 1964, p. 704; quatre-vingt-dix pour cent pour l'Accord yougoslavo-américain, LILLICH, *AJIL*, vol. 69, 1975, p. 554.

<sup>77</sup> PECHOTA, *op.cit.* p. 141 n. 63. n. 6 à la p. 640: «Past United States foreign claims settlements typically have netted claimants only about 40 cents on the dollar of the principal amount of their claims, and no payment of interest. Under the 1981 Agreement, *full* compensation, plus some interest, will be paid» (nos italiques).

<sup>78</sup> *FF* 1967, vol. 1, p. 934.

accords d'indemnisation»<sup>79</sup>. En conclusion, l'indemnité ne mérite que très rarement le qualificatif d'«entière»<sup>80</sup>. Il faut par ailleurs se méfier des chiffres et des pourcentages, car les bases de calcul peuvent être faussées. Il est toujours très difficile d'estimer la valeur de biens, d'autant plus après une guerre ou pendant un processus général de nationalisation. Suivant les circonstances de l'estimation — hausse, dépression, valeur vénale, fiscale ou autre — on arrive à des montants assez différents.

### 9.A.3 La «formule Hull» et les accords d'indemnité globale et forfaitaire

La pratique des accords d'indemnité globale et forfaitaire a-t-elle un effet abrogatif pour les règles classiques, puisqu'elle ne consacre dans bien des cas ni la promptitude, ni l'indemnisation pleine et entière?

Vu les nationalisations générales et de grande envergure décrétées dans le cadre de réformes de structure, FOUILLOUX semble être favorable à une nouvelle lecture de la «formule Hull». Il ne lui paraît raisonnablement pas possible d'exiger en pareils cas une indemnité pleine et entière, prompte sinon préalable<sup>81</sup>. «Par conséquent, quelle que soit la qualification de cette indemnité, *est juste, l'indemnité qui, conciliant des intérêts opposés, a été acceptée*»<sup>82</sup>.

On ne saurait toutefois oublier ce que consacre l'usage des accords d'indemnité globale et forfaitaire. Sinon en théorie, du moins en pratique il signifie la reconnaissance de l'obligation d'indemniser les propriétaires étrangers dépossédés de leurs biens et aussi celle du «standard minimum», car, par l'observation de cet usage, les parties à ces accords ont admis qu'un Etat ne satisfait pas nécessaire-

<sup>79</sup> Message du Conseil fédéral concernant l'accord avec la République populaire hongroise, *FF* 1973, vol. 1, p. 1365.

<sup>80</sup> Voir BINDSCHEDLER, *op.cit.* p. 41 n. 8, p. 297: «Car les indemnités de nationalisations ont été souvent insuffisantes, comparées à la règle de l'indemnité juste, prompte et effective.»

<sup>81</sup> FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 423.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 425.

ment aux obligations découlant du droit des gens en accordant aux propriétaires étrangers le «traitement national». En d'autres termes, il est tout à fait concevable que les étrangers puissent toujours bénéficier d'un traitement différent — privilégié — de celui des nationaux, puisque leur standard est défini à la fois par le droit interne et le droit international. Ceci est d'ailleurs tout aussi vrai pour la pratique conventionnelle, consécutive aux nationalisations, qui ne revêt pas la forme d'accords d'indemnité globale et forfaitaire. L'article 1<sup>er</sup> de l'Accord entre le Pérou et les Etats-Unis sur la compensation des biens mobiliers et immobiliers de la «Marcona Mining Company» affirme expressément que la situation est aussi régie par le droit des gens<sup>83</sup>.

On ne peut pas non plus fermer les yeux devant les difficultés économiques des pays de l'Est après six ans de guerre mondiale, qui se sont soldées par des capacités de paiement extrêmement réduites et une diminution sensible de la productivité. Aucun créancier ne peut obtenir satisfaction si le débiteur ne possède rien ou plus rien.

Bien que ces difficultés ne justifient pas les indemnisations réduites à l'extrême, il est parfois inévitable de tenir compte de facteurs réels qui ne s'accordent guère avec la théorie.

Ce fait est illustré par le message du Conseil fédéral relatif à l'Accord d'indemnisation pour les intérêts suisses au Maroc. «Si l'on tient compte d'autre part de la nécessité de mettre un terme à un contentieux qui durait depuis de longues années et de permettre ainsi aux anciens propriétaires suisses de toucher une indemnité pour leurs terres nationalisées, le règlement intervenu avec le Maroc, alors que

<sup>83</sup> Art. 1<sup>er</sup>: «In view of the differences arising in the valuation of the properties of the North American firm, the Marcona Mining Company, subject to expropriation by the Government of Peru, the Government of the United States of America extended its good offices so that relations between the two countries would not be affected by certain aspects of a matter which is governed by the laws of the expropriating country and by principles of international law» (accord conclu à Lima le 22 septembre 1976); *ILM* 1976, pp. 1100 ss, nos italiques. On notera bien que c'est le Pérou, Etat sud-américain, qui a signé ce texte.

ce pays connaît une situation économique difficile, doit être considéré comme satisfaisant»<sup>84</sup>.

D'autres circonstances étaient défavorables à la conclusion des accords. L'un des motifs qui incite le pays nationalisant à verser des indemnités suffisantes consiste souvent dans le désir de ne pas décourager les investisseurs potentiels<sup>85</sup>. Ce désir faisait tout à fait défaut dans les pays de l'Est, puisqu'ils n'avaient à l'époque aucune envie d'attirer des investisseurs étrangers. Il réapparut semble-t-il en Roumanie un quart de siècle plus tard, lorsque la Roumanie et les Etats-Unis insérèrent la clause suivante dans le «Joint Statement on Economic, Industrial and Technological Cooperation» du 5 décembre 1973: «Except for a public purpose, assets belonging to nationals, companies and economic organisations of one of the two countries will not be expropriated by the other country, nor will they be expropriated without the payment of prompt, adequate and effective compensation»<sup>86</sup>. Si la pratique conventionnelle décrite ne montrait pas de manière convaincante la reconnaissance par les Etats communistes de l'obligation d'indemniser, on pourrait de toute manière encore invoquer les accords d'indemnisation conclus entre Etats communistes.

#### 9.A.4 Les accords d'indemnisation conclus entre Etats communistes

Nous savons que les Etats communistes sont ceux qui contestent avec le plus de persistance les règles classiques du droit des gens en matière de protection de la propriété étrangère. Ceci ne les a pourtant pas empêchés de conclure entre eux des accords d'indemnisation, prati-

<sup>84</sup> *FF* 1978, vol. II, p. 740.

<sup>85</sup> «But as regards States which welcome foreign investment, and which even engage in it themselves, it could be expected that their attitude towards compensation should not be such as to render foreign investment useless, economically», sentence *Aminoil*, *ILM* 1982, p. 1033.

<sup>86</sup> Cité dans NEVILLE, «The Present Status of Compensation by Foreign States for the Taking of Alien-Owned Property», *VJTL*, vol. 13, 1980, n. 39 à la p. 64.

que qui contraste avec la présentation du droit international donnée dans leurs manuels et traités. Ce fait mérite examen<sup>87</sup>.

#### 9.A.4.1 Quels Etats sont parties à ces accords?

A notre connaissance, de tels accords ont été conclus entre la Pologne et la Roumanie (signé le 29 mars 1958, entré en vigueur en 1959), la Tchécoslovaquie et la Roumanie (signé en 1960, entré en vigueur en 1961)<sup>88</sup>, la Roumanie et la Yougoslavie (signé le 28 décembre 1955), la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie (20 décembre 1956), la Yougoslavie et la Hongrie (29 mai 1956), la Bulgarie et l'URSS (14 mars 1958), la Hongrie et l'URSS (14 mars 1958), la Tchécoslovaquie et la Pologne (9 janvier 1959) et la Tchécoslovaquie et l'URSS (30 juin 1958)<sup>89</sup>.

Les points essentiels et la rédaction de ces accords ne se distinguent pas fondamentalement des conventions conclues avec les Etats non-communistes. «Inter-Communist compensation treaties have also adopted in most other essential points the traditional rules, and even the drafting technique is very similar to that of the lump-sum agreements which have become so customary since 1945»<sup>90</sup>.

L'article 2, chiffre 1<sup>er</sup>, lettre a, de l'Accord entre la Pologne et la Tchécoslovaquie a la teneur suivante<sup>91</sup>:

- «By this treaty are also settled as well as completely and finally liquidated:  
a) all obligations of the Polish State in connection with claims which arise out of measures taken up to the day of signature of this Treaty pursuant

<sup>87</sup> Contrairement à ce à quoi on pourrait s'attendre, ces accords ne sont que très rarement traités par la doctrine. A part quelques références passagères données par SEIDL-HOHENVELDERN, il existe notamment un article de DRUCKER publié dans *I&CLQ*, vol. 10, 1961, qui constitue notre référence principale dans cette section, et l'ouvrage des professeurs LILICH et WESTON, *op.cit.* p. 134 n. 37. Les textes des accords sont publiés dans le deuxième volume de cet ouvrage.

<sup>88</sup> DRUCKER, «Compensation Between Communist States», *I&CLQ*, vol. 10, 1961, pp. 238 ss, et «Compensation Treaties Between Communist States: an Addendum», *I&CLQ*, vol. 10, 1961, pp. 904 ss.

<sup>89</sup> Voir le deuxième volume de LILICH/WESTON, *op.cit.* p. 134 n. 37.

<sup>90</sup> DRUCKER, *op.cit.* p. 148 n. 88, p. 252.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 239.

to Polish nationalisation, expropriation or any other legal provisions depriving of or restricting rights of ownership by which Czechoslovak properties, rights and interests on the present territory of the Polish People's Republic were affected.»

Une disposition identique s'appliquait aux intérêts tchécoslovaques.

L'Accord roumano-tchécoslovaque stipule simplement l'abandon réciproque des réclamations du fait des nationalisations:

Article 2. «The Czechoslovak party waives all its claims which have arisen up to the day of the signature of this Treaty from whatever measures of nationalisation, land reform, and expropriation decrees, as well as from whatever other legal measures by which were affected (limited or taken) properties, rights and interests of the Czechoslovak State and Czechoslovak legal and physical persons in the Roumanian People's Republic.»

Une solution identique fut prévue pour les intérêts roumains<sup>92</sup>.

#### 9.A.4.2 La portée des accords du point de vue du droit international

La conclusion de ces accords démontre que les Etats contractants se sont rendu compte que la nationalisation de la propriété étrangère est un acte à dimension internationale entraînant l'obligation internationale de payer une indemnité.

Ces deux conséquences primordiales résultant de la pratique des accords d'indemnisation entre Etats communistes ne se trouvent pas affaiblies du fait que les modes d'indemnisation obéissent à des critères entièrement différents de ceux appliqués dans les conventions avec les Etats non-communistes. Tandis que ces derniers distribuent la somme obtenue aux ayants-droit, les Etats communistes la gardent pour eux, du moins pour l'essentiel.

«( . . ) in the case of compensation treaties between Communist States, the claimants whose property was nationalised receive hardly anything as com-

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 905; nos italiques. Ce passage est très important, puisqu'il statue expressément que l'Accord concerne aussi les actes de dépossession accomplis à l'encontre de particuliers.

pensation because the municipal legislation implementing such treaties (. . .) shows that it is the Communist claimant State which is compensated by the other Communist State and that its dispossessed subjects receive hardly any compensation at all.

I submit that such agreements cannot affect the correctness of the view of the essential identity of the legal principles underlying compensation treaties both between Communist and non-Communist States»<sup>93</sup>.

La pratique des accords d'indemnisation entre Etats communistes permet aussi d'examiner l'attitude de ces Etats en regard du «standard international». Nous savons que les propriétaires dépossédés dans les pays d'Europe orientale n'ont rien reçu, ou tout au plus des montants symboliques, en dépit des promesses faites dans les lois nationales<sup>94</sup>. Dans la mesure où les accords d'indemnisation entre Etats communistes prévoient des montants plus élevés pour les étrangers, les parties contractantes ont implicitement reconnu le «traitement international» au détriment du «traitement national». Puisque nous ne disposons pas de chiffres, nous devons assortir cette constatation d'une réserve. Même si elle était fondée dans certains cas, on pourrait démontrer la reconnaissance implicite du «traitement international» d'une autre façon encore:

Pour exécuter l'Accord polono-tchécoslovaque, le Ministère des finances de Tchécoslovaquie a édicté un Règlement qui est cité par Drucker<sup>95</sup>:

§ 1 (3) «Compensation will be paid only for immovable property, provided it had the character of personal or small private ownership.  
(. . .)

Compensation will, however, not be awarded for even such property if in the Czechoslovak Republic, by a similar measure by which such property was affected in the Polish People's Republic, no compensation is being awarded.»

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 250.

<sup>94</sup> A l'exception de ceux qui pouvaient ultérieurement profiter d'un accord d'indemnité globale et forfaitaire.

<sup>95</sup> Rules of the Ministry of Finance «on the internal settlement of certain claims according to act no. 38/1959 relating to the Polish People's Republic», cité par DRUCKER, *op.cit.* p. 148 II. 88, p. 244.

Tout d'abord, cela signifie, et nous l'avons déjà relevé, que ces accords prévoient des indemnités en faveur des anciens propriétaires privés; ensuite, que l'indemnité obtenue par l'Etat tchécoslovaque se compose de deux parties: l'une qui est destinée aux ayants-droit privés — c'est la plus petite — et l'autre, beaucoup plus importante, que l'Etat gardera pour soi.

Nous sommes surpris par deux constatations: premièrement, par le fait qu'un Etat communiste défende la cause de ses ressortissants touchés par des actes de dépossession apparemment confiscatoires à l'étranger et, deuxièmement, par le fait qu'il se batte pour obtenir une indemnité, bien que les actes de dépossession aient touché des particuliers qui, selon son droit interne, n'auraient pas obtenu d'indemnisation. Pourquoi la confiscation de ces biens ne laisse-t-elle pas indifférent l'Etat tchécoslovaque et fait-elle réapparaître une différence entre le «traitement national» et le «traitement international»?

Apparemment, le sort des biens de ses ressortissants à l'étranger n'a pas du tout laissé indifférent l'Etat tchécoslovaque. Au contraire, il devait se sentir lésé par les actes de dépossession. Et, allant plus loin, on peut affirmer que l'économie tchécoslovaque devait, dans la conception du Gouvernement, comprendre les biens sis à l'étranger appartenant soit à l'Etat, soit à des personnes morales ou physiques privées. Selon cette conception, il est évident que l'Etat ne pouvait tolérer qu'un gouvernement étranger procède sans indemnisation à des actes de dépossession de propriétés tchécoslovaques sises à l'étranger.

On ne s'occupe plus du point de savoir s'ils touchent des biens appartenant à la collectivité ou à des privés, ni même de celui de savoir si l'égalité de traitement est respectée entre nationaux et étrangers, ou encore entre nationaux résidant en Tchécoslovaquie et nationaux résidant à l'étranger (ou résidant en Tchécoslovaquie et possédant des biens à l'étranger).

Comment peut-on par conséquent contester que les Etats d'origine aient le droit de réclamer que leurs ressortissants ne soient dépossédés que contre une indemnité prompte, effective et adéquate? Les Etats non-communistes ont aussi le droit de considérer les propriétés de leurs ressortissants à l'étranger comme une partie intégrante de leur économie nationale. Qu'ils distribuent la somme

obtenue aux ayants-droit ou qu'ils la gardent dans les caisses de l'Etat ne joue aucun rôle, puisqu'il s'agit là d'une question liée au système économique, dont le choix est une affaire interne.

On comprend mal comment les Etats communistes peuvent dès lors prétendre que le «standard minimum» se confond avec le «traitement national». Leur propre pratique le dément, et elle nous prouve qu'ils se sont fortement rapprochés des règles classiques dans certaines situations où ils étaient eux-mêmes (respectivement leurs ressortissants) impliqués dans des nationalisations étrangères<sup>96</sup>.

On peut rappeler à nouveau le cours donné par VERDROSS, selon qui les règles classiques «devraient raisonnablement même être reconnues pour le commerce entre des Etats socialistes. Car, en l'absence d'une telle règle, chaque Etat pourra confisquer les biens situés sur son territoire et appartenant aux institutions commerciales de l'autre Etat»<sup>97</sup>.

### 9.A.5 Conclusion

La pratique conventionnelle dans les cas de dépossession ne mène pas à une conclusion univoque. Aussi faux qu'il serait de prétendre que la «formule Hull» est et sera exactement ce qu'elle a toujours été par le passé, aussi faux serait-il de conclure à l'abolition des règles classiques.

L'interprétation du droit se fait toujours à la lumière de cas d'espèce, avec les particularités de ceux-ci, et elle est, au moins dans une certaine mesure, fonction de l'esprit du temps. La pratique décrite démontre qu'en fin de compte, les Etats se sont souvent montrés beaucoup plus respectueux de la «formule Hull» qu'ils n'ont bien voulu le reconnaître.

<sup>96</sup> «By recognising among themselves the principle of territoriality, and of the obligation to pay compensation for nationalization, Communist States have come into line with the traditional rules of international law», DRUCKER, *op.cit.* p. 148 n. 88, pp. 248 s.

<sup>97</sup> VERDROSS, *op.cit.* p. 45 n. 24, p. 371.

Rien ne nous interdit dès lors de constater que «( . . . ) the classical formula of «prior, adequate and effective compensation» servait au moins de «maximum and practical guide»<sup>98</sup> à cette pratique.

## **B La pratique conventionnelle des Etats ayant pour objet la protection de la propriété**

### **9.B.1 Introduction**

La pratique conventionnelle des Etats ne se concrétise pas seulement dans les accords conclus après l'accomplissement de nationalisations, qui visent pour ainsi dire le passé, mais elle résulte également d'un grand nombre d'accords tournés vers l'avenir: ceux qui concernent la protection et la promotion des investissements (APPI), comme les appelle la terminologie française<sup>99</sup>. Mis à part la plupart des traités d'amitié, de commerce et de navigation (Treaties of Friendship, Commerce and Navigation, ci-après: traités FCN), les APPI ont été conclus dans un passé récent. En Europe, c'est la République fédérale d'Allemagne qui a innové en la matière en développant dès la fin des années cinquante un vaste réseau d'APPI, qui comprend actuellement plus de quarante traités. Dans les années soixante-dix, la France et la Grande-Bretagne ont constitué à leur tour un système d'APPI.

<sup>98</sup> Citations tirées de la sentence *Liamco*, *ILM* 1981, p. 86.

<sup>99</sup> En Grande-Bretagne, on les appelle «Treaties for the Promotion and Protection of Investments», aux Etats-Unis en général «Treaties of Friendship, Commerce and Navigation», parfois aussi «Treaty of Amity and Economic Relations»; en République fédérale d'Allemagne, ils portent le nom de «Vertrag über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen», ou plus brièvement «Investitionsschutzvertrag».

Au sujet des APPI, voir notamment LAVIEC, *Protection et promotion des investissements*, Etude de droit international économique. Ce livre contient une liste des accords conclus, cf. pp. 313 ss. Voir également SALEM, *op.cit.* p. 52 n. 39, pp. 579 ss.

Aujourd'hui, la plupart des Etats industrialisés sont parties à de tels accords. Selon JULLARD, le système développé par la Suisse vient en seconde place derrière celui de la République fédérale d'Allemagne, «tant au point de vue de la chronologie que de l'importance»<sup>100</sup>. Le nombre des APPI conclus à ce jour se monte probablement à plus de deux cents<sup>101</sup>. On voit qu'il s'agit là d'un réseau d'une importance considérable. Les APPI ne sont pas exclusivement conclus entre pays industrialisés et pays en voie de développement<sup>102</sup>. A partir de 1982, la République populaire de Chine est devenue partie à plusieurs de ces accords. Récemment, elle a conclu un Accord concernant la protection des investissements avec Singapour et un autre le 12 novembre 1986 avec la Suisse<sup>102a</sup>.

Avant d'examiner le contenu des APPI, nous allons brièvement retracer l'histoire de ces accords.

## 9.B.2 Aperçu historique

Tout au long de l'histoire, les traités de paix ont servi de cadre pour régler, entre autres, des questions économiques et commerciales<sup>103</sup>. «L'origine des traités de commerce modernes remonte au moyen âge.

<sup>100</sup> JULLARD, «Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France», *Chonet* 1979, p. 279. CAELISCH énumère les accords conclus par la Suisse, *op.cit.* p. 79 n. 138, pp. 18 s, no 34.

<sup>101</sup> VERWEY/SHRIJVER, *op. cit.* p. 8 n. 9, p. 3, dénombraient 195 APPI en 1983.

<sup>102</sup> VERWEY/SHRIJVER en indiquent 14, dont 10 datent de la période de 1975 à 1982. Il s'agit de traités entre l'Egypte et la Roumanie, l'Egypte et le Soudan, l'Egypte et la Yougoslavie, la Roumanie et le Gabon, la Roumanie et le Pakistan, la Roumanie et le Sri Lanka, la Roumanie et le Soudan, le Sri Lanka et la Corée du Sud, le Sri Lanka et Singapour et d'un traité multilatéral, l'«Inter-Arab-Investment Protection Treaty», *ibid.*, pp. 93 ss.

<sup>102a</sup> RO 1987, p. 589, RS 0.975.224.9. Elle vient de signer un APPI avec le Japon, NZZ no 200 du 29 août 1988, p. 9.

<sup>103</sup> Le Traité de paix de Francfort du 10 mai 1871 réglait les rapports de commerce de la France avec l'Allemagne. NOLDE, «Droit et technique des traités de commerce», *RCADI*, t. 3, 1924, p. 297; le Canton de Glaris était partie au Traité de paix et de commerce de la Confédération avec Charles VII de 1452.

Ils se forment par une lente évolution des actes de paix et de trêve (. . .)»<sup>104</sup>. Cette pratique fut aussi suivie à l'époque par les Confédérés, qui essayaient d'obtenir pour leurs commerçants l'octroi de privilèges commerciaux (notamment aux Foires de Lyon pour ce qui concernait leurs rapports avec la France voisine), des exemptions de droits de douane et la garantie d'une sécurité minimum de leurs ressortissants à l'étranger.

Garantis d'abord par des actes unilatéraux, ces droits et privilèges, ainsi que diverses obligations, firent peu à peu l'objet de mentions dans des actes bilatéraux<sup>105</sup>, ceci dès le XIV<sup>e</sup> siècle, principalement en Angleterre (qui disposait vers 1500 d'un véritable réseau de traités de commerce)<sup>106</sup>. On y trouvait des dispositions concernant «le droit des marchands de venir et de séjourner dans le pays et d'y amener leurs marchandises», la protection de la propriété privée des marchands en mer contre les corsaires et d'autres garanties visant un traitement qu'on devait appeler un jour le «traitement national»<sup>107</sup>.

D'autres Etats suivirent l'exemple de l'Angleterre au cours des XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles. Le XVII<sup>e</sup> et le début du XVIII<sup>e</sup> siècle sont considérés comme la grande époque de l'évolution des traités de commerce.

Leur contenu variait selon les époques. Pendant la période du Mercantilisme, on mettait l'accent sur le règlement des droits de douane, codifiant en outre certaines règles du droit de la guerre maritime et de la neutralité. Le XVIII<sup>e</sup> siècle vit l'extension des traités de commerce aux Etats d'Europe centrale et d'Amérique du Nord<sup>108</sup>. Ce développement fut freiné pendant la Révolution française et l'Empire, pour reprendre vers 1820. Cette nouvelle période a vu, d'une part, la disparition dans les traités des dispositions relatives au droit de la guerre et de la neutralité et, d'autre part, l'élargissement

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>105</sup> *Ibid.*, pp. 300 s. «On peut affirmer que le traité de commerce dans l'Europe du moyen-âge est une invention anglaise», *ibid.*, page 301.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>107</sup> *Ibid.*, pp. 301 s.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 309.

du cercle des contractants à tous les Etats d'Amérique ainsi qu'à certains Etats orientaux<sup>109</sup>.

Dans un monde protectionniste, l'objectif principal de ces traités consistait à obtenir pour les commerçants le «traitement national», qui était alors le plus avantageux. Nous pensons que certains auteurs, qui défendaient au début et au milieu de notre siècle l'idée du «traitement national», étaient encore marqués par ce qui fut une vérité historique, pourtant dépassée après la Révolution bolchévique.

Progressivement, ces traités englobèrent aussi des dispositions relatives au statut juridique des étrangers en général. «Beaucoup de traités de commerce contiennent de véritables Chartes des droits des étrangers»<sup>110</sup>.

Brièvement résumés, les traités de commerce conclus par l'Allemagne avaient le contenu suivant: «Protection de la personne, de la religion et de la propriété des étrangers, droit de séjour, d'établissement, admission à l'activité industrielle et commerciale, droits et obligations des étrangers en ce qui concerne le service et les prestations militaires, situation des étrangers en matière d'impôts»<sup>111</sup>.

A la veille de la Première Guerre mondiale, ces traités — communément appelés traités d'établissement, de commerce et de navigation (ou traités FCN) — offraient en général des conditions très généreuses aux étrangers. La Suisse fut partie, à cette époque, à seize conventions d'établissement<sup>112</sup>.

La Première Guerre mondiale marqua une rupture dans la négociation et l'application de ces traités. Leur rédaction devint plus prudente et restrictive<sup>113</sup>. Le «traitement national», objectif principal visé avant la guerre, fut progressivement abandonné, probablement sous l'influence des événements d'Union Soviétique. En matière de

<sup>109</sup> *Ibid.*, pp. 313 s.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 362.

<sup>111</sup> *Ibid.*, nos italiques.

<sup>112</sup> Cf. STOFFEL, *op.cit.* p. 19 n. 5, pp. 99 s. ou l'étude de la Direction du droit international public du Département politique fédéral, du 27 janvier 1977. ASDI, vol. XXXIV, 1978, pp. 97 s.

<sup>113</sup> *Ibid.*, pp. 97 s et Stoffel, *op.cit.* p. 19 n. 5, p. 73.

protection des biens notamment, le but consistait à définir le standard dans le traité lui-même, indépendamment des droits nationaux<sup>114</sup>.

Après la Seconde Guerre mondiale, le nombre des conventions d'établissement alla en diminuant. Les Etats industrialisés commençaient alors à régler la protection de la propriété dans les APPI, sauf les Etats-Unis qui restaient encore fidèles aux traités FCN (qui couvraient un domaine beaucoup plus vaste que les APPI: même la version abrégée contient des dispositions sur l'entrée et le séjour des personnes, les libertés personnelles, l'accès aux tribunaux, la liberté du commerce et de l'industrie, le traitement des exportations et des importations, des questions de navigation, l'indemnisation en cas d'expropriation et d'autres matières concernant le statut et les activités des ressortissants et des entreprises de l'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre<sup>115</sup>).

L'Allemagne fédérale, en 1959, conclut le premier APPI avec le Pakistan<sup>116</sup>, alors que les Etats-Unis ne signèrent leur premier APPI, avec l'Egypte, que le 29 septembre 1982. Contrairement aux traités FCN antérieurs à la Première Guerre mondiale, les APPI, en règle générale, n'optent jamais de façon exclusive pour le traitement national<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> Dans le Traité entre les Etats-Unis et l'Allemagne, signé en 1923, la formule suivante apparaissait déjà:

«The nationals of each High Contracting Party shall receive within the territory of the other, upon submitting to conditions imposed upon its nationals, the most constant protection for their persons and property, and shall enjoy in this respect that degree of protection that is required by international law. This property shall not be taken without due process of law and without payment of just compensation», cité par WILSON, «Property-Protection Provisions in United States Commercial Treaties», *AJIL*, vol. 45, 1951, p. 98.

<sup>115</sup> Voir la «Letter of Transmittal» du Président des Etats-Unis du 8 avril 1966, *ILM* 1966, pp. 737 s.

<sup>116</sup> SALEM, *op.cit.* p. 52 n. 39, p. 582.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 606.

### 9.B.3 Le contenu des accords concernant la protection et la promotion des investissements

L'agencement des accords conclus par les divers Etats présente beaucoup de traits communs, ce qui s'explique par l'identité de l'objectif recherché, la promotion et la protection des investissements. Les accords souscrits par un même pays sont souvent similaires, étant rédigés la plupart du temps selon un traité-modèle. C'est le cas par exemple pour la République fédérale d'Allemagne et les Etats-Unis, qui en possèdent deux: une version abrégée et une version plus étendue<sup>118</sup>. Il va sans dire que ces traités-modèles subissent des modifications selon le cocontractant et le cadre des négociations.

Le contenu des APPI est généralement très détaillé. On y trouve, souvent après un préambule, des définitions de termes importants utilisés dans l'accord (notamment: investissement, ressortissant respectivement de l'une et de l'autre partie, société, etc. . . .). Ces définitions sont suivies d'articles qui arrêtent les obligations de fond concernant le traitement des investissements, leur sécurité, leur protection et les modalités des transferts de paiements, de devises et de dividendes. Pratiquement tous les accords contiennent un article définissant les obligations respectives dans l'éventualité de mesures de dépossession. Les dispositions finales ont généralement trait au règlement des différends, à la durée et à l'entrée en vigueur des accords.

Le mode choisi pour le règlement des différends varie. Quelques accords se réfèrent à la juridiction de la CIJ<sup>119</sup>, d'autres prévoient un

<sup>118</sup> Ils sont publiés dans FRICK, *Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern*, pp. 254 ss. C'est également le cas pour la Suisse, dont les «divers accords ont une teneur à peu près identique», Message du Conseil fédéral concernant la conclusion de traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements de capitaux, *FF* 1982, vol. III, p. 976.

<sup>119</sup> Le modèle pour les traités FCN contient la clause suivante: «Any dispute between the parties as to the interpretation or application of the present treaty, not satisfactorily adjusted by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the parties agree to settlement by some other pacific means.»

D'après FRICK, *op.cit.* p. 158 n. 118, p. 169, cette disposition n'est pas une clause de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la CIJ dans le sens de l'art. 36,

tribunal arbitral si les moyens diplomatiques n'ont pas abouti à une solution<sup>120</sup>, ou d'autres procédés<sup>121</sup>. Plusieurs APPI stipulent le recours au CIRDI pour le cas de différends entre l'investisseur privé et l'Etat<sup>122</sup>.

Les APPI sont des traités bilatéraux conclus entre Etats. Notre sujet étant la protection de la propriété étrangère en droit international général, on peut se poser la question suivante: pourquoi consacrer un chapitre à des accords bilatéraux qui paraissent d'emblée établir une «*lex specialis*» entre les parties contractantes par rapport à la «*lex generalis*» qu'est le droit international général?

L'étude sommaire que nous venons de faire du contenu des accords concernant la protection des investissements nous apprend que la protection qu'ils prévoient dépasse les garanties assurées par le «standard minimum». L'obligation de traiter les investissements de manière correcte et équitable, qu'on trouve très fréquemment dans les APPI, va déjà au-delà de la protection dont bénéficie le propriétaire en vertu des règles du «standard minimum»<sup>123</sup>. Il s'ensuit de la

chiffre 1, du Statut de la Cour. Son opinion n'est pas partagée par ARNOLD/HILL/KERN, *ibid.*, n. 326 à la p. 169, en ce qui concerne le traité FCN de 1954 conclu entre les Etats-Unis et la RFA. Le point de vue de FRICK exprimé de manière si catégorique et générale nous paraît discutable.

<sup>120</sup> C'est notamment le cas des APPI conclus par la Suisse. Il faut relever ici que la Suisse n'a encore jamais eu l'occasion de mettre en œuvre sa protection diplomatique dans le cadre des mécanismes de règlement des différends prévus par un APPI qu'elle a conclu. Cela pourrait toutefois changer, si l'on en croit la quotidien «24 Heures» (de Lausanne) qui relatait dans son no 22 du 27 janvier 1983 les démarches effectuées par la Confédération suisse pour faire respecter les droits d'un citoyen suisse établi en Equateur.

<sup>121</sup> L'accord entre la Chine populaire et la Belgique et le Luxembourg prévoit un tribunal arbitral, mais uniquement si les moyens diplomatiques et les efforts de conciliation d'une commission mixte n'ont pas abouti (art. 12).

<sup>122</sup> VERWEY/SHRIJVER, *op.cit.* p. 8 n. 9, pp. 93 ss, en donnent une liste. Pour un exemple récent cf. l'art. VI de l'APPI entre la Turquie et les Etats-Unis du 3 décembre 1985.

<sup>123</sup> «The terms «fair and equitable treatment» envisage conduct which goes far beyond the minimum standard and afford protection to a greater extent and according to much more objective standard than any previously employed form of words», MANN, «British Treaties for the Promotion and Protection of Investments», *BYIL* 1981, p. 244.

nature de ces accords que leur but est d'offrir une protection accrue aux investissements, dépassant celle garantie par le droit international coutumier. «Given its purpose of establishing enduring friendship and commerce between the parties, the Treaty of Amity must be regarded as providing a standard of protection broader than that of customary international law»<sup>124</sup>.

Deux approches sont donc possibles pour étudier ces accords dans le cadre du présent travail. On pourrait d'une part y rechercher des références au droit international coutumier, ce qui nous renseignerait sur la manière dont les Etats comprennent leurs obligations découlant du droit international général. D'autre part, on pourrait essayer d'en dégager des règles coutumières: d'après FRICK<sup>125</sup>, quelques restrictions à la clause de la nation la plus favorisée apparaissent avec une constance telle qu'elles en ont pris un caractère coutumier. Est-il inconcevable d'arriver à la même conclusion pour certaines dispositions applicables aux actes de dépossession? Il faut toutefois mentionner immédiatement une objection de poids à cette approche: généralement, les dispositions des traités ne se contentent pas de répéter la coutume, qui vaut pour tous les sujets du droit des gens: les parties entendent stipuler des droits et obligations spéciaux.

Trois remarques s'imposent à ce stade:

a) Nous avons vu que l'objectif principal des APPI n'est pas de codifier le droit coutumier: ils vont au-delà du «standard minimum». L'examen de dispositions qui ne sont que «*leges speciales*» entre les parties contractantes dépasserait le cadre de notre travail; par conséquent, nous nous bornerons à étudier les clauses dont le contenu s'approche du «standard minimum». Il s'agit avant tout des dispositions traitant des cas de dépossession.

b) L'objectif des APPI est la protection et la promotion des investissements, notre sujet est la protection de la propriété étrangère en droit international. Les notions de propriété et d'investissement ne

<sup>124</sup> U.S. Department of State, Memorandum of the Legal Adviser on the Application of the Treaty of Amity to Expropriations of Iran, 13 octobre 1983, *ILM* 1983, n. 68 à la p. 1408.

<sup>125</sup> FRICK, *op.cit.* p. 158 n. 118, p. 100.

doivent pas nécessairement se confondre. Suivant la définition que donnent les APPI au second terme, celui-ci peut avoir un sens plus restrictif que le mot «propriété».

c) La dernière remarque découle en partie de la précédente; elle rappelle en même temps que les APPI vont au-delà du «standard minimum». La promotion implique des obligations beaucoup plus étendues que la simple protection. La promotion comprend une obligation de faire, tandis que la protection est en principe assurée par l'obligation incombant à l'Etat de s'abstenir de porter atteinte à la propriété<sup>126</sup>. Ce qu'on vise par les APPI, c'est que les investissements arrivent, que les affaires marchent normalement et que cette bonne marche des choses ne soit pas dérégulée. L'acte de dépossession, qui représente la fin d'un investissement, n'est certes pas l'objectif prépondérant. Le droit international n'oblige aucun Etat à accepter des étrangers ou leurs investissements sur son territoire, mais, dès lors qu'un Etat les admet, «il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement»<sup>127</sup>. D'après les règles classiques, il a notamment l'obligation de respecter les droits acquis des étrangers et de leur verser une indemnité prompte, effective et adéquate en cas de dépossession. Nous examinerons donc principalement les articles traitant des actes de dépossession, insérés dans les accords pour le cas où une telle mesure serait malgré tout prise (il ne fallait rien laisser au hasard!).

#### **9.B.4 La clause concernant les actes de dépossession**

A l'exception de quelques cas isolés, toutes les clauses concernant les actes de dépossession s'inspirent de la «formule Hull», dont elles constituent, au fond, une paraphrase plus ou moins détaillée, plus ou moins prolixe et parfois rehaussée d'adjonctions particulières. Plusieurs de ces clauses se réfèrent d'ailleurs directement au droit des

<sup>126</sup> Toutefois, la protection implique aussi l'existence d'un ordre juridique qui permette, en cas d'atteinte, d'obtenir le respect des droits de propriété.

<sup>127</sup> Affaire de la *Barcelona Traction*, *RCIJ* 1970, par. 33.

gens applicable en la matière. L'examen des clauses nous amène à faire les observations suivantes:

a) Les APPI ne font en général aucune différence entre l'expropriation et la nationalisation. Quelle que soit la mesure de dépossession, la manière d'indemniser reste la même. Les textes récents y assimilent souvent les autres mesures ayant un effet équivalent. Ainsi l'Accord entre la Suisse et la République Démocratique Socialiste du Sri Lanka emploie la formule: «( . . . ) ni de mesures équivalant à une nationalisation ou à une expropriation (appelées ci-après «expropriation») ( . . . )»<sup>128</sup>. L'Accord conclu en 1980 entre la France et le Sri Lanka parle de «toutes autres mesures dont l'effet serait de déposséder, directement ou indirectement, les ressortissants ou sociétés de l'autre partie ( . . . )»<sup>129</sup>.

