UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre 2019

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

"La loi des nations est faite de fer" ? Reconnaissance et "décolonisation" du droit international des investissements

Mbengue, Makane Moïse

How to cite

MBENGUE, Makane Moïse. 'La loi des nations est faite de fer' ? Reconnaissance et 'décolonisation' du droit international des investissements. In: Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ? Albane Geslin, Emmanuelle Tourme Jouannet (Ed.). Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2019. p. 97–117.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:137392

© The author(s). This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives (CC BY-NC-ND) https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0

« La loi des nations est faite de fer »[1] ? Reconnaissance et « décolonisation » du droit international des investissements

Makane Moïse Mbengue[2]

« L'histoire de la responsabilité des États, en matière de traitement des étrangers, est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des États faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées. Des accords spéciaux visant à constituer des tribunaux d'arbitrage ont été conclus, dans de nombreux cas, sous la pression de menaces politiques, économiques ou militaires. Bien souvent les États protecteurs sont plus soucieux d'aboutir à des arrangements financiers que de sauvegarder des principes. Contre la pression de la protection diplomatique, les États faibles ne pouvaient que maintenir et défendre un principe du droit international, tout en cédant du terrain par l'acceptation d'arrangements "amiables" qui, soit accordaient les compensations demandées, soit créaient des commissions de réclamations, ce qui supposait que la responsabilité d'actes ou omissions divers était reconnue d'emblée, alors que le gouvernement n'était pas vraiment responsable, ni en fait ni en droit[3]. »

1 Titre inspiré d'un passage du roman de J. M. Coetze, *Michael K, sa vie, son temps*, Seuil, 2000.

2 Professeur de droit international à la Faculté de droit de l'Université de Genève ; Professeur affilié à l'Ecole de droit de Sciences Po Paris.

3 CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgique c/ Espagne), arrêt du5 juillet 1970, *Rec.*, Opinion individuelle de M. Padilla Nervo, p. 246-247.

I. À propos de guillemets…

Le choix des guillemets dans le titre de cette présente contribution n'est pas fortuit. La raison en est très simple. Les diverses résistances ou contre-mouvements qui se sont opérés au sein du régime international des investissements, ont rarement été perçus comme reposant sur un processus de « décolonisation » *per se* ou de reconnaissance[4]. Peu de réflexions ont été menées sur la « décolonisation » du droit international des investissements. Même dans son ouvrage séminal sur *Decolonising International Law*, Sundhya Pahuja ne s'appesantit que sur le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles comme outil de décolonisation[5].

L'optique choisie dans la présente contribution n'est pas d'affirmer que le droit international des investissements connaît ou a connu un processus de « décolonisation ». L'approche est plutôt de se poser un questionnement sur le fait de savoir si certains événements du passé et certaines nouvelles tendances du droit des investissements reflètent un mouvement qui pourrait s'apparenter à une sorte de décolonisation. La présente contribution vise de ce fait à présenter les positions des divers protagonistes et les débats qui ont eu lieu au cours des siècles sur les fondements, le contenu et les objectifs du droit international des investissements.

Toutefois, avant de s'interroger sur ce qui pourrait être perçu comme des formes de « décolonisation » *de facto* du droit des investissements, il est important de s'interroger tout d'abord et *a contrario* sur la « colonisation ».

II. Les contours de la « colonisation » du droit international des investissements

Que vise-t-on à travers l'idée de colonisation du droit international des investissements ?

Pour répondre à cette question, il faut repartir dans le passé, et plus particulièrement à la fin du XVIIIe siècle. En 1778, la France et les États-Unis d'Amérique concluent le premier Traité d'amitié et de commerce de l'histoire[6]. Cet instrument conventionnel est un des premiers traités – sinon le premier ! – à incorporer des règles relatives à la protection de la propriété étrangère se trouvant sur le territoire d'un État. À l'époque, l'on ne parle pas encore de l'investissement international ; mais l'idée de la propriété étrangère est en fait à l'origine de la notion contemporaine d'investissement et notamment d'investissement direct étranger[7].

4 Dans le cadre de la présente contribution, l'accent sera mis sur le concept de « décolonisation ». Sur les relations qu'entretiennent les concepts de reconnaissance et de décolonisation, v. dans le présent ouvrage, A. Geslin et E. Tourme Jouannet, « Propos introductifs. Décoloniser et refonder le droit international au prisme de la reconnaissance ».

5 S. Pahuja, *Decolonizing International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge University Press, 2013.

6 Texte disponible sur : https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fr788-1n.asp.

7 Dans le cadre de la présente contribution, les termes de propriété étrangère et d'investissement seront utilisés de manière interchangeable pour se référer à une même réalité économico-juridique, à savoir celle de l'investissement étranger ou international.

Le Traité d'amitié et de commerce entre la France et les États-Unis marque un point de départ pour ce qui pourrait être qualifié de « colonisation » du droit international des investissements. Dès 1796, John Adams, qui a été l'un des artisans du Traité entre la France et les États-Unis, souligne que le droit international général requiert des États qu'ils accordent une protection spéciale aux biens et avoirs étrangers se trouvant sur leur territoire. Selon Adams : « *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* »[8].

Rétrospectivement, cela signifie que la France et les États-Unis ont inséré des règles de protection de la propriété étrangère dans leur Traité d'amitié et de commerce, parce qu'ils étaient convaincus que le droit international coutumier de l'époque, exigeait déjà des États qu'ils accordent une protection particulière pour ne pas dire spéciale à la propriété étrangère se situant sur leurs territoires respectifs. Ce sont donc deux puissances économiques de l'époque, des puissances occidentales (et pour l'une ancienne puissance coloniale) qui vont défendre l'idée d'un droit coutumier applicable à la protection de l'investissement étranger. Cette idée continuera à être défendue fermement du côté américain jusqu'au début du XXe siècle. En 1910, Elihu Root écrivait dans l'*American Journal of International Law* :

> « *There is a standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form a part of the international law of the world. The condition upon which any country is entitled to measure the justice due from it to an alien by the justice which it accords to its own citizens is that its system of law and administration shall conform to this general standard. If any country's system of law and administration does not conform to that standard, although the people of the country may be content or compelled to live under it, no other country can be compelled to accept it as furnishing a satisfactory measure of treatment to its citizens.* »[9]

III. Les prolégomènes à la résistance à la « colonisation » du droit international des investissements : la Doctrine Calvo

À partir de la seconde moitié du XIXe siècle, l'on assiste au premier rejet d'une vision occidentale d'un corpus de règles internationales qui imposeraient *erga omnes* aux États d'accorder une protection spéciale aux biens et avoirs étrangers se trouvant sur leur territoire.