Au moins jusqu'aux années soixante-dix, les traités FCN conclus par les Etats-Unis faisaient exception, en ce sens qu'ils ne visaient que les expropriations et nationalisations directes<sup>130</sup>. Mais les accords récemment intervenus s'éloignent du texte traditionnel. Les termes utilisés dans l'article III (1) du Traité avec l'Egypte ressemblent beaucoup aux formules des APPI:

«( . . . ) or subjected to any other measure, direct or indirect (including, for example, the levying of taxation, the compulsory sale of all or part of such an investment, or impairment or deprivation of management, control or economic value of such an investment by the national or company concerned), if the effect of such other measure, or a series of such other measures, would be tantamount to expropriation or nationalization (all expropriations, all nationalizations and all such other measures hereinafter referred to as «expropriation»), ( . . . )»<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> Art. 6 de l'Accord du 23 septembre 1981, *RO* 1983, pp. 772 ss, *RS* 0.975.271.2.

<sup>129</sup> *Chunet* 1982, pp. 998 ss, art. 7, chiffre 2. Enfin, citons encore un exemple britannique qui figure dans le Traité entre la Grande-Bretagne et le Panama de 1983: «( . . . ) or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as expropriation) . . . », *ILM* 1984, pp. 708 ss, art. 5, chiffre 1<sup>er</sup>.

<sup>130</sup> «Durch die Beschränkung der Regelung allein auf den Eigentumsentzug ist der investor in dem weiten Feld der enteignungsgleichen Eigentumsbeschränkung nur mangelhaft geschützt», *FRICK, op.cit.* p. 158 n. 118, p. 252.

<sup>131</sup> Traité de 1982, *ILM* 1982, pp. 927 ss; voir aussi l'art. IV, chiffre 1<sup>er</sup>, du Traité entre les Etats-Unis et le Panama de 1982, *ILM* 1982, pp. 1227 ss.

b) A quelques exceptions près, les APPI vont toujours au-delà du «traitement national»<sup>132</sup> et définissent un standard minimum qui ne peut en aucun cas être réduit par la législation interne.

L'indemnité stipulée satisfait pratiquement toujours aux critères classiques. Une grande majorité des accords exige le paiement dans des délais correspondant au critère de la promptitude; il en va de même pour l'effectivité et, en ce qui concerne le montant de l'indemnité, une très large majorité utilise le terme d'«adéquat», d'«équivalant à la valeur commerciale» (dite aussi «de marché»), d'«entier» ou d'«équivalant à la valeur»<sup>133</sup>. Cette observation vaut également pour les APPI conclus entre les pays en voie de développement. Cela n'empêche pas que les mesures de dépossession soient expressément admises si elles remplissent les conditions mentionnées, auxquelles s'ajoute quasiment toujours l'exigence d'un intérêt public quelconque. Parfois, l'absence de discrimination est également stipulée comme condition.

Certains accords interdisent en outre les actes de dépossession contraires à des engagements spécifiques. Ces clauses visent les contrats entre Etats et personnes privées, ou les concessions par lesquelles la partie étatique s'est engagée à ne pas nationaliser ou à garantir la stabilité du droit applicable<sup>134</sup>.

c) Il est surprenant de constater que divers accords contiennent des références expresses au droit des gens. Dans la pratique conventionnelle suisse, la phrase «( . . . ) elles (sc. les mesures de dépossession)

<sup>132</sup> Le Traité d'amitié et de commerce entre le Japon et l'Indonésie de 1961 et le Traité de commerce entre le Japon et le Salvador de 1963 ne garantissent que le «traitement national». Dans des accords plus récents, Japon — Egypte de 1977 et Japon — Sri Lanka de 1982, le «traitement national» est abandonné au profit d'un standard défini par l'accord même. Selon SHATJVER/VERWEY, qui ont examiné 195 traités, seuls 12 prescrivent le «traitement national». De ces douze accords, onze ont été conclus avant 1975, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 60 et p. 66.

<sup>133</sup> *Ibid.*, pp. 70 ss.

<sup>134</sup> De pareilles clauses figurent par exemple dans les APPI entre les Pays-Bas et la Tunisie de 1963, entre la Grande-Bretagne et le Cameroun de 1963, entre les Etats-Unis et l'Egypte de 1982, entre la Belgique, le Luxembourg et la Tunisie de 1964, entre la France et la Tunisie de 1963, et entre la Suisse et la Mauritanie de 1976.

donnent lieu au paiement d'une indemnité effective et adéquate, conformément au droit international (. . .)»<sup>135</sup> continue à figurer dans des APPI venus à chef après l'adoption de la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats». Elle apparaît également dans la pratique conventionnelle d'autres Etats<sup>136</sup>.

Parfois, ces références se trouvent dans des clauses qui fixent les obligations générales des parties. C'est le cas des Accords franco-jordanien (1978) et franco-syrien (1979):

«Chacune des parties contractantes s'engage à assurer sur son territoire un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit ni en fait»<sup>137</sup>.

La technique utilisée dans l'Accord entre les Etats-Unis et l'Egypte est tout à fait particulière. Il stipule d'abord l'obligation générale suivant laquelle le traitement, la protection et la sécurité des investissements ne doivent jamais descendre au-dessous du niveau requis par

<sup>135</sup> Accord entre la Suisse et la République Arabe Syrienne de 1977; cf. également les Accords avec la République du Dahomey (actuellement le Bénin) de 1966, ratifié en 1973; avec la République fédérale du Cameroun de 1963; avec la République centrafricaine de 1973; avec la République de Congo-Brazzaville de 1962; avec la Côte-d'Ivoire de 1962; avec la République gabonaise de 1972; avec la République de Guinée de 1962; avec la République de Haute-Volta (actuellement Burkina Faso) de 1969; avec la République malgache de 1964; avec Malte de 1965; avec la République islamique de Mauritanie de 1976; avec la République du Niger de 1962; avec la République du Sénégal de 1962; avec la République du Tchad de 1967; avec la République togolaise de 1964; avec la République de Costa Rica de 1965; avec la République de l'Equateur de 1968; avec le Royaume Hachémite de Jordanie de 1976; avec la République tunisienne de 1961; et avec la République du Zaïre de 1972.

<sup>136</sup> Par exemple les APPI entre les Pays-Bas et la Tunisie de 1963, entre la Grande-Bretagne et le Cameroun de 1963, entre la Thaïlande et les Etats-Unis de 1966, entre la Belgique et le Luxembourg et la Tunisie de 1964, entre le Royaume-Uni et Panama de 1983, entre les Etats-Unis et Panama de 1982, entre la France et la Tunisie de 1963, entre la France et la Guinée équatoriale de 1983.

<sup>137</sup> Cité dans JULLIARD, *op.cit.* p. 154 n. 100, p. 318. Voir aussi la Convention entre la Suisse et l'Ouganda de 1971, RO 1972, pp. 2524 ss, RS 0.975.261.8 et l'art. 4 de la Convention entre la France et le Sri Lanka, *Chmet* 1982, p. 999.

le droit international (article II, chiffre 4). L'article III pose ensuite les conditions, très classiques d'ailleurs, que doit observer l'Etat nationalisant. La dernière section de cet article confère enfin aux nationaux ou aux sociétés qui se prétendent victimes d'une mesure de dépossession le droit d'accès à une juridiction équitable, qui déterminera «whether such expropriation, and any compensation thereof, conforms to the principles of international law set forth in this article»<sup>138</sup>.

Pour terminer, nous évoquerons encore deux références au droit des gens que l'on ne saurait négliger. On les trouve dans les Accords entre la Suède et la Chine populaire de 1982 et entre l'Union belgo-luxembourgeoise et la Chine populaire de 1984. La portée de ces références est très difficile à saisir, puisqu'elles sont d'ordre fort général et que nous ne disposons d'aucun exemple pratique qui permettrait de mieux les cerner. Mais le seul fait que ces conventions rappellent des principes généraux du droit international mérite d'être mentionné.

L'Accord sino-suédois comporte neuf articles, dont l'article 3, qui traite de manière tout à fait classique des obligations des parties en cas de dépossession, et l'article 7, rédigé comme suit:<sup>139</sup>

«Nothing in this Agreement shall prejudice any rights or benefits accruing under national or international law to the interests of a national or a company of one Contracting State in the territory of the other Contracting State.»

<sup>138</sup> L'Accord est publié dans *ILM* 1982, pp. 927 ss.

La Convention entre les Etats-Unis et le Brésil de 1965 contient aussi une référence au droit international qui est pourtant un peu moins explicite que celle que nous venons de voir: «( . . . ) it is accordingly understood that claims arising out of the expropriation of property of private foreign investors do not present questions of public international law unless and until the judicial process of the Recipient Country has been exhausted, and there exists a denial of justice, as those terms are defined in public international law», art. VI, chiffre 3, de l'Accord, *ILM* 1965, pp. 296 ss, nos italiques. Voir aussi l'article II, chiffre 3, de l'APPI entre la Turquie et les Etats-Unis de 1985, *ILM* 1986, pp. 87 ss.

<sup>139</sup> *ILM* 1982, pp. 477 ss (nos italiques). Une référence au droit international se trouve également à l'article 11, chiffre 5, de l'APPI entre la Chine populaire et la Suisse de 1986 concernant le droit applicable par un éventuel tribunal arbitral; *RO* 1987, pp. 589 ss, *RS* 0.975.224.9.

L'autre Convention mentionnée est accompagnée d'un protocole, qui dit en son article 6 que les différends relatifs au montant de l'indemnité due en cas d'expropriation, de nationalisation ou d'autres mesures semblables peuvent être soumis à un tribunal arbitral. Ce tribunal «shall give rulings on the basis of the national laws of the Contracting Party, which is party to the dispute, in whose territory the investment is situated, including the rules concerning the conflict of laws, on the basis of the provisions of this Agreement, on the basis of the terms of the particular agreement that may have been reached on the investment, and on the basis of the principles of international law generally recognized and adopted by the Contracting Parties»<sup>140</sup>. Indépendamment de l'importance pratique de ces clauses, il est remarquable que les parties contractantes aient inséré des références au droit international général dans des conventions internationales bilatérales sur la promotion et la protection des investissements. Ce fait est d'autant plus significatif au vu de l'identité des Etats parties à ces APPI. Il s'agit là d'un indice qu'aux yeux des Etats contractants, le droit international connaît des normes applicables aux investissements et à la propriété étrangère.

d) Les APPI sont conclus en prévision de l'avenir. Ils profitent généralement aux investissements futurs. Certains peuvent cependant avoir un effet rétroactif. L'Accord sino-suédois de 1982, par exemple, est applicable à tous les investissements réalisés après le 1<sup>er</sup> juillet 1979 (article 8)<sup>141</sup>. Toutefois, cet effet rétroactif, quand il est stipulé, est limité dans le temps et souvent encore quant à l'objet.

La validité des accords varie d'un an (quelques accords conclus par la Suisse, par exemple l'Accord avec le Dahomey, RO 1973, pp. 1540 ss, article 12, RS 0.946.291.741) à cinq ans (le modèle

<sup>140</sup> Art. 6, chiffre 5, du protocole, *ILM* 1985, pp. 546 ss; cf. aussi l'article 12, chiffre 5, de la Convention.

L'Accord entre la Chine populaire et la RFA prévoit comme droit applicable, dans les mêmes catégories de différends, les dispositions de la convention bilatérale, le contrat d'investissement éventuellement conclu et les principes généraux du droit international, *ILM* 1985, p. 537.

<sup>141</sup> Pour un autre exemple, cf. l'art. 8 de l'APPI entre la Chine populaire et la Suisse, RS 0.975.224.9.

allemand), ou plus (le modèle étendu des traités FCN prévoit une durée de 10 ans, l'Accord sino-suédois est prévu pour une durée de 15 ans). En règle générale, ces accords sont facilement renouvelables.

Les APPI sont des conventions internationales, bilatérales et réciproques conclues par des Etats indépendants qui ont la commune intention de promouvoir les investissements étrangers. Puisqu'ils visent des investissements futurs, leur champ d'application ne s'étend pas aux investissements datant de l'époque coloniale, élément qui favorise certainement beaucoup leur conclusion.

On peut constater, en résumé, que la protection offerte par les APPI est bonne. Elle s'oriente, pour les actes de dépossession, vers les normes les plus classiques. Cela vaut également pour les APPI conclus entre pays en voie de développement<sup>142</sup>. Cette tendance ne s'est pas affaiblie après l'adoption de la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats». Dans leur grande majorité, les APPI répudient le traitement national et optent pour un standard d'indemnisation supérieur au niveau minimum que l'Etat nationalisant doit observer<sup>143</sup>.

On s'est demandé, dans un chapitre précédent, si la pratique du Groupe des 77 se conforme aux résolutions adoptées par l'Assemblée

<sup>142</sup> Voir SHRIJVER/VERWEY, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 71. Nous citons à titre d'exemple l'«Agreement on Economic Cooperation and Protocol on Investment» entre l'Irak et le Koweït, qui comprend un Protocole «on the Promotion of the Movement of Capital and Investments between the two Countries»: «Neither of the two contracting parties may expropriate the investments owned by natural and legal persons belonging to the other party and invested within its borders except in the public interest and in return for a just and immediate compensation; the value of the compensation shall be equal to that of the expropriated investments at the time of expropriation. The compensation shall be paid as soon as such investments are assessed; the time taken up by such assessment shall not exceed one year. The value of the compensation shall be transferred in the same currencies as those in which they were provided for investment», *ILM* 1966, pp. 1140 ss; l'Accord a été signé en 1964.

<sup>143</sup> Une illustration en est donnée dans le cadre des rapports entre la RFA et les Etats-Unis définis par le Traité FCN de 1954. Dans certains cas, celui-ci protège mieux le propriétaire américain que la législation allemande ne protège le propriétaire allemand. Dans un arrêt du 19 décembre 1957, le «Bundesgerichtshof» a décidé que des réductions du montant de l'indemnité, possibles selon le

générale de l'ONU. Avec JUILLARD, on peut maintenant dire, en ce qui concerne la pratique conventionnelle bilatérale de ces Etats, qu'il «( . . . ) existe une dichotomie entre le discours public des Etats, imprégné d'idéologie, tel qu'il s'exprime dans le cadre du multilatéralisme, et le discours privé des Etats, coloré de pragmatisme, tel qu'il s'exprime dans le cadre du bilatéralisme»<sup>144</sup>.

### 9.B.5 Les effets et la portée des APPI

Dans la présente section nous aborderons deux types d'effets des APPI. Il s'agit, d'abord (sous a), des effets sur le plan universel, c'est-à-dire sur le plan des rapports entre les APPI et la coutume internationale et, ensuite (sous b), des effets sur le plan bilatéral, c'est-à-dire entre les parties.

Les effets sur le plan universel nous intéressent davantage que les autres; il est néanmoins utile d'examiner brièvement certains effets au plan bilatéral, car cela nous paraît donner une bonne illustration du système global des APPI.

#### 9.B.5.a Les APPI et le droit international coutumier

Les formules utilisées dans les dispositions relatives aux nationalisations reflètent-elles une nouvelle coutume internationale? Telle est la question posée par la doctrine.

droit interne, sont incompatibles avec ce Traité, *BGHZ*, vol. 26, pp. 200 ss, spécialement p. 202; cf. aussi FRICK, *op.cit.* p. 158 n. 118, n. 223 à la p. 143.

Dans une affaire *Capitol International Airways, Inc. v. RFA*, la société américaine n'a obtenu une indemnité que grâce au Traité de 1954. La société avait subi une perte, suite à une grève du personnel de contrôle aérien en Allemagne en 1973. Selon le droit allemand, les personnes morales étrangères ne peuvent pas bénéficier de la protection de la propriété garantie par l'article 14 de la Loi fondamentale. Le Traité de 1954 protège cependant les personnes physiques et les personnes morales contre les atteintes à la propriété. Par conséquent, l'Etat était tenu d'indemniser la société américaine. Arrêt du 28 février 1980, *BGHZ*, vol. 76, pp. 387 ss, spécialement pp. 395 s; *AJIL*, vol. 75, 1981, p. 155.

<sup>144</sup> JUILLARD, *op.cit.* p. 154 n. 100, p. 324.

DOLZER, se référant à DOEHRING et BAXTER, estime qu'il est généralement reconnu que l'existence de règles identiques dans un grand nombre de traités internationaux peut, dans certaines circonstances, entraîner la formation de règles coutumières<sup>145</sup>. On peut se demander s'il en va ainsi pour les APPI, en ce qui concerne les conditions de la nationalisation.

Il sera intéressant d'examiner la question de savoir si les clauses dont nous parlons prouvent la désuétude d'une coutume antérieure, si elles ne sont que l'expression de la coutume existante (et équivalant éventuellement, pour les nouveaux Etats, à une reconnaissance des règles coutumières classiques), ou si elles ont contribué à former une nouvelle coutume.

Avant de nous consacrer à ces questions, il est utile de rappeler le contenu d'une éventuelle nouvelle norme applicable aux mesures de dépossession qui se dégagerait des APPI. Comme nous venons de le voir, les dispositions concernant les obligations en cas de dépossession sont très proches les unes des autres. Le contenu de cette norme serait facile à déterminer. Il ne se distinguerait guère des règles classiques<sup>146</sup>.

<sup>145</sup> DOLZER, *op.cit.* p. 21 n. 12, p. 565.

<sup>146</sup> Pour mémoire, nous citerons l'article 3 de l'Accord entre la Chine populaire et la Suède, *ILM* 1982, pp. 477 ss:

«1. Neither Contracting State shall expropriate or nationalize, or take any other similar measure in regard to, an investment made in its territory by an investor of the other Contracting State, except in the public interest, under due process of law against compensation, the purpose of which shall be to place the investor in the same financial position as that in which the investor would have been if the expropriation or nationalization had not taken place. The expropriation or nationalization shall not be discriminatory and the compensation shall be paid without unreasonable delay and shall be convertible and freely transferable between the territories of the Contracting States.

2. The provisions of paragraph (1) shall also apply to the current income from an investment as well as, in the event of liquidation, to proceeds from the liquidation.»

### 9.B.5.a.1 La «Formule Hull» n'existe-t-elle plus?

Nous ne citerons que les exemples de la France, de la Grande-Bretagne, des Etats-Unis, de la République fédérale d'Allemagne ainsi que de la Suisse, qui profitent de chaque occasion pour affirmer que les règles classiques continuent à faire partie du droit coutumier<sup>147</sup>. Par contre, ces règles sont sérieusement battues en brèche par les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU. L'abrogation d'une règle coutumière du droit des gens ne se fait toutefois pas sans autre. Elle ne peut avoir lieu que par la formation d'une autre règle. Le principe de l'indemnité juste, effective et adéquate n'est pas mis à néant par le seul fait qu'il a été contesté<sup>148</sup>. De plus, il est déplaisant de voir que c'est précisément un Etat qui ne veut pas se conformer à la règle qui, ainsi, provoquerait son affaiblissement. On peut parfaitement imaginer que c'est en sachant bien que le droit international ne connaît que des sanctions rudimentaires, par rapport aux droits internes, que cet Etat cherche à échapper à la règle. On comprend également qu'il ne tienne pas à admettre une violation du droit et qu'il préfère contester l'existence de ce dernier. Souvenons-nous de FOUILLOUX, qui écrivait que «les droits sont indépendants, juridiquement, de l'aptitude à les faire valoir. Les caractères de l'indemnité, qui peut être pour cette raison symbolique, ne mettent pas en jeu l'existence de l'obligation d'indemniser»<sup>149</sup>.

Peut-on constater la formation d'une règle stipulant qu'aucune indemnité n'est due en cas de dépossession? La doctrine, la jurisprudence et la pratique conventionnelle consécutive aux nationalisations répondent clairement par la négative. Même les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU ne conduisent pas à une réponse posi-

<sup>147</sup> Cf. *supra*, section 8.2, pp. 126 ss.

<sup>148</sup> BLECKMANN, «Völkergewohnheitsrecht trotz widersprüchlicher Praxis», *ZaöRV*, 1976, vol. 36, p. 378: «Hier gilt der Grundsatz, dass ein Rechtssatz des Völkerrechts nur durch einen andern Rechtssatz des Völkerrechts aufgehoben werden kann. Galt früher unbestritten der Grundsatz der effektiven Entschädigung, ist dieser Grundsatz allein durch die Tatsache, dass er später umstritten wurde, nicht aufgehoben worden.»

<sup>149</sup> FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 421.

tive<sup>150</sup>. Les règles générales classiques ne sont pas abrogées. Cela ne signifie pas qu'elles s'interprètent toujours de la même façon qu'au début de ce siècle. Nous l'avons constaté en parlant de la doctrine, de la jurisprudence et des accords d'indemnité globale et forfaitaire.

Selon BLECKMANN, l'analyse d'une pratique contradictoire peut nous amener à faire une distinction entre un droit international ancien et un droit international récent<sup>151</sup>. Ne pourrait-elle pas nous amener, dans certaines conditions, à faire une distinction en fonction des sujets du droit international en cause?

La jurisprudence n'est en règle générale pas immuable, même si le droit reste exactement le même. Chaque règle de droit est, dans son application, sujette aux circonstances de l'espèce et à l'interprétation, laquelle est l'œuvre des juges ou des arbitres, mais aussi de toute autre personne qui doit l'appliquer dans l'exercice d'une fonction publique. Les conceptions et attitudes reflètent dans une certaine mesure l'esprit de l'époque et l'expérience personnelle. C'est ce qui explique que des solutions ou des arrêts différents peuvent se baser sur un même texte, une même loi<sup>152</sup>.

Il n'est dès lors pas du tout inconcevable que l'application de la «formule Hull» produise des résultats différents, à savoir l'allocation d'une indemnité plus ou moins élevée, suivant les parties en cause<sup>153</sup>.

Dans la sentence *Liamco*, l'arbitre Mahmassani, après avoir statué sur l'indemnité pour le «*damnum emergens*», se penche sur la question de l'indemnité pour le «*lucrum cessans*» en disant que «(. . .) the Arbitral Tribunal has reached the conclusion that it is just and

<sup>150</sup> Cf. *supra*, section 5.3.4, pp. 63 ss.

<sup>151</sup> BLECKMANN, *op.cit.* p. 170 n. 148, p. 378.

<sup>152</sup> Qui aurait pensé en 1874 que l'art. 4 de notre Constitution fédérale servirait un jour de base à un arrêt qui interdirait aux cantons de rémunérer différemment un instituteur et une institutrice exerçant un travail identique? ATF 103 Ia 517, *Loup c. Conseil d'Etat du Canton de Neuchâtel*.

<sup>153</sup> A nouveau, le phénomène selon lequel la qualité des parties peut jouer un rôle pour l'issue d'une affaire n'est pas inconnu des droits internes non plus. L'application du Code des obligations suisse à des faits identiques peut mener à deux solutions différentes suivant que l'affaire a été conclue entre commerçants ou entre non-commerçants, cf. par exemple l'art. 226m du Code des obligations.

reasonable to adopt the formula of «equitable compensation» as a measure for the assessment of damages in the present dispute, with the classical formula of «prior, adequate and effective compensation» remaining as a maximum and a practical guide for such assessment»<sup>154</sup>. C'est pour le moins dans cette acception que la «formule Hull» joue encore un rôle de nos jours. On peut admettre que cette manière de voir les choses constitue une modification dans l'interprétation des règles classiques, ce qui ne signifie cependant pas que celles-ci ont disparu du droit des gens<sup>155</sup>.

Reste à examiner la question de savoir si on peut effectivement dégager des APPI certaines règles coutumières ou si ceux-ci prouvent au contraire que le droit international actuel ne contient plus de normes relatives à la protection de la propriété étrangère<sup>156</sup>.

#### **9.B.5.a.2 Les clauses concernant les actes de déposssession prouvent-elles la désuétude de la «formule Hull»?**

Aurait-on inséré dans les APPI des dispositions correspondant presque exactement à la «formule Hull» si les parties avaient été convaincues que les règles classiques étaient encore en vigueur? Paradoxalement, on peut trouver un grand nombre d'APPI pour appuyer la thèse que les règles classiques sont tombées en désuétude. Ils témoignent des doutes sérieux qu'éprouvent les parties quant à l'efficacité de ces règles. Ainsi les APPI constitueraient-ils un indice de l'affaiblissement de la «formule Hull».

Mais qu'en est-il des clauses du type de la suivante: «Aucune des Hautes Parties Contractantes ne pourra prendre des mesures d'expro-

<sup>154</sup> Sentence *Liamco*, *ILM* 1981, p. 86.

<sup>155</sup> La règle de droit et l'interprétation vont de pair. «Interpretation is needed. The variety of administrative and governmental organization necessitates a certain vagueness, otherwise the standard never could find application in a general manner in view of the infinite possibilities of variety inherent in practical life», ROTH, *op.cit.* p. 23 n. 14, p. 191.

<sup>156</sup> «( . . . ) une règle conventionnelle peut soit confirmer soit infirmer la norme correspondante du droit international commun ( . . . )», CAFLISCH, *op.cit.* p. 35 n. 43, p. 25.

priation, de nationalisation ou de dépossession, directes ou indirectes (. . .) si ce n'est pour des raisons d'utilité publique et à condition que ces mesures donnent lieu au paiement d'une indemnité effective et adéquate conformément au droit des gens (. . .)»<sup>157</sup>

Ces clauses prouvent bien que les parties considèrent les règles classiques comme existantes: car elles n'auraient peut-être pas accepté cette rédaction si elles avaient été convaincues de la désuétude de ces règles coutumières. Des formules semblables, codifiant «*intra partes*» le droit coutumier, se trouvent dans de nombreux APPI conclus par les Etats les plus divers.

Dans ce contexte, on peut paradoxalement aussi faire état des résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU. Pourquoi celle-ci aurait-elle adopté des résolutions qui recommandent de ne plus se conformer aux règles classiques, si elle avait été convaincue que ces règles n'avaient plus force de droit?

Il est vrai que les traités bilatéraux ne codifient en règle générale pas le droit coutumier, bien que l'histoire des traités fournisse de nombreux exemples du contraire<sup>158</sup>: leur but est en premier lieu de poser des règles ayant force de droit entre les parties seulement. On ne peut donc en principe pas présumer qu'une convention bilatérale codifie des règles coutumières<sup>159</sup>.

La pratique des APPI ne prouve pas que la règle subordonnant les actes de dépossession au paiement d'une indemnité prompte, effective et adéquate est frappée de désuétude: de nombreux traités démontrent au contraire que les parties contractantes reconnaissent qu'elle est et demeure une norme de droit international.

<sup>157</sup> Art. 4 de l'Accord entre la Suisse et le Costa Rica, RO 1966, p. 1351, RS 0.975.228.5, nos italiques.

<sup>158</sup> Cf. *supra*, p. 126 et p. 157 n. 114 ainsi que pp. 163 s en ce qui concerne la protection de la propriété étrangère.

<sup>159</sup> C'est un peu différent pour certaines conventions multilatérales: la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 ou les Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires de 1961, par exemple, contiennent à la fois des règles coutumières codifiées et des règles nouvelles.

### 9.B.5.a.3 Les dispositions des APPI peuvent-elles devenir coutume?

La question ne devrait logiquement pas se poser seulement au sujet des dispositions concernant les obligations en cas de dépossession, mais aussi pour les autres formules d'usage courant.

Le droit conventionnel n'oblige que les parties, tandis que la coutume oblige tous les sujets du droit des gens. Les différentes dispositions d'une convention, fruits de concessions et d'avantages réciproques, forment un tout. En extrayant des dispositions isolées, on peut perdre le sens général. Ces motifs commandent une prudence extrême quand il s'agit d'examiner si des dispositions conventionnelles sont devenues normes coutumières. Aucun Etat n'est obligé de conclure des traités avec d'autres Etats, alors que la coutume doit être observée par tous. C'est pourquoi DOERING dit à juste titre: «Die Behauptung allein, auf einem bestimmten Rechtsgebiet bestehe schon eine ausgedehnte Vertragspraxis, kann einen nicht durch derartige Verträge unmittelbar gebundenen, dritten Staat noch nicht zu einem entsprechenden Verhalten verpflichten»<sup>160</sup>.

DOLZER, qui a soulevé la question de savoir s'il se dégage une coutume des APPI, y répond ainsi: «Thus, a close examination of such treaties indicates that the countries involved have established special regimes that would not have come into existence in the absence of the treaties. One aspect of this regime is the property protection clause. In other words, the existence of these treaties in itself does not support an argument that the relevant clauses are declaratory of the present state of customary law»<sup>161</sup>. VERWEY et SHRIJVER sont également très sceptiques<sup>162</sup> et avertissent le lecteur que «any unconditional conclusion is bound to prove defective under

<sup>160</sup> DOERING, «Gewohnheitsrecht aus Verträgen», *ZaöRV*, vol. 36, 1976, p. 92.

<sup>161</sup> DOLZER, *op.cit.* p. 21 n. 12, p. 566; voir aussi DOLZER, *op.cit.* p. 6 n. 3, p. 58.

<sup>162</sup> «On the basis of what real evidence is available it is, in our view, questionable to assume, simply because the treaties follow what according to one's own (Western) opinion constitutes the correct interpretation of international law, that they represent common *opinio iuris* and «can properly be regarded as (hard law)» *Op.cit.* p. 8 n. 9, p. 88.

analysis of the many ambiguities and inconsistencies involved». En effet, en ce moment, toute conclusion aboutissant à un avis catégorique serait déplacée, puisque la situation est encore trop peu stable et trop influencée par des courants qui se contredisent.

«Even though it therefore appears inadequate to argue that the bilateral treaties in question have created customary law, it would not necessarily follow that they could not be viewed as evidence of a widespread conviction that a corresponding rule of customary law exists»<sup>163</sup>.

Le problème est bien posé<sup>164</sup>. On n'assiste pas encore à la naissance d'une coutume — ou plus précisément à la réaffirmation dans le droit coutumier de la «formule Hull» dans son acception la plus classique, et d'autres règles protégeant la propriété étrangère sur la base des dispositions contenues dans les APPI — mais des indices nous montrent qu'on pourrait se diriger dans ce sens. Il faut prendre en compte l'extrême densité du réseau des APPI: un nombre important d'États du Groupe des 77 est partie à un ou plusieurs accords en vertu desquels ils se sont obligés à verser, en cas de dépossession, une indemnité qui serait effective et adéquate, librement transférable et payée dans un délai raisonnable. S'ils concluent de tels accords, c'est parce qu'ils souhaitent accueillir des investissements et comprennent que les investissements ne seront réalisés que si on accorde aux investisseurs certaines garanties et un certain standard d'indemnisation en cas de dépossession<sup>165</sup>.

<sup>163</sup> DOLZER, *op.cit.* p. 21 n. 12, p. 566.

<sup>164</sup> Il faudrait cependant ajouter que nous sommes en présence d'un cas-limite. On trouve d'autres exemples, similaires au nôtre, où la même prémisse — le droit conventionnel utilisant dans sa totalité une formule quasi identique — a permis la conclusion que ces formules indiquaient «l'existence d'une règle de droit international général allant dans le même sens», voit CAFLISCH, *op.cit.* p. 35 n. 43, p. 65 *in fine* et p. 66 *in initio*.

<sup>165</sup> Dans ce sens cf. SALEM, *op.cit.* p. 52 n. 39, p. 619: «Perçus globalement, les accords sont construits selon une logique qui fait des obligations convenues non pas des obligations en soi, mais des obligations au service d'une fin. (...) Dès lors, il semble bien difficile de démontrer — sous réserve de quelques nuances —, que ces accords réaffirment les principes en tant que tels.» Nous pouvons citer encore le Tribunal arbitral dans l'affaire *SEDCO Inc. and National Iranian Oil Company and Iran*: «The bilateral investment treaty practice of States, which

Les Etats ne sont pas tenus d'accepter des investissements étrangers. Ils peuvent les interdire s'ils les jugent non conformes à leur intérêt. Selon DOHRING, la bonne question, qu'on doit se poser quand il s'agit de savoir si une coutume peut être dégagée de traités, est la suivante:

«( . . . ) würde — negativ ausgedrückt — die Nichtausdehnung von allgemein üblichen Vertragsklauseln auf das Gewohnheitsrecht der Interessenlage der Mitglieder der Staatengemeinschaft unerträglich widersprechen und also eine unerträgliche Lücke lassen»<sup>166</sup>.

Toujours d'après le même auteur, la réponse à cette question doit être *affirmative* pour qu'on puisse admettre la formation d'une coutume.

En ce qui concerne la clause relative aux actes de dépossession contenue dans les APPI, la réponse à cette question est *négative*, puisque l'Etat n'est pas tenu d'accepter des investissements étrangers sur son territoire, et moins encore de les promouvoir. Mais dès lors que l'Etat souhaite ces investissements, la réponse devient *affirmative*. Dans de telles conditions, les Etats paraissent être conscients du devoir de garantir aux investisseurs un standard d'indemnisation comparable à celui de la «formule Hull». Puisque les investissements sont souhaités, cette clause paraît refléter une «*opinio juris*» générale dans l'Etat en question.

Au sujet de l'effet et de la portée juridique des recommandations contenues dans les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU et notamment de la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats», SHRIJVER/VERWEY font encore la remarque suivante: «Even if the norms embodied in Article 2 were to reflect the group of 77's «*opinio iuris*», the conspicuous and consistent lack of a corresponding

much more often than not reflects the traditional international law standard of compensation for expropriation, more nearly constitutes an accurate measure of the High Contracting Parties' views as to customary international law, but also carries with it some of the same evidentiary limitations as lump sum agreements. Both kinds of agreements involve in some degree bargaining in a context to which «*opinio juris* seems a stranger», *ILM* 1986, p. 633 (avec la réserve que nous ne pensons pas qu'il soit juste de mettre au même rang à cet égard les APPI et les accords d'indemnité globale et forfaitaire).

<sup>166</sup> DOHRING, *op.cit.* p. 174 n. 160, p. 93.

usus in the treaty practice of both the developed and the developing countries has prevented their further evolution into new principles of customary international law, both global and regional»<sup>167</sup>.

### 9.B.5.b Les effets des APPI sur le plan bilatéral

La grande majorité des APPI autorisent les actes de dépossession si ceux-ci sont dictés par l'intérêt public et effectués contre le paiement d'une indemnité effective et adéquate, librement transférable et payée dans un délai raisonnable. Toute nationalisation qui ne respecte pas ces conditions entraînera par conséquent la violation d'une obligation internationale. En pareil cas, l'acte de dépossession est illicite et l'Etat lésé peut demander réparation. Il s'agit de la violation d'une obligation conventionnelle et non d'une obligation coutumière. Cette considération joue un rôle important dans la jurisprudence interne des Etats-Unis. Bien que cette jurisprudence se situe en marge de notre sujet, il est intéressant de la présenter brièvement. Il advient fréquemment que des tribunaux nationaux aient l'occasion ou soient tenus de se prononcer sur les effets de nationalisations étrangères, comme par exemple dans l'affaire *Sabbatino*<sup>168</sup>:

Farr, Whitlock & Co., une société américaine, achète en 1960 du sucre à une société cubaine, filiale de l'«Azucara Vertientes Camaguey de Cuba» (C.A.V.). La C.A.V. est soumise au droit cubain mais appartient à des ressortissants des Etats-Unis. Pendant que le sucre est chargé sur un bateau, le Gouvernement de Cuba décrète la nationalisation de la C.A.V., qui ne sera pas indemnisée par la suite. Des agents de la C.A.V. avisent Farr, Whitlock & Co. que c'est la société C.A.V. qui est propriétaire du sucre, et non le Gouvernement cubain. Ils obtiennent aux Etats-Unis la nomination d'un «temporary receiver» en la personne de Sabbatino. C'est auprès de lui que le prix

<sup>167</sup> SHRIJVER/VERWEY, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 88.

<sup>168</sup> *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, U.S. District Court, S.D. New York, 1961, *AJIL*, vol. 55, 1961, pp. 741 ss. L'affaire a ensuite passé à la U.S. Court of Appeals, 2nd Cir., *AJIL*, vol. 56, 1962, pp. 1085 ss, et finalement à la Cour Suprême, *AJIL*, vol. 58, 1964, pp. 779 ss.

d'achat est consigné pendant que les tribunaux examinent la question de la propriété du sucre.

Le problème dans cette affaire était de savoir si l'acheteur devait payer le prix d'achat à la Banque nationale de Cuba pour le compte de l'Etat cubain. La Cour de district a statué que la nationalisation était discriminatoire et qu'elle ne prévoyait pas une indemnisation adéquate<sup>169</sup>. L'Etat cubain n'était pas devenu propriétaire du sucre et le prix d'achat ne pouvait pas être encaissé par la Banque nationale de Cuba. Cet arrêt fut confirmé en deuxième instance mais cassé par la Cour Suprême des Etats-Unis qui se fonda sur l'«Act of State doctrine». Elle renvoya l'affaire à la Cour de District.

Que faut-il entendre par «Act of State doctrine» et pourquoi produit-elle ce résultat? L'«Act of State doctrine» exclut que les tribunaux des Etats-Unis examinent la validité d'actes publics («public acts») accomplis sur le territoire d'une puissance souveraine étrangère reconnue par les Etats-Unis<sup>170</sup>.

Selon les termes employés par la Cour Suprême, qui cite l'arrêt *Underhill v. Hernandez* contenant l'énoncé classique de cette doctrine, «every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgement on the acts of government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves»<sup>171</sup>.

La mise en œuvre de cette doctrine est soumise à une importante condition. Le bien nationalisé doit se trouver dans le territoire de

<sup>169</sup> «Since the Cuban expropriation measure is a patent violation of international law, this court will not enforce it. It follows that C.A.V. owned the sugar which was sold in the present case . . .», *AJIL*, vol. 55, 1961, p. 745.

<sup>170</sup> Cour Suprême dans l'affaire *Sabbatino*, *AJIL*, vol. 58, 1964, p. 779 et pp. 785 ss.

<sup>171</sup> Cité par la Cour Suprême dans l'affaire *Sabbatino*, *AJIL*, vol. 58, 1964, p. 785 (nos italiques).

l'Etat nationalisant au moment où intervient la mesure<sup>172</sup>. En l'espèce, c'était bien le cas. En outre l'«Act of State doctrine» souffre des exceptions, dont l'une, très importante, est mentionnée par la Cour Suprême<sup>173</sup>:

«( . . . ) We decide only that the Judicial Branch will not examine the validity of a taking of property within its own territory by a foreign sovereign government, extant and recognized by this country at the time of suit, in the absence of a treaty or other unambiguous agreement regarding controlling legal principles, even if the complaint alleges that the taking violates customary international law.»

Partant, la Cour Suprême aurait pu confirmer l'arrêt de la Cour d'Appel si les Etats-Unis avaient conclu un traité FCN avec Cuba contenant la clause habituelle de dépossession, l'«Act of State doctrine» n'étant pas applicable aux actes de dépossession si ces actes violent les obligations conventionnelles d'un traité FCN.

On trouve une illustration de ce principe dans l'arrêt *Kalamazoo Spice Extraction Co. v. The Provisional Military Government of Ethiopia*<sup>174</sup>. La Cour d'Appel y admit une exception à l'«Act of State doctrine» du fait que les Etats-Unis et l'Ethiopie avaient conclu en 1953 un Traité d'amitié stipulant que les nationalisations ne pourraient intervenir que pour cause d'intérêt public et contre une indemnité prompte, juste et effective. La Cour ajoutait: «Numerous treaties employ the standard of compensation used in the 1953 Treaty of Amity between Ethiopia and the United States. Undoubtedly, the widespread use of this compensation standard is evidence that it is an agreed upon principle of international law»<sup>175</sup>.

<sup>172</sup> Voir aussi «Memorandum for the United States by the Solicitor General Archibald Cox» dans l'affaire *Pan-American Life Insurance Company v. Lorida*, mai 1964; *ILM* 1964, pp. 721 ss, no 1; et *F. Palicio et Compañía, S.A. v. Brush*, U.S. Dist. Court, S.D. New York, 1966, *AJIL*, vol. 61, 1967, p. 606.

<sup>173</sup> *AJIL*, vol. 55, 1964, p. 792.

<sup>174</sup> U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, le 9 mars 1984. *ILM* 1984, pp. 393 ss.

<sup>175</sup> *ILM* 1984, p. 398. L'arrêt est aussi intéressant parce qu'il donne un bref survol de l'affaire *Sabbatino* et de la jurisprudence consécutive.

Une excellente vue d'ensemble de la jurisprudence au sujet de l'«Act of State doctrine» se trouve dans l'arrêt *Callejo v. Bancomer S. A.*. Le Tribunal y dresse la liste des exceptions à l'«Act of State doctrine». Celle-ci n'est pas applicable si:

a) l'Etat agit dans l'exercice d'activités commerciales («commercial activity exception»);

b) l'acte de l'Etat est fait en violation d'une obligation conventionnelle («treaty exception»);

c) on doit considérer que le bien ou le droit est situé hors du territoire de l'Etat qui pourrait se prévaloir de l'«Act of State doctrine» («the situs of deposits exception») <sup>176</sup>.

Nous nous sommes peut-être un peu éloigné du sujet pour entrer dans la sphère du droit international privé. Cela nous a toutefois permis de montrer l'un des effets pratiques des APPI, bien qu'il ne s'agisse que d'un effet survenant aux Etats-Unis. Nous constatons également, par l'étude de ces cas, le rôle que la jurisprudence interne peut jouer pour assurer le respect du droit international. La Cour d'Appel saisie de l'affaire *Sabbatino* décrit ce rôle comme suit:

«Refusal by municipal courts of one sovereignty to sanction the action of a foreign State done contrary to the Law of Nations will often be the only deterrent to such violations. More important, the only relief open to persons injured by a confiscation will often be the invalidation of the confiscating country's title to the confiscated goods by decree of a court of another country» <sup>177</sup>.

Quand on se rend compte de l'interdépendance existant en matière économique, on peut imaginer que les tribunaux internes pourraient jouer un rôle non négligeable dans la mise en œuvre du droit international.

<sup>176</sup> U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, *Callejo v. Bancomer S.A.*, le 8 juillet 1985, *ILM* 1985, pp. 1046 ss, pp. 1050 ss. L'arrêt nous apprend également qu'il ne faut pas confondre l'«Act of State doctrine» avec l'immunité de juridiction.

<sup>177</sup> *AJIL*, vol. 56, 1962, p. 1106.

### 9.B.6 La validité des APPI

Il nous reste encore à traiter du problème de la validité des APPI. Sont-ils partiellement nuls parce que contraires au «*jus cogens*»? Tel est notamment l'avis de HARTMANN.

Selon cet auteur, il est bien sûr loisible aux Etats d'aspirer à la meilleure protection possible des investissements étrangers par le moyen de traités internationaux, pour autant que ces traités ne dérogent pas au «*jus cogens*».

Or, les nationalisations de grande envergure décidées dans le cadre de réformes sociales coûtent cher lorsqu'elles respectent le «standard minimum», qui est précisément celui prescrit par les APPI. L'Etat concerné pourrait ainsi devoir abandonner ses projets de nationalisation s'il ne veut pas violer ses engagements internationaux. «Das aber bedeutet das zwingende Recht auf Selbstbestimmung, dessen Durchsetzung wesentlich von der Herstellung dauernder Souveränität über die natürlichen Ressourcen bestimmt wird, zu missachten; mit andern Worten ist davon auszugehen, die Investitionsschutzverträge der Bundesrepublik seien in diesem Punkt völkerrechtswidrig und damit nichtig»<sup>178</sup>.

HARTMANN considère donc comme nulle toute clause prévoyant le paiement d'une indemnité effective et adéquate dans un délai raisonnable en cas de nationalisation ou de mesures équivalentes. TOUSCOZ ne paraît pas aller aussi loin, lorsqu'il écrit que «la nationalisation, décision prise par l'Etat dans un intérêt public pour mobiliser les ressources au service du développement, est un droit inaliénable, auquel il est impossible de déroger, même par traité»<sup>179</sup>.

On serait tenté de dire que la différence entre ces deux opinions est considérable, puisque TOUSCOZ ne vise que les engagements

<sup>178</sup> HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, p. 190.

<sup>179</sup> TOUSCOZ, *op.cit.* p. 77 n. 128, p. 320. Dans le même sens E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, qui semble pourtant admettre que le gouvernement contractant reste lié par ses engagements [«recognizes the right of every State to nationalize (...) even if a previous government engaged itself, by treaty or by contract, not to do so»]; «International Law in the Past Third of a Century», *RCADI* 1978, t. 159, p. 297, nos italiques.

spécifiques de ne pas nationaliser. Cependant, cette différence n'est pas aussi nette qu'il y paraît à première vue. Si, en raison d'un engagement international, un Etat est empêché de nationaliser parce qu'il n'a pas les moyens de payer l'indemnité aux propriétaires dépossédés, il renonce de ce fait implicitement au droit de nationaliser. Si le droit de nationaliser relève du «*jus cogens*», l'Etat pourra toutefois violer l'engagement conventionnel car les effets de celui-ci sont précisément neutralisés par le «*jus cogens*». Nous en arrivons ainsi au même résultat que HARTMANN. Les actes de dépossession touchant les propriétaires étrangers, en tant que manifestation de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, ne sont-ils donc sujets à aucune limitation?

Tout d'abord, il est vrai que les APPI restreignent dans une certaine mesure la liberté d'action des parties contractantes. Mais il n'y a là rien d'extraordinaire. Il ne s'agit nullement d'une caractéristique propre aux APPI, mais d'un trait inhérent à n'importe quel traité international. C'est le but propre des traités internationaux, bi- et multilatéraux, que de soustraire certaines matières à la réglementation nationale au profit de règles internationales. Ainsi, les parties renoncent toujours dans une certaine mesure à leur liberté d'action pour pouvoir profiter, en contrepartie, des avantages qu'elles estiment pouvoir tirer d'un traité<sup>180</sup>. Ensuite, il convient de faire les remarques suivantes:

1) Dans l'affaire *Texaco/Calasiatic*, le Tribunal arbitral devait examiner la question de savoir si un Etat pouvait s'engager, envers une personne privée, à garantir la stabilité juridique, ce qui entraînait également l'assurance donnée à cette personne qu'il n'y aurait pas de nationalisation pendant la durée de la concession. Le Tribunal conclut de manière affirmative.

La même question avait été posée dans l'affaire *Aminoil*. Là aussi le Tribunal répondit par l'affirmative, bien que cette solution n'ait pas été retenue en l'espèce<sup>181</sup>. Si l'engagement d'un Etat de ne pas

<sup>180</sup> A titre d'exemples, on peut mentionner les traités instituant des alliances, les Traités de Rome ou, dans un autre domaine, la CEDH.

<sup>181</sup> Cf. *supra*, section 7.3.2.b, pp. 101 ss.

nationaliser les biens d'une personne privée peut être considéré comme valable, c'est *«a fortiori»* aussi le cas pour un accord conclu entre États.

2) A quels textes peut-on se référer pour étayer la thèse selon laquelle un Etat ne peut pas valablement renoncer au droit de nationaliser, même par l'effet d'un traité international? Plusieurs résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU, notamment la «Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international» et la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats», pourraient être invoquées. Or, on sait que les résolutions ne sont que des recommandations et ne relèvent pas du *«jus cogens»*. Les choses n'étant naturellement pas si simples<sup>182</sup>, il ne peut toutefois être exclu que des recommandations adoptées par l'Assemblée générale de l'ONU acquièrent, dans des circonstances particulières, force de *«jus cogens»*. Ce résultat se serait-il produit précisément avec les dispositions concernant les nationalisations de la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats»? Cela nous paraît très mystérieux.

Ces dispositions n'ont été adoptées ni à l'unanimité, ni par consensus<sup>183</sup>. Au contraire, elles étaient controversées. Les Etats industrialisés présentèrent des amendements, qui furent rejetés lors du vote. Finalement, après l'adoption du texte de la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats», les Etats-Unis, la Grande-Bretagne, la France, la République fédérale d'Allemagne et le Japon ont expressément émis des réserves à ce sujet<sup>184</sup>.

<sup>182</sup> Cf. *supra*, section 5.3.6, pp. 65 ss.

<sup>183</sup> Au sujet de cette notion voir MONNIER, «Observations sur quelques tendances récentes en matière de formation de la volonté sur le plan multilatéral», *ASDI*, vol. XXXI, 1975, pp. 31 ss, pp. 50 ss.

<sup>184</sup> Le texte de ces réserves est publié dans *ILM* 1974, pp. 744 ss. Nous citerons uniquement un passage de la réserve des Etats-Unis qui est la plus nette de toutes les réserves: «By way of contrast, the present Declaration does not couple the assertion of the right to nationalize with the duty to pay compensation in accordance with international law. For this reason, we do not find this formulation complete or acceptable. The governing international law cannot be and is not prejudiced by the passage of this resolution», *ibid.*, pp. 746 s.

Même si on écartait tous ces arguments, il resterait à démontrer pourquoi les Etats membres du Groupe des 77 ont continué, après 1975, à conclure des APPI. Le fait qu'ils ont eux-mêmes passé outre les résolutions en cause n'est certes pas un signe qu'ils les considèrent comme relevant du «*jus cogens*».

3) Enfin, on mentionnera l'arrêt de la CIJ dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*<sup>185</sup>. Les Etats-Unis et l'Iran étaient liés par un Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires datant de 1955. L'Iran lui-même ne soutenait pas que ce Traité n'était plus en vigueur au début du mois de novembre 1979, lors de l'occupation de l'Ambassade des Etats-Unis à Téhéran<sup>186</sup>. Et la Cour de dire: «De plus, bien que le mécanisme permettant de faire jouer effectivement ce Traité soit sans nul doute actuellement bloqué du fait de la rupture des relations diplomatiques entre les deux Etats décidée par les Etats-Unis, les dispositions du Traité continuent à faire partie du droit applicable entre les Etats-Unis et l'Iran»<sup>187</sup>. On notera d'abord que la CIJ confirme que les APPI, en l'occurrence un traité FCN américain, continuent à lier les parties même après des changements sociaux aussi profonds que la révolution iranienne; et, ensuite, que cet avis est partagé également par les juges Elias (Nigéria), Forster (Sénégal), Singh (Inde), Ruda (Argentine), El-Erian (Egypte) et Sette-Camara (Brésil)<sup>188</sup>, la plupart de ces juges provenant de pays appartenant au Groupe des 77.

Si on voulait se rallier à HARTMANN, on pourrait postuler la nullité de pratiquement n'importe quel traité, puisque la liberté de l'Etat s'en trouve toujours quelque peu diminuée. Le raisonnement, poursuivi à l'extrême, nous amènerait à nier aux Etats la capacité de s'engager internationalement<sup>189</sup>, alors même que la faculté de s'engager par des traités est une qualité essentielle d'un Etat souverain.

<sup>185</sup> *RCIJ* 1980, pp. 1 ss.

<sup>186</sup> *RCIJ* 1980, p. 28, par. 54.

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> *Contra*: le juge Tarazi (Syrie).

<sup>189</sup> Au sujet des contrats entre Etats et personnes privées, cf. J.-F. LALIVE, *op.cit.* p. 20 n. 9, p. 110.

«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»<sup>190</sup>. Pourquoi ne devrait-il pas pouvoir valablement conclure des APPI? Les opinions de HARTMANN et de TOUSCOZ, poussées à leurs ultimes conséquences, conduisent à des résultats injustifiables et ne peuvent donc être retenues.

### 9.B.7 Conclusion

Tout en énumérant aussi leurs aspects positifs, AMMANN constatait, en 1967, que les APPI servaient avant tout à tranquilliser la conscience de l'administration des Etats industrialisés<sup>191</sup>. L'évolution de la pratique conventionnelle dans les années suivantes n'a pas confirmé cette appréciation. S'il est possible que JUILLARD, sceptique mais à un moindre degré, n'ait pas tout à fait tort de dire que la «valeur des conventions bilatérales d'investissement résulte moins du contenu juridique qui leur est assigné que de la volonté politique qui les a inspirées»<sup>192</sup>, on ne soulignera jamais suffisamment la densité de ce réseau conventionnel liant, à travers le monde entier, un nombre important d'Etats. Cette pratique semble en outre prouver que les Etats parties ont conscience du fait qu'on ne peut attirer des investisseurs sans leur assurer un standard minimum de protection<sup>193</sup>. Lorsque ces Etats désirent que des investissements se fassent sur leur sol, ils doivent être prêts à garantir aux investisseurs une protection s'approchant de celle offerte par les règles classiques du droit des gens.

<sup>190</sup> Art. 2, al. 1<sup>er</sup>, de la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats».

<sup>191</sup> AMMANN, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 131.

<sup>192</sup> JUILLARD, *op.cit.* p. 154 n. 100, p. 325.

<sup>193</sup> Même l'Union Soviétique accepta, dans un Traité de commerce avec l'Italie de 1924 et dans une Convention d'établissement avec l'Allemagne de 1925, l'idée qu'on ne pourrait exproprier sans indemnité compensatrice. Cf. VERDROSS, *op.cit.* p. 45 n. 24, p. 366.

On vient d'apprendre que l'Union Soviétique a récemment conclu son premier «APPI» avec un «Etat capitaliste». Il s'agit d'une convention avec la Finlande concernant la protection des investissements effectués sous la forme de sociétés conjointes; *NZZ* no 33 du 9 février 1989, p. 34.

## Cinquième Partie

## Chapitre 10

### Les causes et les motifs de la pratique étatique

Dans une société régie par le droit, ce sont d'abord les règles de droit qui déterminent les actes et le comportement des personnes qui la forment. Si, en Suisse, les hommes ne se marient pas avant l'âge de vingt ans, c'est notamment parce que l'article 96 du Code civil s'y oppose<sup>1</sup>. Un mariage ne peut être conclu par un homme n'ayant pas l'âge requis, même s'il remplit toutes les autres conditions. De même, c'est uniquement le deuxième alinéa de l'article 74 de la Constitution fédérale, fixant la majorité civique à l'âge de vingt ans, qui interdit aux Suisses de 19 ans d'élire les conseillers nationaux de leur Canton, même s'ils sont parfaitement instruits et décidés à participer aux élections.

Ensuite, il est manifeste que ce ne sont pas les seules règles de droit qui commandent nos actes; l'éthique, la morale, les religions et les convictions jouent également un rôle. Il serait illusoire de croire qu'il suffirait d'édicter n'importe quelle règle juridique pour pouvoir provoquer auprès des sujets de droit les comportements correspondants. Au moins dans les démocraties, chaque règle de droit qui se veut effective doit répondre dans une certaine mesure aux aspirations et conceptions générales de la majorité de la population, faute de quoi elle sera modifiée ou abolie à moyen ou long terme.

Les considérations extra-juridiques ont encore plus de poids dans la détermination du comportement des sujets du droit international. Alors que les particuliers savent que l'Etat va assurer dans la plupart des cas le respect de ses lois, le cas échéant par la contrainte, le sujet du droit international qui enfreint une règle de droit interna-

<sup>1</sup> Encore faut-il ajouter: à moins que l'exception de l'art. 96, al. 2, du Code civil ne soit retenue.

tional ne doit pas nécessairement s'attendre à être sanctionné, puisque le droit des gens ne dispose pas de moyens de sanction comparables à ceux du droit interne. C'est la raison pour laquelle les règles qui ne répondent plus aux conceptions, intérêts et besoins des Etats deviennent beaucoup plus vite obsolètes que de nombreuses lois nationales, vétustes ou contestées par une fraction de la population. Quand nous nous étonnons du fossé existant entre le «discours public» de maint Etat et son «discours privé», nous aimerions en connaître les raisons. La sixième section de ce chapitre traitant de la réciprocité essaie d'en montrer quelques-unes.

Dans les quatre premières sections, en revanche, nous nous occuperons de causes strictement juridiques qui, suivant les circonstances, peuvent inciter les Etats à se conformer à un certain standard de protection de la propriété étrangère. On serait tenté de présumer que la «triade classique» (c'est-à-dire la «formule Hull») est l'unique base de la protection internationale de la propriété. Cela ne doit pas nécessairement être le cas, car il n'est pas exclu qu'en droit, une règle particulière soit elle-même l'émanation d'une autre règle ou d'autres principes.

## 10.1 La souveraineté territoriale

La souveraineté territoriale comprend deux aspects. Dans son aspect positif, elle constitue «un ensemble de pouvoirs juridiques reconnus à un Etat pour lui permettre d'exercer, dans un espace déterminé, les fonctions étatiques, (. . .)»<sup>2</sup>; son aspect négatif représente «l'exclusivisme, c'est-à-dire la faculté d'exclure toute autre compétence d'Etat à l'intérieur du territoire sur lequel elle s'exerce»<sup>2a</sup>. C'est à la lumière du second aspect que nous allons ici étudier la question des nationalisations.

<sup>2</sup> ROUSSEAU, *op.cit.* p. 31 n. 34, par. 157.

<sup>2a</sup> *Ibid.*, par. 158.

Si l'Etat X nationalise la société A qui détient la majorité des actions d'une société B située dans l'Etat Y, cette dernière société se trouve être nationalisée par ricochet. L'Etat X peut-il nationaliser avec effet extraterritorial, c'est-à-dire peut-il nationaliser des biens se trouvant sur le territoire d'un autre Etat? L'Etat Y est-il obligé de reconnaître les effets de ces nationalisations, actes de puissance publique à l'égard de biens sis sur son propre territoire?

Ce sont les tribunaux internes qui sont en règle générale appelés à trancher ces questions lorsque les anciens propriétaires font valoir des droits sur les biens sis à l'étranger. Cette tâche pourrait aussi échoir à l'administration, notamment dans le cadre de procédures administratives (par exemple l'autorisation d'un transfert de propriété pour une filiale) ou de procédures cartellaires. Nous nous trouvons là dans la sphère du droit international privé.

L'Etat dont les organes doivent décider si les nationalisations étrangères ont des effets extraterritoriaux peut choisir quatre solutions différentes.

1) Refuser tout effet aux nationalisations étrangères sur son territoire. Dans un arrêt *Société méditerranéenne de combustibles c. Sonatrach*, la Cour de cassation française a dit qu'une mesure de nationalisation ne pouvait avoir d'effet que sur le territoire de l'Etat qui la prenait, eu égard au principe de la souveraineté des Etats<sup>3</sup>.

Cet arrêt est cité par GOLDMAN<sup>4</sup>, qui examine les jurisprudences anglaise, belge, américaine, allemande et suisse. Il parvient à la conclusion que «le refus d'effet extraterritorial aux nationalisations non-confiscatrices ne résulte clairement que de la jurisprudence française, belge et suisse (. . .)»<sup>5</sup>. En ce qui concerne la jurisprudence suisse, ce point de vue est partagé par DOHM<sup>6</sup>, lequel ajoute cependant, pour l'avenir, une réserve importante: «Il n'est dès lors pas du tout évident que le Tribunal fédéral appliquerait sans hésitation sa

<sup>3</sup> Cour de cassation, décision du 20 février 1979, *Rev. crit.*, Année 1979, pp. 803 ss.

<sup>4</sup> GOLDMAN, *op.cit.* p. 49 n. 33. pp. 275 ss.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 318.

<sup>6</sup> DOHM, «Les nationalisations françaises et leurs effets sur les filiales suisses des sociétés nationalisées», *RDS*, t. 100, 1981, vol. I, pp. 425 ss.

jurisprudence antérieure pour décider des effets en Suisse des nationalisations françaises actuelles<sup>7</sup>. A titre de rappel historique, nous mentionnons l'arrêt *Bounatian c. Ste. Optorg* rendu par le Tribunal civil de la Seine en 1923, et cité par FOUILLOUX<sup>8</sup>:

«Le droit souverain que les Soviets se sont attribué au regard des marchandises revendiquées par les frères Bounarian constitue, en fait, envisagé au moment précis où ils l'ont exercé, un acte d'*usurpation* et de violence réunissant à l'évidence tous les éléments juridiques de la *soustraction frauduleuse* de la chose d'autrui prévue et réprimée par les articles 379 et suivants du code pénal (. . .)».

2) Les effets extraterritoriaux des nationalisations étrangères sont reconnus sans autre. Cette attitude ne pose aucun problème pour l'Etat nationalisant. Toutefois, pareille solution constitue une rarissime exception, les Etats étant en règle générale très vigilants en ce qui concerne le respect de leur souveraineté territoriale.

3) Entre ces deux approches extrêmes, il existe une solution moyenne. Celle-ci consiste à reconnaître en principe les effets extraterritoriaux des nationalisations étrangères, pour autant que certaines conditions soient réunies. On peut aussi la formuler en termes négatifs: les effets extraterritoriaux ne sont pas reconnus, à moins que les nationalisations ne remplissent certaines conditions.

Ces conditions peuvent être plus ou moins sévères. L'Etat peut faire dépendre la reconnaissance d'un niveau d'indemnisation correspondant à son standard national, ou exiger le respect des règles classiques du droit international<sup>9</sup>, ou encore se contenter de prévoir qu'une reconnaissance des mesures en cause ne doit pas violer son ordre public.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 435.

<sup>8</sup> FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 369. Cette jurisprudence n'a pas été maintenue longtemps.

<sup>9</sup> Cour de cassation française, Première Chambre civile, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1981: «(. . .) la cour d'appel a relevé que l'art. 5 de l'ordonnance du 25 juin 76 prise par les autorités de la République Démocratique de Madagascar avait prévu une indemnisation consécutive au transfert de propriété des biens, droits et actions de la société qui était nationalisée; que, de cette constatation, elle a pu déduire que la décision étrangère de nationalisation n'était pas contraire à la conception

4) Enfin, il faut réserver les cas où une solution particulière est prévue dans un traité international.

S'il apparaît que la jurisprudence tend à refuser aux nationalisations étrangères tout effet extraterritorial, on doit être conscient du fait qu'il s'est pratiquement toujours agi, jusqu'à maintenant, de nationalisations confiscatoires. Il est bien compréhensible qu'elle leur ait nié cet effet<sup>10</sup>.

D'après KNOEPFLER, «l'autonomie des Etats en matière de reconnaissance des nationalisations est entière. Les Etats sont libres de reconnaître ou de ne pas reconnaître des nationalisations étrangères liées à indemnisation»<sup>11</sup>.

Plusieurs auteurs soutiennent la thèse que «la loi de nationalisation ne saurait produire des effets de droit hors du territoire soumis à la juridiction de l'Etat nationalisateur (. . .)»<sup>12</sup>. Selon BÖCKSTIEGEL, le principe de la territorialité interdit aux Etats d'imposer des actes de puissance publique sur le territoire d'autres Etats. Pour lui, le seul fait d'accomplir un acte de dépossession destiné à déployer des effets extraterritoriaux constitue déjà un acte contraire au droit international, «(. . .) weil sie (sc. die Setzung des Entziehungsaktes) bereits die fremde Gebietshoheit verletzt, indem sie sich Hoheitsbefugnisse dort anmasst»<sup>13</sup>. SCHWEIZER parle d'actes de dépossession illicites: «Auch wenn die Voraussetzungen einer legalen Enteignung gegeben wären, begeht er (sc. der Staat) ein völkerrechtliches Delikt, weil er die Gebietshoheit beziehungsweise die Flaggenhoheit verletzt.» Mais

française de l'ordre public international et la déclarer en conséquence efficace», *Clunet* 1982, p. 149.

L'arrêt est suivi d'une note critique de BOUREL, qui reproche à la Cour d'avoir défini l'ordre public de manière trop large et de s'être écartée de la jurisprudence dominante.

Voir également un arrêt de la Cour d'appel de Beyrouth du 31 mai 1968, *Clunet* 1972, p. 91.

<sup>10</sup> Voir aussi KNOEPFLER, «Les nationalisations françaises face à l'ordre juridique suisse», *ASDI*, vol. XXXIX, 1983, p. 170.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp. 170 s.

<sup>12</sup> FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 357.

<sup>13</sup> BÖCKSTIEGEL, *op.cit.* p. 77 n. 124, pp. 32 s.

l'Etat ainsi lésé peut donner son consentement, ce qui exclut alors tout délit international<sup>14</sup>. Voici enfin l'avis de SEIDL-HOHENVELDERN<sup>15</sup>:

«That a state cannot itself enforce its laws in the territory of another state or compel enforcement by the state in which the property is situated follows logically from the concept of sovereignty. (...) The point is not so much whether or not another state must recognize a foreign country's public law, but rather that its courts rightly refuse to become a foreign state's obedient servant. Even among friendly nations, this principle should apply.»

Les autorités françaises ont été conscientes d'éventuelles complications lors des nationalisations de 1981, même si le Conseil constitutionnel ne voulait y voir que des complications de «fait»<sup>16</sup>. Dans un article paru dans *«Le Monde»*, nous lisons que la France aurait éventuellement à faire face «à de multiples contentieux devant les tribunaux étrangers nationaux ou devant la Commission européenne des Droits de l'Homme. (...) Dès lors que l'indemnisation sera, comme l'affirme M. Mauroy, juridiquement incontestable et financièrement équitable», les tribunaux seraient malvenus, estime-t-on à Paris, d'entraver le fonctionnement des entreprises industrielles et financières nationalisées par d'intempestives mises sous séquestre ou blocages de comptes»<sup>17</sup>.

Comme le dit GOLDMAN, il est difficile de penser que le Conseil constitutionnel ait voulu aller jusqu'à consacrer un principe d'extra-territorialité en qualifiant de «faits», sur la base de la souveraineté

<sup>14</sup> SCHWEIZER, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 89.

<sup>15</sup> SEIDL-HOHENVELDERN, «Communist Theories on Confiscation and Expropriation. Critical Comments», *AJCL*, vol. VII, 1958, pp. 559 s.

<sup>16</sup> «Considérant (...) que les limites éventuellement rencontrées hors du territoire national en ce qui concerne les effets de ces nationalisations constitueraient un fait qui ne saurait restreindre en quoi que ce soit l'exercice de la compétence dévolue au législateur par l'article 34 de la Constitution; (...)» Décision du Conseil constitutionnel de la République Française du 11 février 1982, *Clunet* 1982, pp. 340 s.

Un passage presque identique se trouve déjà dans le premier arrêt en la matière du 16 janvier 1982, *Clunet* 1982, p. 335.

<sup>17</sup> *«Le Monde»* du 15 septembre 1981, article intitulé: «L'aspect juridique», pp. 23 et 26, par BRUNO DETHOMAS.

territoriale, les oppositions aux effets extraterritoriaux<sup>18</sup>. Il est en revanche tout à fait imaginable que le législateur français, et avec lui le Conseil constitutionnel, n'aient pas voulu trop restreindre à l'avance leur liberté de manœuvre, même si les expériences n'allaient pas toutes être positives. Ils étaient probablement d'autant plus fondés à agir ainsi qu'ils avaient pris soin d'assurer un standard d'indemnisation irréprochable du point de vue du droit international classique. On peut ainsi se rallier à l'opinion de GOLDMAN<sup>19</sup>:

«Le législateur français n'était pas tenu de limiter par avance leur champ d'application (*sc.* des nationalisations), ce qui eût précisément impliqué qu'il prévoie comme assuré un exercice unanime, par les Etats étrangers, de leur souveraineté territoriale. Mais réciproquement, cela ne signifie pas que l'Etat français serait, en toutes circonstances, juridiquement fondé à dénier cet exercice; il lui appartiendrait, s'il y était confronté, de négocier avec l'Etat étranger en cause, ou il appartiendrait aux sociétés en cause de défendre, devant les tribunaux de celui-ci, les effets extraterritoriaux des nationalisations françaises, au motif que non-discriminatoires, et assorties d'une indemnité, elles ne sont pas contraires à l'ordre public, et que, d'autre part, elles ne portent pas, à la souveraineté de l'Etat étranger, une atteinte plus grave que celle qui résulterait de l'exercice, par l'Etat français ou par une entreprise dépendant de lui, de droits localisés sur le territoire de cet Etat, mais dont ils seraient devenus titulaires par un mode d'acquisition de droit privé»<sup>20</sup>.

Plus l'Etat nationalisant respecte la règle classique de l'indemnisation prompte, effective et adéquate, plus il a de chances d'obtenir gain de cause devant les tribunaux étrangers, qui auront dans ces conditions moins de raisons pour refuser de reconnaître les effets extraterritoriaux indirects des nationalisations. Inversement, plus la dépossession s'approche de la confiscation, plus les tribunaux seront enclins à y voir une violation de l'ordre public de l'Etat du for. Il en résulte indubitablement une forte pression sur l'Etat nationalisant pour qu'il respecte le «standard minimum» en matière de protection de la propriété étrangère lorsqu'il y a «heurts des souverainetés»<sup>21</sup> provoqué par l'Etat qui nationalise une entreprise dont le centre de décision se

<sup>18</sup> GOLDMAN, *op.cit.* p. 49 n. 33, pp. 327 s.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 328.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

trouve sur son territoire, alors que des éléments de celle-ci sont situés dans d'autres Etats. Car si, en vertu de sa souveraineté, l'Etat a le droit de nationaliser la propriété étrangère, les Etats sur le territoire desquels les nationalisations déploient les effets indirects ont, en vertu de leur souveraineté, le droit de faire dépendre de certaines conditions la reconnaissance de ces effets. A moins de conventions contraires, aucun Etat n'a l'obligation de tolérer sans autre que des éléments de son économie deviennent tout à coup la propriété d'un Etat étranger.

Dans ce contexte, il faut signaler qu'il se dessine aujourd'hui, en droit international privé, une tendance beaucoup plus favorable à une éventuelle application du droit public étranger que ce ne fut le cas dans la jurisprudence et la doctrine du début du siècle<sup>22</sup>. Toutefois, le droit international privé connaît en général la réserve de l'ordre public, qui exclut l'application de dispositions du droit étranger si celle-ci conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public<sup>23</sup>.

Malgré tout, on doit se garder de surestimer l'influence que peut jouer ce «heurt des souverainetés», puisqu'il ne se produit que dans des conditions spécifiques, qui étaient réunies lors des nationalisations françaises de 1981. Ces nationalisations touchaient de très grandes sociétés dont le centre de décision se trouvait en France mais qui possédaient des éléments à l'étranger, en particulier des actions de sociétés filiales situées à l'étranger. Dans ces cas-là, on est en présence de nationalisations médiates ou indirectes, qui se concrétisent logiquement à l'étranger comme l'effet d'une nationalisation directe intervenue dans l'Etat nationalisant.

Si ces nationalisations doivent nécessairement avoir des effets extraterritoriaux, certaines n'en produisent point. Ainsi, les mesures

<sup>22</sup> Voir P. LALIVE, «Sur l'application du droit public étranger», *ASDI*, vol. XXVII, 1971, pp. 103 ss. et p. 108, ainsi que le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 1982 concernant une Loi fédérale de droit international privé, *FF* 1983, vol. I, pp. 255 ss, p. 299: «Le renvoi à un ordre juridique déterminé porte sur toutes ses règles de droit matériel, indépendamment de leur caractère public ou privé.»

<sup>23</sup> Article 16 du projet de Loi de droit international privé suisse. *Ibid.*, pp. 457 ss. L'article 16 du projet est devenu l'article 17 de la Loi.

de dépossession dirigées contre des sociétés étrangères exploitant des ressources naturelles n'ont que très rarement engendré ces effets. Ceux-ci ne surviennent que si la société nationalisée possède des éléments localisés à l'étranger. C'est notamment le cas lorsqu'un Etat industrialisé nationalise de grandes sociétés dont les éléments de décision se trouvent sur son territoire<sup>24</sup>.

L'expérience a montré que l'absence d'un « heurt de souverainetés » n'ôtait pas aux propriétaires déposés sans indemnité l'idée de saisir leurs tribunaux nationaux ou des tribunaux étrangers, espérant les voir condamner ces nationalisations et annuler leurs effets<sup>25</sup>. Souvent, ils requéraient le séquestre des produits vendus par les sociétés nationalisées et prétendaient qu'ils en étaient les légitimes propriétaires, les sociétés nationalisées n'étant que des possesseurs de mauvaise foi. Ces faits sont, pour l'essentiel, aussi à la base des arrêts *Sabbatino* et *Sociedad Minera el Teniente S.A. c. Aktiengesellschaft Norddeutsche Affinerie*<sup>26</sup>. Les anciens propriétaires n'eurent que très rarement gain de cause. On connaît la décision de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Sabbatino*<sup>27</sup>, et les propriétaires n'eurent pas plus de chance à Brême ou à Hambourg. Le Landgericht de Hambourg nia

<sup>24</sup> Ceci est aussi illustré par l'arrêt de la Cour de district de Bar-le-Duc dans l'affaire *SVIT, NP. v. Bata-Best. B.V.* de 1975: «( . . . ) the Czechoslovak nationalization laws, in the absence of any treaties to the contrary, could have effect only within Czechoslovakia, so that assets of Bata A.S. which were located elsewhere were not affected by the nationalization ( . . . )», *ILM* 1976, p. 669.

<sup>25</sup> Voir l'affaire concernant le *Tabac Indonésien*, Oberlandesgericht de Brême de 1959, *Arch VR*, vol. 9, 1961/62, pp. 318 ss, à la p. 325. Egalement le « *Writ of Summons Issued on behalf of BP Exploration Company (Libya) against SINCAT, Società Industriale Catanese* » adressé à la Cour civile de Syracuse, *ILM* 1972, pp. 343 s: «The rules and principles of international law, enshrined in our internal body of law by article 10 of the Constitution, and the provisions of articles 42 and 43 of our Constitution, operate in such a way that the nationalisation law promulgated by the Libyan Government on 7th December 1971 cannot be validly invoked in our Courts as grounds for legitimate ownership and possession of crude oil extracted at the Sarir deposits under concession no. 65, since such law as a foreign law is inapplicable in Italy being contrary to public policy as provided by article 31 of the General Provisions of Law», nos italiques.

<sup>26</sup> Landgericht de Hambourg, *ILM* 1973, pp. 251 ss.

<sup>27</sup> Cf. *supra*, pp. 177 ss.

une relation suffisamment étroite entre ce qui s'était passé au Chili et les intérêts allemands, ce qui excluait l'application de l'article 30 («réserve de l'ordre public») de la Loi introductive du BGB<sup>28</sup> et conclut: «Since neither international law nor German public policy in the given situation compels the German courts to deny recognition to the expropriation of SMETSA effected in Chile, even with respect to assets which have come abroad, the petitioner has not credibly shown its right of disposition, namely its ownership»<sup>29</sup>. Une exception bien connue à cette jurisprudence est l'arrêt du «*Rose-Mary*». Ce navire accosta en 1952 dans le port d'Aden, alors Protectorat britannique, chargé de pétrole qu'une société italienne avait acheté à l'Iran et revendu à une société suisse. En l'espèce la Cour Suprême d'Aden décida que le pétrole n'appartenait pas à la société iranienne, mais à l'Anglo-Iranian Oil Company, qui avait été victime d'une nationalisation sans indemnisation en Iran<sup>30</sup>.

En effet, à ce jour, la jurisprudence interne concernant les revendications des anciens propriétaires victimes de nationalisations confiscatoires n'est guère susceptible d'exercer une contrainte efficace sur l'Etat nationalisant, en vue du respect des règles classiques concernant la protection de la propriété étrangère. Elle n'a d'effet dissuasif que sur un Etat craignant d'être impliqué dans des procès à l'étranger et tenant absolument à ce que son commerce ne subisse aucune complication, élément qui pourrait tout de même jouer un rôle non négligeable dans certains cas. Toutefois, des revirements de jurisprudence sont possibles. Il est concevable qu'un jour une cour suprême partage l'avis de la Cour d'appel (U.S. Court of Appeals for the

<sup>28</sup> *ILM* 1973, p. 279. Voir aussi p. 280: «The fact that the mere bringing of articles which have been expropriated without indemnification to Germany (Federal Republic of Germany) does not represent any essential relationship to German interests has been repeatedly confirmed by the decided cases.»