La première résistance à la « colonisation » – en d'autres termes la première tentative de « décolonisation » – se produit en Amérique latine. En 1862, Carlos Calvo, un fameux juriste argentin et connu depuis de presque tous les internationalistes au monde, formule une doctrine dans laquelle il rejette l'idée d'un droit international – et encore moins coutumier – qui s'appliquerait à la protection de l'investissement étranger.

8 J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. 4, 1906, p. 5.
9 E. Root, « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *AJIL*, vol. 4, 1910, p. 528.

L'approche de Calvo est simple : il n'y a pas de droit international à ce niveau ; il n'y a que du droit interne en tant que droit applicable au traitement et à la protection de la propriété étrangère.

C'est la naissance de la *Doctrine Calvo*. Dans la perspective de cette doctrine, lorsqu'un investisseur et/ou investissement étranger(s) se trouve(nt) sur le territoire d'un autre État, ledit investisseur et/ou investissement étranger est soumis aux lois nationales de l'État sous la juridiction duquel il se trouve (l'État hôte).

Si les lois nationales de l'État hôte sont favorables à l'investissement en général, cela jouera en faveur de l'investissement étranger ; si les lois nationales ne sont pas favorables, alors ce sera au détriment des investisseurs étrangers. La doctrine Calvo repose sur un postulat de base : celui de l'égalité entre investisseurs étrangers et investisseurs nationaux. L'une des implications majeures de cette doctrine est de considérer qu'en cas de différend entre l'investisseur étranger et l'État hôte, le différend doit être réglé devant les tribunaux nationaux et non par le biais de voies de recours internationales tels la protection diplomatique et/ou l'arbitrage international.

Comme l'explique Patrick Juillard :

> « *The historical and geographical circumstances surrounding the development of the Calvo Doctrine and of the Calvo Clause may help better understand both. Carlos Calvo (1824–1906) was born in Buenos Aires, at a time when Argentina had just achieved independence from Spain. The Calvo Doctrine rests upon one core proposition : aliens should not be entitled to any rights or privileges not accorded to nationals. The consequence inevitably follows that, since nationals are entitled to seek redress for their grievance only before local authorities, aliens should not be entitled to seek redress for their grievances before authorities other than local authorities. Thus, for example, aliens should not be entitled to turn to the State of which they are nationals in order to seek diplomatic protection.* »[10]

La doctrine Calvo a trouvé un écho favorable dans la Constitution de certains pays d'Amérique latine. C'est le cas, par exemple, de la Constitution mexicaine de 1927 qui prévoyait que :

> « *[o]nly Mexicans by birth or naturalization and Mexican corporations have the right to acquire ownership of lands, water and their appurtenance, or to obtain concessions for working mines or for the utilization of waters or mineral fuel in the Republic of Mexico. The Nation may grant the same rights to aliens, provided they agree before the Ministry of Justice to consider themselves as Mexicans in respect to such property, and bind themselves not to invoke the protection of their governments in matters relating thereto, under penalty, in case of non compliance, of forfeiture to the Nation of property so acquired.* »[11]

10 P. Juillard, « Calvo Doctrine/Calvo Clause », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007 [http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e689].

11 Article 27 de la Constitution mexicaine de 1927, cité par P. Juillard, *ibid.*

Mais surtout, la doctrine Calvo a donné naissance à la *Clause Calvo* laquelle a été insérée dans certains contrats d'investissement au début du XXe siècle. C'est le cas, par exemple, de l'article 18 du contrat du 23 novembre 1912 entre North American Dredging Co (compagnie américaine) et le Mexique qui se lit comme suit :

> « *The contractor and all persons who, as employees or in any other capacity, may be engaged in the execution of the work under this contract either directly or indirectly, shall be considered as Mexicans in all matters, within the Republic of Mexico, concerning such work and the fulfilment of their contract. They shall not claim, nor shall they have, with respect to the interests and the business conducted within this contract, any other rights or means to enforce the same than those granted by the Republic to Mexicans, nor shall they enjoy any other rights than those established in favor of Mexicans. They are consequently deprived of any rights as aliens, and under no conditions shall the intervention of foreign diplomatic agents be permitted, in any matter related to this contract.* »[12]

La clause Calvo contenue dans le contrat entre North American Dredging Co et le Mexique a fait l'objet de différend devant la Commission de réclamations États-Unis-Mexique – un quasi-mécanisme d'arbitrage d'investissement fondé sur la protection diplomatique. La position de la Commission dans l'affaire *North American Dredging Co c/ Mexique* reflète tout le malaise vis-à-vis de cette première tentative de résistance au droit international coutumier du droit des investissements que constituent la doctrine Calvo et sa fille putative la clause Calvo.

L'approche de la Commission augure d'une ère dans laquelle les clivages nord-sud seront plus fréquents et les résistances à la « colonisation » du droit des investissements plus marquées. Les prises de position de la Commission à ce sujet méritent d'être reproduites dans leur entièreté tant elles traduisent en filigrane les limites que peut poser la « décolonisation » du droit international en général et du droit international des investissements en particulier :

> « *The Commission is fully sensible of the importance of any judicial decision either sustaining in whole or in part, or rejecting in whole or in part, or construing the so-called «Calvo clause» in contracts between nations and aliens. It appreciates the legitimate desire on the part of nations to deal with persons and property within their respective jurisdictions according to their own laws and to apply remedies provided by their own authorities and tribunals, which laws and remedies, in no wise restrict or limit their international obligations, or restrict or limit or in any wise impinge upon the correlative rights of other nations protected under rules of international law. The problem presented in this case is whether such legitimate desire may be accomplished through appropriate and carefully phrased contracts ; what form such a contract may take ; what is its scope and its limitations ; and does clause 18 of the contract involved in this case fall within the field where the parties are free to contract without violating any rule of international law?* »[13]

12 *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence du 31 mars 2006, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 26-27.
13 *Ibid.*, p. 27, § 3.