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 281.

<sup>30</sup> Dans l'arrêt concernant le *Tabac Indonésien*, le Oberlandesgericht de Brème mentionne une autre exception encore: l'affaire *Bernstein c. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Matschappij*. Dans cette affaire, une exception à l'«Act of State doctrine» fut ménagée (dite «Bernstein exception») pour éviter l'application des lois confiscatoires nazies dirigées contre les juifs.

Second Circuit) dans l'affaire *Sabbatino*, suivant lequel le refus des cours internes de sanctionner des actes commis par un Etat étranger en violation du droit des gens peut constituer l'unique frein à de telles violations<sup>31</sup>.

La doctrine et la jurisprudence sont devenues plus favorables à l'application du droit public étranger. Malgré cela, les Etats demeurent attentifs aux velléités de toucher à leur souveraineté territoriale. Ainsi, le Canada dispose, en matière de procédures «antitrust», d'un «Foreign Extraterritorial Measures Act» entré en vigueur en 1985 qui lui permet de contrecarrer certains effets extraterritoriaux des législations «antitrust» étrangères<sup>32</sup>. Il en va de même pour l'Australie avec l'«Act to Make Provision for Restricting the Recognition and Enforcement in Australia of Certain Foreign Judgements Obtained in Antitrust Proceedings» de 1979. Un arrêt récent de la Cour de district de La Haye refusa d'appliquer les dispositions d'un embargo décrété par le Président des Etats-Unis envers une filiale située aux Pays-Bas d'une société américaine<sup>33</sup>.

L'internationalisation des rapports économiques, qui a déjà atteint un degré très élevé et qui ne cesse de croître, a pour résultat que les nationalisations décrétées dans un pays tendent de plus en plus à déployer des effets extraterritoriaux, ce qui provoque des «heurts de souverainetés». Cela peut, en fait, contraindre l'Etat nationalisant à respecter le «standard minimum» d'indemnisation, à moins qu'il ne soit prêt à voir sa nationalisation rester œuvre imparfaite — ne portant pas sur les éléments sis à l'étranger des sociétés à nationaliser — ce qui peut sérieusement entraver la vitalité et la compétitivité des sociétés en question.

<sup>31</sup> *AJIL*, vol. 56, 1962, p. 1106.

<sup>32</sup> *ILM* 1985, pp. 794 ss.

<sup>33</sup> *Compagnie européenne des pétroles S.A. c. Sensor Netherland B.V.* de 1982, *ILM* 1983, pp. 66 ss. En 1987, un juge à Londres décida que la filiale de la banque américaine Bankers Trust à Londres ne pouvait refuser de payer un montant de 292 millions de Dollars placé dans cette filiale à la Libyan Arab Foreign Bank en se basant sur les mesures édictées par le Président des Etats-Unis dans la lutte contre le terrorisme; voir *NZZ* no 204 du 4 septembre 1987, pp. 33 s.

## 10.2 «Pacta sunt servanda»

Le principe «*pacta sunt servanda*» est consacré à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités: «Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.» Sur ce point, la Convention n'a pas innové et n'a fait que codifier le droit coutumier. La maxime «*pacta sunt servanda*» vaut donc aussi pour les Etats qui n'ont pas ratifié la Convention de Vienne.

Ainsi, lorsqu'un Etat s'engage dans un traité à ne procéder à des nationalisations que moyennant paiement d'une indemnité prompte, juste et adéquate, ce qui est la formule utilisée avec quelques nuances de rédaction par quasi tous les APPI, l'indemnité est due en application du principe «*pacta sunt servanda*».

Cela n'est en général pas contesté<sup>34</sup>. A par contre engendré une formidable controverse la question de savoir si ce principe s'applique également aux contrats conclus entre un Etat (ou un organisme étatique) et une personne privée. Pour les uns, il s'étend également, du moins dans certaines conditions, à ces contrats<sup>35</sup>, tandis que d'autres le contestent. Ainsi BEDJAOUI écrit: «Tout aussi significatif est le cas des contrats internationaux passés entre les Etats nouvellement

<sup>34</sup> Cf. pourtant HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, p. 153.

<sup>35</sup> Cf. BÖCKSTIGEL, «Arbitration of Disputes between States and Private Enterprises in the International Chamber of Commerce», *AJIL*, vol. 59, 1965, pp. 585 s; très nuancé et prudent, le même auteur, *op.cit.* p. 56 n. 49, p. 307; très nuancé également, WILDHABER, *op.cit.* p. 61 n. 65, p. 39; avec des réserves, FRICK, *op.cit.* p. 158 n. 118, pp. 51 s; cf. le Mémoire suisse dans l'affaire *Losinger* (CPJI, Série C, no 78, p. 32) et la thèse soutenue par le professeur Gros dans l'*Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (RCIJ 1957, vol. II, p. 61): «Lorsqu'un Etat a conclu avec un particulier étranger un contrat quelconque, il ne peut l'en dépouiller, directement ou indirectement, sans engager sa responsabilité à l'égard de l'Etat protecteur de cet étranger» (cités dans MANN, «State Contracts and State Responsibility», *AJIL*, vol. 54, 1960, pp. 577 s); cf. *Amco Asia c. Republic of Indonesia*, *ILM* 1985, pp. 1034 s. Cette sentence cite encore les affaires *Aramco et Topco*, *Sapphire* et *Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*. Cf. enfin la sentence arbitrale dans l'affaire *S.P.P. (Middle East) Limited, Southern Pacific Properties Limited and the Arab Republic of Egypt, the Egyptian General Company for Tourism and Hotels* de la Cour d'Arbitrage de la Chambre Internationale de Commerce de 1983, *ILM* 1983, pp. 752 ss.

indépendants et des particuliers ou des entreprises privées étrangères. Dans ce domaine aussi on a essayé de lier la souveraineté des Etats et de les enfermer dans le piège du formalisme hypocrite du principe «*pacta sunt servanda*»<sup>36</sup>. Ces auteurs s'offusquent du fait que l'application du principe à ce type de contrats les qualifierait de traités internationaux, ce qui élèverait la partie privée au rang de sujet du droit international; cela aurait pour conséquence que la rupture des contrats entraînerait l'obligation de réparer, si possible par la «*restitutio in integrum*».

Sans vouloir déjà ici prendre position dans cette controverse<sup>37</sup>, il faut rappeler que la maxime «*pacta sunt servanda*» «(. . .) n'est nullement le monopole du droit international. C'est une règle élémentaire propre à tous les systèmes juridiques, et dont la spécificité s'étend aussi bien au droit interne qu'au droit international, au droit public qu'au droit privé»<sup>38</sup>.

Indépendamment du point de savoir si cette maxime peut s'appliquer ou non au type de contrats visé, l'indemnisation s'impose peut-être sur la base d'autres principes: la bonne foi et le respect des droits acquis.

<sup>36</sup> BEDJAOUI, «International Development Law», dans *Mélanges Abendroth*, p. 73. Selon MURPHY, «Limitations upon the Power of a State to Determine the Amount of Compensation Payable to an Alien upon Nationalization», dans Lillich, *Valuation*, vol. III, p. 58, la maxime *pacta sunt servanda* n'est pas applicable lorsque l'Etat met fin à un pareil contrat pour cause de nationalisation.

<sup>37</sup> On y reviendra plus tard, *infra*, section 11.1.4, pp. 242 ss.

<sup>38</sup> J.-F. LALIVE, *op.cit.* p. 20 n. 9, p. 192.

## 10.3 Les principes de la bonne foi et des droits acquis

### 10.3.a La bonne foi

La bonne foi intervient dans deux domaines, en l'absence de relations contractuelles ou conventionnelles: en tant que principe général du droit international (a.a), et dans l'exécution des contrats et des traités (a.b).

a.a) Un Etat n'est pas tenu d'accepter des investissements étrangers sur son territoire<sup>39</sup>, à moins qu'un traité ne l'y oblige. Mais dès lors qu'il les accepte, il est tenu de leur accorder une certaine protection<sup>40</sup>. L'investisseur étranger peut se fier à cette protection, parce que l'Etat a eu le choix de l'accepter ou de ne pas l'accepter. La bonne foi, principe de base du droit international<sup>41</sup>, commande notamment que l'investisseur étranger ne soit pas exposé à une dépossession confiscatoire.

Ainsi, GUGGENHEIM écrit, au sujet de la thèse tendant à refuser aux étrangers tout droit à une indemnité dans les cas de réformes de structure (réformes agraires et nationalisations): «Un tel mépris des droits individuels est certainement contraire à la bonne foi; (. . .)»<sup>42</sup>. Le juge Mosk soutient l'idée que «the notion that property can be taken without full compensation is incompatible with fundamental fairness and other public and international interests»<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Les Etats font souvent usage de cette compétence, d'habitude dans le sens non pas d'une interdiction générale des investissements étrangers, mais de limitations s'étendant à certains investissements particuliers. Pour la Suisse, voir par exemple la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, RS 211.412.41.

<sup>40</sup> Affaire de la *Barcelona Traction*, RCJ 1970, par. 33 et par. 87.

<sup>41</sup> VERDROSS, «Die bona fides als Grundlage des Völkerrechts», dans *Mélanges Laun*, pp. 29 ss, à la p. 32: «Diese Ausführungen beweisen, dass die bona fides das ganze Völkerrecht trägt.»

<sup>42</sup> GUGGENHEIM, *op.cit.* p. 39 n. 1, t. I, pp. 334 s.

<sup>43</sup> «Concurring opinion» dans l'affaire *American International Group, Inc. c. The Islamic Republic of Iran*, ILM 1984, p. 19. Voir aussi TOMUSCHAT dans Böckstiegel/Koppenshteiner, *op.cit.* p. 77 n. 124, p. 136.

La «Charte des droits et devoirs économiques» pose d'ailleurs aussi le principe de l'exécution de bonne foi des obligations internationales.

a.b) Si la bonne foi fait obstacle aux nationalisations confiscatoires même en l'absence de toute garantie spéciale accordée à l'investisseur étranger, d'autant plus nette est l'entorse faite à ce principe par un Etat qui s'est engagé par contrat, vis-à-vis de l'investisseur, à ne pas nationaliser. La violation de la bonne foi est flagrante si l'Etat, peu après avoir consenti à l'insertion d'une clause de stabilisation dans un contrat avec l'investisseur, décide de procéder à une nationalisation sans indemnité.

Ainsi, selon le Tribunal arbitral dans l'affaire *Texaco/Calasiatic*, «l'Etat souverain nationalisant ne saurait méconnaître les engagements pris par l'Etat contractant: décider autrement, ce serait en effet admettre que tous les engagements contractuels assumés par l'Etat l'auraient été sous condition purement potestative de sa part et donc seraient dénués de toute valeur juridique et de toute force obligatoire»<sup>44</sup>. Ce résultat «irait directement à l'encontre du principe de la plus élémentaire bonne foi»<sup>45</sup>.

L'incompatibilité avec la bonne foi des nationalisations confiscatoires effectuées au mépris d'un engagement contracté est affirmée par de nombreux auteurs<sup>46</sup>.

On peut citer FATOUROS qui dit qu'«on pourrait même soutenir qu'aucun traitement n'est inéquitable, si, lors de son établissement, l'entreprise est dûment informée de la possibilité de ce traitement dans l'avenir»<sup>47</sup>. En effet, si l'entreprise est au bénéfice d'une clause de stabilisation, elle n'est certes pas dûment informée de l'éventualité

<sup>44</sup> Sentence *Texaco/Calasiatic*, *Clunet* 1977, par. 91.

<sup>45</sup> *Ibid.*, in fine.

<sup>46</sup> J.-F. LALIVE, *op.cit.* p. 20 n. 9, p. 60; SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, pp. 6 s; avec certaines réserves, MURPHY, *op.cit.* p. 201 n. 36; dans certaines conditions, vraisemblablement, aussi SORNARAJAH, *op.cit.* p. 64 n. 77, pp. 125 in fine et 126 in initio.

<sup>47</sup> FATOUROS, «Le projet de Code international de conduite sur les entreprises transnationales: essai préliminaire d'évaluation», *Clunet* 1980, p. 28.

d'une dépossession sans indemnisation. Et, lorsque FATOUROS explique la méfiance de nombreux pays en voie de développement vis-à-vis de l'arbitrage, arguant que «ce qu'ils souhaitent en fin de compte, c'est se réserver la possibilité de «changer d'avis» après coup»<sup>47a</sup>, il donne l'impression de vouloir résoudre la quadrature du cercle. Il est notoire que personne n'y a réussi.

Par ce désir de «changer d'avis après coup», les pays en voie de développement veulent se réserver la faculté de modifier unilatéralement des engagements antérieurement conclus, ou d'y mettre fin prématurément. Ce désir n'est pourtant pas toujours aussi absurde qu'il n'y paraît. Il arrive en effet que des rapports de concession, notamment, profitent au début à la partie concédante mais finissent par consacrer des rapports très inégaux en sa défaveur. On ne parle cependant souvent que des entreprises qui ont réussi, et beaucoup moins des échecs. C'est une vue simpliste que de voir systématiquement l'entreprise comme partie gagnante et l'Etat comme perdant.

Pendant la phase d'exploration, le concessionnaire supporte des frais et des investissements souvent considérables, sans savoir s'il y aura un jour une contrepartie, puisqu'il risque de rencontrer tout à coup des obstacles insurmontables. En revanche, l'Etat concédant, intéressé à l'exploitation de ses ressources, peut attendre et voir si le concessionnaire a du succès. La situation peut complètement changer après quelques années d'exploitation réussie. Grâce à la situation économique et à la demande, et si la durée de la concession est suffisamment longue, l'entreprise peut s'avérer être une «mine d'or», tandis que l'Etat finit par avoir l'impression d'avoir vendu ses richesses pour un plat de lentilles, les redevances, dévalorisées par l'inflation, n'étant plus dans un rapport raisonnable avec les profits dégagés par l'entreprise<sup>48</sup>.

Est-ce la faute du droit international classique? Est-ce une expérience propre aux pays réunis dans le Groupe des 77? Ce n'est pas le cas. De pareilles situations ont été vécues dans les Etats les plus industrialisés. On ne citera que l'exemple des concessions hydrauliques

<sup>47a</sup> *Ibid.*, pp. 26 s.

<sup>48</sup> Voir à ce sujet les faits qui sont à la base de la sentence *Liamco*, *ILM* 1981, pp. 1 ss.

dans les Cantons suisses. Là aussi, les cantons ou les communes propriétaires des eaux avaient parfois l'impression d'avoir accordé sans contrepartie suffisante des concessions à des centrales appartenant aux grandes villes situées hors du canton<sup>49</sup>. Il dépend de la clairvoyance des négociateurs qu'une concession ne prenne pas un jour un caractère léonin. C'est au cours des pourparlers que se détermine si les deux parties trouveront leur compte et leur intérêt dans l'accord à conclure. Ce ne sont pas les règles du droit des gens existant jusqu'alors qui empêchent que les contrats tiennent compte des intérêts de la partie étatique. Il n'est dès lors pas nécessaire de les abandonner. Là où ces règles ne sont pas assez souples pour permettre de tenir compte des particularités de la vie économique, il convient «de les compléter et de les aménager pour tenir compte des situations nouvelles, mais il est de fait qu'elles sont difficilement remplaçables, à moins qu'on ne leur substitue une forme d'anarchie, de non-droit, ou un système de «droit mou», générateur d'insécurité et de confusion»<sup>50</sup>. Il faut également se souvenir, avec LALIVE, qu'il «(. . .) est clair que la maxime «*pacta sunt servanda*» est une règle indispensable au fonctionnement de toute société organisée; elle est notamment nécessaire aux plus faibles»<sup>51</sup>.

### 10.3.b Le principe du respect des droits acquis

Pour FOUILLOUX, le principe du respect des droits acquis est la source des obligations internationales de l'Etat envers les étrangers. L'Etat engage sa responsabilité délictuelle lorsqu'il ne respecte pas ces droits. Il le fait également s'il rompt un contrat de concession<sup>52</sup>. Dans la sentence *Amco Asia c. République indonésienne*, le Tribunal se réfère à

<sup>49</sup> Voir le très intéressant livre de ETLIN, *Der Kampf um Bannalp*, qui a pour objet l'octroi de concessions hydrauliques et la construction d'un barrage dans le Canton de Nidwald; cette controverse dura des années et prit une dimension politique extraordinaire.

<sup>50</sup> J.-F. LALIVE, *op.cit.* p. 20 n. 9, pp. 164.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>52</sup> FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 305.

ce même principe pour justifier la responsabilité internationale de l'Etat indonésien<sup>53</sup>:

«Moreover, independently from «*pacta sunt servanda*» and its logically and morally necessary extension in the present case, another principle of international law can be considered to be the basis of the Republic's liability: it is the principle of respect of *acquired rights* (La sentence se réfère à d'autres arrêts). Indeed by receiving the authorization to invest, Amco was bestowed with acquired rights (. . .).»

On a vu plus haut que, d'après une définition qui tient compte de leur aspect historique, les droits acquis englobent presque exclusivement des droits privés<sup>54</sup>. Ils ne comprennent pas les simples intérêts ou expectatives<sup>55</sup>. Ainsi, l'ensemble des éléments formant le patrimoine d'une personne ne se compose pas nécessairement de droits acquis, et la propriété comme nous l'entendons a une acception plus large que la définition étroite des droits acquis. Cette dernière apparaît encore clairement chez VERDROSS<sup>56</sup>:

«En d'autres termes: les Etats ne sont pas seulement tenus à permettre aux étrangers d'acquérir des droits privés, ils sont tenus également à respecter les droits légalement acquis. (. . .) Un Etat viole, par conséquent, le droit des gens s'il porte arbitrairement atteinte aux droits acquis des étrangers, soit en leur enlevant, sans raison suffisante, des *droits privés*, soit en leur appliquant une loi rétroactive.»

S'il est conçu selon la définition étroite, on peut reconnaître à ce principe une certaine portée indépendante de la «formule Hull» en raison de son objet, les droits privés, en raison de son but, qui est de tempérer les effets de la rétroactivité des lois, et en raison du fondement de l'obligation d'indemniser, à savoir l'interdiction d'un sacrifice arbitraire et inéquitable<sup>57</sup>. Le principe n'a pas d'effet absolu. Les

<sup>53</sup> *ILM* 1985, p. 1035.

<sup>54</sup> Cf. KAECKENBEECK, *op.cit.* p. 41 n. 9, p. 8.

<sup>55</sup> DESCAMPS, *op.cit.* p. 42 n. 12, p. 388.

<sup>56</sup> VERDROSS, *op.cit.* p. 45 n. 24, pp. 353 ss, spécialement pp. 358 s; nos italiques.

<sup>57</sup> «(. . .) the ground of compensation here is not reparation of a wrong but alleviation of an exceptional hardship, and that the aforementioned standard (sc. le standard international minimum d'indemnisation équitable) exists only as a

droits acquis peuvent être abrogés ou supprimés, mais uniquement à condition que leurs titulaires reçoivent une indemnité.

Il résulte de ces considérations qu'une indemnité aurait été due, selon le principe des droits acquis, même étroitement conçu, dans l'écrasante majorité des cas de nationalisation.

Au cours des années, on a cependant donné à la notion de droits acquis un sens de plus en plus large, et cette notion est devenue, dans mainte publication ou sentence, quasiment un synonyme de la propriété tout court. «Nach der Theorie der wohlerworbenen Rechte ist bei der Enteignung ausländischen Vermögens eine volle Entschädigung zu leisten (prompt, adequate, effective)»<sup>58</sup>. Ainsi le respect du principe des droits acquis tend à se confondre avec le respect de la «formule Hull». Ceux qui rejettent la «formule Hull» repousseront également le principe du respect des droits acquis.

Ce principe fut d'ailleurs invoqué dans les débats du Sénat chilien lorsque le Gouvernement du Président Allende proposa un amendement à la Constitution prescrivant que les personnes privées visées n'allaient pas pouvoir «claim any benefits, franchises, exemptions or guarantees that emanate from any agreements, conventions, privileges, accords, or contracts entered into with the state or its authorities, even should these have been granted pursuant and subject to legislation prior to the present measures being adopted, or if they had been approved by the said laws»<sup>59</sup>. On fit observer au Sénat

requirement or, so to say, as a reservation of an elementary justice», KAECKEN-BECK, *op.cit.* p. 41 n. 9, p. 16.

<sup>58</sup> MEESSEN, *op.cit.* p. 49 n. 34, p. 33.

Cf. aussi FRICK, *op.cit.* p. 158 n. 118, p. 47: «Es ist unbestritten, dass die auf Grund privaten und auch öffentlichen Rechts erworbenen, vermögenswerten Vertragsrechte des Ausländers, somit auch die Rechtsposition des Investors, zu den «vested rights, droits acquis, diritti quesiti» des Völkerrechts zählen.» La sentence *Amco Asia* y range également l'autorisation d'investir, et en Suisse on considèrerait le permis d'établissement comme un droit acquis, CN 1974, p. 398, intervention du Conseiller national Tissières et CN 1974, p. 450, intervention du Conseiller fédéral Furgler.

<sup>59</sup> ORREGO VICUÑA, «Some International Law Problems Posed by the Nationalization of the Copper Industry by Chile», *AJIL*, vol. 67, 1973, p. 714.

que cette disposition violerait le principe du respect des droits acquis, dont on retenait apparemment une définition large ou moderne.

Vu l'importance toujours croissante du droit public, sa pénétration dans des sphères auparavant réservées exclusivement au droit privé et le rôle capital que joue de nos jours l'Etat dans l'économie, on peut soutenir à juste titre que la définition des droits acquis doit être étendue en conséquence. S'il en est ainsi, la différence entre ce principe et la «formule Hull» tend à s'effacer, de sorte qu'on serait en présence d'une seule et même règle<sup>60</sup>.

Nous pensons qu'en réalité cette différence est devenue quasiment insignifiante, car les deux notions illustrent, successivement et en tenant compte des particularités du droit international, la protection que ce droit accorde à la propriété étrangère.

C'est ROTH qui l'exprime le mieux: «The principle of protection of private property should consequently be interpreted as meaning that, if aliens are permitted to acquire property, they may not be deprived of it arbitrarily without compensation. Once ownership is permitted, the States fall into an international obligation to provide the same or as effective legal protection for it as is required for those rights which are guaranteed by the law of nations»<sup>61</sup>.

La notion de droits acquis implique que les Etats n'ont pas l'obligation de consentir à l'acquisition de propriétés par des étrangers. Mais, dès lors qu'ils y consentent, ils doivent accorder une certaine protection aux propriétaires. La «formule Hull» renseigne les Etats sur la protection minimale qu'ils sont tenus d'accorder s'ils ont consenti à l'acquisition de biens par des étrangers.

<sup>60</sup> AMMANN, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 34, est d'avis que la référence au principe du respect des droits acquis ne provoque que la confusion et que ce principe ne peut apporter aucun élément indépendant au droit de l'étranger à la protection de sa propriété.

<sup>61</sup> ROTH, *op.cit.* p. 23 n. 14, pp. 165 s.

### 10.3.c L'enrichissement sans cause

«The juridical justification for the obligation to pay compensation is to be found in the concept of unjust enrichment, which lies at the basis of the doctrine of acquired rights, and which is formalised by reference to the international standard of civilised society»<sup>62</sup>.

Le principe que personne ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui pourrait, selon W. FRIEDMANN, très bien être appliqué en droit international. Il cite l'affaire *Lena Goldfields*, où l'enrichissement sans cause a été invoqué comme fondement de l'obligation d'indemniser. Le recours à la notion d'enrichissement sans cause permettrait effectivement de tenir compte, dans le calcul de l'indemnité, du profit particulièrement élevé dû à des privilèges ou à des conditions spécialement favorables produits par la domination coloniale, et de le déduire du profit qui reviendrait à l'Etat du fait de la nationalisation<sup>63</sup>. On y découvre des prémisses de la théorie des bénéfices excessifs, déductibles du montant de l'indemnité, théorie qui fut appliquée plus tard, de manière inéquitable et contraire à la bonne foi, par le Gouvernement chilien à l'occasion de la nationalisation de l'industrie du cuivre. FRANCONI appliquerait les règles de l'enrichissement sans cause aux nationalisations, à l'exclusion des expropriations, uniquement parce que cela éviterait le devoir d'indemniser des gains futurs. Les nationalisations chiliennes avec leur système de déduction des profits excessifs lui paraissent conformes au principe de l'enrichissement sans cause<sup>64</sup>.

RODRIGUEZ IGLESIAS se prononce aussi pour l'application de ce principe, car, selon lui, les obligations fondées sur l'enrichissement sans cause «se derivan de un resultado que puede ser causado por un acto lícito o ilícito»; or, la nationalisation constitue précisément un

<sup>62</sup> O'CONNELL, *op.cit.* p. 44 n. 18, pp. 780 s. Voir aussi TOUSCOZ, *op.cit.* p. 77 n. 128, p. 322; ORREGO VICUÑA, *op.cit.* p. 207 n. 59, p. 715.

<sup>63</sup> W. FRIEDMANN, «The Uses of «General Principles» in the Development of International Law», *AJIL*, vol. 57, 1963, pp. 296 ss.

<sup>64</sup> FRANCONI, «Compensation for Nationalization of Foreign Property: The Borderland between Law and Equity», *I&CLQ*, vol. 24, 1975, p. 280.

acte licite<sup>65</sup>. FOUILLOUX, par contre, refuse d'invoquer ce principe comme fondement juridique de l'obligation d'indemniser, ce fondement se trouvant selon lui dans le principe du respect de la propriété privée et des droits acquis des étrangers<sup>66</sup>.

On ne saurait voir dans le principe de l'interdiction de l'enrichissement sans cause l'unique base du devoir d'indemniser. Mais il forme également un des aspects des dépossessions confiscatoires. Appliqué de bonne foi, il ne permettrait aucune nationalisation confiscatoire, contrairement à ce qui fut le cas au Chili, où la déduction des bénéfices excessifs eut pour résultat que les sociétés nationalisées restaient débitrices de l'Etat nationalisant<sup>67</sup>!

#### 10.4 Les garanties internationales en matière judiciaire

Quelques processus de nationalisation portent à croire qu'une bonne administration de la justice et un accès normal aux tribunaux auraient permis aux propriétaires dépossédés d'obtenir une indemnité par la voie judiciaire. En effet, rarissimes sont les cas où la loi décréta ouvertement une nationalisation confiscatoire. En général, elle prévoyait une indemnisation. Tandis que le transfert de la propriété était rapidement effectué, les dispositions relatives à l'indemnisation n'étaient pas respectées et le recours aux tribunaux ou à des commissions de recours rendu impossible, ou «*a priori*» voué à l'échec, n'offrant pas les garanties d'une décision impartiale et équitable.

Le point qui est traité ci-dessous peut être expliqué de la manière suivante: d'abord, l'article 10 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 stipule que «toute personne a le droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publique-

<sup>65</sup> RODRIGUEZ IGLESIAS, *op.cit.* p. 64 n. 77. p. 389.

<sup>66</sup> FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 419.

<sup>67</sup> L'Etat a pourtant renoncé à demander que les sociétés payent des indemnités «négatives».

ment par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera de ses droits et obligations, (. . .)», et l'alinéa 2 de l'article 17 dispose que «nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété». L'article 10 consacre ainsi le droit à une bonne administration de la justice et le droit d'être entendu.

Ensuite, et cela vaut uniquement pour les étrangers, le droit international qualifie le déni de justice d'acte illicite engageant la responsabilité internationale de l'Etat. On distingue le «*déni de justice* au sens large», notion qui «s'applique à toute défaillance dans l'organisation ou dans l'exercice de la fonction juridictionnelle impliquant un manquement de l'Etat à son devoir international de protection judiciaire», du «*déni de justice (stricto sensu)*», c'est-à-dire [le] refus d'accès aux tribunaux»<sup>68</sup>.

«Le devoir général de protection qui s'impose à l'Etat envers les étrangers l'oblige à mettre à disposition de ces derniers, quels que soient leur situation au procès ou l'objet de leur demande, une organisation judiciaire capable de leur garantir la sanction des droits dont la jouissance leur est reconnue par le droit international conventionnel ou coutumier»<sup>69</sup>. Se référant expressément au problème de la dépossession, ORREGO VICUÑA écrit: «In attempting to minimize abusive and arbitrary practices, international law requires a state to provide foreign claimants effective judicial or administrative machinery for the settlement of disputes resulting from property takings»<sup>70</sup>. La sentence *Martini* expose qu'il y a déni de justice et que la responsabilité de l'Etat se trouve engagée «(. . .) si le dommage subi par un étranger résulte du fait (. . .) que la procédure et le jugement sont entachés de défauts impliquant que les tribunaux qui ont statué n'offraient pas les garanties indispensables pour assurer une bonne justice»<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> ROUSSEAU, *op.cit.* p. 31 n. 34, par. 129 s.

<sup>69</sup> ROUSSEAU, *op.cit.* p. 69 n. 100, t. V, par. 60. CH. DE VISSCHER, «Le déni de justice en droit international» donne la définition suivante du déni de justice: «Toute défaillance, dans l'organisation ou dans l'exercice de la fonction juridictionnelle qui implique un manquement de l'Etat à son devoir international de protection judiciaire des étrangers», *RCADI*, t. 52, 1935, p. 390.

<sup>70</sup> ORREGO VICUÑA, *op.cit.* p. 207 n. 59, p. 715.

<sup>71</sup> *RSA*, vol. II, pp. 986 s.

Au moment d'aborder quelques aspects de procédure et du déni de justice, il faut faire deux réserves. D'abord, on retiendra que le devoir du juge est d'appliquer les lois. Si la volonté du législateur est de décréter une nationalisation sans indemnisation, la meilleure administration de la justice, les juges les plus impartiaux et les plus qualifiés, ne pourront rien y changer. Ensuite, ceux qui contestent l'existence d'une obligation internationale de subordonner la dépossession de propriétaires étrangers au paiement d'une indemnité prompte, effective et adéquate contesteront aussi que l'absence de voies de recours contre des actes de dépossession puisse être qualifiée de déni de justice, car, «acte illicite international, le déni de justice ne peut avoir pour fondement que la violation d'une obligation internationale»<sup>72</sup>.

Il ressort de ce qui précède que jamais l'interdiction du déni de justice ou l'article 10 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 ne pourront servir de fondement indépendant et direct à l'obligation d'indemniser les propriétaires étrangers, contrairement au deuxième alinéa de l'article 17 de la même Déclaration. Mais il y a des instances où l'absence de voies de recours ou une mauvaise administration de la justice ont pu mettre les anciens propriétaires dans une situation extraordinairement défavorable. De nombreux propriétaires ne furent pas indemnisés, bien que les lois aient prévu des indemnités. Un juge indépendant et impartial aurait redressé ces torts infligés par des administrations peu respectueuses des lois.

Dans leur article consacré aux expropriations subies par les Asiatiques en Ouganda, SHARMA et WOOLDRIDGE expliquent qu'il

<sup>72</sup> CH. DE VISSCHER, *op.cit.* p. 211 n. 69, p. 376; voir aussi p. 388. Le juge Morelli, au contraire, prétend que «le comportement auquel l'Etat est obligé par le droit international par rapport aux droits que le même Etat confère aux ressortissants étrangers dans son propre ordre interne consiste, en premier lieu, dans la protection judiciaire de ces droits. Un Etat qui, ayant attribué certains droits aux ressortissants étrangers, barrerait à ces derniers l'accès aux tribunaux pour faire valoir ces mêmes droits, se rendrait coupable, pour le droit international, d'un déni de justice.» Opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, RCIJ 1970, p. 233. Nos italiques.

«would be unlikely to be heard by the Ugandan Courts at present»<sup>73</sup>. Au Chili, un Tribunal spécial dit «du cuivre» fut instauré pour connaître des litiges relatifs aux nationalisations décrétées par le Gouvernement du Président Allende. La législation relative à cette nationalisation permettait diverses déductions du montant de l'indemnité, en plus des déductions faites pour les profits excessifs réalisés par les sociétés. En raison de ces dernières déductions, dont le montant devait être établi par le Président, les «indemnités» pour trois grandes sociétés américaines s'«élevèrent» à un montant négatif. Les sociétés américaines firent appel auprès du Tribunal «du cuivre» contre les déductions correspondant aux profits excessifs.

Le Tribunal déclara les recours irrecevables. Le juge Urrutia Manzano estima, dans son opinion dissidente, que l'effet de la décision de la majorité «would mean denying those companies any possibility of obtaining a jurisdictional review of perhaps the most important, transcendental aspect, i.e., determination of excess profits and deductions»<sup>74</sup>. Dans l'arrêt rendu en 1973 dans l'affaire *Sociedad Minera El Teniente S.A. c. Aktiengesellschaft Norddeutsche Affinerie*, le Landgericht de Hambourg relève encore que la société Braden Copper Company avait aussi fait appel et que le Tribunal «du cuivre» avait réclamé pour chaque feuille de papier produite par la société dans cette affaire une taxe d'environ 4000 dollars. Parlant de la décision de ce Tribunal, qui déclarait irrecevables les recours contre les déductions à cause de profits excessifs, le Landgericht de Hambourg conclut<sup>75</sup>:

«This means that the legal channels are closed and the party concerned is denied a *legal hearing*. In this way, however, a fundamental principle of German law is violated, which — even though in this case a German citizen is not involved — is so severe that it must be found to be a violation of German public policy.

In any event, this conglomeration of acts of violation appeared so serious as to be entirely unbearable under our view of legality and morality.»

<sup>73</sup> SHARMA/WOOLDRIDGE, *op.cit.* p. 81 n. 147, *I&CLQ*, vol. 23, 1974, p. 423.

<sup>74</sup> Cité dans ORREGO VICUÑA, *op.cit.* p. 207 n. 59, p. 717.

<sup>75</sup> *ILM* 1973, p. 278.

Commentant cet arrêt, SEIDL-HOHENVELDERN discerne un déni de justice dans l'ensemble des circonstances qui accompagnaient ces nationalisations chiliennes, même dans le sens étroit du terme, tel qu'il est compris en Amérique latine<sup>76</sup>.

MURPHY constate que quelques pays engagés dans la politique des nationalisations ne garantissent ni une justice matérielle adéquate ni des procédures équitables<sup>77</sup>. Pour terminer sur un ton moins pessimiste, nous citerons D. B. FURNISH qui concède au Pérou et à son Gouvernement révolutionnaire qu'il avait été «more responsible throughout the la Brea y Pariñas controversy than many casual observer may realize. Legal procedures were followed throughout the affair, if not always with total equanimity»<sup>78</sup>.

## 10.5 Conclusion

Nous avons montré que l'obligation d'indemniser peut être motivée — à part la «formule Hull» — par différents principes généraux: a) souveraineté territoriale, b) «*pacta sunt servanda*», c) droits acquis, d) enrichissement sans cause, e) bonne foi (le principe de la bonne foi englobe en fait les principes b), c) et d)). Il serait faux d'affirmer que l'indemnisation intervient uniquement sur la base de la «formule Hull», ou du principe de la souveraineté territoriale, ou surtout du principe de la bonne foi. Cependant, aussi longtemps que la bonne foi restera un principe du droit international, la «formule Hull» ne pourra pas tomber véritablement en désuétude. Il s'agit bien d'une règle indépendante, mais elle constitue en quelque sorte une applica-

<sup>76</sup> SEIDL-HOHENVELDERN, «Chilean Copper Nationalization Cases before German Courts», *AJIL*, vol. 69, 1975, p. 115.

<sup>77</sup> MURPHY, *op.cit.* p. 201 n. 36, p. 67. Voir également FRICK, *op.cit.* p. 158 n. 118, p. 60: «Das innerstaatliche Gerichtswesen der Entwicklungsländer entspricht in der Praxis nur im Ausnahmefall rechtsstaatlichen Anforderungen.»

<sup>78</sup> FURNISH, «Days of Revendication and National Dignity: Petroleum Expropriation in Peru and Bolivia», dans Lillich, *Valuation*, vol. II, p. 84.

tion du principe de la bonne foi dans un cas particulier, de même que dans notre droit interne le droit d'être entendu se déduit de l'article 4 de la Constitution fédérale.

## 10.6 Les considérations de réciprocité

L'élément de réciprocité est un phénomène très important en droit international public. Par réciprocité, on entend un comportement des sujets du droit des gens fondé sur l'adage «*do ut des*». Il ne s'agit bien entendu pas d'une règle de droit, mais d'un comportement adopté d'abord pour provoquer une réaction déterminée de la part d'un autre ou d'autres sujets du droit international, puis pour protéger ses propres intérêts. C'est évidemment dans la conclusion des traités internationaux, mais aussi dans la formation de la coutume, qu'on peut observer le jeu de la réciprocité<sup>79</sup>. Celui-ci se manifeste dans tous les aspects de la vie internationale<sup>80</sup>.

Contrairement aux sections précédentes, où nous avons examiné les règles juridiques en tant que motifs déterminant la pratique étatique, nous abordons à présent les causes non juridiques, soit les intérêts, qui ont pu motiver cette pratique. Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'un comportement, initialement basé sur de strictes considérations de réciprocité, s'en détache peu à peu pour finir par s'imposer comme coutume. Dans un tel cas, la réciprocité agit comme une impulsion à la formation de la coutume.