Et la Commission de conclure :

« *The Commission does not feel impressed by arguments either in favor of or in opposition to the Calvo clause, in so far as these arguments go to extremes. The Calvo clause is neither upheld by all outstanding international authorities and by the soundest among international awards nor is it universally rejected. The Calvo clause in a specific contract is neither a clause which must be sustained to its full length because of its contractual nature nor can it be discretionarily separated from the rest of the contract as if it were just an accidental postscript. The problem is not solved by saying yes or no ; the affirmative answer exposing the rights of foreigners to undeniable dangers, the negative answer leaving to the nations involved no alternative except that of exclusion of foreigners from business. The present stage of international law imposes upon every international tribunal the solemn duty of seeking for a proper and adequate balance between the sovereign right of national jurisdiction, on the one hand, and the sovereign right of national protection of citizens on the other. No international tribunal should or may evade the task of finding such limitations of both rights as will render them compatible within the general rules and principles of international law. By merely ignoring world-wide abuses either of the right of national protection or of the right of national jurisdiction no solution compatible with the requirements of modern international law can be reached.* »[14]

Dans une série de *dicta* et d'*obiter dicta*, la Commission fait preuve de sagesse judiciaire et opère un numéro d'équilibriste qui consiste à délégitimer la doctrine Calvo tout en la légitimant :

« *The contested provision, in this case, is part of a contract and must be upheld unless it be repugnant to a recognized rule of international law. What must be established is not that the Calvo clause is universally accepted or universally recognized, but that there exists a generally accepted rule of international law condemning the Calvo clause and denying to an individual the right to relinquish to any extent, large or small, and under any circumstances or conditions, the protection of the government to which he owes allegiance. Only in case a provision of this or any similar tendency were established could a parallel be drawn between the illegality of the Calvo clause in the present contract and the illegality of a similar clause in the Arkansas contract declared void in 1922 by the Supreme Court of the United States (257 U.S. 529) because of its repugnance to American statute provisions. It is as little doubtful nowadays as it was in the day of the Geneva Arbitration that international law is paramount to decrees of nations and to municipal law ; but the task before this Commission precisely is to ascertain whether international law really contains a rule prohibiting contract provisions attempting to accomplish the purpose of the Calvo clause.*

The commission does not hesitate to declare that there exists no international rule prohibiting the sovereign right of a nation to protect its citizens abroad from being subject to any limitation whatsoever under any circumstances. The right of protection has been limited by treaties between nations in provisions related to the Calvo clause. While it is true that Latin-American countries—which are important members of the family of nations and which have played for many years an important and honorable part in the

14 *Ibid.*, p. 27, § 4.

development of international law—are parties to most of these treaties, still such countries as France, Germany, Great Britain, Sweden, Norway, and Belgium, and in one case at least even the United States of America (Treaty between the United States and Peru dated September 6, 1870, Volume 2, Malloy's United States Treaties, at page 1426 ; article 37) have been parties to treaties containing such provisions.

Under the rules of international law may an alien lawfully make such a promise ? The Commission holds that he may, but at the same time holds of that he can not deprive the government of his nation of its undoubted right of applying international remedies to violations of international law committed to his damage. Such government frequently has a larger interest in maintaining the principles of international law than in recovering damage for one of its citizens in a particular case, and manifestly such citizen can not by contract tie in this respect the hands of his Government. But while any attempt to so bind his Government is void, the Commission has not found any generally recognized rule of positive international law which would give to his Government the right to intervene to strike down a lawful contract, in the terms set forth in the preceding paragraph 10, entered into by its citizen. The obvious purpose of such a contract is to prevent abuses of the right to protection, not to destroy the right itself abuses which are intolerable to any self-respecting nation and are prolific breeders of international friction. The purpose of such a contract is to draw a reasonable and practical line between Mexico's sovereign right of jurisdiction within its own territory, on the one hand, and the sovereign right of protection of the Government of an alien whose person or property is within such territory, on the other hand. Unless such line is drawn and if these two coexisting rights are permitted constantly to overlap, continual friction is inevitable. »[15]

Les passages sus-cités révèlent la prudence judiciaire avec laquelle la Commission des réclamations États-Unis-Mexique s'est exprimée sur la validité de la clause Calvo en vertu du droit international général. Ils témoignent d'une contre-résistance à la résistance dans la mesure où la Commission pose tout de même des limites aux effets que pourrait produire la clause Calvo[16].

La doctrine Calvo est sans nul doute la première grande tentative de « décolonisation » du droit international des investissements tel qu'il est perçu à l'époque. Dans un certain sens, la doctrine Calvo conduit même à un rejet du droit international des investissements, comme branche à part entière du droit international public.

Dans le cadre de son Commentaire au *Projet d'Articles sur la protection diplomatique (2006)*, la Commission du droit international (CDI), même si elle a préféré ne pas la « codifier », a elle aussi admis en filigrane que la clause Calvo – et par ricochet la doctrine Calvo – a symbolisé une forme de résistance à la « colonisation » du droit international des investissements. Il s'agit d'une résistance à l'approche que les pays exportateurs de capitaux (principalement des pays occidentaux) ont voulu imposer dès le XVIIIe siècle en matière de protection et de traitement de l'investissement étranger. Selon la CDI :

15 *Ibid.*, p. 28-29, §§ 8-11.

16 Pour une approche similaire, voy. également *International Fisheries Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence de juillet 1931, *RSA*, vol. IV, p. 691-746.

« Le projet d'article 14 ne prend pas acte de la « clause Calvo », procédé utilisé principalement par les pays latino-américains à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle pour n'ouvrir aux (investisseurs) étrangers que les voies de recours locales en les obligeant à renoncer aux recours internationaux en ce qui concerne les litiges portant sur des contrats passés avec l'État hôte. La validité d'une telle clause a été vigoureusement contestée par les États exportateurs de capitaux au motif qu'un étranger n'a pas le droit, conformément à la règle *Mavrommatis* de renoncer à un droit appartenant à l'État et non à ses nationaux. Ce nonobstant, la "clause Calvo" a été considérée comme une coutume régionale d'Amérique latine, consubstantielle de l'identité nationale de nombreux États[17]. »

Face aux positions timorées de la Commission des réclamations États-Unis-Mexique et de la CDI, certains tribunaux arbitraux d'investissement, établis dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ont adopté récemment des positions beaucoup plus téméraires et plus favorables à la doctrine Calvo. Dans l'affaire *CMS c/ Argentine*, le Tribunal a, par exemple, considéré que :

« *Had the Claimant renounced recourse to arbitration, for example by resorting to the courts of Argentina, this would have been a binding selection under the BIT. In that case, the Tribunal would agree with Counsel for the Republic of Argentina that although Carlos Calvo, a distinguished Argentine international jurist who fathered the Calvo Doctrine and Clause, will not become an honorary citizen of countries having entered into bilateral investment treaties, this would still be a binding decision. However, as no such renunciation took place, the Calvo Clause will not resuscitate in this context.* »[18]

Le Tribunal *CMS* est allé jusqu'à se référer aux débats devant le Congrès américain pour démontrer que la doctrine Calvo pouvait bel et bien servir de contre-modèle alternatif face au modèle dominant proposé par les pays exportateurs de capitaux. Selon le Tribunal :

« *The issue did not pass unnoticed during the approval and ratification of the BIT. In the letter of submittal of the BIT to the United States Congress, the U.S. President explained : "The bilateral investment treaty (BIT) with Argentina represents an important milestone in the BIT program. […] Argentina, like many other Latin American countries, has long subscribed to the Calvo Doctrine, which requires that aliens submit disputes arising in a country to that country's local courts. The conclusion of this treaty, which contains an absolute right to international arbitration of investment disputes, removes U.S. investors from the restrictions of the Calvo Doctrine and should help pave the way for similar agreements with other Latin American states".* »[19]

17 *Projet d'Articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs*, 2006, article 14 [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_8_2006.pdf].

18 *CMS Gas Transmission Company and The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 juillet 2003, § 81 [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf].

19 *Ibid.*, § 82.

IV. Calvo et ses frères…

La première moitié du XXe siècle va donner lieu à de nouvelles batailles juridiques entre puissances occidentales (qui étaient à l'époque et pour la majeure partie d'entre-elles des puissances coloniales) et d'autre pays en Amérique latine. L'une des batailles majeures va se jouer autour de la question de l'indemnisation en cas d'expropriation ou de non-respect des engagements contractuels. Traditionnellement, les pays exportateurs de capitaux (en particulier les États européens) considéraient qu'ils avaient le droit de recourir en vertu du droit international à la force pour contraindre les États d'Amérique latine à régler leurs dettes publiques ou leurs dettes envers des investisseurs étrangers – d'aucuns ont dénommé cette forme d'intervention, « *gunboat diplomacy* ».

Calvo a été un des premiers à critiquer cette approche provenant des pays riches et à qualifier d'illicites en vertu du droit international de telles interventions armées ou fondées sur la menace de l'emploi de la force. Il considérait que :

> « *Aside from political motives these interventions have nearly always had as apparent pretexts, injuries to private interests, claims and demands for pecuniary indemnities in behalf of subjects or even foreigners, the protection of whom was for the most part in nowise justified in strict law. According to strict international right, the recovery of debts and the pursuit of private claims does not justify de plano the armed intervention of governments, and, since European states invariably follow this rule in their reciprocal relations, there is no reason why they should not also impose it upon themselves in their relations.* »[20]

La doctrine Calvo va faire des émules. Dès le début du XXe siècle, et en réaction au blocage et au bombardement de ports du Venezuela par certaines puissances européennes aux fins de recouvrement de dettes, Luís María Drago, ministre argentin des affaires étrangères de l'époque va se faire le chantre d'une nouvelle doctrine : la Doctrine Dagro.

Cette doctrine, qui suit dans ces grandes lignes la doctrine Calvo[21], avait pour objectif essentiel de s'opposer à l'idée « européenne » selon laquelle la collecte de dettes publiques pouvait se faire par le biais du recours à la force. Ces dettes couvraient également les dettes dues à des investisseurs étrangers. Comme l'explique un auteur, selon Drago, « *the public debt can not occasion armed intervention nor even the actual occupation of the territory of American nations by a European power* »[22]. Hershey est peut-être celui qui a décrit avec force détails, la doctrine Drago. Il souligne que selon Drago, « *Contracts between a nation and private individuals are obligatory according to the conscience of the sovereign and may not be the object of compelling force. They confer no right of action contrary to the sovereign will* »[23]. Il précise également que Drago admettait le principe du paiement obligatoire

20 Cité par A. S. Hershey, « The Calvo and Drago Doctrines », *AJIL*, vol. 1, 1907, p. 27.
21 Pour une comparaison entre la doctrine Calvo et la doctrine Drago, v. A. S. Hershey, *ibid.*
22 W. Benedek, « Drago-Porter Convention », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2015 [http://opil.ouplaw.com].
23 A. S. Hershey, *art. cit.*, p. 29.

des dettes (dont le montant devait être déterminé soit par les tribunaux nationaux soit par voie d'arbitrage), mais que toute nation a le droit

> « *to choose the manner and time of payment, in which it has as much interest as the creditor himself, or more, since its credit and its national honor are involved therein [...] this is in nowise a defense for bad faith, disorder, and deliberate and voluntary insolvency. It is merely intended to preserve the dignity of the public international entity whihc may thus not be dragged into war with detriment to those high ends which determine the existence and liberty of nations.* »[24]

Dans son cours magistral à l'Académie de droit international de La Haye sur *L'intervention en matière financière*, Karl Strupp répertorie avec exactitude les événements de l'époque qui ont mené au développement de la doctrine Drago et l'atmosphère qui a régné lors de la seconde Conférence de La Haye de 1907. Strupp explique que la Commission réunie en 1906 à Washington pour élaborer le programme de la Conférence panaméricaine de Rio de Janeiro – commission composée des représentants des États-Unis, de ceux du Brésil, du Mexique, de l'Argentine, du Chili, de Costa-Rica et de Cuba – après avoir repoussé une demande argentine tendant à l'acceptation pure et simple de la doctrine de Drago, adopta le texte d'une résolution « recommandant que la seconde Conférence de la Haye soit invitée à examiner si, et dans quelle mesure, l'usage de la force est admissible pour le recouvrement des dettes publiques »[25].