Quels peuvent être les intérêts qui ont conduit les Etats à indemniser dans la plupart des cas les propriétaires dépossédés?

«Les pays développés devraient, chaque fois que cela est possible, encourager leurs entreprises à participer à des projets d'investissement dans le cadre des plans et programmes de développement des pays en développement qui le

<sup>79</sup> Cf. notamment SIMMA, *op.cit.* p. 62 n. 70, et, du même auteur, *Das Reziprozitätsselement in der Entstehung des Völkergewohnheitsrechts*.

<sup>80</sup> SIMMA, *op.cit.* p. 62 n. 70, pp. 292 ss.

souhaitent; cette participation devrait se faire conformément aux lois et règlements en vigueur dans les pays en développement intéressés<sup>81</sup>.

«Les investissements directs privés qui sont compatibles avec la législation et les priorités nationales des pays en voie de développement seront encouragés. Ceux de ces pays qui souhaitent accueillir des investissements étrangers directs devraient faire en sorte de créer et de maintenir un climat favorable à ces activités dans le cadre de leurs politiques et plans nationaux»<sup>82</sup>.

«The co-operation of the developing countries in creating a good investment climate and adequate protection for foreign investment is required if foreign private investment is to play its effective role in generating economic growth and stimulating the transfer of technology»<sup>83</sup>.

Ces citations nous montrent les différents intérêts qui contribuent à déterminer le comportement des Etats. Bien des pays, dont de nombreux membres du Groupe des 77, souhaitent recevoir des investissements étrangers. Ils les recherchent, espérant promouvoir ainsi leur développement économique et l'assimilation de techniques nouvelles<sup>84</sup>. Les investisseurs potentiels s'attendent à pouvoir se fier à l'ordre juridique des pays d'accueil et désirent se sentir à l'abri d'une soudaine nationalisation confiscatoire. Les Déclarations des Conférences de Bonn et d'Ottawa montrent qu'ils sont soutenus par leurs gouvernements. Vu ces aspirations mutuelles, la coutume internationale classique semble constituer un compromis laissant beaucoup de liberté de manœuvre à l'Etat d'accueil et offrant la garantie du «standard minimum» à l'investisseur. On a l'impression que la grande majorité des Etats en tient compte en pratique par la conclusion

<sup>81</sup> Résolution 3362 (S-VII), «Développement et coopération internationale», de l'Assemblée générale de l'ONU du 16 septembre 1975, section IV, chiffre 6.

<sup>82</sup> Résolution 35/56, «Stratégie internationale du développement pour la troisième décennie des Nations Unies pour le développement», de l'Assemblée générale de l'ONU du 5 décembre 1980, chiffre 110.

<sup>83</sup> Canada—Federal Republic of Germany—France—Italy—Japan—United Kingdom—United States: Declaration issued at the conclusion of the Bonn Economic Summit Conference (1978), *ILM* 1978, pp. 1281 ss, par. 26; dans le même sens la Déclaration issue de la Conférence d'Ottawa en 1981, *ILM* 1981, pp. 955 ss, à la p. 958, par. 15.

<sup>84</sup> Voir aussi KAVITA A. SHARMA, «Foreign Direct Investment: Towards an International Code of Conduct», *IJIL*, vol. 26, 1986, p. 464.

d'APPI et par l'adoption de codes de conduite<sup>85</sup>, qui sont bien entendu des lois internes, de même que par l'adoption de lois de sociétés conjointes («joint ventures») donnant des assurances spéciales.

La Loi polonaise garantit le transfert à l'étranger de la part sociale étrangère en cas de dissolution de l'entreprise<sup>86</sup>. Une loi de la République démocratique et populaire de Corée dispose, à ses articles 3 et 22, que<sup>87</sup>:

Article 3: «The Democratic People's Republic of Korea protects by law the properties invested by foreign parties in joint ventures and income accruing from the operation of enterprises.»

Article 22: «The foreign party to a joint venture may remit abroad its dividend.»

Le Président uruguayen, M. Sanguinetti, déclara que les problèmes de son pays ne pourraient pas être résolus par la nationalisation des banques<sup>88</sup>:

«Wir können zum Beispiel die in unserem Land tätigen ausländischen Bankniederlassungen gar nicht verstaatlichen, sondern nur veranlassen, dass sie sich aus Uruguay zurückziehen. Damit würden wir nichts gewinnen, sondern sogar noch die Kreditmöglichkeiten einbüßen, über die diese Banken verfügen und die wir dringend benötigen.»

Il est tout simplement impossible d'exiger en même temps la venue de ressources financières et techniques et la reconnaissance du droit de procéder à des nationalisations sans indemnisation. Lorsqu'une partie doit consentir à tous les sacrifices sans qu'aucune contrepartie

<sup>85</sup> Voir KAHN, «Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française», *Clunet* 1965, pp. 338 ss.

<sup>86</sup> *NZZ* no 64 du 18 mars 1986, p. 20. Quant à la Loi yougoslave, on lit dans le même journal (no 42 du 20 février 1985, p. 23): «Der Gesetzgeber liess sich vorerst einmal vom Grundsatz leiten, dass die Sicherheit für den ausländischen Partner während der ganzen Dauer des Joint-Venture-Vertrages gewährleistet werden muss.»

<sup>87</sup> *ILM* 1985, pp. 806 ss. Le Décret du Président García du Pérou exempta les banques étrangères de la nationalisation uniquement à cause de leur importance dans la mise à disposition de crédits commerciaux. *NZZ* no 188 du 17 août 1987, p. 7.

<sup>88</sup> Voir *NZZ* no 282 du 3 décembre 1984, p. 7.

ne soit définie, elle renonce à s'engager. Ayant examiné la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats», BROWER et TEPE remarquent à juste titre que «there is not sufficient reciprocity of interests to persuade the developed States to be legally bound by all the terms of the Charter»<sup>89</sup>.

Les investisseurs potentiels sont dissuadés d'agir lorsqu'ils constatent qu'ils n'ont pas intérêt à investir ou, pire, qu'ils seront soumis à l'arbitraire. En outre, le traitement qui leur est réservé ne laisse pas indifférent leur Etat d'origine. BEDJAOUI est d'ailleurs sensible à cet aspect du problème, sinon comment aurait-il pu écrire que «les contrats trouvent en eux-mêmes, dans leur contenu, leur propre protection. Il suffit pour cela que leurs dispositions soient mutuellement avantageuses et parfaitement équilibrées. La protection la meilleure, la plus solide et en même temps la plus saine serait en définitive celle qui résulterait de l'existence d'un contrat purgé de toute disposition léonine et de toute clause exorbitante. Le concessionnaire, l'investisseur ou l'opérateur étranger doit prêter son concours, moyennant des profits raisonnables, à la promotion même du droit souverain des peuples sur leurs ressources et à un réel développement du pays contractant»<sup>90</sup>?

Par la conclusion de l'Accord d'indemnisation concernant la nationalisation de la société américaine Marcona Mining Company au Pérou, les barrières légales qui s'opposaient à l'assistance financière des Etats-Unis, à l'octroi par eux de droits préférentiels en matière de commerce et à leur intercession dans les institutions financières internationales en faveur de crédits profitant au Pérou étaient levées<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> BROWER/TEPE, *op.cit.* p. 62 n. 71, p. 318.

<sup>90</sup> BEDJAOUI, *op.cit.* p. 201 n. 36, pp. 74 s.

<sup>91</sup> GANTZ, «The Marcona Settlement: New Forms of Negotiation and Compensation for Nationalized Property», *AJIL*, vol. 71, 1977, p. 487.

On apprend par MULLER, *op.cit.* p. 76 n. 119, p. 59, que «Peru, by now had encountered grave problems in servicing its foreign debt and was trying to renegotiate that debt with a group of international banks, which indicated that they were watching the progress in the compensation negotiations closely. An interim agreement was reached in December, 1975.»

La législation des Etats-Unis prescrit au Président d'instruire les représentants américains dans les conseils d'administration des banques internationales de développement et de la Banque Mondiale de manière à ce qu'ils s'opposent à l'octroi de crédits en faveur d'Etats qui n'ont pas versé d'indemnités promptes, justes et adéquates aux citoyens américains dépossédés<sup>92</sup>.

La Banque Mondiale, pour sa part, «will not lend for projects in a country if it considers that the position taken by that country with respect to alien owners of expropriated property is substantially affecting its international credit standing. Nor will it appraise projects in such a country unless it has good grounds for believing that the obstacles to lending will soon be removed»<sup>93</sup>.

Les considérations de réciprocité interviennent-elles toujours en faveur du sujet visé par un acte de dépossession? A première vue, cette conclusion semble s'imposer. Mais elle est inexacte.

Lorsque le Maroc nationalisa certains biens agricoles, la mesure toucha également des ressortissants français. Pour ménager le Gouvernement du Royaume Chérifien, la France n'intervint pas vigoureusement en faveur de ses nationaux. A ses yeux, l'intérêt de la France à entretenir de bonnes relations avec le Maroc était plus fort que l'intérêt marocain à ces relations; pour le maintien de celles-ci, la France était ainsi prête à sacrifier les intérêts privés de ses nationaux. «La France a trop d'intérêts au Maroc pour se permettre de risquer de tout perdre en voulant sauver les biens agricoles de quelque 200 familles (. . .)»<sup>94</sup>.

En l'absence de considérations de réciprocité suffisamment fortes, poussant le Maroc à indemniser les propriétaires, seul le droit international peut l'y contraindre. L'exemple du Maroc démontre que la «formule Hull» ne profite pas uniquement à de grandes et

<sup>92</sup> Cf. NEVILLE, *op.cit.* p. 147 n. 86, pp. 71 s. Cet auteur cite l'Inter-American Development Bank Act, l'International Development Association Act, l'Asian Development Bank Act et l'Africa Development Fund Act.

<sup>93</sup> G. WHITE, «Wealth Deprivation: Creditor and Contract Claims», dans Lillich, *Aliens*, pp. 167 s. Cet auteur se réfère à un «Operational Policy Memorandum» de la Banque Mondiale du mois de mars 1971.

<sup>94</sup> RGDIP, t. LXXVIII, 1974, p. 1154.

puissantes sociétés multinationales, mais aussi aux faibles, qui en ont encore plus besoin: les familles, les petits entrepreneurs, les artisans et paysans vivant à l'étranger et qui, du fait de l'acte de dépossession, ne perdent pas une simple filiale, aussi fâcheux que cela puisse être, mais tous leurs biens. Un autre exemple allant dans ce sens est la nationalisation de terres agricoles en Birmanie au détriment de paysans indiens<sup>95</sup>.

Aussi longtemps qu'un Etat désire inspirer confiance aux investisseurs, il s'efforcera d'accompagner ses nationalisations d'indemnités satisfaisantes. Mais dès qu'il ne souhaite plus que des étrangers fassent des investissements sur son territoire, il abandonne tout effort d'indemnisation. Ce fut le cas des Etats de l'Europe orientale après la Seconde Guerre mondiale. Pourtant, ceux-ci ont conclu des accords d'indemnisation globale et forfaitaire. «It must not be forgotten that the conclusion of compensation agreements by Communist States could not have been motivated by a desire to encourage further investment by aliens. On the contrary, as Bindschedler has correctly pointed out, these States desire to exclude foreign capital»<sup>96</sup>. Cependant, ces accords recèlent aussi quelques considérations de «do ut des»<sup>97</sup>. Dans bien des cas, les Etats nationalisants détenaient des fonds ou des avoirs en or dans l'Etat d'origine des propriétaires déposés. Ces fonds y avaient été bloqués, et leur déblocage restait lié au paiement des indemnités convenues<sup>98</sup>; <sup>99</sup>.

<sup>95</sup> Cf. NGUYEN HUU-TRU, *Les nationalisations dans quelques pays d'Asie de tradition britannique: Inde—Sri Lanka—Birmanie*, vol. I, pp. 317 s et 392 à 402, ainsi que LILICH, dans Lilich, *Valuation*, vol. III, p. 200: «( . . . ) the vast majority of nationalization claims, in number if not amount, are claims of small investors. The recent nationalization of British-owned farms in Tanzania illustrates the point.»

<sup>96</sup> G. WHITE, *op.cit.* p. 76 n. 122, p. 234.

<sup>97</sup> Cf. LILICH, *op.cit.* p. 134 n. 37, vol. I, pp. 233—240.

<sup>98</sup> Par exemple l'Accord sino-américain qui stipule le déblocage des fonds chinois, *ILM* 1979, pp. 551 s; l'Accord américano—yougoslave, *ILM* 1963, p. 1082; ou l'Accord américano-bulgare, *ILM* 1963, p. 1084.

<sup>99</sup> «Great Britain, which held Polish gold, was in a strong position to exact compensation . . .», O'CONNELL, *op.cit.* p. 44 n. 18, p. 767.

Ce fut notamment le cas pour l'Accord entre les Etats-Unis et la Tchécoslovaquie, qui offrait une excellente indemnisation<sup>100</sup>. Des considérations de «*quid pro quo*» ne furent pas non plus tout à fait étrangères à la conclusion de l'Accord d'indemnisation entre la Suisse et la Pologne:

«Abstraction faite du droit des intéressés suisses à une indemnité appropriée, la Suisse ne pouvait, dans les négociations, que tabler sur l'intérêt évident de la Pologne de maintenir avec la Suisse un trafic de marchandises avantageux. (...) La délégation suisse (...) avait laissé entendre que des arrangements sur le trafic des marchandises ne seraient possibles que si le problème des nationalisations et les autres questions du passé pouvaient être réglés en même temps»<sup>101</sup>.

Ces exemples prouvent que le mobile de réciprocité n'est pas nécessairement absent, même si, à la suite d'un changement général de sa politique, l'Etat ne tient plus à attirer des investisseurs étrangers. Il peut toujours y avoir un intérêt à des échanges commerciaux avantageux, ou au déblocage de fonds par l'Etat d'origine des victimes de nationalisations confiscatoires.

### 10.6.1 La valeur juridique d'une pratique fondée sur des considérations de réciprocité

Le paiement d'une indemnité en raison de considérations de réciprocité prouve-t-il l'inexistence d'une règle prescrivant ce paiement? HARTMANN le prétend. Si les paiements avaient été effectués, les

<sup>100</sup> «The gold issue was the major leverage of the United States in the negotiations, especially after the dramatic increase in world gold prices of the last several years; the current value of the 18.4 metric tons of gold released to Czechoslovakia is about \$ 250 million.» La Tchécoslovaquie paya immédiatement 81.5 millions de dollars à titre d'indemnisation et fit encore quelques autres concessions. PECHOTA, *op.cit.* p. 141 n. 63, p. 640 et n. 8 à cette page; cf. aussi RGDIP, t. LXXXV, 1981, p. 881.

<sup>101</sup> FF 1949, vol. II, pp. 626 s. Pour le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à l'Accord avec la Tchécoslovaquie cf. FF 1950, vol. I, p. 463.

raisons en étaient, selon lui, la «courtoisie, die Verkehrssitte»<sup>102</sup>. Le fait que des gouvernements du Tiers-Monde «contemplate compensation at all may be only in deference to international realpolitik»<sup>103</sup>. Il peut être très difficile de dire quelles sont les raisons précises qui ont motivé un comportement déterminé. Respectons-nous les limitations de vitesse parce que notre conscience nous le dicte, parce que le droit le prescrit, ou parce que nous craignons un retrait de permis? Respecte-t-on, en ramenant des souvenirs viticoles de l'étranger, la quantité franche de taxe parce qu'on savoure des quantités modestes mais d'excellente qualité, parce qu'on n'aime pas trop se charger ou parce que le droit le veut ainsi?

Plus difficile encore est la détermination exacte des raisons, souvent nombreuses, se situant à la base du comportement des Etats. La sanction d'une violation n'est pas assurée de la même manière en droit international et en droit interne. Si les Etats mettent un terme à leurs relations commerciales, bloquent les avoirs d'autres Etats ou de ressortissants d'autres Etats se trouvant sur leur territoire, ou refusent d'accorder des crédits à des Etats qui ont exposé leurs ressortissants à des nationalisations confiscatoires, n'est-ce pas dans l'intention de suppléer à la carence de sanctions? Cette façon d'agir peut paraître peu satisfaisante parce que c'est la partie lésée qui essaie de se faire justice elle-même au lieu d'en laisser le soin à des institutions centralisées telles que les tribunaux et l'administration judiciaire des Etats. Mais il est inhérent à la nature du droit des gens que de pareilles institutions n'existent que dans une mesure limitée. Par cette raison, SEIDL-HOHENVELDERN remarque à juste titre<sup>104</sup>:

«However, if one recognizes the absolute right of Country A to seize properties within its own territory and even this country's right to seize, for its own public welfare, properties belonging to the subjects of Country B, then this same right has to be attributed to Country B, i.e. Country B's right to confiscate within its territory properties belonging to Country A and to the subjects of Country A.»

<sup>102</sup> HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, p. 118; voir aussi p. 114.

<sup>103</sup> GIRVAN, *op.cit.* p. 78 n. 134, p. 179.

<sup>104</sup> *Op.cit.* p. 194 n. 15, p. 553.

Il faut néanmoins admettre que lorsqu'on part de l'idée que le droit doit aspirer à l'équité et à la justice, les comportements décrits paraissent plutôt en être une caricature, propre à semer l'incertitude dans les rapports économiques internationaux qui, pourtant, ont besoin de sécurité juridique.

L'économie actuelle connaît une internationalisation sans précédent. Un Etat qui veut nouer des rapports économiques internationaux et ne pas rester à l'écart agit, comme on vient de le voir, en observant les règles classiques. Cela dit, les considérations de réciprocité ne jouent plus de rôle pour l'Etat qui se replie sur lui-même et qui vit en parfaite autarcie<sup>105</sup>. La situation est encore différente dans le cas d'un conflit armé. On se souvient des excès survenus pendant la Guerre d'Indépendance des Etats-Unis; aujourd'hui, ce pays est parmi les plus importants défenseurs des règles classiques. Sous certains aspects, la décolonisation présente des traits semblables. Après leur accession à l'indépendance, les nouveaux Etats ont souvent conclu des APPI. Il s'agit cependant là, en règle générale, d'une protection pour l'avenir.

L'existence d'une coutume requiert la «*consuetudo*» et l'«*opinio necessitatis*»<sup>106</sup>. Nous avons constaté qu'il existe une pratique étatique qui consiste à indemniser les étrangers touchés par des actes de dépossession. Il y a «*opinio necessitatis*» en droit des gens «*wenn die Angehörigen des durch die Übung belasteten Staates für den Fall eines Abgehens mit Zwang von Seiten des begünstigten Staates oder auch eines andern rechnen müssen*»<sup>107</sup>. Cette *contrainte*, qui ne peut revêtir la même forme en droit international qu'en droit interne<sup>108</sup>, se

<sup>105</sup> «The international law principle of compensation may be seen less as an acceptance of nineteenth century notions of «natural right» than as an acknowledgement of the complex interdependencies of international life», WEIGEL/WESTON, *op.cit.* p. 76 n. 119, p. 6.

<sup>106</sup> SIMONIUS, *Lex facit regem*, p. 23.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 42; nos italiques.

<sup>108</sup> Cf. aussi SIMONIUS, *ibid.*, «( . . . ) in den Zwangsmitteln ist eine Stufenfolge denkbar vom Tadel in der Presse, über die Zurücksetzung der einzelnen Staatsangehörigen im internationalen Verkehr, über den vom Staate verfügten wirtschaftlichen Boykott bis zum Kriege.»

décèle dans la pratique internationale et on en trouve aussi un reflet — imparfait — dans les considérations de réciprocité. De plus, la pratique des tribunaux a toujours suivi le principe de l'indemnisation, ce qui apporte un indice supplémentaire en faveur de l'*opinio necessitatis*<sup>109</sup>. Il faut cependant ajouter avec SIMONIUS qu'il serait erroné de croire que «in jeder Pflichtüberzeugung liege notwendig eine Billigung»<sup>110</sup>.

Sur la base de ce qui précède, nous concluons qu'il existe effectivement une coutume internationale postulant une indemnisation en cas de dépossession de propriétaires étrangers. Il nous reste encore à étudier le contenu exact des règles coutumières actuelles.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 34: «Es kommt in Wahrheit für die *opinio necessitatis* nur auf das an, was die Beteiligten nach ihrer Erfahrung tatsächlich vom Richter erwarten können.»

<sup>110</sup> *Ibid.*

## Sixième Partie

## Chapitre II

### Appréciation des chapitres précédents — les règles internationales en matière de protection de la propriété étrangère

Dans ce dernier chapitre, il s'agira, dans une première section, de répondre à la question de savoir quelle est aujourd'hui la protection offerte par le droit international à la propriété étrangère, ceci au vu de la pratique et de l'évolution que ce droit a connues dès la fondation de l'ONU. Dans une deuxième section, on verra comment le propriétaire étranger peut faire valoir ses droits.

#### II.1 Les conditions de la dépossession

Ce titre laisse entendre que le droit international contient des règles en la matière. Est-ce exact? Compte tenu des chapitres précédents, on peut affirmer que tel est effectivement le cas. La controverse porte sur le contenu de ces règles et c'est la raison pour laquelle nous procéderons directement à une étude des conditions de la dépossession.

Rappelons que, selon le droit international classique, un acte de dépossession doit viser un but d'intérêt public, ne pas être discriminatoire à l'égard des étrangers ou de certaines catégories d'étrangers, et être accompagné du paiement d'une indemnité prompte, effective et adéquate. Lorsque ces conditions sont réunies, l'État qui exproprie ou nationalise le fait à bon droit. Cette constatation n'est pas sans importance puisqu'elle nous renseigne sur le caractère de l'indemnité. L'indemnité ne sert pas à effacer les conséquences d'un acte illicite; au contraire, elle accompagne un acte licite. L'exercice du droit d'exproprier ou de nationaliser est simplement soumis à l'obligation de verser une indemnité.

Il y a cependant des expropriations ou nationalisations illicites. C'est le cas précisément si l'indemnité n'est pas versée. La dépossession est également illicite lorsqu'elle est décidée en violation d'un engagement conventionnel (il est toutefois très rare qu'un Etat s'engage, envers un autre Etat, à ne pas procéder à des nationalisations). Quasiment tous les APPI consacrent le droit de nationaliser, à l'exception de ceux qui interdisent les actes de dépossession contraires à un engagement spécifique.

Que sont devenues ces règles classiques, applicables en l'absence d'un traité en tant que coutume internationale?

### II.1.1 L'exigence de l'intérêt public

L'exigence de l'intérêt public ne se trouve pas au centre de la controverse, ce qui ne surprend guère. Comme le choix d'un système économique relève de la compétence exclusive de chaque Etat, il serait très difficile de démontrer qu'au vu du droit international, telle nationalisation ne se fonderait pas sur l'intérêt public. Il en va de même pour les expropriations. Excepté le cas où l'on est en présence d'un acte manifestement arbitraire, les instances appelées à se prononcer sur une mesure de dépossession ne seront guère fondées à nier l'existence d'un intérêt public.

A contre-courant de cette opinion dominante, DOLZER<sup>1</sup> plaide en faveur d'un contrôle approfondi de l'exigence de l'intérêt public. Redoutant un pareil contrôle, HARTMANN réfute totalement cette exigence<sup>2</sup>. Ces deux positions ne reflètent pourtant pas l'état actuel du droit. L'exigence de l'intérêt public demeure un élément nécessaire des actes de dépossession<sup>3</sup>, mais sa portée reste très limitée. Elle n'est au fond pas très différente de l'interdiction de l'arbitraire.

<sup>1</sup> DOLZER, *op.cit.* p. 6 n. 3, pp. 280 s.

<sup>2</sup> HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, pp. 101 s.

<sup>3</sup> *Contra*: La sentence dans l'affaire *Lianco*, *ILM* 1981, p. 58. Est favorable à cette condition la sentence dans l'affaire *Amco Asia*, *ILM* 1985, p. 1029.

### II.1.2 L'exigence de la non-discrimination

La discrimination est, d'après le «Robert» (Petite édition, 1986), le fait de séparer un groupe social des autres en le traitant moins bien. En ce qui concerne le traitement des étrangers, deux types de discrimination sont envisageables: d'abord, une discrimination de tous les étrangers par rapport aux nationaux et, ensuite, une discrimination entre les étrangers eux-mêmes selon leur origine. Dans l'hypothèse d'une nationalisation, il pourrait donc y avoir discrimination lorsqu'un Etat ne dépossède que les propriétaires étrangers ou lorsqu'il dépossède uniquement les ressortissants d'un Etat déterminé.

HARTMANN n'est pas convaincu que l'interdiction de la discrimination ait pour effet de rendre illicites les deux comportements que nous venons de mentionner<sup>4</sup>; il le dit à juste titre quand il vise l'interdiction de la discrimination entre nationaux et étrangers<sup>5</sup>, à tort quand il vise l'interdiction de la discrimination entre étrangers.

Les Etats ne sont pas tenus de traiter de manière égale les nationaux et les ressortissants étrangers: à ces derniers, ils doivent assurer uniquement le standard minimum international, à moins qu'une convention n'en dispose différemment. Notamment en matière économique, les Etats peuvent restreindre la liberté des étrangers. On ne voit pas pourquoi un Etat n'aurait pas le droit de nationaliser uniquement la propriété étrangère. D'après le Conseil constitutionnel français, organe de droit interne, un Etat peut aussi nationaliser uniquement la propriété de ses nationaux<sup>6</sup>. On peut encore raisonner d'une autre manière: pourquoi l'Etat devrait-il étendre une loi de nationalisation à ses propres ressortissants lorsqu'il décide de nationaliser certaines sociétés étrangères, ceci parce qu'il ne tolère plus que des entreprises, dans une certaine branche, soient contrôlées par des propriétaires étrangers?

Ne toucher que certaines catégories d'étrangers par des mesures de dépossession n'est en revanche pas compatible avec l'interdiction

<sup>4</sup> HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, p. 104.

<sup>5</sup> *Contra*: WOOLDRIDGE/SHARMA, *op.cit.* p. 76 n. 120, p. 61.

<sup>6</sup> *Clunet* 1982, p. 334.

de la discrimination<sup>7</sup>. Lors de la nationalisation de l'industrie du cuivre au Chili, l'idée de nationaliser uniquement les sociétés américaines fut rejetée, du fait qu'une telle mesure aurait pu être considérée comme discriminatoire<sup>8</sup>. Toutefois, l'interdiction des nationalisations discriminatoires n'est pas illimitée. La nationalisation qui ne touche que les ressortissants d'un Etat déterminé, parce qu'ils sont les seuls étrangers représentés dans le secteur économique nationalisé, n'est pas discriminatoire: si les autres propriétaires étrangers ne sont pas touchés, c'est seulement parce qu'ils n'exercent pas leurs activités dans le même secteur.

Il n'est pas faux de considérer le principe de la non-discrimination comme une expression du principe de l'égalité<sup>9</sup>, qui permet de traiter différemment ce qui est différent. Partant, il n'est pas tout à fait exclu qu'une nationalisation puisse distinguer plusieurs catégories d'étrangers lorsque le principe de l'égalité admet une différence de traitement.

### 11.1.3 L'indemnité

L'exigence d'une indemnité prompte, effective et adéquate est la pièce maîtresse des règles classiques en matière de protection de la propriété étrangère et, dans cette triade, c'est le mot «adéquat», compris dans le sens de «plein» ou d'«intégral», qui est au cœur de la controverse.

Nous avons constaté que le devoir d'indemniser a été reconnu et suivi en pratique internationale, même si quelques Etats l'ont

<sup>7</sup> Cf. DOMKE, *op.cit.* p. 11 n. 13, pp. 601 ss; la Cour d'appel dans l'affaire *Sabbatino*, *AJIL*, vol. 56, 1962, p. 1105.

*Contra*, mais dans des circonstances particulières, l'Oberlandesgericht de Brême, décision du 21 août 1959 dans l'affaire de la *Nationalisation des plantations néerlandaises en Indonésie*, *ArchVR*, vol. 9, 1961/62, pp. 318 ss, à la p. 359; au sujet de l'interdiction de la discrimination cf. aussi TESAURO, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, pp. 99 ss, qui se prononce en faveur de cette décision, *ibid.*, pp. 125 ss.

<sup>8</sup> ORREGO VICUÑA, *op.cit.* p. 207 n. 59, p. 719.

<sup>9</sup> Ainsi l'Oberlandesgericht de Brême, *ArchVR*, vol. 9, 1961/62, p. 359.

contesté. La jurisprudence internationale n'a jamais cessé de le consacrer et les APPI les plus récents prennent toujours appui sur les règles classiques. La doctrine dominante reconnaît le devoir d'indemniser. On peut ajouter les accords d'indemnité globale et forfaitaire — aussi décevants qu'ils aient pu être pour beaucoup de propriétaires déposés — les accords d'indemnisation entre Etats communistes ou la Déclaration des Ministres des affaires étrangères du Groupe des 77 du 29 septembre 1979. Même la «Charte des droits et devoirs économiques des Etats» reconnaît un devoir résiduel d'indemniser.

Il est vrai que les motifs qui ont inspiré cette pratique peuvent être des plus divers: on aurait tort de nier que l'élément de réciprocité, la conscience de l'interdépendance caractérisant la vie internationale et les purs besoins économiques constituent de bonnes raisons de suivre la pratique en question. Nous n'y voyons toutefois pas la preuve que les règles internationales en matière de protection de la propriété privée étrangère soient tombées en désuétude, mais bien plutôt la preuve qu'une participation normale à la vie économique internationale, caractérisée par l'interdépendance réciproque, doit aller de pair et va effectivement de pair avec l'observation de ces règles. Puisque des règles déjà existantes sont suivies, il importe peu que les motifs en faveur de leur observation aient éventuellement changé. C'est une autre question que de savoir dans quelle mesure ces règles ont été suivies.

Les termes «prompt, adéquat et effectif» ont, comme toute règle de droit, besoin d'être interprétés. L'interprétation est une tâche difficile<sup>10</sup>, qui n'aboutit pas toujours et partout au même résultat, ce qui est parfaitement illustré par ROTH<sup>10a</sup>:

<sup>10</sup> BAXTER, avant-propos à Lillich, *Valuation*, vol. II, pp. VII s: «In the familiar formula «prompt, adequate and effective compensation», the concept of «prompt» and «effective» are difficult enough to elaborate, but the term «adequate», standing by itself, is only a feeble flame in the prevailing darkness. However, it is (. . .) taken to represent a demand for «full» compensation or compensation in terms of «fair market value». But «fair» or «just» or «appropriate» offers no key to the measure of compensation to be provided, other than that it should be less than full and more than nothing.»

<sup>10a</sup> ROTH, *op.cit.* p. 23 n. 14, p. 121.

«The standard is always the same, but it is for the judges to take the particular circumstances into consideration which may call for special leniency. An analogy to penal law may be useful in this connection. A murder is a murder, but the appreciation of the circumstances alone enables the judge to fix a penalty in conformity with civilized justice».

### 11.1.3.a L'effectivité

Pour répondre au critère de l'effectivité, l'indemnité ne doit pas être réglée dans une monnaie ou par des titres qui la rendent illusoire. Une indemnité payable dans un Etat qui ne tolère ni son transfert à l'étranger, ni son réinvestissement, équivaldrait en quelque sorte à la constitution d'un compte bloqué, qui ne réparerait pas le dommage résultant de l'acte de dépossession.

L'effectivité est stipulée comme suit dans l'APPI entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Chine populaire: «This compensation shall be paid in the currency agreed on with the investors on the date of the investments, or failing this in any other convertible currency» (article 2 du Protocole joint à cet Accord). La Convention entre la Suisse et la Malaisie de 1978<sup>11</sup> parle d'une indemnisation réglée en monnaie convertible et transférable (article 5).

En général et dans la pratique, ce critère est observé. Du moment que le droit international contient l'obligation de payer une indemnité en cas de dépossession, il n'existe aucune raison empêchant d'exiger que cette indemnité soit effective.

### 11.1.3.b La promptitude

George SCELLE<sup>12</sup> emploie la formule de juste et préalable indemnité. Le terme «prompt» est aujourd'hui interprété de telle manière qu'il n'est plus question d'y voir une indemnisation préalable<sup>13</sup>. Il est

<sup>11</sup> RS 0.975.252.7; RO 1978, pp. 1183 ss.

<sup>12</sup> *Op.cit.* p. 39 n. 2, deuxième partie, p. 113.

<sup>13</sup> Il semble qu'une exception soit faite pour les expropriations. En cas d'expropriation, ROUSSEAU exige une indemnité préalable, ou au moins concomitante à la dépossession», *op.cit.* p. 69 n. 100, t. V, p. 51; VERDROSS/SIMMA, *op.cit.* p. 39 n. 2, no 1217.

généralement admis que ce critère est satisfait si les paiements se font par annuités régulières dans un laps de temps raisonnable. Parfois, la doctrine pose des limites supérieures. Ainsi, des indemnités payables sur trente ans ou plus seraient inacceptables<sup>14</sup>. Le Conseil constitutionnel français a jugé qu'une indemnisation sous forme d'obligations remboursables au pair par voie de tirage au sort en quinze tranches annuelles, «ce qui fait apparaître une échéance moyenne de sept ans et demi», satisfait au critère de la promptitude<sup>15</sup>.

Ce critère n'a pas toujours été observé dans les accords d'indemnité globale et forfaitaire; les APPI, en revanche, exigent un paiement sans retard ou sans retard injustifié, ou emploient le terme «prompt». Les États-Unis entendent par «prompt», «adéquat» et «effectif» le paiement «within a reasonable time after expropriation of the fair market value of the expropriated property in a readily convertible currency»<sup>16</sup>.

Le critère de la promptitude, tel qu'il est interprété de nos jours, permet le paiement de l'indemnité en tranches annuelles s'étendant sur une période raisonnable; il s'agit bien d'une condition que doit observer l'Etat nationalisant<sup>17</sup>.

### II.1.3.c Le montant de l'indemnité

Que signifie le mot «adéquat»? Désigne-t-il une indemnité pleine et entière, juste, équitable ou une indemnité dont le montant peut être librement arrêté par l'Etat nationalisant? Selon MEESSEN, la doctrine dominante partage l'avis que l'indemnité doit être entière même en

<sup>14</sup> GATTIKER, *op.cit.* p. 45 n. 25, p. 44.

<sup>15</sup> Décision du 16 janvier 1982, *Clunet* 1982, p. 338.

<sup>16</sup> Legal Adviser of the U.S. Department of State Memorandum on the Application of the Treaty of Amity to Expropriations in Iran, October 13, 1983, *ILM* 1983, pp. 1406 ss, n. 42 à la p. 1407.

Cf. aussi *Alberti v. Empresa Nicaragüense de la Carne*, U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, 18 avril 1983, *ILM* 1983, pp. 835 ss, p. 838.

<sup>17</sup> *Contra*: VERDROSS/SIMMA, *op.cit.* p. 39 n. 2, no 1222, qui définissent le terme «prompt» dans le sens d'«immédiat».

cas de nationalisation<sup>18</sup>, mais il concède que «in der Praxis der letzten Jahrzehnte hat sich eine Übung, volle Entschädigung zu leisten, nicht herausgebildet»<sup>18a</sup>.

Ces deux affirmations d'un même auteur suffisent pour sentir la complexité du problème de l'indemnisation. Les différents genres d'actes de dépossession peuvent présenter des particularismes essentiels, et le clivage entre, d'une part, une doctrine s'orientant vers le droit classique et, d'autre part, la pratique pourrait nous inciter à conclure que les normes classiques du droit des gens en la matière sont tombées en désuétude<sup>19</sup>.

En outre, les circonstances dans lesquelles la triade classique s'est formée ne contribuent pas à rendre la vision plus claire. La triple règle s'appliquait aux expropriations, les nationalisations étant à l'époque inconnues. Mais, depuis 1945, l'expropriation a cédé le pas aux nationalisations<sup>20</sup>. Ceci eut, d'une part, pour conséquence que l'expropriation commença à jouer un rôle secondaire dans la doctrine, qui s'occupait toujours plus des nationalisations. D'autre part, étant donné l'ampleur et la fréquence des nationalisations intervenues dès 1945, l'application par analogie des règles classiques aux nationalisations devait entraîner des conséquences financières sensibles pour l'Etat débiteur. Ceci alimenta la controverse sur la question de savoir si cette application par analogie était possible ou s'il fallait établir une distinction entre les deux formes de dépossession. Ainsi, d'éminents auteurs n'attachent pas les mêmes conséquences aux expropriations qu'aux nationalisations en ce qui concerne l'obligation d'indemniser. L'expropriation donnerait droit à une indemnité «complète, adéquate et effective, c'est-à-dire qu'elle doit permettre au lésé d'acquiescer à nouveau des biens de même valeur que ceux dont il a été privé»<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> MEESSEN, *op.cit.* p. 49 n. 34, p. 11.

<sup>18a</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>19</sup> Dans ce sens TESAURO, *op.cit.* p. 230 n. 7, pp. 214 ss. A son avis, les règles classiques sont, en 1976, fortement affaiblies, *ibid.*, p. 218, l'indemnité en cas de nationalisation étant de «dimensione prevalentemente interna», *ibid.*, pp. 215 et 218.

<sup>20</sup> Cf. ROUSSEAU, *op.cit.* p. 69 n. 100, t. V, p. 51.

<sup>21</sup> GUGGENHEIM, *op.cit.* p. 39 n. 1, pp. 333 s.

ROUSSEAU traite de l'expropriation et de la nationalisation dans deux paragraphes différents et affirme que l'indemnité en cas d'expropriation doit être intégrale<sup>22</sup>. Contrairement à la nationalisation, l'expropriation se heurte en doctrine à une certaine indifférence. On peut constater, en résumant, que, pour l'expropriation, les règles classiques ont force de droit. Elles se trouvent exprimées dans la sentence arbitrale concernant l'affaire des *Propriétaires de vaisseaux norvégiens*, qui fait dépendre l'expropriation d'une juste indemnité, ce qui signifie «a complete restitution of the *status quo ante*»<sup>23</sup>.

Faut-il en revanche admettre que les nationalisations donnent droit, comme le dit GUGGENHEIM, «à une indemnité dont le montant devra se maintenir dans des limites raisonnables, c'est-à-dire qu'il devra être établi en tenant compte de la valeur des biens nationalisés et des possibilités économiques et financières de l'Etat débiteur»<sup>24</sup>? Est-il justifié de traiter différemment les nationalisations et les expropriations? A vrai dire, une nationalisation n'est qu'une expropriation à grande échelle. Du point de vue du propriétaire, il importe peu d'être dépossédé par expropriation ou par nationalisation. Pour MEESEN, il est concevable de faire une différence du point de vue du droit national, mais pas du point de vue du droit des gens, car «(. . .) der enteignete Ausländer erhält (. . .) anders als der enteignete Inländer, nicht die Möglichkeit, an den Vorteilen, die von der Überführung grosser Vermögensmassen in Gemeineigentum erwartet oder erhofft werden, zu partizipieren, er trägt nur den Nachteil seines persönlichen Vermögensverlustes»<sup>25</sup>. Si l'Etat n'a pas les moyens de payer l'indemnité, il lui suffit de renoncer à ses projets. MEESEN continue en disant que Giovanni Agnelli a pris ce problème en considération «wenn er, wie dies in der Neuen Zürcher Zeitung und im Handelsblatt berichtet worden ist, die Beteiligung an Fiat nicht

<sup>22</sup> ROUSSEAU, *op.cit.* p. 69 n. 100, t. V, p. 51.

<sup>23</sup> RSA, vol. I, p. 338.

<sup>24</sup> GUGGENHEIM, *op.cit.* p. 39 n. 1, p. 335. Cette indemnisation vaut également pour les réformes agraires. Pour ROUSSEAU, *op.cit.* p. 69 n. 100, t. V, p. 53, «l'accord est fait dans la doctrine et la pratique internationale sur le principe qu'il ne peut y avoir des nationalisations sans indemnisation.»

<sup>25</sup> MEESEN, *op.cit.* p. 49 n. 34, p. 27.

nur wegen des hohen Verkaufspreises, sondern auch, um der Gefahr einer Verstaatlichung in Italien entgegenzuwirken, an Libyen verkauft hat»<sup>26</sup>.

Bien que les faits relatés par MEESEN soient indéniables, on ne peut pas, du point de vue du droit international, ignorer entièrement la thèse de GUGGENHEIM. Si, pour les propriétaires touchés, l'effet des deux procédés est bien le même (soit le transfert de droits à l'Etat), il faut néanmoins voir que le but visé et le nombre des personnes touchées constituent des faits qui peuvent jouer un rôle<sup>27</sup>. Les règles concernant la protection de la propriété étrangère sont le résultat d'une pesée d'intérêts. «La protection de la propriété privée et des droits acquis des étrangers concilie en droit international la souveraineté territoriale de l'Etat et le droit de l'étranger»<sup>28</sup>. Il sied de rappeler que le droit international classique reconnaît aussi le droit de nationaliser. Le Secrétaire d'Etat américain Cordell Hull, qui donna son nom à la formule résumant les règles classiques, déclara en 1938 au cours d'une conférence de presse: «This Government (*sc.* le Gouvernement des Etats-Unis) has not undertaken and does not undertake to question the right of the Government of Mexico in the exercise of its sovereign power to expropriate properties within its jurisdiction»<sup>29</sup>.

L'indemnité due en cas de dépossession accompagne un acte licite<sup>30</sup>. C'est le prétendu antagonisme entre le droit de nationaliser et le devoir d'indemniser qui fonda probablement l'un des motifs sur lesquels se base une certaine hostilité à l'égard des règles classiques<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 27. MEESEN se réfère à la NZZ du 4 décembre 1976 et au Handelsblatt du 6 décembre 1976.

<sup>27</sup> En droit pénal suisse par exemple, la récidive se base uniquement sur un critère de quantité (art. 67 du Code pénal). Le concours d'infractions réalisé par une même personne peut entraîner une durée de peine différente de la somme des durées des peines encourues lorsque ces mêmes infractions sont commises chacune par une autre personne (art. 68 du Code pénal).

<sup>28</sup> FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 52.

<sup>29</sup> Cité par BAUDE, *op.cit.* p. 40 n. 3, n. 55 à la p. 810.

<sup>30</sup> Pour AMMANN, il n'est donc pas question d'indemniser le *lucrum cessans*. «Schadenersatz plus entgangener Gewinn stellt die Sanktion für ein Delikt dar», *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 74. Cf. aussi *supra*, pp. 227 s.

<sup>31</sup> Voir HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, p. 127.

L'Etat qui ne possède pas les ressources nécessaires au paiement des indemnités n'est pas à même d'exercer son droit de nationaliser. C'est pourquoi certains voient dans l'obligation d'indemniser la négation du droit en question.

Cela n'est cependant pas exact, car les droits ne sont en général pas absolus<sup>32</sup>. Par exemple, la liberté du commerce et de l'industrie, garantie par l'article 31 de la Constitution fédérale et définie comme «le droit de choisir et d'exercer librement une activité lucrative privée»<sup>33</sup>, n'empêche pas que des restrictions de police, mais aussi sociales ou de politique sociale, lui soient apportées<sup>34</sup>.

L'indemnisation est simplement une condition à remplir pour pouvoir exercer le droit de nationaliser. Nous avons montré qu'une indemnité s'imposerait en quelque sorte indépendamment de toute règle spécifique en vertu du seul principe de la bonne foi. Ce principe ne tolère pas que les propriétaires étrangers soient dépouillés de leurs biens. Mais l'indemnité due en vertu des principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire n'est pas identique à la «complete restitution of the status quo ante», que garantirait la lecture de la «formule Hull» dans l'esprit du début du siècle.

Qu'en est-il de cette différence? Elle laisse une certaine liberté de manœuvre permettant de tenir compte des particularités de l'espèce dans une *mesure limitée*. Ainsi peut-on tenir compte, dans une *mesure limitée*, notamment de l'intérêt de l'Etat à ce que certaines branches économiques ne soient pas contrôlées par des ressortissants étrangers ou bien aussi de la condition économique et financière de l'Etat nationalisant et du fait qu'une entreprise déterminée pourrait avoir bénéficié de conditions extrêmement avantageuses obtenues pendant

<sup>32</sup> «En l'absence de convention, la nationalisation peut donc être un abus de droit à un double titre: parce qu'elle relève d'une compétence exclusive qui n'est pas inconditionnée et parce que la soumission de l'étranger aux lois locales ne le met pas à la merci du souverain», FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 233.

<sup>33</sup> J.-F. AUBERT, *op.cit.* p. 13 n. 19, vol. II, no 1871.

<sup>34</sup> *Ibid.*, supplément, no 1881.

une période de domination coloniale<sup>35</sup>. On ne saurait toutefois partir de l'idée que les intérêts de l'Etat sont *a priori* plus dignes de protection que ceux des particuliers.

Il est enfin impossible de considérer la «formule Hull» tout à fait indépendamment de ce qui se passait et se passe en droit interne en matière de protection de la propriété. Cette protection s'est affaiblie même dans les pays passant pour être très respectueux de la propriété privée, soit les pays industrialisés et exportateurs de capitaux. Ainsi, les Constitutions d'Italie, d'Espagne et de Suède ne précisent pas la méthode ou les principes selon lesquels le montant de l'indemnité doit être calculé<sup>36</sup>.

Certes, un Etat ne peut pas invoquer son droit interne pour se soustraire à ses obligations en droit des gens. Cela dit, il est difficilement concevable que l'évolution en matière de protection de la propriété qu'ont connue les droits internes reste sans écho dans l'interprétation de la coutume internationale<sup>37</sup> (cela n'empêche pas que cette évolution aille peut-être un jour exactement en sens contraire). Les règles classiques furent conçues comme un standard minimum de protection. Or, aujourd'hui, une application littérale de la «formule Hull» offrirait parfois une meilleure protection aux ressortissants des Etats industrialisés et exportateurs de capitaux que

<sup>35</sup> «Eine Investition, die unter einem kolonialen Regime oder unmittelbar nach der Unabhängigkeit in einem Land ohne gefestigte Wirtschaftspolitik vorgenommen wurde, kann nicht unbedingt mit derselben Elle gemessen werden, wie die Zweigniederlassung, die im Vertrauen auf die Zusage einer mit einer höheren «bargaining-power» versehenen Regierung aufgebaut wurde», GATTNER, *op.cit.* p. 45 n. 25, pp. 43 s.

<sup>36</sup> DOLZER, *op.cit.* p. 21 n. 12, n. 58 à la p. 568. Il mentionne encore le Royaume-Uni et le projet de révision totale de la Constitution fédérale suisse de 1977. L'art. 42 de la Constitution italienne de 1947 a la teneur suivante: «( . . . ) La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. ( . . . )»

L'alinéa 3 de l'art. 33 de la Constitution espagnole de 1978 dit ceci: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.»

<sup>37</sup> Cf. aussi SCHELLE, *op.cit.* p. 39 n. 2, p. 111.

celle que leur garantissent les lois de leur propre pays<sup>38</sup>. Pareille protection équivaldrait moins à un standard minimum qu'à un standard maximum. Il n'entre pas dans les tâches du droit international d'assurer un standard maximum.

Parlant de liberté de manœuvre, nous sommes conscient du fait que nous nous avançons sur un terrain difficile. Cette liberté peut inciter les gouvernements à réduire le montant des indemnités à un niveau inférieur à celui permettant à la personne dépossédée d'acquérir des biens de même valeur que ceux dont elle a été privée<sup>39</sup>. Il ressort notamment d'une contribution de GIRVAN que les charges financières résultant des nationalisations sont lourdes pour les Etats du Tiers-Monde<sup>40</sup>. Même si on ne peut guère nier que des nationalisations de grande envergure puissent poser des problèmes de financement, cela ne justifie aucunement l'adoption d'un droit permettant des nationalisations confiscatoires. Il faut ici souligner que le patrimoine de l'Etat croît du fait de la nationalisation et que les bénéficiaires des entreprises profiteront ensuite à cet Etat<sup>41</sup>. Lors de la nationalisation de l'industrie du cuivre, le Chili a notamment procédé à des déductions pour cause de profits excessifs. Avec un total de déductions s'élevant à 318,5 millions de dollars américains pour la Compañía Minera Chuquicamata, à 69,9 millions pour la Compañía Minera El Salvador, à 4,8 millions pour la Compañía Exótica, à 629,2 millions pour la Compañía Minera El Teniente et à 1,9 millions pour la Compañía Minera Andina, il restait en conséquence une «compensation négative» de 76,5 millions pour la Minera Chuquicamata, de 1,6 millions pour la Minera El Salvador, de 310,4 millions pour la Minera El Teniente et une compensation positive de 10 millions pour la Compañía Exótica et de 18,3 millions pour la Minera Andina<sup>42</sup>. La décision relative à ces réductions était largement rétroactive, puis-

<sup>38</sup> Cf. DOLZER, *op.cit.* p. 21 n. 12, p. 568.

<sup>39</sup> AMMANN, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 30.

<sup>40</sup> GIRVAN, *op.cit.* p. 78 n. 134, pp. 171 ss.

<sup>41</sup> Si une entreprise devait devenir déficitaire à long terme, suite à la nationalisation, on pourrait à juste titre se poser la question de savoir si la mesure correspondait à l'intérêt public.

<sup>42</sup> Les chiffres sont arrondis; cf. *ILM* 1971, pp. 1235 ss et 1251 ss.

qu'elle tenait compte des bénéfices réalisés dès 1955 et que la Loi de nationalisation fut votée en 1971. En outre, les entreprises ne pouvaient légitimement s'attendre à des nationalisations si subites ou, pour le moins, dans de telles conditions<sup>43</sup>, puisque le statut de l'industrie du cuivre venait d'être redéfini et renégocié en 1966/67 dans le cadre d'un programme de «chilisation»<sup>44</sup>. De pareilles procédures de réduction n'ont rien à voir avec une pesée équitable des intérêts. Elles ne peuvent servir qu'à masquer une confiscation pure et simple.

Pour autant qu'on procède à une pesée équitable des intérêts en cause, on ne peut jamais aboutir à une dépossession confiscatoire: les principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire commandent déjà le versement d'une indemnité correspondant à un certain minimum; la pesée des intérêts permet ensuite de tenir compte des particularités du cas d'espèce pour la détermination du montant qui doit s'ajouter à ce minimum.

Tout cela peut paraître flou. Mais il faut renoncer à l'idée que l'on peut éviter tout manque de rigueur, particulièrement en ce qui concerne le droit international dans le domaine de la protection de la propriété étrangère. A force de vouloir régler tous les détails, on risque de se perdre et d'adopter des normes trop rigides. Les situations pratiques sont si diverses que des lignes directrices suffisent. Elles doivent être interprétées, sort auquel n'échappe aucune règle, qu'elle soit de droit international ou de droit national<sup>45</sup>. Ce qui importe, c'est que l'interprétation soit guidée par la bonne foi.

La bonne foi joue aussi un rôle primordial dans l'évaluation des biens et droits qui font l'objet d'une mesure de dépossession. La valeur d'une entreprise, d'une action, d'un terrain, peut être établie

<sup>43</sup> «The excess profits deductions punish the companies today for acts that were legal and approved by the Government of Chile at the time. No claim is being made that these excess profits deductions are based on violations of Chilean law», Statement of Secretary of State William P. Rogers, 13 octobre 1971, *AJIL*, vol. 66, 1972, p. 380.

<sup>44</sup> Traduit de l'allemand, BEHRENS, «Rechtsfragen im chilenischen Kupferstreit», *RabelsZ*, 37<sup>ème</sup> année, 1973, pp. 394 ss et 397 s.

<sup>45</sup> Du même avis ROTH, *op.cit.* p. 23 n. 14, p. 191, en ce qui concerne les garanties assurées aux étrangers par le «standard minimum» en général.

d'après de nombreux critères. Selon qu'on se réfère à la valeur fiscale<sup>46</sup>, à la valeur indiquée au bilan<sup>47</sup>, à la valeur d'assurance ou à la valeur vénale, on peut aboutir à des résultats différents. Et comment peut-on encore parler de valeur vénale si un Etat prohibe purement et simplement l'entreprise privée<sup>48</sup>?

Le moment de l'évaluation ne manque pas non plus d'importance. Normalement, le cours en bourse des actions des sociétés à nationaliser baisse lorsque le gouvernement annonce la nationalisation. Il arrive aussi que la baisse intervienne beaucoup plus tôt, soit lors de la campagne électorale dans l'Etat concerné, ou même dès que la nationalisation semble prévisible<sup>49</sup>. GILLIAN WHITE<sup>50</sup> donne une excellente illustration des difficultés que pose l'évaluation d'une entreprise à propos de la Barcelona Traction Light & Power Company. En plus des particularités de chaque cas d'espèce, de multiples questions techniques peuvent nécessiter le recours à des spécialistes en économie ou en finance, ainsi qu'à des experts-comptables. S'agissant de grandes propriétés foncières, AMMANN postule que chaque cas

<sup>46</sup> «It would appear, therefore, that the tax value base, though arguably inadequate at times, is an appropriate minimum standard in real property valuation», R. K. GOLDMAN/PAXMAN, «Real Property Valuations in Argentina, Chile, and Mexico», dans Lillich, *Valuation*, vol. II, p. 165.

<sup>47</sup> «Although increasingly the position is being taken that book value should be used, there are fundamental differences of opinion on what should be understood by the book value of nationalized property: should it be updated, and should intangible assets be included», MULLER, *op.cit.* p. 76 n. 119, p. 62.

<sup>48</sup> «In some instances, a market for a particular enterprise may not exist and, therefore, the (fair market value) of the property must be determined through indirect means», Legal Adviser of the U.S. Department of State, Memorandum on the Application of the Treaty of Amity to Expropriations in Iran, 13 octobre 1983, *ILM* 1983, p. 1411, n. 58.

<sup>49</sup> «Similarly the Legal Adviser of the Department of State wrote in 1962 that: (The Department of State has traditionnally defined fair compensation as adequate, prompt and effective payment (. . .). In the case of an operating enterprise, adequate compensation is usually considered to be an amount representing the market value or (going concern) value of the enterprise, calculated as if the expropriation or other governmental act decreasing the value of the business had not occurred and was not threatened», *ibid.*, p. 1411, n. 60.

<sup>50</sup> G. WHITE, «The problem of valuation in the Barcelona Traction case», dans Lillich, *Valuation*, vol. I, pp. 43 ss, avec beaucoup de références.

d'espèce doit être apprécié individuellement, vu les difficultés que pose leur évaluation<sup>51</sup>. Les problèmes ne sont pas moins complexes en ce qui concerne les entreprises. La reconnaissance par l'Etat nationalisant du droit à une indemnité pleine et entière restera lettre morte si l'évaluation n'est pas faite de bonne foi.

Pour obtenir une évaluation aussi proche que possible de la valeur réelle, il faut en principe se demander ce que le propriétaire dépossédé devrait payer pour se procurer à nouveau un bien semblable ou pour obtenir un droit équivalent<sup>52</sup>.

#### II.1.4 La portée des clauses de stabilisation dans les contrats entre Etats et personnes privées étrangères

Quels sont la portée et l'effet juridiques d'une clause insérée dans un contrat entre un Etat (ou une organisation étatique) et un particulier, par laquelle l'Etat (ou l'organisation étatique) s'engage à ne pas nationaliser ou à garantir la condition juridique telle qu'elle se présente au moment de la conclusion du contrat, ceci pour une certaine durée?

Une controverse porte déjà sur la question de savoir si l'Etat peut ou non prendre un tel engagement. La jurisprudence répond positivement<sup>53</sup>. S'agissant de *traités*, la CPJI a dit dans l'affaire du *vapeur «Wimbledon»*<sup>54</sup>:

<sup>51</sup> AMMANN, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 85.

<sup>52</sup> *Contra*: Le U.S. Memorandum cité à la p. 241 n. 48, p. 1408: «Measures of valuation such as 'book value' and 'replacement cost' do not consider the capacity of an asset to produce future income. Thus, fair market value, which does take account of the property's income producing capacity, generally respects the truest measure of an assets full equivalence.»

<sup>53</sup> Cf. les sentences *Texaco/Calasiatic* et *Aminoil*. La dernière sentence ne le fait cependant qu'avec des restrictions importantes. Cf. également la sentence du CIRDI dans l'affaire *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia*, ILM 1987, pp. 666 s.

<sup>54</sup> CPJI, Recueil des Arrêts, série A, no 1, p.25. L'affaire du «Wimbledon» a opposé la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et le Japon, comme demandeurs, à l'Empire Allemand comme défendeur.

«La Cour se refuse de voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat.»

On ne voit pas pourquoi ce raisonnement ne vaudrait pas, par analogie, pour les contrats conclus par un Etat avec une personne privée. Si certains soutiennent que ces contrats ont été «inventés» dans le but d'aliéner la souveraineté permanente sur les richesses naturelles des pays ayant nouvellement accédé à l'indépendance<sup>55</sup>, on peut leur répondre que ces pays ne sont pas les seuls à souscrire des engagements semblables: de tels contrats sont très fréquemment passés entre personnes privées et Etats industrialisés.

Il faut aussi examiner les effets des contrats entre Etats et personnes privées étrangères, et en particulier se demander si le principe «*pacta sunt servanda*» leur est applicable par analogie. L'Etat s'est-il engagé internationalement par de tels actes? La réponse n'est pas sans conséquences. Si on admet que tel est le cas, le non-respect du contrat est un acte contraire à une obligation conventionnelle, donc internationalement illicite, entraînant l'obligation de réparer. L'acte de dépossession serait internationalement illicite. Dans cette éventualité, la partie lésée pourrait demander la «*restitutio in integrum*», c'est-à-dire la renonciation à la nationalisation ou, si cela s'avérait impossible, le paiement d'une indemnité pour réparer l'acte illicite. L'Etat devrait verser l'indemnité pour le «*damnum emergens*» et le «*lucrum cessans*»<sup>56</sup>.

VERDROSS appelle ces contrats des «quasi-international agreements» en se référant à SCHWARZENBERGER et en soulignant qu'il ne s'agit pas de traités internationaux, lesquels ne peuvent être conclus que par des sujets du droit international<sup>57</sup>. Les rapports entre les

<sup>55</sup> Cf. BEDJAOUÏ, *op.cit.* p. 201 n. 36, p. 74.

<sup>56</sup> BINDSCHIEDLER, *op.cit.* p. 41 n. 8, p. 245; AMMANN, *op.cit.* p. 8 n. 9, pp. 66 et 74.

<sup>57</sup> VERDROSS, «Protection of Private Property under Quasi-International Agreements», dans *Mélanges François*, pp. 355 s.

parties sont donc exclusivement régis par les termes du contrat<sup>58</sup>. «But when a state concludes, *inter pares*, an agreement with a foreign national, subjecting all disputes arising out of it to arbitral proceedings agreed upon by the parties, it thereby clearly establishes that this agreement creates rights and obligations which cannot be constructed according to the municipal law of the contracting State, but solely in conformity with the *lex contractus*, except where the latter refers to the municipal law of the contracting State or to any other legal order»<sup>59</sup>.

Le caractère obligatoire des contrats entre Etats et personnes privées étrangères se fonde sur la maxime «*pacta sunt servanda*»<sup>60</sup>. L'Etat ainsi que la partie privée sont tenus d'exécuter leurs engagements. «Ainsi la reconnaissance par le droit international du droit à nationaliser ne suffit pas pour l'habiliter (*sc.* l'Etat libyen) à méconnaître ses engagements puisque le même droit reconnaît aussi la faculté pour un Etat de s'engager internationalement, notamment en acceptant l'insertion de clauses de stabilisation dans un contrat conclu avec une partie privée étrangère»<sup>61</sup>. Dans cette affaire, le Tribunal arbitral a prescrit la «*restitutio in integrum*», qui forme, «tant selon les principes de la loi libyenne que selon ceux du droit international, la sanction normale de l'inexécution d'obligations contractuelles et

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 358.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 359. D'après MAYER, «La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat», *Clunet* 1986, pp. 3 ss, qui constate que la position de VERDROSS est presque unanimement critiquée, «l'application du droit international à un rapport entre Etat et entreprise étrangère ne peut donc être qu'analogique», p. 22. Il conclut à la p. 24 que «les rapports, contractuels ou non, entre l'Etat et l'entreprise étrangère ne peuvent être soumis à aucun droit».

<sup>60</sup> Cf. aussi *ibid.*, p. 40. MAYER affirme résolument que l'Etat souverain peut valablement souscrire des promesses de ne pas nationaliser, *ibid.*, pp. 30 et 36. Nier la validité des engagements de l'Etat pris dans le cadre des contrats d'Etat «ferait de l'Etat un incapable», *ibid.*, p. 39, voir aussi p. 44 et DAVID, «Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien», *Clunet* 1986, p. 87.

<sup>61</sup> Sentence *Texaco/Calasiatic*, *Clunet* 1977, pp. 371 ss, spécialement par. 71.

qu'elle ne pourrait être écartée que dans la mesure où le rétablissement du *statu quo* se heurterait à une impossibilité absolue<sup>62</sup>.

Bien que saluée par certains, cette sentence ne fut pas épargnée par la critique<sup>63</sup>. Ce serait à tort qu'on aurait essayé d'appliquer à ces contrats les principes du droit des traités<sup>64</sup> et notamment la maxime «*pacta sunt servanda*»<sup>65</sup>, «Si l'on confère au contrat la même nature et la même valeur juridique qu'un traité entre deux Etats, dans le but de rendre immuable l'application de ses dispositions, on porte en fait atteinte à la souveraineté de l'Etat»<sup>66</sup>.

Pour AMERASINGHE, la violation d'un pareil contrat ne constitue pas en soi une violation du droit international, à moins que d'autres conditions soient réunies<sup>67</sup>.

La clause de stabilisation est-elle vraiment en mesure d'offrir une protection inébranlable contre d'éventuels changements des conditions juridiques? Le cas échéant, ces clauses provoquent un conflit entre deux types d'intérêts également dignes de protection: celui de l'Etat à modifier le droit conformément aux données de l'époque et à ses intérêts, d'une part, et la confiance qu'a la partie privée en la parole donnée et la sécurité juridique, d'autre part.

La personne privée à laquelle l'Etat a promis de ne pas procéder à une nationalisation peut demander à bon droit que l'accord ne devienne pas un «chiffon de papier». On a de la peine à admettre que les clauses de stabilisation soient dépourvues de valeur juridique dans les cas précis où elles devraient déployer leur effet.

<sup>62</sup> *Ibid.*, par. 109.

<sup>63</sup> Cf. KAHN, *op.cit.* p. 101 n. 208, pp. 844 ss.

<sup>64</sup> Cf. FATOUROS, «International Law and the Internationalized Contract», *AJIL*, vol. 74, 1980, pp. 134 ss et 140.

<sup>65</sup> Cf. BEDJAOUI, *op.cit.* p. 201 n. 36, p. 75, cf. également p. 73: «Dans ce domaine aussi on a essayé de lier la souveraineté des Etats et de l'enfermer dans le piège du formalisme hypocrite du principe «*pacta sunt servanda*».

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>67</sup> AMERASINGHE, «State Breaches of Contracts with Aliens and International Law», *AJIL*, vol. 58, 1964, p. 899.

«Il faut en effet admettre que l'Etat, en insérant cette disposition dans un contrat international, a entendu lui assurer un effet juridique. Il a, ce faisant, fait naître chez son interlocuteur une espérance ou une «expectative légitime», qui a souvent joué un rôle déterminant dans la conclusion du contrat. (...) Il s'agit d'une question de bonne foi»<sup>68</sup>.

La jurisprudence récente et la doctrine ne permettent toutefois pas de conclure qu'en droit international l'effet des clauses de stabilisation est d'empêcher les actes de dépossession. En général, ces clauses ne peuvent pas obliger l'Etat à la «*restitutio in integrum*», à moins qu'il ne choisisse lui-même cette issue, mais elles l'obligent à payer une indemnité considérablement plus élevée qu'en l'absence de clause semblable. Cette indemnité doit réparer le «*damnum emergens*» et le «*lucrum cessans*».

On peut mentionner en ce sens les sentences *Liamco*<sup>69</sup>, *B.P. v. Libyan Arab Republic*, *Aminoil* et *Amco Asia* qui déclarent applicable le principe «*pacta sunt servanda*» et concluent au paiement d'une indemnité pour le «*damnum emergens*» et le «*lucrum cessans*»<sup>70</sup>. De la

<sup>68</sup> J.-F. LALIVE, *op.cit.* p. 20 n. 9, pp. 39 s; voir aussi DAVID, *op.cit.* p. 244 n. 60, p. 89. En droit national les contrats entre personnes privées et l'administration peuvent poser des problèmes semblables. Cf. pour la Suisse ATF 103 la 505, *Gebrüder Hoffmann AG c. Thoune*, spécialement pp. 512 ss.

<sup>69</sup> «*Restitutio* has thus been considered in international law as against the respect due for the sovereignty of the nationalizing State», *ILM* 1981, p. 63 et la conclusion, chiffres 3 et 4, *ibid.*, pp. 85 s. Voir aussi la sentence dans l'affaire *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia*, *ILM* 1987, p. 670.

<sup>70</sup> «First of all, the State is the natural protector of nation's public interest and welfare. Accordingly, except when the State acts like a private person, that is not exercising in any way its sovereign powers, the State is to be and indeed, is effectively, granted the right to alter, and even to suppress, where the public interest so requires, a situation or relationship it created by a previous act, even if this act is the source of the State's commitment and obligations.

This is the fundamental principle of the right of a sovereign State to nationalize or to expropriate property, including contractual rights previously granted by itself, even if they belong to aliens, by now clearly admitted in national legal systems as well as in international law», *ILM* 1985, p. 1029. Il s'agit à vrai dire d'un *obiter dictum*, puisque le Tribunal dans l'affaire *Amco/Asia* ne dut pas trancher un problème se rapportant à l'effet d'une clause de stabilisation.

doctrine, on peut citer WHITE<sup>71</sup>, FOUILLOUX<sup>72</sup>, O'CONNELL<sup>73</sup> et MAYER<sup>74</sup>; pour sa part, AMMANN postule simplement le devoir de restituer ou d'indemniser<sup>75</sup>.

MANN, notamment, ne partage pas cet avis. Pour lui, une nationalisation décidée à l'encontre d'une clause de stabilisation ne peut pas être un acte licite. Se prononçant à propos de la sentence *Aminoil*, il critique sévèrement le fait que le Tribunal arbitral ait jugé que la clause n'avait d'effet que sur le montant de l'indemnité<sup>76</sup>.

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que les clauses de stabilisation ne sont pas dépourvues d'effets, ne fussent-ils que de nature pécuniaire<sup>77</sup>. Que, dans l'affaire *Texaco/Calasiatic*, l'arbitre ait ordonné la «*restitutio in integrum*» nous semble *in casu* particulièrement judicieux. L'arbitre constatait en outre que cette mesure représentait, aussi selon les principes de la loi libyenne, la sanction normale de l'inexécution d'obligations contractuelles. L'approche consistant à rechercher la solution prévue par le droit national en la matière paraît pertinente.

Les effets des clauses de stabilisation ou de clauses semblables constituent d'ailleurs un vieux problème juridique, tant en droit international qu'en droit national. On l'avait perçu bien avant que

<sup>71</sup> G. WHITE, *op.cit.* p. 76 n. 122, p. 179.

<sup>72</sup> FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, p. 286: «Ni pour le juge international, ni pour la doctrine, le contrat de concession ne saurait faire obstacle à la nationalisation.» Il ne parle pourtant que de contrats de concession.

<sup>73</sup> O'CONNELL, *op.cit.* p. 44 n. 18, vol. II, pp. 1115 s.

<sup>74</sup> MAYER, *op.cit.* p. 244 n. 59, pp. 50 s.

<sup>75</sup> AMMANN, *op.cit.* p. 8 n. 9, p. 110.

<sup>76</sup> MANN, «The Aminoil Arbitration», *BYIL* 1983, pp. 213 ss. à la p. 217: «We have long known, of course, that there is nothing for which lawyers cannot find words, but there can be few instances of a more blatant distortion of plain language . . . ( . . . ) if, as the Tribunal held, notwithstanding their terms, the stabilization clauses rendered a nationalization lawful, one cannot easily answer the question what affirmative meaning and effect may be attributed to these clauses.»

<sup>77</sup> Cf. la sentence *Aminoil*: «( . . . ) they re-enforce the necessity for a proper indemnification as a condition of it», par. 96; cf. aussi les par. 151 à 154. Ce que l'on peut cependant reprocher au Tribunal, c'est qu'il ne dit pas expressément que les clauses de stabilisation donnent droit à une indemnité plus élevée.

l'Assemblée générale de l'ONU n'entreprene l'examen des questions relatives à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles<sup>78</sup>.

### II.1.5 L'effet des traités réglant les actes de dépossession

Si un Etat s'est engagé, par traité, à ne pas nationaliser, il n'y a juridiquement pas de problème. La violation de cet engagement constitue un acte illicite entraînant l'obligation de réparer, si possible sous forme de «*restitutio in integrum*»<sup>79</sup>. De pareils cas sont rarissimes. L'affaire de l'*Usine de Chorzów* en fut un exemple.

En l'espèce cependant, le Gouvernement allemand, ayant d'abord demandé la restitution, y renonça par la suite pour s'en tenir à une demande d'indemnité.

Presque tous les APPI reconnaissent le droit de nationaliser aux conditions qui y sont mentionnées, à l'exception de quelques traités qui réservent le cas où la dépossession serait contraire à un engagement spécifique<sup>80</sup>, ce qui vise les clauses de stabilisation.

### II.1.6 Le droit de propriété est-il un droit de l'homme?

Le droit de propriété est indubitablement un droit de l'homme si nous nous en tenons à la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. «La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la

<sup>78</sup> GEIGER, «The Unilateral Change of Economic Development Agreements», *I&CLQ*, vol. 23, 1974, p. 88, cite l'affaire *Amphitrite v. The King* de 1921: «The Crown cannot by contract hamper its freedom of action in matters which concern the welfare of the state.»

<sup>79</sup> Voir aussi BAXTER, dans Lillich, *Valuation*, vol. II, Préface, p. VII.

<sup>80</sup> Cf. *supra*, p. 63 et SALEM, *op.cit.* p. 52 n. 39, pp. 612 ss.

nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité» (article 17). L'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel à la CEDH garantit ce droit dans les termes suivants:

«Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.»

Cette garantie est soumise aux réserves formulées au second alinéa de l'article 1<sup>er</sup>:

«Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.»

On constate un affaiblissement de la garantie par rapport à la Déclaration de 1789.

La Déclaration de 1789 ne fait pas partie du droit international public, et la CEDH n'a qu'une portée régionale. La Déclaration universelle des Droits de l'Homme pourrait combler cette lacune sur le plan international. Indépendamment du fait que, du point de vue juridique, elle n'est qu'une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU, l'efficacité de la garantie de la propriété qu'elle offre laisse planer certains doutes<sup>81</sup>. En outre, la protection qu'elle accorde aux étrangers n'est pas plus étendue que celle dont ils bénéficient déjà en vertu des règles coutumières actuellement reconnues. On peut bien sûr se demander pourquoi la Déclaration universelle garantit plus solidement certains droits que d'autres et ne paraît attribuer au droit de propriété qu'une importance secondaire.

Dans sa décision au sujet des nationalisations de 1981, le Conseil constitutionnel français a placé le droit de propriété au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression<sup>82</sup>:

«Considérant que si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution

<sup>81</sup> Cf. *supra*, pp. 48 ss.

<sup>82</sup> Décision du 16 janvier 1982, *Clunet* 1982, p. 332.

caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme (st. de 1789) ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression (. . .).»

Même si on estime que le droit de propriété est un droit naturel, on doit bien constater que la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 dit seulement que «toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a le droit à la propriété» (article 17). Le droit international ne comprend pas de normes obligatoires qui offriront à la propriété, en tant que droit de l'homme, une protection effective comparable à celle de la Déclaration de 1789. En l'état actuel du droit international, la protection de la propriété étrangère continue à se fonder en premier lieu sur les règles du «standard minimum». Les démarches tendant à élever le droit à la propriété individuelle au rang de droit de l'homme internationalement reconnu ont rencontré une vive opposition. Les arguments invoqués dans cette controverse n'ont pas toujours été très convaincants.

Nous l'apprenons par DOLZER<sup>83</sup>:

«Die bisher im Schrifttum zum Ausdruck gekommene Tendenz zur Ablehnung des menschenrechtlichen Charakters des Eigentumsschutzes scheint stehen zu bleiben bei der Erwägung, dass eine universelle Einigung in diesem Fragenbereich seit den Vorarbeiten für die Menschenrechtspakete zu Beginn der 50er Jahre nicht mehr möglich ist und somit das Eigentumsrecht nicht als universal akzeptiertes Menschenrecht wie etwa das Folterverbot qualifiziert werden kann.»

En résumé, on constate que l'interdiction de la torture est un droit de l'homme, puisque personne ne la conteste, alors que le droit à la propriété n'en est pas un parce qu'il est contesté. Il est étrange que la pratique des États soit totalement négligée. On sait que la torture est pratiquée, hélas souvent, et même en Europe, et que les pays concernés n'ont apparemment pas l'intention de mettre fin à ces

<sup>83</sup> DOLZER, *op.cit.* p. 6 n. 3, p. 126.

pratiques. Faut-il dès lors penser que l'interdiction internationale de la torture est mise en doute? Personne n'oserait soutenir ce raisonnement, et les Etats qui pratiquent la torture le feraient probablement en dernier. On entendrait plutôt dire que les droits sont indépendants de la possibilité de les faire valoir. Il est donc surprenant de constater que lorsqu'on parle des règles classiques en matière de protection de la propriété étrangère, on tente souvent de prouver leur abrogation — ou modification — en se référant à la pratique non respectueuse ou partiellement respectueuse de ces règles. En conséquence, une norme acceptée, mais constamment violée, resterait tout à fait intacte, tandis qu'une autre norme, contestée mais observée de façon plus ou moins stricte, serait modifiée ou abrogée. Ce serait aberrant. Plus défendable serait en revanche, et notamment en droit des gens, l'argument selon lequel les droits sont indépendants de la possibilité de les faire valoir.

En conclusion de ce qui précède, l'interdiction de la torture est reconnue et reste un droit de l'homme, bien que la pratique donne de nombreux exemples de violations. Le droit à la propriété individuelle n'a pas vraiment été reconnu comme un droit de l'homme *international*, et les règles classiques concernant la protection de la propriété étrangère n'ont pas été abrogées, bien que leur existence ait été mise en doute.