Strupp révèle également le contenu des instructions des délégués des États-Unis, à la Conférence de Rio de Janeiro dont les passages sont fort intéressants :

> « il est vrai, sans doute, que le non-paiement des dettes publiques peut être accompagné de telles circonstances de fraude et d'injustice ou de violation de traités qu'elles justifient l'usage de la force. Ce Gouvernement serait heureux de voir cette question faire l'objet d'une discussion internationale, qui distinguerait entre de tels cas et la simple inexécution d'un contrat conclu avec un particulier, et d'une résolution en faveur du recours aux seuls moyens pacifiques dans les cas de la dernière catégorie. Il ne semble pas, cependant, que la Conférence de Rio doive entreprendre de faire un tel examen, ni d'arrêter une telle règle. Beaucoup de pays américains sont encore des nations débitrices, tandis que les pays d'Europe sont leurs créanciers. Si la Conférence de Rio, par conséquent, assumait une telle entreprise, elle apparaîtrait comme une assemblée de débiteurs qui décident comment leurs créanciers doivent se comporter et par là, elle n'inspirerait pas le respect. La véritable marche à suivre est indiquée par les termes du programme qui propose d'inviter la seconde Conférence de la Haye, où débiteurs et créanciers siégeront simultanément, à examiner la question[26]. »

24 *Ibid.*, p. 30.
25 K. Strupp, « L'intervention en matière financière », *RCADI*, 1925, vol. 8, tome III, p. 96.
26 *Ibid.*, p. 96.

Strupp fait enfin mention de déclarations du ministre français des affaires étrangères de l'époque devant la Chambre des Députés peu avant la seconde Conférence de La Haye de 1907 et dont les passages pertinents se lisent comme suit :

> « On ne peut repousser systématiquement, dans tous les cas, toute mesure coercitive dans les rapports internationaux pour la satisfaction de réclamations pécuniaires, surtout lorsque ces déclarations reposent sur l'exécution des traités, sur des droits tout à fait respectables, sur des intérêts touchant au commerce, à l'industrie, à la prospérité des États, intérêts qui se trouveraient lésés par des gouvernements infidèles à leurs promesses ou peu soucieux de tenir leurs engagements. Il y a un départ à faire entre les nécessités inéluctables devant lesquelles tous les gouvernements s'inclinent et les spéculations anonymes ou individuelles auxquelles il faut savoir résister[27]. »

Durant la Conférence de La Haye de 1907, Drago présenta sa vision et déclara que « *to the civilization which is supported by weapons, [there] shall succeed, in a more or less distant time, a civilization founded on arbitration and justice, a superior civilization which is neither force, nor power, nor riches, but rather the tranquil triumph of justice for the weak as well as for the strong* »[28].

En réponse à Drago, le Général Horace Porter, un des délégués américains à la Conférence de La Haye, fit la déclaration suivante :

> « Dans le but d'éviter entre nations des conflits armés, d'une origine purement pécuniaire, provenant de dettes contractuelles, réclamées comme dues aux sujets ou citoyens d'un pays par le gouvernement d'un autre pays, et afin de garantir que toutes les dettes contractuelles de cette nature qui n'auraient pu être réglées à l'amiable par voie diplomatique, seront soumises à l'arbitrage, il est convenu qu'un recours à aucune mesure coercitive impliquant l'emploi de forces militaires ou navales pour le recouvrement de telles dettes contractuelles ne pourra avoir lieu, jusqu'à ce qu'une offre d'arbitrage n'ait été faite par le créancier et refusée ou laissée sans réponse par le débiteur ou jusqu'à ce que l'arbitrage n'ait eu lieu et que l'État débiteur ait manqué à se conformer à la sentence rendue[29]. »

Ce sont ces différentes positions qui mèneront à la négociation et à la conclusion de la *Convention pour la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles* – communément dénommée Convention Drago-Porter – dont l'article premier prévoit : « Les puissances contractantes sont convenues de ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles réclamées au Gouvernement d'un pays par le Gouvernement d'un autre pays comme dues à ses nationaux. Toutefois, cette stipulation ne pourra être appliquée quand l'État débiteur refuse ou laisse sans réponse une offre d'arbitrage ou, en cas d'acceptation, rend impossible l'établissement du compromis, ou, après l'arbitrage, manque de se conformer à la sentence rendue ».

27 *Ibid.*, p. 97-98.
28 W. I. Hull, *The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law*, Ginn and Co, Boston, 1908, p. 341.
29 K. Strupp, *op. cit.*, p. 98.

Ce qu'il faut retenir de cette tentative de « décolonisation » du droit international des investissements de l'époque, c'est qu'elle n'a pas abouti aux résultats escomptés. Nombre de pays d'Amérique latine ont considéré que leur point de vue n'a pas été entièrement pris en compte par les nations européennes et par les États-Unis et que, partant, la doctrine Drago a été amoindrie dans sa portée. D'ailleurs, comme l'explique Strupp, « la plupart des États (latino-américains) qui avaient demandé des mesures contre l'intervention armée à cause de dettes contractuelles, n'ont pas ratifié la convention, soit parce qu'elle leur semblait restreindre, dans une mesure trop grande, la compétence des tribunaux nationaux, soit parce qu'elle ne comprend pas tous les cas qui peuvent provoquer des interventions, provenant de dettes »[30].

Il n'est dès lors pas étonnant que d'autres brèches de discorde se soient ouvertes entre puissances occidentales et pays non-occidentaux sur la question de la protection et du traitement de l'investissement étranger. La fameuse « bataille » entre le secrétaire d'État américain Cordell Hull et son homologue mexicain, Eduardo Hay, illustre cette résistance continue à l'idée de l'existence d'un droit international coutumier applicable à la protection de l'investissement étranger.