On peut constater enfin que le droit international connaît toujours un «standard minimum» en matière de protection de la propriété étrangère, défini par le droit international indépendamment du droit national. L'Etat qui agit en violation du «standard minimum» ne peut pas se soustraire à sa responsabilité en alléguant que la mesure s'applique également aux nationaux<sup>84</sup>. Cela signifie que le «standard minimum» peut aboutir à une discrimination «positive» des

<sup>84</sup> Cf aussi BERBER, *op.cit.* p. 74 n. 115, vol. III, p. 6; SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1957, vol. I, p. 206 et les auteurs cités dans LILICH, *op.cit.* p. 25 n. 22, n. 202 à la p. 25 et n. 156 à la p. 19. Cependant WENGLER, *Völkerrecht*, 1964, vol. II, pp. 1004 s, est sceptique sur ce point.

propriétaires étrangers<sup>85</sup>. Le «standard minimum» ne doit donc pas nécessairement se confondre avec le traitement national. Les arguments invoqués par AUDINET il y a plus de soixante-dix ans pour réfuter la thèse selon laquelle le «standard minimum» est garanti par le «traitement national» conservent toute leur valeur: cette thèse «( . . . ) conduirait à dire qu'un Etat peut impunément commettre, à l'égard des étrangers, les actes les plus contraires à l'humanité, pourvu qu'il traite de la même manière ses nationaux: Il suffirait de généraliser la tyrannie et l'arbitraire, pour que les étrangers fussent sans défense contre eux»<sup>86</sup>.

## II.2 Les moyens de faire valoir les règles sur la protection de la propriété étrangère

Lorsqu'un Etat enfreint les règles sur la protection de la propriété étrangère, qualifiées de règles de fond, les propriétaires lésés disposent, pour obtenir le respect de leurs droits, de trois types de moyens que l'on peut assimiler à des règles de procédure: le premier, traditionnellement prévu par le droit des gens, est la protection diplomatique, le second est donné par la Convention de Washington de 1965 et le CIRDI, et le dernier est offert par les tribunaux nationaux.

### II.2.1 La protection diplomatique

Les sujets de droit interne ne jouissent en règle générale pas de la qualité de sujets de droit international, et ceci pas même partiellement<sup>87</sup>. Pour obtenir la réparation d'un tort subi ensuite d'une viola-

<sup>85</sup> Ce fut pratiquement toujours le cas en Europe orientale, mais aussi pour les sociétés d'assurances suisses en France lors de la nationalisation des assurances par le Gouvernement provisoire du Général de Gaulle.

<sup>86</sup> AUDINET, *op.cit.* p. 74 n. 114, pp. 5 ss, spécialement p. 17.

<sup>87</sup> Il y a quelques exceptions très limitées: «Bei genauer Analyse werden den Individuen durch Völkerrechtsverträge allerdings Rechte und Pflichten nur insoweit eingeräumt, als sie auf der völkerrechtlichen Ebene — gegenüber internationalen Organisationen und Organen (Gerichten) auftreten können». SEIDL-HOHENVELDERN, *Lexikon des Rechts, Völkerrecht*, 1985, p. 342.

tion des règles concernant la protection de la propriété étrangère, ils ne peuvent donc pas, sur le plan international, agir eux-mêmes contre l'Etat responsable, mais doivent s'adresser à leur Etat d'origine et en requérir la protection diplomatique. «La mise en œuvre de la responsabilité internationale s'effectue par l'endossement, c'est-à-dire par la prise en charge de la réclamation par l'Etat demandeur. Elle aboutit à l'exercice de la *protection diplomatique*. (. . .)»<sup>88</sup>. Nous trouvons une définition de la protection diplomatique dans le Message du Conseil fédéral concernant l'insertion dans la Constitution d'un article 45<sup>bis</sup> sur les Suisses à l'étranger: «Par protection diplomatique, on entend l'intervention d'un Etat au bénéfice de ses ressortissants auxquels un autre Etat a causé un préjudice par des mesures contraires au droit des gens; le but est d'en obtenir réparation»<sup>89</sup>.

La protection diplomatique est soumise à certaines conditions et présente quelques particularités.

### II.2.1.a La nationalité de la personne protégée

La personne protégée doit être titulaire de la nationalité de l'Etat exerçant la protection diplomatique, la nationalité étant appréciée à la fois au moment de la dépossession et à celui de la requête. «En règle générale, le requérant a, selon le droit des gens, la légitimation personnelle seulement s'il a possédé de manière ininterrompue la citoyenneté suisse tant au moment de l'événement dommageable qu'au moment de la requête, à condition, dans le cas d'héritages surtout, que la prétention ait gardé son caractère suisse»<sup>90</sup>. Parfois, des Etats ont réussi à obtenir un assouplissement de cette condition lors de la négociation d'accords d'indemnisation<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> ROUSSEAU, *op.cit.* p. 31 n. 34, par. 114.

<sup>89</sup> *FF* 1965, vol. II, pp. 451 s.

<sup>90</sup> Message du Conseil fédéral du 17 septembre 1979, concernant une loi fédérale sur les demandes d'indemnisation envers l'étranger, cité dans *ASDI*, vol. XXXVI, 1980, p. 190; voir également OHLY, «A Functional Analysis of Claimant Eligibility», dans Lillich, *Aliens*, p. 283.

<sup>91</sup> Cf. PESSLJ, «The new Yugoslav—American Claims Agreement» (signé le 5 novembre 1964), *AJIL*, vol. 59, 1965, pp. 362 et 364 s.

La condition de la nationalité peut parfois rendre difficile la position des double-nationaux. La protection diplomatique ne peut pas leur être accordée contre leur seconde patrie<sup>92</sup>. Le Tribunal du contentieux entre les Etats-Unis et l'Iran a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet<sup>93</sup>. La Déclaration sur le règlement du contentieux (contenue dans l'Accord d'Alger du 20 janvier 1981) indique en son article 2 que le Tribunal connaîtra des réclamations de ressortissants américains contre l'Iran et de ressortissants iraniens contre les Etats-Unis. L'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, définit ce qu'il faut entendre par un ressortissant des Etats-Unis et de l'Iran:

«a) A natural person who is citizen of Iran or the United States.»

Bien que les parties à l'Accord aient pu définir le traitement des double-nationaux, la Déclaration ne contient pas de dispositions y relatives. C'est donc le droit international général qui fut appliqué par le Tribunal lorsqu'il statua:

«For the reasons stated above, the Tribunal holds that it has jurisdiction over claims against Iran by dual Iran—United States nationals when the dominant and effective nationality of the claimant during the relevant period from the date the claim arose until 19 January 1981 was that of the United States. In determining the dominant and effective nationality, the Tribunal will consider all relevant factors, including habitual residence, center of interests, family ties, participation in public life and other evidence of attachment.»

Mais le Tribunal ajouta:

«To this conclusion the Tribunal adds an important caveat. In cases where the Tribunal finds jurisdiction based upon a dominant and effective nationality of the claimant, the other nationality may remain relevant to the merits of the claim»<sup>94</sup>.

Lorsque les double-nationaux suisses requièrent la protection diplomatique contre un Etat tiers, la Suisse défend leurs intérêts «pour

<sup>92</sup> Message du Conseil fédéral, FF 1965, vol. II, p. 452.

<sup>93</sup> Decision in case no A/18 concerning the *Question of Jurisdiction over Claims of Persons with Dual Nationality*, ILM 1984, pp. 489 ss.

<sup>94</sup> ILM 1984, pp. 501 s.

autant que leur nationalité suisse ait été prépondérante lors des deux dates de référence ( . . . )»<sup>95</sup>.

En ce qui concerne les personnes morales, la protection diplomatique est accordée par l'Etat auquel la société est censée appartenir. En Suisse, les autorités s'en sont tenues jusqu'aux années trente aux critères du siège réel et de l'incorporation. Plus tard, et surtout après la Seconde Guerre mondiale, le contrôle et l'intérêt prépondérant se sont dans une certaine mesure substitués aux anciens critères<sup>96</sup>. Selon l'arrêt de la CIJ rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* en 1970, c'est surtout en faveur d'une société que la protection diplomatique peut être exercée, règle qui souffre cependant des exceptions, notamment dans les cas où les droits des actionnaires en tant que tels ont été atteints<sup>97</sup>. Cela peut entraîner des conséquences non négligeables si les actionnaires n'ont pas la même nationalité que la société et si l'Etat qui a qualité pour protéger la société n'agit pas.

C'est ce qui s'est passé dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, où les actionnaires belges de la société canadienne sont restés sans recours. Dans son opinion individuelle, le juge Tanaka se prononça en faveur d'une interprétation du droit international qui reconnaîtrait à l'Etat d'origine des actionnaires le droit de protéger ceux-ci<sup>98</sup>. Le juge Padillo Nervo, également dans une opinion individuelle, aurait permis une exception à la règle selon laquelle les actionnaires ne peuvent pas être protégés par leur Etat national:

- a) quand la société a été liquidée
- b) quand un droit propre de l'actionnaire (droit *stricto sensu*) a été violé par un acte illicite entraînant une responsabilité internationale<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> Message du Conseil fédéral de 1979, cité dans *ASDI*, vol. XXXVI, 1980, p. 190.

<sup>96</sup> CARLISCH, *op.cit.* p. 35 n. 43, pp. 125 ss. Le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 17 septembre 1979 concernant une loi fédérale sur les demandes d'indemnisation envers l'étranger met l'accent sur la théorie du contrôle, *ASDI*, vol. XXXVI, 1980, p. 190.

<sup>97</sup> Affaire de la *Barcelona Traction*, *RCIJ* 1970, p. 36, par. 47, et CARLISCH, *op.cit.* p. 93 n. 178, p. 181.

<sup>98</sup> *RCIJ* 1970, pp. 125 s.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 258.

Enfin, selon le juge Jessup, il est généralement admis qu'un Etat peut introduire une réclamation au nom de ses ressortissants, actionnaires d'une société étrangère, «lorsque la société a été constituée dans l'Etat qui lui a infligé un préjudice sans justification juridique et que les actionnaires sont d'une autre nationalité»<sup>100</sup> ou «lorsque l'Etat où la société a été constituée a liquidé celle-ci, le dommage ayant été causé par un Etat tiers»<sup>101</sup>, ou encore lorsque «les actionnaires ont été lésés directement, et non pas indirectement par suite du préjudice causé à la société»<sup>102</sup>.

C'est la raison pour laquelle certains APPI déclarent directement applicables aux actionnaires les dispositions concernant l'indemnisation en cas de dépossession<sup>103</sup>.

### 11.2.1.b L'épuisement des recours internes

L'exercice de la protection diplomatique présuppose l'épuisement des recours internes par la personne lésée<sup>104</sup>, «à moins qu'une atteinte au droit des gens ne résulte dans des cas déterminés d'une mesure d'ordre général, par exemple d'une loi elle-même, et non seulement de son application»<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 191, opinion individuelle du juge Jessup, par. 51.

<sup>101</sup> *Ibid.*, par. 53.

<sup>102</sup> *Ibid.*, par. 56.

<sup>103</sup> Cf. l'art. 4, al. 3, de l'APPI entre la République populaire de Chine et l'Union économique belgo-luxembourgeoise: «If one Contracting Party expropriates the property and assets of an undertaking established in its territory, in which investors of the other Contracting Party hold capital stock or other shares, the former Contracting Party shall apply the provisions of par. 1 and 2 of this Article to investors of the latter Contracting Party, in proposition to the stock or other shares held by these investors», *ILM* 1985, pp. 538 ss.

<sup>104</sup> Réponse du Conseil fédéral à une «petite question» posée par le député Ketterer au Conseil national le 2 octobre 1973, *ASDI*, vol. XXX, 1974, p. 141. Cf. aussi le Mémoire du Département d'Etat du 1<sup>er</sup> mars 1961 concernant les réclamations de ressortissants américains contre Cuba, *AJIL*, vol. 56, 1962, p. 167: «Each american national must also decide whether to «exhaust legal remedies» in Cuba, either with a view to obtaining restitution or adequate compensation or documentary evidence which could be used to show that justice could not be obtained by judicial proceedings.»

<sup>105</sup> Message du Conseil fédéral, *FF* 1965, vol. II, p. 452.

### II.2.1.c Les sujets du droit interne n'ont pas de droit à l'exercice de la protection diplomatique par leur Etat d'origine

L'Etat exerçant la protection diplomatique n'agit pas en tant que représentant de la personne protégée. Le droit international part de l'idée que c'est l'Etat lui-même qui est lésé dans la personne de ses ressortissants<sup>106</sup>. L'Etat protecteur fait valoir son droit propre<sup>107</sup>:

«En prenant fait et cause pour l'un de ses ressortissants, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international.»

Cela signifie qu'il lui est loisible de ne pas l'exercer. «The United States Government is not obligated to espouse the claim of its citizens even when it considers the claim meritorious»<sup>108</sup>. Les personnes physiques et morales n'ont aucun droit à ce que leur Etat national exerce la protection diplomatique en leur faveur, à moins bien sûr que le droit interne de l'Etat concerné n'en dispose autrement. En se prononçant sur la mise en œuvre de l'action diplomatique, l'Etat tient également compte de ses intérêts propres, et non uniquement de ceux des personnes lésées. Ces intérêts ne vont pas toujours de pair. Le sort des biens agricoles français au Maroc en est un exemple parlant: «La France a trop d'intérêts au Maroc pour se permettre de risquer de tout perdre en voulant sauver les biens agricoles de quelque 200

<sup>106</sup> Voir le texte de la requête belge dans l'affaire de la *Barcelona Traction* qui demande à la Cour de dire et juger

«1) (...)»

2) que l'Etat espagnol est responsable du préjudice subi par l'Etat belge dans la personne de ses ressortissants, actionnaires de la *Barcelona Traction* (...), *RCJ* 1970, p. 13; nos italiques.

<sup>107</sup> Affaire du *Chemin de fer Panevezys — Saldatiskis*, *CPJI*, série A/B, no 76, p. 16.

<sup>108</sup> Lettre du Département d'Etat des Etats-Unis du 30 août 1966, *AJIL*, vol. 61, 1967, p. 106. Voir aussi BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, pp. 29 s, et PETER, *Umweltschutz am Hochrhein*. Rechtsfragen grenzüberschreitender Umweltbelastungen zwischen Deutschland und der Schweiz, thèse, Lausanne, 1987, pp. 208 s.

familles (. . .)»<sup>109</sup>. A la Conférence de Gènes (1922), le délégué de l'Allemagne renonça à toute indemnisation pour les biens allemands confisqués en Russie<sup>110</sup>. Il n'y a probablement pas de meilleure description de la protection diplomatique que celle que nous donne BORCHARD:

«Thus, diplomatic protection may be regarded as an extraordinary legal remedy granted to the citizen, within the discretion of the state, under certain circumstances in harmony with the public interests of the state, its relations with other states, and the rights and equities of the citizen»<sup>111</sup>.

Vu les conditions requises pour l'obtention de la protection diplomatique, et spécialement l'exigence de l'épuisement des recours internes, on comprendra aisément que la protection diplomatique n'aboutisse pas toujours rapidement et facilement<sup>112</sup>. Les conditions et particularités de la protection diplomatique amènent LALIVE à dire que les moyens tirés de la protection diplomatique «sont aléatoires et souvent insuffisants»<sup>113</sup>. Aussi pertinente que cette critique puisse paraître dans

<sup>109</sup> RGDIP, t. LXXVIII, 1974, p. 1154, qui cite le «*Journal de Genève*» du 10 août 1973 et ajoute encore «qu'on ne doit pas perdre de vue cependant que, pendant des années, les gouvernements français successifs ont demandé aux colons de rester «pour assurer une présence française au Maroc»».

<sup>110</sup> FOUILLOUX, *op.cit.* p. 8 n. 8, n. 5 à la p. 418.

<sup>111</sup> Cité par OHLY, *op.cit.* p. 253 n. 90, dans Lillich, *Aliens*, p. 283.

<sup>112</sup> Les textes arrêtant la nationalisation des assurances de travail en France furent adoptés en 1945, les titres d'indemnisation établis pour le 1<sup>er</sup> janvier 1955. En l'occurrence l'action diplomatique menée par la Suisse fut pourrante efficace. Tandis que les sociétés françaises nationalisées devaient se contenter d'un taux d'indemnisation d'environ 35 pour cent, les sociétés suisses arrivaient à plus de 70 pour cent. Pour ne pas faire trop clairement état de ce taux «international», la convention qui réglait l'indemnisation ne contenait qu'une somme globale dont la composition n'était pas spécifiée. Cf. SCHMITZ, *Verstaatlichung der Arbeiterversicherung in Frankreich*, tiré à part de la NZZ du 24 et du 25 janvier 1955, no 211 et 219.

<sup>113</sup> J.-F. LALIVE, *op.cit.* p. 98 n. 196, p. 320. Très sceptique également, BÖCKSTEGEL, *op.cit.* p. 56 n. 49, p. 369: «[der diplomatische Schutz ist] in wirklich kritischen Fällen aber meist eine wenig effektive Hilfe.» Voir déjà BORCHARD, *op.cit.* p. 257 n. 108, p. 862.

Contra: STOFFEL, *op.cit.* p. 19 n. 5, pp. 61 s.

certains cas, il serait toutefois faux de contester toute efficacité au moyen de la protection diplomatique.

Est-ce que le fait de ne pas mettre en mouvement l'action diplomatique influe sur l'existence du droit à l'indemnisation? «( . . . ) si un Etat a présenté une demande d'indemnité et qu'il la confirme et répète par la suite sans obtenir satisfaction, l'écoulement du temps, si long soit-il, n'éteint jamais son droit. En revanche, la situation est beaucoup moins claire s'agissant d'un Etat qui a négligé de présenter sa réclamation durant un assez long temps»<sup>114</sup>.

Autrefois, l'exercice de la protection diplomatique pouvait provoquer, auprès de l'Etat contre lequel il était dirigé, une réaction de peur, sinon de terreur<sup>115</sup>.

Les excès sont cependant devenus très rares. L'*ASDI* de 1980 publie un avis de droit de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères du 7 mars 1980, à l'exemple duquel nous pouvons nous rendre compte de la prudence et de la précision avec lesquelles est examinée dans chaque cas d'espèce la question de savoir s'il faut ou non accorder la protection diplomatique<sup>116</sup>.

## 11.2.2 Le CIRDI

La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 mars 1965 représente le moyen qui permet à la personne lésée d'agir directe-

<sup>114</sup> Avis de droit, Division des affaires juridiques du Département politique fédéral, cité dans l'*ASDI*, vol. XXXII, 1976, p. 152. On citera encore l'article de PERRIN, «La prescription extinctive en droit international public», dans *Les étrangers en Suisse*, Recueil de Travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes, Lausanne, 1982, pp. 311 ss, à la p. 335.

<sup>115</sup> Cf. les affaires *Bonhomme* entre la France et le Portugal et *Lueders* entre l'Allemagne et Haïti, citées par EULATE, *op.cit.* p. 33 n. 40, pp. 28 s.

<sup>116</sup> Cela concernait en l'espèce une société X S.A. au Portugal; l'avis de droit aboutit à la conclusion que la protection ne pouvait pas être accordée, *ASDI*, vol. XXXVI, 1980, p. 191.

ment contre un Etat devant une instance internationale. On ne saurait sous-estimer son importance. Mettant à la disposition des parties une procédure équitable permettant d'obtenir le respect de ses droits et contenant des dispositions d'une grande efficacité en ce qui concerne l'exécution des sentences, cette Convention ne comporte pas les éléments aléatoires de la protection diplomatique (qui d'ailleurs ne peut être accordée dans le cadre d'un différend que les parties ont consenti à soumettre à l'arbitrage dans le cadre de la Convention). Mais son application dépend du consentement préalable donné par la partie étatique et la partie privée<sup>117</sup>.

### II.2.3 Les tribunaux internes

Un moyen souvent utilisé par les propriétaires dépossédés est de s'adresser à un tribunal interne d'un Etat tiers. A première vue, cela peut paraître étrange, car on peut se demander à quel titre un tribunal étranger pourrait se prononcer sur une nationalisation, et comment il pourrait aider les propriétaires dépossédés à obtenir une indemnisation que l'Etat nationalisant leur refuse. C'est toutefois possible lorsqu'il ne suffit pas à l'Etat nationalisant que la nationalisation soit effective sur son territoire. Qu'est-ce que cela signifie?

L'effectivité d'une mesure de dépossession dépend de sa reconnaissance à l'étranger lorsque

- la personne qui est l'objet de la mesure possède des biens ou des droits à l'étranger (filiales, terrains, dépôts, etc.);
- un bien nationalisé est déplacé à l'étranger;
- des produits fabriqués ou issus d'un bien ou droit nationalisé sont vendus à l'étranger.

Voilà le terrain sur lequel les propriétaires dépossédés tentent d'engager la bataille, en contestant le transfert de propriété ou en essayant d'obtenir un séquestre. En procédure, ils invoquent au gré des circonstances les arguments suivants<sup>118</sup>:

<sup>117</sup> Art. 25 et 27 de la Convention, RS 0.975.1.

<sup>118</sup> Voir aussi KNOEPFLER, *op.cit.* p. 193 n. 10, pp. 157 ss.

- a) le principe de la «*lex rei sitae*» en matière de transfert de propriété;
- b) la violation, par une éventuelle reconnaissance de l'acte étranger, de l'ordre public de l'Etat du for («la jurisprudence française ne s'est jamais départie du principe de l'incompatibilité d'une nationalisation confiscatoire avec l'ordre public»<sup>119</sup>);
- c) le principe de non-applicabilité du droit public étranger<sup>120</sup> (dans l'arrêt *La Nationale c. Biermann*, le Tribunal fédéral dit que: «Abgesehen davon (. . .), kann eine Anwendung des französischen Kriegsdekretes für den schweizerischen Richter auch deshalb nicht in Betracht kommen, weil es sich dabei nicht um privatrechtliche Bestimmungen, sondern um solche des öffentlichen Rechts, und zwar um Vorschriften ganz exceptionellen Charakters handelt»<sup>121</sup>).

De nos jours, la non-application par principe du droit public étranger paraît difficilement justifiable à beaucoup d'auteurs. Le projet du Conseil fédéral pour une loi de droit international privé semble tenir compte de ces critiques<sup>122</sup>. Si O'CONNELL écrivit en 1955 que «there is no rule of conflict of laws which says that the content of a foreign enactment is to be applied as a foreign law merely because it would be applied as a part of municipal law by the courts of the legislating State»<sup>123</sup>, il est nécessaire de souligner que cette opinion ne correspond plus tout à fait aux tendances actuelles. Pourtant, le 3 décembre 1979, le député Ziegler posa une «question ordinaire» au Conseil fédéral, qui avait pour objet l'ordre donné par le Président Carter aux banques américaines établies en Suisse de

<sup>119</sup> GOLDMAN, *op.cit.* p. 49 n. 33, p. 288; cf. aussi pp. 277 s. Voir aussi la Cour suprême de Norvège, arrêt du 6 octobre 1959, *Clunet* 1963, pp. 794 s, et Österreichischer Oberster Gerichtshof, arrêt du 6 mars 1963, *Clunet* 1968, p. 142.

<sup>120</sup> Cf. P. LALIVE, *op.cit.* p. 196 n. 22, p. 108.

<sup>121</sup> ATF 42 II 179, à la p. 183.

<sup>122</sup> Cf. *supra*, p. 196. Les Chambres fédérales ont suivi le Conseil fédéral sur ce point. Le référendum contre cette loi n'ayant pas été demandé, le Conseil fédéral fixa son entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1989.

<sup>123</sup> O'CONNELL, «A Critique of the Iranian Oil Litigation», *I&CLQ*, vol. 4, 1955, pp. 291 s.

geler les avoirs de l'Etat, des banques et des collectivités publiques iraniennes. Le député Ziegler estimait que cet ordre violait la souveraineté de la Suisse, et il demanda des renseignements sur la question de savoir quelles mesures le Conseil fédéral comptait prendre pour faire respecter la souveraineté helvétique.

Dans sa réponse, le Conseil fédéral expliqua que, juridiquement, la question était régie par le principe généralement admis en droit des gens selon lequel le droit public, sauf exceptions qui ne jouaient pas de rôle en l'occurrence, était d'application strictement territoriale. L'ordre du Président Carter ne pourrait donc produire aucun effet juridique en Suisse<sup>124</sup>.

Cela étant, chaque Etat a la compétence de permettre, par sa législation de droit international privé, l'application plus ou moins étendue du droit public étranger (il est précisé généralement que cette application ne doit pas violer l'ordre public). La solution prévoyant l'application étendue du droit public étranger correspond à l'opinion dominante de la doctrine contemporaine et paraît avoir inspiré les rédacteurs du projet de loi fédérale de droit international privé. Parce que ces lois sont toutes de droit interne, chaque Etat conserve la faculté de les modifier en tout temps, au cas où les solutions antérieurement adoptées lui porteraient préjudice<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> Réponse du Conseil fédéral du 27 février 1980, *ASDI*, vol. XXXVII, 1981, p. 254.

<sup>125</sup> Commentant un arrêt du Tribunal fédéral rendu en 1976 dans l'affaire *Société des Grands Travaux de Marseille c. République populaire du Bangladesh et Bangladesh Industrial Development Corporation* (ATF 102 Ia 574), P. LALIVE écrit que «lesdites mesures discriminatoires (sc. des arrêtés présidentiels du Bangladesh, c'est-à-dire des mesures étatiques de droit public) visaient (...) à «s'appliquer directement» en Suisse, au for de l'arbitrage, dans une procédure arbitrale sans doute internationale de la CCI, mais suisse au sens du Concordat, et elles tendaient précisément à empêcher le prononcé d'une sentence finale suisse» (P. LALIVE, «Arbitrage international et ordre public suisse», *RDS*, t. 97, 1978, vol. 1, pp. 529 ss, à la p. 545; cf. aussi p. 531). Il critique sévèrement l'arrêt du Tribunal fédéral, qui reconnaît un effet en Suisse à des mesures étatiques discriminatoires (*ibid.*, pp. 549 s). Il n'y a pas de raison de douter du bien-fondé de cette critique. LALIVE aurait en l'espèce appliqué le principe de l'ordre public (cf. *ibid.*, p. 549). Bien qu'il s'agisse surtout de problèmes de droit international privé, que nous ne voudrions pas traiter à fond dans ce travail, nous sommes tenté de dire —

d) Le principe de la souveraineté territoriale, qui limite l'effet des actes de puissance publique au territoire de la puissance qui les décrète (principe territorial): «Les défenseurs soutenaient, et le tribunal les suivit, que le fait que la nationalisation ait été réalisée par la prise de possession d'une entité juridique ne change rien au principe suivant lequel un acte de nationalisation ne peut avoir d'effets hors du territoire nationalisant»<sup>126</sup>. Ce principe se trouve aussi à la base de la

contrairement à LALIVE (*ibid.*, p. 543) — que le principe de l'inapplicabilité du droit public étranger aurait élégamment permis d'éviter ces résultats.

Nous sommes toutefois parfaitement conscient de prendre position contre une doctrine quasi unanime, qui, de plus, fut suivie par les Chambres fédérales dans l'élaboration de la loi fédérale sur le droit international privé. Mais, à notre avis, ce principe, tant décrié de nos jours, est utile aujourd'hui encore pour éviter des solutions inéquitables et inadmissibles, à condition, bien sûr, qu'il soit tempéré par une jurisprudence créant une multiplicité d'exceptions. Comparé à l'«arme» de l'ordre public — moyen dont l'intervention est aussi prévue pour éviter des résultats inadmissibles — le principe de l'inapplicabilité du droit public étranger présente l'avantage de permettre des exceptions opérant de façon positive, tandis que l'application du principe de l'ordre public comporte nécessairement une censure du droit examiné, qualifié de mesure discriminatoire, manifestement abusive ou de manœuvre «d'une mauvaise foi inégalée» (*ibid.*, p. 548), ce qui n'est jamais flatteur pour l'Etat dont le système juridique est en cause et, peut-être, même embarrassant pour notre diplomatie. Un exemple de la grande réserve avec laquelle le principe de l'ordre public est appliqué nous est d'ailleurs précisément donné par l'arrêt mentionné.

<sup>126</sup> Tribunal du Danemark oriental, arrêt du 22 septembre 1955 dans l'affaire *Représentation commerciale de l'URSS au Danemark et autres c. Narva Flachs Manufactur Copenhague et autres*, *Clunet* 1960, pp. 497 ss. Voir en outre, à titre d'exemples: l'avis obligatoire no 28 du 15 février 1962 du Tribunal arbitral institué par le Traité austro-allemand du 15 juin 1957 portant règlement des problèmes des biens, *Clunet* 1978, p. 922. «The confiscation of the Cuban properties certainly could not extinguish their (*sc.* the former owners') rights to conduct this business here (*sc.* aux États-Unis) in the names of the confiscated entities. Otherwise, extraterritorial effect would be given to the decrees of confiscation in this country, an impossible result patently contrary to United States policy and laws». affaire *F. Palicio y Compañía, S.A. v. Brush*, U.S. Dist. Ct., S.D., New York, 21 septembre 1966, cité dans *AJIL*, vol. 61, 1967, pp. 601 ss, à la p. 608; affaire *Société méditerranéenne de combustibles c. Sonatrach*, arrêt de la Cour de cassation du 20 février 1979, *Rev. crit.*, Année 1979, pp. 803 ss. En l'occurrence la Cour de cassation refusa de donner l'*exequatur* à un jugement algérien condamnant la Société méditerranéenne à payer une dette à son ancienne succursale en Algérie, nationalisée et intégrée dans la Sonatrach.

théorie allemande, dite théorie de la scission. «D'après cette théorie, l'expropriation ne produit pas d'effets sur les biens de la société situés dans un autre Etat, et on en arrive ainsi, dans l'Etat où l'expropriation n'est pas reconnue, à une société scindée»<sup>127</sup>.

e) Le dernier argument a trait au respect du droit international: un tribunal, même interne, ne devrait-il pas refuser de reconnaître la validité d'un titre ou d'un droit obtenu par un acte contraire au droit international, à savoir une nationalisation confiscatoire? La question se pose tout spécialement pour les Etats qui ont intégré le droit international à leur ordre juridique<sup>128</sup>.

On a beaucoup écrit à ce sujet. Avec JAENICKE, on peut constater

«( . . . ) dass eine gewohnheitsrechtliche Regel des Völkerrechts, die die Staaten zur Nichtanerkennung völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts oder sonstiger völkerrechtswidriger Rechtsakte eines ausländischen Staates verpflichtet, nicht nachweisbar ist»<sup>129</sup>.

Cela n'empêche aucun tribunal interne de refuser de reconnaître la validité d'un titre obtenu par un acte contraire au droit international<sup>130</sup>, pourvu que son droit national ne l'interdise pas. Le droit des gens s'abstient de prescrire aux Etats un comportement déterminé face à ce problème.

<sup>127</sup> *Clunet* 1975, p. 562.

<sup>128</sup> Cf. l'art. 25 de la Loi fondamentale de la RFA et l'art. 10 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947.

<sup>129</sup> JAENICKE, «Zur Frage des internationalen ordre public», *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 7, 1967, p. 119. Toutefois, selon cet auteur, les Etats devraient considérer comme une obligation leur incombant de ne pas reconnaître un acte d'un autre Etat si cet acte viole une norme du droit international qu'on doit considérer comme faisant partie de l'ordre public international, *ibid.* p. 122.

<sup>130</sup> «( . . . ) dass der Grundsatz der Nichtanerkennung entschädigungsloser Konfiskationen ausländischen Privateigentums ausserhalb des konfiszierenden Staates ein allgemein anerkannter Grundsatz des Völkerrechtes ist, der vom Gerichtshof unabhängig davon zu beachten ist, ob sich die Gesetzgebung des eigenen Staates stets an diesen Grundsatz hält.» *Aurriche, Verwaltungsgerichtshof, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 1959, Clunet* 1962, p. 741. Cf. également la décision de la Cour suprême d'Aden dans l'affaire du «*Rose Mary*» citée *supra*, p. 198.

Le projet de convention concernant la protection de la propriété étrangère, préparé par un comité de l'OCDE, aurait imposé aux Etats parties l'obligation de ne reconnaître aucune mesure contraire à ses dispositions.

Article 5 (b): «Each Party shall have regard to the principle that any measures taken by any State, whether or not a Party to this Convention, which are in conflict with the provisions of Article 2 or 3 thereof should not be recognised within the territory of that Party as valid»<sup>131</sup>.

Ce projet aurait consacré une obligation de faire qui n'est pas prescrite par le droit international.

D'autre part, aucun Etat nationalisant n'a un droit à ce que sa nationalisation soit reconnue à l'étranger, fût-elle même conforme au droit international. «There is widespread recognition that, even where otherwise not subject to the sanction of disregard, a foreign State has no international right to resort to the enforcement machinery of another State to enforce a nationalization order»<sup>132</sup>. On a l'impression que le refus par des tribunaux étrangers de reconnaître les nationalisations non respectueuses du droit international pourrait être un moyen efficace d'obliger l'Etat nationalisant à respecter les règles internationales<sup>133</sup>.

<sup>131</sup> *ILM* 1963, pp. 241 ss. Les art. 2 et 3 traitent des obligations incombant à l'Etat en cas de dépossession et de l'obligation de tenir les promesses données à un ressortissant d'une autre partie contractante en ce qui concerne la condition juridique de sa propriété. La convention ne dépassa cependant pas le stade de projet.

<sup>132</sup> OLIVER, «Legal Remedies and Sanctions», dans Lillich, *Aliens*, pp. 73 s.

<sup>133</sup> «Since risk of loss in foreign forums will render the confiscated goods unsalable, or at least reduce their value, nationalizing states may be forced through self-interest to conform to international standards of just compensation», *Harvard Law Review*, vol. 75, 1962, p. 1618.

HARTMANN, *op.cit.* p. 23 n. 18, p. 102, redoute le contrôle éventuel par des tribunaux étrangers de la condition de l'utilité publique. «Es soll damit der Versuch gemacht werden, den ausländischen Hoheitsakt auf seine Rechtmässigkeit überprüfbar, gegebenenfalls als völkerrechtswidrig verwerfbar zu machen und auf dem Wege über nationale Gerichtsurteile den enteignenden Staat beispielsweise im internationalen Handel durch Beschlagnahme der in nationalisierten Gesellschaften geförderten oder produzierten Güter empfindlich zu beschränken und ihn so eventuell zu zwingen, die Enteignungen rückgängig zu machen.»

Si on ne peut nier une certaine efficacité à ce moyen, il a aussi ses limites. Il se heurta en effet à une barrière importante, l'«Act of State doctrine». Dans l'arrêt *First National City Bank of N.Y. v. Banco Nacional de Cuba* du 7 juin 1972, la Cour Suprême des Etats-Unis se réfère à l'opinion de Scrutton dans l'affaire *Luther v. James Sagor and Co.* de 1921<sup>134</sup>:

«But it appears a serious breach of international comity, if a state is recognized as a sovereign independent state, to postulate that its legislation is «contrary to essential principles of justice and morality». Such an allegation might well with a susceptible foreign government become a *casus belli* (. . .)»

Par l'application de l'«Act of State doctrine», les tribunaux des Etats-Unis se refusaient à juger un acte d'un gouvernement étranger prenant effet sur son territoire<sup>135</sup>: de pareils jugements pourraient envenimer les relations entre l'Etat du for et l'Etat nationalisant, ceci d'une façon que le gouvernement de l'Etat du for jugerait contraire à ses propres intérêts. Nous y voyons, en quelque sorte, des considérations de réciprocité jouant à l'envers. Une bonne illustration fut donnée dans l'affaire *Rich v. Naviera Vacuba S.A. («Bahía de Nipe»)*, où la Cour refusa de valider un séquestre<sup>136</sup> pour la raison suivante:

Shortly before the defection of the Bahía de Nipe crew, the United States and Cuba had informally agreed to return any property hijacked from the other. On the day before the Bahía incident, Cuba had complied with the agreement returning a hijacked American airliner. The existence of the agreement indicates that judicial action in this case would have impeded the executive attempt to negotiate with Cuba.»

<sup>134</sup> *AJIL*, vol. 66, 1972, p. 859. Parfois il peut être plus agréable pour l'Etat du for et plus courtois de dire tout simplement que le droit public étranger ne s'applique pas, plutôt que de le déclarer contraire à l'ordre public ou aux principes humanitaires.

<sup>135</sup> *AJIL*, vol. 58, 1964, p. 785.

<sup>136</sup> Fourth Circuit, Appeal. «But the court concluded that the certificate and grant of immunity issued by the Department of State should be accepted (. . .) without further inquiry (. . .) and the Bahía de Nipe sailed away», *Harvard Law Review*, vol. 75, 1962, p. 1610.

L'Oberlandesgericht de Brême, qui fut saisi de l'affaire du *Tabac indonésien*, douta également de l'utilité de ce moyen pour des raisons pratiques<sup>137</sup>:

«Denn vorausgesetzt, dass die Gerichte aller Staaten einheitlich dem früheren Eigentümer wegen der Nichtigkeit des Verstaatlichungsgesetzes Herausgabeansprüche zubilligen würden, würde zwar erreicht werden, dass der konfiszierende Staat blockiert werden würde und mit der enteigneten Ware keinen Handel mehr treiben könnte. Gleichzeitig würde aber der gesamte Welthandel durch eine derartige Sanktion stark berührt und beunruhigt werden, besonders wenn der blockierte Staat zu Gegenmassnahmen greifen würde. Die Wahrscheinlichkeit, dass alle Nationen sich in einem solchen Falle solidarisch erklären und alle inländischen Gerichte in einem solchen Falle einheitlich entscheiden würden, dürfte ausserdem nicht gross sein. Eine vereinzelte Entscheidung würde aber wohl kaum eine erzieherische Wirkung haben und den konfiszierenden Staat in den seltensten Fällen zum Nachgeben veranlassen, da der Handel in einem solchen Fall unschwer umdirigiert werden könnte.»

f) Sans en aborder les conditions juridiques, ce qui nous mènerait trop loin, nous mentionnons encore, pour être complet, le gel des avoirs de l'Etat ou des entités étatiques de l'Etat nationalisant qui se trouvent sur le territoire de l'Etat dont les ressortissants ont été touchés par des actes de dépossession confiscatoires. Cette mesure a souvent été prise; elle a pu constituer un moyen de pression non négligeable pour aboutir à un accord d'indemnisation.