Dans les années 1930, au Mexique, une réforme agraire a lieu et celle-ci s'accompagne, bien entendu, d'une série d'expropriations. Bien que la Constitution mexicaine ait prévu le paiement d'une compensation en cas d'expropriation, Hull et Hay s'opposent sur le droit applicable en la matière : pour Hull, il s'agit d'une question régie par le droit international général ; pour Hay, il s'agit d'une question relevant strictement du droit interne de chaque État.

Aussi, une bataille diplomatique, à coups d'échanges de notes, s'engage t-elle entre Hull et Hay. Celle-ci est résumée comme suit par un auteur :

> « *In a lengthy exchange of notes led by US Secretary of State Cordell Hull and Mexican Minister of Foreign Affairs Eduardo Hay, the two states admitted the basic right of a state to expropriation under international law. However, they differed on whether or not the doctrine and standard of compensation for expropriation represent settled international law. This disagreement indirectly blocked any discussion of further legal details on the modalities affecting the quantification, effectiveness, fairness or promptness of such compensation. While Mr. Hull was advocating compensation representing fair, assured and effective value, Mr. Hay's government «does not consider that payment of an indemnification for properties which the State expropriates on ground of public utility [...] is an invariable rule of international law» but rather is an obligation recognized by Mexico by virtue of Article 27 of her own constitution [...] Mexico refused to recognise compensation as a principle of international law, regardless of a favourable position in the Mexican constitution. Recognition under international would be more valuable to the US than the sanction provided in the Mexican constitution. The former would reinforce a rule of law of universal application, unlike the limited domestic law sanction of a national constitution. The readiness of Mexico to pay compensation was therefore solely based on its own basic law, rather than international law [...] Accordingly the*

30 *Ibid.*, p. 105.

Hull Formula assertions on compensation remained legally unsettled and even defeated in actual practice through diplomatic settlement. »[31]

Cet extrait confirme le fait que même s'il est difficile de parler à proprement-parler de « la décolonisation », une résistance à la « colonisation » du droit international des investissements s'est opérée dès la moitié du XIXe siècle sous l'impulsion de Calvo et a bel et bien continué jusqu'à la moitié du XXe siècle avec les doctrines Drago et Hay.

Un tel constat a été également fait par Mervyn Jones dans un article sur les réclamations au nom de nationaux actionnaires de sociétés étrangères (« *Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies* ») et cité par le Juge Padilla Nervo dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

> « L'ère des grands investissements étrangers a atteint son apogée au cours des quelque cinquante années qui ont précédé la première guerre mondiale, au moment où les capitaux britanniques et américains se sont déversés dans toutes les parties du monde pour financer la construction de chemins de fer et de ports, l'exploitation de gisements miniers et d'innombrables autres projets dans les pays sous-développés. En même temps, l'institution de la société anonyme par actions (qui était une création récente) a permis aux petits capitalistes de placer leurs fonds dans des pays lointains où ils étaient d'un meilleur rapport que chez eux. Il ne fait guère de doute que ces pays ont d'abord bien accueilli les capitaux étrangers, dont ils avaient grand besoin, et qu'ils n'ont pas imposé de conditions strictes aux investissements. Au cours de ces premières années, des puissances étrangères n'ont eu à intervenir que rarement par la voie diplomatique en faveur de leurs ressortissants. Toutefois, au début du XIXe siècle, des mouvements nationalistes se sont élevés contre "l'exploitation économique" étrangère. Ils ont placé l'accent sur la souveraineté économique et politique et, peu à peu, on en est venu à s'intéresser de plus en plus à l'emploi des capitaux étrangers. Le recul du capitalisme libéral et du "laisser faire", qui s'est accompagné de la diffusion de la doctrine socialiste dans le monde entier a conduit un peu partout les gouvernements à intensifier leur contrôle des biens et ressources économiques de la nation : dans certains pays on en est venu à considérer les capitaux étrangers comme le symbole de la subordination et non pas seulement comme un moyen de développer le pays. Bien des évènements ont évidemment justifié cette attitude ; la mainmise des capitaux étrangers sur la vie économique de nombreux pays était considérable. C'est dans ces circonstances que les révolutions du Mexique, en 1911-1920, ont transformé l'aspect politique et social de la nation, comme l'ont fait plus tard les révolutions d'Europe centrale, après la première guerre mondiale, et celles de l'Europe de l'est après la seconde. Ces révolutions se sont accompagnées de mesures d'expropriation qui ont inévitablement posé le problème de la situation, en droit international, des individus qui avaient placé leurs fonds dans des sociétés exerçant une activité dans les pays en question[32]. »

31 A. K. El-Din Izzeddin, *The Calvo Doctrine and the Hull Formula : Prospects for Harmony*, Book Venture Publishing LLC, 2017, p. 16-17.
32 CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgique c/ Espagne), *précit.*, Opinion individuelle de M. Padilla Nervo, p. 245-246.

Il convient tout de même de préciser que l'idée de « colonisation » du droit international des investissements a été fortement contestée par certains auteurs. Par exemple, Dolzer considère que :

> « *Contrary to what has often been said, the Hull rule was not developed in order to disfavor developing countries ; it was applied in a rational manner among and against Western countries long before systems with a socialist concept of property were established and before most modern states emerged through the decolonization process. It is assumed here that United States Secretary of State Hull accurately presented the then current position in international law in 1938 when he wrote his famous letter to the Mexican Government asking Mexico for "prompt, adequate and effective" compensation. Even though the Soviet Union and Latin American countries had challenged the rule before that time, it appears that the overwhelming practice and the prevailing legal opinion supported Hull's position. Judgments such as the Norwegian Shipowners case, the Spanish-Moroccan Claims arbitration, and the famous dictum of the Permanent Court of International Justice in the Chorzow Factory case support this view.* »[33]

V. Le nouvel ordre international économique et la « décolonisation » du droit international des investissements comme élément de la décolonisation en tant que telle

Dans la deuxième moitié du XXe siècle, la stratégie des pays économiquement riches consiste à « universaliser » le droit international des investissements. Une première tentative échoue avec la non-entrée en vigueur de la *Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce (OIC)*. La Charte de La Havane est un enfant de son temps et se refuse de prendre position sur une orientation ferme du droit international des investissements. Elle adopte une approche *soft* qui prend en compte autant les intérêts des pays exportateurs de capitaux que celle des pays importateurs de capitaux[34]. Pourtant, il est intéressant de noter que d'aucuns considèrent que l'absence de ratification de la Charte était due au fait que cette dernière reconnaissait explicitement le droit aux pays importateurs de capitaux de soumettre les investissements privés étrangers à certaines restrictions et à « d'autres conditions raisonnables »[35].