<sup>137</sup> ArchVR, vol. 9, 1961/1962, p. 352.

## Chapitre 12

### Conclusion

Toutes les institutions du droit international public ne font pas l'objet de critiques aussi vives et renouvelées que la protection de la propriété étrangère. On peut dégager quelques constantes lorsqu'on juge ces critiques et les différentes atteintes portées à la propriété étrangère pendant un laps de temps étendu.

Les atteintes graves se sont souvent produites pendant des guerres, en tant que conséquences de guerres ou dans des périodes troubles.

Il est arrivé à plus d'un pays, au demeurant nullement hostile à l'existence de règles du droit des gens protégeant la propriété étrangère, de céder à la tentation d'y faire entorse ou de ne pas en respecter l'esprit. Qu'on se souvienne du comportement des Etats-Unis pendant la Guerre d'indépendance et de l'affaire des *Propriétaires de vaisseaux norvégiens*, de la nationalisation des assurances en Italie en 1912 ou de la conduite de l'Etat espagnol dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Au début des années soixante-dix, la France nationalisa les quelques assurances du travail qui n'avaient pas été touchées par les mesures de 1945. La loi prévoyait l'indemnisation des assureurs, mais les assureurs suisses ne semblent pas encore considérer ce dossier comme clos. Toutefois, les comportements en question ne se fondaient jamais sur la négation du principe de l'existence de normes internationales en la matière, comme ce fut le cas en Union Soviétique, dans quelques Etats d'Europe orientale et dans certains pays appartenant au Groupe des 77. Nous avons cependant montré que certains Etats sceptiques quant à ces règles, voire franchement hostiles, n'ont pas toléré la confiscation de leurs propres biens ou des biens de leurs propres nationaux résidant à l'étranger.

Durant les périodes de paix et de relations économiques intenses et amicales, on observe en général un retour au respect des règles sur la protection de la propriété étrangère. Ce retour se manifeste par la conclusion d'accords d'indemnité globale et forfaitaire, conclus

même par des Etats communistes entre eux; les APPI expriment aussi la conviction des Etats contractants que l'investisseur ressent un besoin de sécurité internationale.

L'appréciation de la décolonisation pose des problèmes, en particulier dans le cadre de la lutte pour la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Dans une certaine mesure, on peut assimiler la décolonisation à une période trouble, c'est-à-dire à un état d'instabilité juridique momentanée qui n'exclut pas un retour ultérieur à la situation normale. Les tendances manifestées dans les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU et relatives à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles ne présentent apparemment pas les mêmes perspectives. Elles montrent, certes que les Etats du Groupe des 77 redoutent une influence économique étrangère trop importante. Ces craintes n'ont rien d'illégitime; au contraire, elles sont propres à tous les Etats et elles l'étaient déjà bien avant que le droit international en la matière ne fût contesté. Il est aussi normal qu'un Etat veuille exercer un certain contrôle sur les investissements étrangers et qu'il se méfie des engagements d'une durée trop longue. Ce n'est pas seulement le cas pour les pays en voie de développement. Les Etats-Unis, la Grande-Bretagne<sup>138</sup>, la Norvège<sup>139</sup> ou certains cantons et communes suisses riches en ressources hydrauliques ont aussi fait preuve d'une certaine méfiance en ce domaine.

Ces tendances expriment ensuite la volonté des Etats en cause de diriger eux-mêmes leur économie ou de la faire diriger par leurs nationaux. Il est légitime qu'un Etat ne veuille pas céder ses richesses pour un «plat de lentilles». A bon droit, il réclame aux investisseurs ou concessionnaires étrangers la part qui lui est due. Une des grandes questions politiques des années trente dans le Canton de Nidwald concernait l'utilisation des ressources hydrauliques cantonales. Falloit-il continuer à accorder des concessions à des sociétés d'autres

<sup>138</sup> Cf. HIGGINS, *op.cit.* p. 51 n. 37, pp. 305 ss, spécialement pp. 309 et 347 ss, au sujet du pétrole de la mer du Nord.

<sup>139</sup> Cf. ASANTE, «Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process», *I&CLQ*, vol. 28, 1979, p. 411.

cantons ou fallait-il produire l'énergie soi-même? Si on remplaçait dans les textes publiés par les partisans d'une production «nidwaldienne» les mots «Lucerne» par «pays industrialisé» et «Nidwald» par «membre du Groupe des 77»<sup>140</sup>, on s'approcherait des textes se référant à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Il ne fut toutefois jamais question pour Nidwald de se soustraire aux règles du droit existant<sup>141</sup>.

Est-il faux de voir, dans les résolutions concernant la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, moins l'expression d'une conviction juridique, de règles de droit positif, mais plutôt un moyen de pression en mains des Etats du Groupe des 77 en vue de se faire une place dans l'économie mondiale? Il est probablement encore trop tôt pour répondre à cette question, mais la pratique étatique, qui continue à tendre vers les règles classiques, et la dichotomie entre le «discours public» et le «discours privé» des Etats constituent des éléments de réponse.

Les prises de position des Etats et celles de nombreux auteurs sont dictées ou influencées par les intérêts du pays en cause ou par l'origine de l'auteur. L'Union Soviétique, les Etats de l'Europe orientale et les colonies ayant accédé à l'indépendance avaient à certains moments des raisons réelles et importantes, bien que très subjectives, de contester la «formule Hull». Plus tard, leurs intérêts ont changé et ils n'ont pas hésité à désavouer leurs déclarations antérieures en concluant des accords d'indemnisation ou des APPI.

Plusieurs Etats membres du Groupe des 77 ont eux-mêmes atteint un certain degré d'industrialisation et d'investissements à l'étranger, de sorte qu'un rejet net de la «formule Hull» ne devrait plus répondre à leurs intérêts. Dans les années quatre-vingts, les pays en voie de développement ont manifesté à plusieurs reprises leur désir de recevoir des investissements étrangers. Ces investissements ne

<sup>140</sup> «Durch die Eigenversorgung mit elektrischer Energie könnte sich Nidwalden unabhängig machen von der Stadt Luzern, (die aus unserm Wassern diese Kraft bereitet und mit hohem Gewinn dem Nidwaldner verkauft)», ETLIN, *op.cit.* p. 205 n. 49, p. 46.

<sup>141</sup> Quelques excès ont été commis dans le triomphe; *ibid.*, pp. 245 ss.

peuvent être effectués que dans un climat de confiance, de stabilité et de sécurité juridique. Un des éléments fondamentaux de ce climat est le standard international en matière de protection de la propriété étrangère. Les règles classiques sont aptes à répondre aux intérêts des deux parties: de l'Etat à la recherche des investissements et de l'Etat d'origine des investisseurs.

La dépendance économique réciproque des Etats favorise une pratique s'orientant vers les règles classiques en matière de protection de la propriété<sup>142</sup>. Parce qu'il est inconcevable que l'interprétation d'une norme juridique reste la même tout au long des décennies, il est normal que les règles classiques soient aujourd'hui interprétées autrement qu'au début du siècle. Cela ne signifie pourtant pas l'abolition de celles-ci. L'interprétation tient normalement compte de l'esprit du temps. Aujourd'hui, cet esprit n'est plus aussi favorable à la propriété qu'au début du siècle<sup>143</sup>, mais il exige toujours une indemnité dont le montant est déterminé, d'une part, par la somme dont le propriétaire devrait disposer pour se procurer un bien ou un droit équivalant à celui dont il a été dépossédé et, d'autre part, par les circonstances de l'espèce dont il faut équitablement tenir compte. L'indemnité ne doit cependant pas être réduite contrairement à la bonne foi. De plus, cette indemnité doit être effective et parvenir à l'ancien propriétaire dans un délai raisonnable.

La «formule Hull» ou les règles classiques proscrivent les actes de dépossession confiscatoires ou arbitraires, mais elles ne sont pas aussi rigides que le prétendent souvent leurs adversaires. Fondées sur le principe de la bonne foi, elles constituent une solution qui tient compte à la fois des intérêts légitimes de l'Etat et de ceux des propriétaires étrangers. L'hostilité de maints pays à l'égard de ces

<sup>142</sup> Voir BENCHIKH, *op.cit.* p. 62 n. 69, p. 159: «Pour l'instant les pays sous-développés prévoient presque automatiquement un droit à l'indemnité parce que la nationalisation est plus le signe d'une évolution que d'une rupture dans la division internationale du travail. Il en résulte que même des textes aussi nouveaux que la charte des droits et devoirs économiques des Etats prévoient une indemnisation»; nos italiques.

<sup>143</sup> Ceci est le cas même en Suisse; cf. ATF 105 Ia 330, *Meier c. Zizers*, spécialement p. 338.

règles est probablement bien expliquée par BISHOP: «Some, at least, of this attitude seems to arise from the fact that many States approach this part of international law as if these States always expected to be the defendants, with others usually the plaintiffs»<sup>144</sup>. Ce qui peut être vrai pour une certaine époque ne vaut pas nécessairement pour d'autres. Il n'est pas du tout certain que les pays en voie de développement se trouveront toujours en situation de devoir verser des indemnités. Il n'est pas vrai non plus que ces pays seront toujours nécessairement la partie faible dans la négociation. Au contraire, les événements des deux dernières décennies ont montré qu'à long terme, c'est plutôt l'Etat qui est en position de force dans ses négociations avec des particuliers étrangers. Il est également concevable que l'esprit du temps sera un jour plus favorable à la propriété privée et à l'économie privée qu'il ne l'est actuellement<sup>145</sup>.

Un droit fondé sur la sécurité juridique, le respect de la parole donnée, l'équité et la bonne foi ne peut pas être un droit injuste et arbitraire. C'est ce droit-là qui protège les faibles, tandis qu'un droit qui nie ces principes consacre la loi du plus fort.

★

La pratique étatique prouve la conviction des sujets du droit international que les relations économiques réciproques et amicales sont subordonnées à l'existence des règles décrites dans le chapitre précédent. La souveraineté poussée à l'excès, comme cela est le cas dans les résolutions concernant la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, ne s'accorde guère avec l'interdépendance du monde actuel. Les tendances visant à l'intégration des économies nationales ne se vérifient pas seulement dans l'Europe de la Communauté; et ces tendances favorisent les règles en question.

<sup>144</sup> BISHOP, dans Lillich, *Aliens*, Préface, p. VIII.

<sup>145</sup> Dès le début des années quatre-vingts, on commence d'ailleurs à constater des tendances allant dans cette direction dans les politiques économiques de plusieurs pays du globe entier.

SEIDL-HOHENVELDERN<sup>146</sup> croit pouvoir discerner une évolution des tendances en matière de protection de la propriété étrangère. S'il n'est pas certain «que les «nationalisations», au plan international, seront bientôt un sujet anachronique et historique»<sup>147</sup>, on peut par contre affirmer que les règles internationales en matière de protection de la propriété étrangère sont aujourd'hui plus solidement ancrées dans la pratique étatique qu'elles ne l'étaient pendant la période allant de la Seconde Guerre mondiale aux années soixante-dix, et qu'elles le resteront aussi longtemps que d'importants changements ne viendront pas bouleverser la communauté internationale.

<sup>146</sup> *Op.cit.* p. 252 n. 87, p. 20.

<sup>147</sup> J.-F. LALIVE, *op.cit.* p. 20 n. 9, p. 165.

## Bibliographie

- AKEHURST, MICHAEL, «Equity and General Principles of Law», *I&CLQ*, vol. 25, 1976, pp. 801 ss.
- AMERASINGHE, CHITTHARANJAN F., «State Breaches of Contracts with Aliens and International Law», *AJIL*, vol. 58, 1964, pp. 881 ss.
- «The Ceylon Oil Expropriations», *AJIL*, vol. 58, 1964, pp. 445 ss.
- AMMANN, ULRICH, *Der Schutz ausländischer Privatinvestitionen in Entwicklungsländern*, thèse, Saint-Gall, 1967.
- ASANTE, SAMUEL K. B., «Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process», *I&CLQ*, vol. 28, 1979, pp. 404 ss.
- DE OLIVEIRA ASENÇÃO, JOSÉ, *A caducidade da expropriação no âmbito da reforma agrária*, Lisbonne, 1987.
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, 1967, 2 vol.
- Traité de droit constitutionnel suisse, Supplément 1967—1982*, Neuchâtel, 1982.
- AUDINET, EUGENE, «Le monopole des assurances sur la vie en Italie», *RGDIP*, t. XX, 1913, pp. 1 ss.
- BAADE, HANS W., «Indonesian Nationalization Measures before Foreign Courts — a Reply», *AJIL*, vol. 54, 1960, pp. 801 ss.
- BARDE, JACQUES, *La notion de droits acquis en droit international public*, Paris, 1981.
- BEDJAOU, MOHAMMED, «Remanences de théories sur la «souveraineté limitée» sur les ressources naturelles», dans *Mélanges Abendroth*, 1982, pp. 63 ss.
- BEHRENS, PETER, «Rechtsfragen im chilenischen Kupferstreit», *RabelsZ*, 37<sup>ème</sup> année, 1973, pp. 394 ss.
- BENCHIKH, MODJID, *Droit international du sous-développement*, Paris, 1983.
- BENEDEK, WOLFGANG, «Entwicklungsvölkerrecht — neuer Bereich oder neue Perspektive (Gestaltwandel) im Völkerrecht?», dans *Reformen des*

*Rechts, Festschrift zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz*, 1979, pp. 881 ss.

BENNOUNA, MOHAMMED, *Droit international du développement*, Paris, 1983.

BINDSCHEDLER, RUDOLF L., «La protection de la propriété privée en droit international public», *RCADI*, t. 90, 1956 — II, pp. 173 ss.

BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Francfort-sur-le-Main, 1971.

BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ / KOPPENSTEINER, HANS-GEORG, «Enteignungs- oder Nationalisierungsmassnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften», *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 13, 1974.

BORCHARD, E. M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1915.

BROWER, CHARLES N. / TEPE, JOHN B. JR., «The Charter of Economic Rights and Duties of States: A Reflection or Rejection of International Law», *The IL*, vol. 9, 1975, pp. 295 ss.

BROWN, WALLACE, *The King's Friends: The Composition and Motives of the American Loyalist Claimants*, Providence, Rhode Island, 1965.

BROWNLIE, IAN, «Treatment of Aliens: Assumption of Risk and the Internationalized Standard», dans *Mélanges Mann*, 1977, pp. 309 ss.

CAFLISCH, LUCIUS, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, thèse, Genève; La Haye, 1969.

— «The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case», *ZaöRV*, vol. 31, 1971, pp. 162 ss.

— «Les biens des étrangers en temps de paix», *Fiches juridiques suisses*, Fiche no 826 (Fiche de remplacement), 1973.

CARREAU, DOMINIQUE, «Le nouvel ordre économique international», *Clunet* 1977, pp. 595 ss.

CHARENDON, PAUL, «Dettes des rapatriés et nationalisations», *Clunet* 1967, pp. 290 ss.

CHRISTENSON, GORDON A., «The US-Rumanian Claims Settlement Agreement of March 30, 1960», *AJIL*, vol. 55, 1961, pp. 617 ss.

COLLINS, LAWRENCE, «Some Thoughts on the Control of Abuse of Executive Discretion in International Law», dans *Mélanges Mann*, 1977, pp. 321 ss.

- DAVID, NICOLAS, «Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien», *Clunet* 1986, pp. 79 ss.
- DELAUME, GEORGES R., «Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)», *Clunet* 1982, pp. 775 ss.
- DESCAMPS, PIERRE, «La définition des droits acquis», *RGDIP*, t. XV, 1908, pp. 385 ss.
- DOEHRING, KARL, «Gewohnheitsrecht aus Verträgen», *ZaöRV*, vol. 36, 1976, pp. 77 ss.
- DOHERTY, KATHRYN B., «Rhetoric and Reality. A Study of Contemporary Official Egyptian Attitudes toward the International Legal Order», *AJIL*, vol. 62, 1968, pp. 335 ss.
- DOHM, JÜRGEN, «Les nationalisations françaises et leurs effets sur les filiales suisses des sociétés nationalisées», *RDS*, t. 100, 1981, vol. I, pp. 425 ss.
- DOLZER, RUDOLF, «New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property», *AJIL*, vol. 75, 1981, pp. 553 ss.
- *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, Berlin, 1985.
- DOMAN, NICHOLAS R., «Compensation for Nationalized Property in Post-War Europe», *ILQ*, vol. 3, 1950, pp. 323 ss.
- DOMKE, MARTIN, «Indonesian Nationalization Measures», *AJIL*, vol. 54, 1960, pp. 305 ss.
- «Foreign Nationalizations», *AJIL*, vol. 55, 1961, pp. 585 ss.
- MC DOUGAL, MYRES S. / LASSWELL, HAROLD D. / LUNG-CHU CHEN, «The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights», *AJIL*, vol. 70, 1976, pp. 432 ss.
- DRUCKER, ALFRED, «Compensation between Communist States», *I&CLQ*, vol. 10, 1961, pp. 238 ss;  
An Addendum, pp. 904 ss.
- ERLER, GEORG, «Staatsouveränität und internationale Wirtschaftsverflechtung», *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 1, 1957, pp. 29 ss.
- ETTLIN, WERNER, *Der Kampf um Bannalp*, deuxième éd., Stans, 1975.
- ALVAREZ DE EULATE, MAXIMILIANO BERNAD, «La «restitutio in integrum» en la práctica y en la jurisprudencia internacionales», 11, *Temis*, Revista ciencia & técnica jurídica, 11—40 (nos 29—32, 1971—72).

- FACHIRI, ALEXANDER P., «Expropriation and International Law», *BYIL* 1925, pp. 159 ss.
- «International Law and the Property of Aliens», *BYIL* 1929, pp. 32 ss.
- FALK, RICHARD A., «The Complexity of Sabbatino», *AJIL*, vol. 58, 1964, pp. 935 ss.
- FATOUROS, A. A., «Problèmes et méthodes d'une réglementation des entreprises multinationales», *Clunet* 1974, pp. 495 ss.
- «International Law and the Internationalized Contract», *AJIL*, vol. 74, 1980, pp. 134 ss.
- «Le projet de code international de conduite sur les entreprises transnationales: essai préliminaire d'évaluation», *Clunet* 1980, pp. 5 ss.
- FELICIANO, FLORENTINO P., «Legal Problems of Private International Business Enterprises», *RCADI*, t. 118, 1966 — II, pp. 209 ss.
- FEUER, GUY, «Les Nations Unies et le nouvel ordre économique international (1974—1976)», *Clunet* 1977, pp. 606 ss.
- FISCH, JÖRG, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, Stuttgart, 1984.
- FISCHER, PETER, «Bemerkungen zur Lehre von Alfred Verdross über den «quasi-völkerrechtlichen» Vertrag im Lichte der neuesten Entwicklung», dans *Mélanges Verdross*, 1980, pp. 379 ss.
- FISHER WILLIAMS, SIR JOHN, «International Law and the Property of Aliens», *BYIL* 1928, pp. 1 ss.
- FOUILLOUX, GERARD, *La nationalisation et le droit international public*, Paris, 1962.
- FRANCIONI, FRANCESCO, «Compensation for Nationalization of Foreign Property: The Borderland between Law and Equity», *I&CLQ*, vol. 24, 1975, pp. 255 ss.
- FREEMANN, ALWYN, V., «Some Aspects of Soviet Influence on International Law», *AJIL*, vol. 62, 1968, pp. 710 ss.
- FRICK, HELMUT, *Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern*, Berlin, 1975.
- FRIEDMAN, SAMY, *Expropriation in International Law*, Londres, 1953.

- FRIEDMANN, WOLFGANG, «The Use of General Principles in the Development of International Law», *AJIL*, vol. 57, 1963, pp. 279 ss.
- GANTZ, DAVID A., «The Marcona Settlement: New Forms of Negotiation and Compensation for Nationalized Property», *AJIL*, vol. 71, 1977, pp. 474 ss.
- GATTIKER, HEINRICH, «Behandlung und Rolle von Auslandsinvestitionen im modernen Völkerrecht: eine Standortbestimmung», *ASDI*, vol. XXXVII, 1981, pp. 25 ss.
- GEIGER, RAINER, «The Unilateral Change of Economic Development Agreements», *I&CLQ*, vol. 23, 1974, pp. 73 ss.
- GEISER, HANS JOERG, «A New International Economic Order: Its Impact on the Evolution of International Law», dans *Annales d'études internationales*, 1978, pp. 89 ss.
- GINTHER, KONRAD, «Die Einwirkung der Dekolonisierung auf die Grundlagen des Völkerrechts», *ASDI*, vol. XXXVIII, 1982, pp. 9 ss.
- GOLDMAN, BERTHOLD, «Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux nationalisations et le droit international», *Clunet* 1982, pp. 275 ss.
- GUHA ROY, S. N., «Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?», *AJIL*, vol. 55, 1961, pp. 863 ss.
- GUTTERIDGE, JOYCE, «Expropriation and Nationalization in Hungary, Bulgaria and Roumania», *I&CLQ*, vol. 1, 1952, pp. 14 ss.
- HAIGHT, G. W., «The New International Economic Order and the Charter of Economic Rights and Duties of States», *The IL*, vol. 9, 1975, p. 591 ss.
- HAILBRONNER, KAY, «International Economic Development Law and the Protection of Private Investors», *IJIL*, vol. 23, 1983, pp. 198 ss.
- HARRIS, DAVID, «The Protection of Companies in International Law in the Light of the *Nottebohm* Case», *I&CLQ*, vol. 18, 1969, pp. 275 ss.
- HARTMANN, GODE, *Nationalisierung und Enteignung im Völkerrecht*, Berlin, 1977.
- HIGGINS, ROSALYN, «The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law», *RCADI*, t. 176, 1982 — III, pp. 259 ss.
- HUNGDAH CHIU, «China's Legal Position on Protecting Chinese Residents in Vietnam», *AJIL*, vol. 74, 1980, pp. 685 ss.

- HUU-TRU, NGUYEN, *Les Nationalisations dans quelques pays d'Asie de tradition britannique: Inde — Sri-Lanka — Birmanie*, Bruxelles, 1984, 2 vol.
- IDA, RYNYCHI, «La structure juridique de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats», dans *Mélanges Abendroth*, 1982, pp. 119 ss.
- JAENICKE, GÜNTHER, «Zur Frage des internationalen ordre public», *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 7, 1967, pp. 77 ss.
- JAIN, SUBHASH C., *Nationalization of Foreign Property*, New Delhi, 1983.
- JUILLARD, PATRICK, «Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France», *Clunet* 1979, pp. 274 ss.
- KAECKENBEECK, GEORGES, «The Protection of Vested Rights in International Law», *BYIL* 1936, pp. 1 ss.
- KAHN, PHILIPPE, «Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française», *Clunet* 1965, pp. 338 ss.
- «Contrats d'Etat et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982», *Clunet* 1982, pp. 844 ss.
- KATZAROV, KONSTANTIN, *Théorie de la nationalisation*, Neuchâtel, 1960.
- KEWENIG, WILHELM A., éd., *Völkerrecht und internationale wirtschaftliche Zusammenarbeit*, Berlin, 1978.
- KNOEPFLER, FRANÇOIS, «Les nationalisations françaises face à l'ordre juridique suisse», *ASDI*, vol. XXXIX, 1983, pp. 149 ss.
- LALIVE, JEAN-FLAVIEN, «Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères», *Clunet* 1977, pp. 319 ss.
- «Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées — développements récents», *RCADI*, t. 181, 1983 — III, pp. 9 ss.
- LALIVE, PIERRE, «Sur l'application du droit public étranger», *ASDI*, vol. XXVII, 1971, pp. 103 ss.
- «Arbitrage international et ordre public suisse», *RDS*, t. 97, 1978, vol. I, pp. 529 ss.
- «The first World Bank Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) — some Legal Problems», *BYIL* 1980, pp. 123 ss.
- «Some Threats to International Investment Arbitration», *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, vol. 1, no 1, Spring 1986.
- LANGER, EDMOND, *Les nationalisations en Autriche*, La Haye, 1964.

- LAPRES, DANIEL A., «Principles of Compensation for Nationalised Property», *I&CLQ*, vol. 26, 1977, pp. 97 ss.
- LAVIEC, JEAN-PIERRE, *Protection et promotion des investissements*, Paris, 1985.
- LEBEN, CHARLES, «Les modes de coopération entre pays en voie de développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales», *Clunet* 1980, pp. 539 ss.
- LILICH, RICHARD B., éd., *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, Charlottesville, 1972, 1973, 1975, 1987, 4 vol.; cité Lillich, *Valuation*.
- éd., *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, Charlottesville, 1975, 2 vol.
- éd., *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, 1983; cité Lillich, *Aliens*.
- «The United States—Hungarian Claims Agreement of 1973», *AJIL*, vol. 69, 1975, pp. 534 ss.
- «The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law under Attack», *AJIL*, vol. 69, 1975, pp. 359 ss.
- «Requiem for Hickenlooper», *AJIL*, vol. 69, 1975, pp. 97 ss.
- LILICH, RICHARD B. / NEFF, STEPHEN C., «The Treatment of Aliens and International Human Rights Norms: Overlooked Developments at the UN», *GYIL*, vol. 21, 1978, pp. 97 ss.
- MANN, FREDERICK A., «State Contracts and State Responsibility», *AJIL*, vol. 54, 1960, pp. 572 ss.
- «British Treaties for the Promotion and Protection of Investments», *BYIL* 1981, pp. 241 ss.
- «The Aminoil Arbitration», *BYIL* 1983, pp. 213 ss.
- «Staatsunternehmen in internationalen Handelsbeziehungen», *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1987, pp. 186 ss.
- MAREK, KRYSZYNA, «Sur la notion de progrès en droit international», *ASDI*, vol. XXXVIII, 1982, pp. 28 ss.
- MAYER, PIERRE, «La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat», *Clunet* 1986, pp. 5 ss.
- VON MEHREN, ROBERT B. / KOURIDES, NICHOLAS P., «International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases», *AJIL*, vol. 75, 1981, pp. 476 ss.

- MONNIER, JEAN, «Observations sur quelques tendances récentes en matière de formation de volonté sur le plan multilatéral», *ASDI*, vol. XXXI, 1975, pp. 31 ss.
- «La neutralité de la Suisse et l'ONU», *Schweizer Monatshefte*, novembre 1984, pp. 891 ss.
- «Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse», *RDS*, t. 105, 1986, vol. II, pp. 107 ss.
- MULLER, MAARTEN H., «Compensation for Nationalization: A North-South Dialogue», *CJTL*, vol. 20, 1981, pp. 37 ss.
- NEVILLE, MARK K. JR., «The Present Status of Compensation by Foreign States for the Taking of Alien-owned Property», *VJTL*, vol. 13, 1980, pp. 51 ss.
- NIEDERER, WERNER, «Der völkerrechtliche Schutz des Privateigentums», dans *Mélanges Lewald*, 1953, pp. 574 ss.
- NOLDE, B., «Droit et technique des traités de commerce», *RCADI*, t. 3, 1924 — II, pp. 295 ss.
- OPPETIT, BRUNO, «L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»», *Clunet* 1974, pp. 794 ss.
- PECHOTA, VRATISLAV, «The 1981 United-States—Czechoslovak Claims Settlement Agreement: An Epilogue to Postwar Nationalization and Expropriation Disputes», *AJIL*, vol. 76, 1982, pp. 639 ss.
- PERRIN, GEORGES, «La prescription extinctive en droit international public», dans *Les étrangers en Suisse*, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse de juristes, Lausanne, 1982, pp. 311 ss.
- PETER, HANSJÖRG, *Umweltschutz am Hochrhein. Rechtsfragen grenzüberschreitender Umweltbelastungen zwischen Deutschland und der Schweiz*, thèse, Lausanne, 1987.
- PETERSMANN, ERNST U., «Die Dritte Welt und das Wirtschaftsvölkerrecht», *ZaöRV*, vol. 36, 1976, pp. 492 ss.
- PISANI, EDGAR, *La main et l'outil*, Paris, 1984.
- POLTER, DIRK-MEINTS, *Auslandsenteignung und Investitionsschutz*, Berlin, 1975.
- DE LA PRADELLE, A., «Les effets internationaux des nationalisations», *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 1, 1950, pp. 42 ss.

- RAMBAUD, PATRICK, «L'annulation des sentences Klöckner et AMCO», *AFDI*, vol. XXXII, 1986, pp. 259 ss.
- RIGAU, FRANÇOIS, «Des Dieux et des héros», *Rev. crit.*, année 1978, pp. 435 ss.
- RITCHESON, CHARLES R., *Aftermath of Revolution. British Policy toward the United States 1783-1795*, Dallas, 1969.
- RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., «El enriquecimiento sin causa como fundamento de responsabilidad internacional», *REDI*, vol. 34, 1982, pp. 379 ss.
- ROETHLISBERGER, ERIC, «Réflexions sur le nouvel ordre économique (NEO)», *Aussenwirtschaft*, 1975, pp. 242 ss.
- ROGERS, WILLIAMS D., «Of Missionaries, Fanatics and Lawyers: Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas», *AJIL*, vol. 72, 1978, pp. 1 ss.
- ROTH, ANDREAS HANS, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, thèse, Genève; La Haye, 1949.
- ROULET, JEAN-DAVID, «La Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats», *ASDI*, vol. XXII, 1965, pp. 121 ss.
- SALEM, MAHMOUD, «Vers un nouvel ordre économique international. A propos des travaux de la sixième session extraordinaire des Nations Unies», *Chunet* 1975, pp. 753 ss.
- «Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers», *Chunet* 1986, pp. 579 ss.
- SÁNCHEZ-APELLÁNIZ VALDERRAMA, FRANCISCO, «La soberanía permanente sobre los recursos naturales: orígenes y contenidos», *Anuario de derecho internacional*, V\*, 1979/1980/1981, pp. 3 ss.
- SCHACHTER, OSCAR, «The Evolving International Law of Development», *CJTL*, vol. 15, 1976, pp. 1 ss.
- SCHAUMANN, WILFRIED, «Entschädigungslose Konfiskationen vor dem Schweizerischen Bundesgericht», *RSJ*, 62<sup>ème</sup> année, 1966, pp. 33 ss.
- SCHNEIDER, ULRICH, «Internationale Verträge als Elemente der Bildung von völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht», dans *Mélanges Mann*, 1977, pp. 409 ss.
- SCHLISSER, PETER / VOLNAY, SYLVIE, «Régime des investissements étrangers à l'intérieur du marché commun andin», *Chunet* 1972, pp. 558 ss.

- SCHMITZ, FRANZ, *Verstaatlichung der Arbeiterversicherung in Frankreich*; tiré à part de la *NZZ* du 24 et du 25 janvier 1955.
- SCHRÖDER, DIETER, *Die Dritte Welt und das Wirtschaftsvölkerrecht*, Francfort-sur-le-Main — Berlin, 1970.
- SCHWARZENBERGER, GEORG, *Foreign Investment and International Law*, Londres, 1969.
- SCHWEIZER, HEINZ, *Internationale Rechtsprobleme bei der Enteignung von Mitgliedschaftsrechten an juristischen Personen*, thèse, Zürich, 1979.
- SEIDL-HOHENVELDERN, IGNAZ, «Communist Theories on Confiscation and Expropriation. Critical Comments», *AJCL*, vol. VII, 1958, pp. 541 ss.
- «Internationale Organisationen und der Schutz des Privateigentums», *Chuvet* 1963, pp. 626 ss.
- «Chilean Copper Nationalization Cases before German Courts», *AJIL*, vol. 69, 1975, pp. 110 ss.
- «Austrian Practice on Lump-Sum Compensation by Treaty», *AJIL*, vol. 70, 1976, pp. 763 ss.
- «The Social Function of Property and Property Protection in Present Day International Law», dans *Mélanges Haro F. van Panhuys*, 1980, pp. 77 ss.
- «Modernes Völkerrecht und Schutz ausländischen Eigentums», dans *Mélanges Verdross*, 1980, pp. 653 ss.
- «Die Globalentschädigungsabkommen zwischen Österreich und der CSSR», dans *Mélanges Bindschedler*, 1980, pp. 299 ss.
- SEIFERT, WOLFGANG, «Zum Problem des internationalen Wirtschaftsrechts», dans *Mélanges Abendroth*, 1982, pp. 159 ss.
- SHARMA, KAVITA A., «Foreign Direct Investment: Towards an International Code of Conduct», *IJIL*, vol. 26, 1986, pp. 464 ss.
- SHARMA, VISHNU D. / WOOLDRIDGE, FRANK, «The Expropriation of the Property of the Ugandan Asians», *IJIL*, vol. 14, 1974, pp. 54 ss.
- «Some Legal Questions Arising from the Expulsion of the Ugandan Asians», *I&CLQ*, vol. 23, 1974, pp. 397 ss.
- «International Law and the Expulsion of Ugandan Asians», *The IL*, vol. 9, 1975, pp. 30 ss.

- SIMMA, BRUNO, *Das Reziprozitätselement in der Entstehung des Völkergewohnheitsrechts*, Munich/Salzburg, 1970.
- *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge*, Berlin, 1972.
- SIMONIUS, AUGUST, «Lex facit regem», *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, Heft 5, 1933.
- SMITH, RICHARD J., «The United States Government Perspective on Expropriation and Investment in Developing Countries», *VJTL*, vol. 9, 1976, pp. 517 ss.
- SNYDER, EARL, «Protection of Private Foreign Investment: Examination and Appraisal», *I&CLQ*, vol. 10, 1961, pp. 469 ss.
- SORNARAJAH, M., «Compensation for Expropriation: The Emergence of New Standards», *JWTL*, vol. 13, 1979, pp. 108 ss.
- STÖDTER, ROLF, «Völkerrecht und Weltwirtschaft», *ZaöRV*, vol. 13, 1950/51, pp. 67 ss.
- STOFFEL, WALTER R., *Die völkervertraglichen Gleichbehandlungsverpflichtungen der Schweiz gegenüber den Ausländern*, thèse, Fribourg, 1979.
- SUTHERLAND, P. F., «The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes», *I&CLQ*, vol. 28, 1979, pp. 367 ss.
- TESAURO, GIUSEPPE, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Naples, 1982.
- THOMAS, JEAN, «La condition des étrangers et le droit international public», *RGDIP*, t. IV, 1897, pp. 62 ss.
- TOUSCOZ, JEAN, «Le régime juridique des hydrocarbures et le droit international du développement», *Chunet* 1973, pp. 296 ss.
- TSIEN TCHÉ-HAO, «Conception et pratique du droit international public en République populaire de Chine», *Chunet* 1976, pp. 863 ss.
- DE VATTÉL, EMER, *Le droit des gens*, Londres, MDCCCLVIII.
- VELLAS, PIERRE, «Droit de propriété, investissements étrangers et nouvel ordre économique international», *Chunet* 1979, pp. 21 ss.
- VERDROSS, ALFRED, «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers», *RCADI*, t. 37, 1931 — III, pp. 327 ss.
- «Die bona fides als Grundlage des Völkerrechts», dans *Mélanges Laun*, 1953, pp. 29 ss.

- VERDROSS, ALFRED, «Protection of Private Property under Quasi-International Agreements», dans *Mélanges J. P. A. François*, 1959, pp. 355 ss.
- VEROSTA, STEPHAN, «Zur Anwendung der Regel «volenti non fit iniuria» im Völkerrecht», dans *Mélanges Verdross*, 1980, pp. 689 ss.
- ORREGO VICUÑA, FRANCISCO, «Some International Law Problems Posed by the Nationalization of the Copper Industry by Chile», *AJIL*, vol. 67, 1973, pp. 711 ss.
- VERWEY, WIL D. / SCHRIJVER, NICO J., «The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective?», *NYIL*, vol. XV, 1984, pp. 1 ss.
- VOSS, JÜRGEN, «The Protection and Promotion of Foreign Direct Investment in Developing Countries: Interests, Interdependencies, Intricacies», *I&CLQ*, vol. 31, 1982, pp. 687 ss.
- WEIL, PROSPER, «Droit international et contrats d'Etat», dans *Mélanges Reuter*, 1981, pp. 549 ss.
- WESTON, BURNS H., «The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-owned Wealth», *AJIL*, vol. 75, 1981, pp. 437 ss.
- WHITE, GILLIAN, *Nationalization of Foreign Property*, Londres, 1961.
- WHITE, ROBIN C. A., «A New International Economic Order», *I&CLQ*, vol. 24, 1975, pp. 542 ss.
- «Expropriation of the Libyan Oil Concessions — two Conflicting International Arbitrations», *I&CLQ*, vol. 30, 1981, pp. 1 ss.
- WILDHABER, LUZIUS, «Multinationale Unternehmen und Völkerrecht», dans *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 18, 1978, pp. 7 ss.
- «Wo steht das Völkerrecht heute? — Versuch einer Standortbestimmung», *ASDI*, vol. XXXVI, 1980, pp. 75 ss.
- WILSON, ROBERT R., «Property-Protection Provisions in United States Commercial Treaties», *AJIL*, vol. 45, 1951, pp. 83 ss.
- WORTLEY, B. A., «Indonesian Nationalization Measures», *AJIL*, vol. 55, 1961, pp. 680 ss.

Les indications bibliographiques des traités, manuels ou précis de BERBER, O'CONNELL, FAVRE, GUGGENHEIM, MÜLLER/WILDHABER, ROUSSEAU, SCHELLE, SEIDL-HOHENVELDERN, SØRENSEN, VERDROSS/SIMMA, WENGLER et du *Lehrbuch des Völkerrechts* ainsi que les références aux arrêts cités et d'autres indications bibliographiques se trouvent dans le texte.