33 R. Dolzer, « New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property », *AJIL*, vol. 75, 1981, p. 558-559.

34 L'article 12 de la Charte de La Havane prévoyait, en effet, que : « Les États membres reconnaissent que : a) les investissements internationaux, tant publics que privés, peuvent contribuer dans une grande mesure à favoriser le développement économique et la reconstruction, et, par voie de conséquence, le progrès social ; b) le mouvement international des capitaux sera stimulé dans la mesure où les États membres offriront aux ressortissants d'autres pays des possibilités d'investissement, et leur assureront des conditions de sécurité pour les investissements existants et à venir ; c) sans préjudice des accords internationaux existants auxquels les États membres sont parties, un État membre a le droit : i) de prendre toutes mesures appropriées de sauvegarde nécessaires pour assurer que les investissements étrangers ne serviront pas de base à une ingérence dans ses affaires intérieures ou sa politique nationale ; ii) de déterminer s'il autorisera, à l'avenir, les investissements étrangers, et dans quelle mesure et à quelles conditions il les autorisera ; iii) de prescrire et d'appliquer des conditions équitables en ce qui concerne la propriété des investissements existants et à venir ; iv) de prescrire et d'appliquer d'autres conditions raisonnables en ce qui concerne les investissements existants et à venir ; d) les États membres dont les ressortissants sont en mesure de fournir des capitaux pour des investissements internationaux et les États membres qui désirent s'assurer l'usage de ces capitaux peuvent avoir intérêt, en vue de favoriser leur développement économique ou leur reconstruction, à conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux possibilités et aux conditions de sécurité que les États membres sont disposés à offrir aux investissements, ainsi qu'aux limitations qu'ils sont disposés à accepter en ce qui concerne les droits mentionnés à l'alinéa c) ».

35 Voy. notam. F. P. Feliciano, « Legal Problems of Private International Business », *RCADI*, 1966 (II), Tome 118, p. 253 ; S. Pahuja, *op. cit.*, p. 107 : « *The US Senate refused to ratify the Charter of the International Trade Organisation (ITO) negotiated at Havana in 1947 in part on the basis that it overemphasised "the rights of the under-developed countries"* ».

L'*Accord économique de Bogotá* de 1948 – initié et promu par les États-Unis – conclu lors de la Neuvième Conférence internationale des États d'Amérique n'aura pas non plus été un succès. L'Accord n'entrera pas en vigueur. Toutefois, il est intéressant de noter que cet Accord a fait écho dans une certaine mesure tant à la doctrine Calvo (puisqu'il prévoyait que « *Foreign capital shall be subject to national laws* »[36]) qu'à la formule Hull (toute expropriation doit être accompagnée de « *payment of fair compensation in a prompt, adequate and effective manner* »). Du fait de l'irréconciliable fusion entre « colonisation » et « décolonisation » du droit international des investissements, l'Accord n'a pas vu le jour.

Suite à ces échecs, d'autres tentatives d'universalisation du droit international des investissements ont eu lieu. Les pays exportateurs de capitaux ont concentré leurs efforts sur la négociation d'une convention internationale sous les auspices de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), en l'occurrence une *Convention internationale sur la protection des biens étrangers*. Deux projets ont été adoptés en 1963 et en 1967. Cette stratégie de l'OCDE révèle une approche de « colonisation » – si l'on peut l'appeler ainsi – du droit international des investissements. Ces deux projets de convention n'ont pas abouti.

La raison d'un tel avortement se trouve dans les stratégies de « décolonisation » du droit international des investissements qui ont eu lieu au lendemain des indépendances. À partir des années 1960, les pays nouvellement indépendants luttent pour la mise en place d'un nouvel ordre international économique différent de celui qui avait été imposé par les puissances coloniales et plus respectueux des préoccupations des pays en développement. Cette lutte va se traduire essentiellement dans l'adoption de deux résolutions phares de l'Assemblée générale des Nations unies : la résolution 1803 du 14 décembre 1962 sur la « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » et la résolution 3281 du 12 décembre 1974 communément dénommée « Charte des droits et devoirs économiques des États ».

Comme l'explique S. Pahuja :

> « *The claim to permanent sovereignty over natural resources (PNSR) took flight in the late 1950s but it did not arise in a vacuum. Rather, it was launched in the peculiar conjunction of the decline of the European empires in both power and legitimacy, the rise of American military and economic power, the advent of the Cold War, and, finally, the struggles for decolonisation. In a sense, the battle over PNSR can be seen as a microcosm of the global interaction of those forces. It meant something different to each player in the drama and illustrates, how the formation of a universalizing legality was crucial to the transition from the colonial imperialism of the nineteenth century to the postcolonial imperialism of the twentieth century. For the colonial powers, the maintenance of certain advantages gained during colonialism was at stake in the claim. Colonialism was itself partly about controlling access to natural resources. As the prospect of decolonisation grew more likely, many imperial powers engaged in the negotiation of putatively binding agreements before their*

36 Le texte de l'Accord économique de Bogotá de 1948 est disponible sur : http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-43.html

colonial 'possessions' acquired independence. In these agreements 'the nascent new state undertook to protect all rights acquired with respect to its territory prior to independence'. The imperial powers assumed that the newly independent states would be bound to those agreements even though they were largely unfavourable to the decolonising peoples [...] For the decolonising peoples, however, both the economic and symbolic stakes were high. Those decolonising or aspiring to decolonise saw in the control over natural resources both the symbolic key to self-determination and the economic basis for future development. »[37]

Deux dispositions de chacune des résolutions sus-mentionnées reflètent l'esprit de « décolonisation » qui caractérise ces deux résolutions.

En effet, le paragraphe 4 de la résolution 1803 prévoit que :

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

Dans le même sillage, l'article 2 de la Charte des droits et devoirs économiques des États prévoit que :

« Chaque État a le droit : a) de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun État ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers ; [...] c) de nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet État, à moins que tous les États intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des États et conformément au principe du libre choix des moyens. »

37 S. Pahuja, *op. cit.*, p. 103-105.

Ces deux dispositions font montre du vent de « décolonisation économique » (« *economic decolonization* »[38]) qui a soufflé dans l'ordre juridique international dans les années 1960 et 1970. Elles consacrent une certaine résurrection de la doctrine Calvo[39] et une certaine faillite de la doctrine/formule Hull. En effet, au travers de ces dispositions, les États nouvellement indépendants considèrent que le principe d'une compensation en cas d'expropriation est régi par le droit national et non par le droit international. En outre, ces mêmes États préfèrent la formule de l'indemnité « adéquate » – plus proche de ce qui était prôné par le ministre mexicain Hay – à celle de l'indemnité « prompte, adéquate et effective » défendue par Hull. L'idée même d'une *obligation* de compenser en cas d'expropriation est remise en cause. Le recours au conditionnel (« devrait ») quant au versement de l'indemnité « adéquate » témoigne des divisions profondes de la communauté internationale sur ce qui constituait à l'époque un socle de principes reconnus en matière de protection de l'investissement étranger[40].

Il y a donc une véritable bataille pour « décoloniser » le droit international économique en général mais aussi pour « décoloniser » le droit international des investissements voire même pour remettre en cause l'existence du droit international des investissements en tant que branche autonome du droit international général. Quelles que fussent les victoires sur le papier des pays nouvellement indépendants d'Asie et d'Afrique (soutenus par les pays d'Amérique latine), dans la pratique l'idée du nouvel ordre international économique n'a pas donné lieue à une « décolonisation » du droit international des investissements.

La quasi-totalité de ces pays – à l'exception du Brésil – sont devenues parties à des traités bilatéraux d'investissement (TBI). Le TBI est d'inspiration européenne. L'Allemagne a été le premier pays à enclencher cette pratique conventionnelle, suite à la conclusion en 1959 du premier TBI de l'histoire entre l'Allemagne et le Pakistan. Aujourd'hui, plus de 3 000 TBI ont été conclus, pour l'essentiel entre pays exportateurs de capitaux et pays importateurs de capitaux. Ces TBI dans leur grande majorité incorporent des clauses qui s'éloignent nettement de la doctrine Calvo et qui font large place à des formules telles la formule Hull ainsi qu'à une protection tous azimuts de l'investissement étranger[41].

Néanmoins, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles comme outil de « décolonisation » du droit international des investissements est toujours d'actualité. En juillet 2017, la Tanzanie a promulgué une nouvelle loi intitulée « *The Natural Wealth and Resources (Permanent Sovereignty) Act* »[42]. Le préambule de la loi souligne que « *international law recognizes the right of the United Republic to assert permanent sovereign right for the purpose of exploring, exploiting and managing its natural resources* ». Le préambule indique également :

38 R. Dolzer, « Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Decolonization », *Human Rights Law Journal*, vol. 7, 1986, p. 217-230.

39 Sur ce point, voy. M. Sornarajah, « The Case against a Regime on International Investment Regime », in L. E. Trakman, N. W Ranieri (eds.), *Regionalism in International Investment Law*, Oxford University Press, 2013, p. 480.

40 Pour une vision similaire, voy. R. Dolzer, M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties,* Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 2.

41 Sur l'objectif de protection des TBI, voy. M. M. Mbengue, « Les obligations des investisseurs étrangers », in SFDI, *L'entreprise multinationale*, Pedone, 2017.

42 Le texte de la loi tanzanienne est disponible sur : http://www.tcme.or.tz/resources/view/the-natural-wealth-and-resources-permanent-sovereignty-act-2017.

> « *the United Republic being a sovereign state has permanent sovereignty over all natural wealth and resources thence imposing on the Government the responsibility of ensuring that interests of the People and the United Republic are paramount and protected in any arrangement or agreement which the Government makes or enters in respect of such natural wealth and resources.* »

L'article 6, alinéa 1 de la loi pose le principe de l'illégalité de tout contrat/accord d'investissement s'il n'est pas en conformité avec les « intérêts du peuple et de la République de Tanzanie » :

> « *Pursuant to paragraphs (c) and (i) of Article 9 of the Constitution, it shall be unlawful to make any arrangement or agreement for the extraction, exploitation or acquisition and use of natural wealth and resources except where the interests of the People and the United Republic are fully secured.* »

Fait encore plus remarquable : cette loi a deux annexes qui reproduisent intégralement… la résolution 1803 sur la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles et la Charte des droits et devoirs économiques des États ! La loi prévoit également que les différends relatifs à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles ne peuvent être réglés devant des cours et tribunaux « étrangers » (« *any foreign court and tribunal* »). Cela pourrait laisser penser que la loi exclut de la compétence des tribunaux arbitraux les questions de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Résurgence la doctrine Calvo ou non ? Dans tous les cas, la nouvelle loi tanzanienne a donné lieu à une série d'arbitrages initiés par des investisseurs étrangers. Dans l'interprétation et l'application du droit, les divers tribunaux devront nécessairement prendre en compte les velléités de « décolonisation » du droit international des investissements de la Tanzanie. C'est ce qui a été récemment reconnu par la Cour d'appel de Paris en relation avec un arbitrage CCI mettant en cause la loi laotienne sur les investissements étrangers. Par un arrêt en date du 16 janvier 2018, la Cour d'appel a annulé la sentence CCI qui donnait gain de cause à une compagnie étrangère ayant investi au Laos au mépris du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Selon la Cour d'appel,

> « (la) résolution (1803) exprime un consensus international sur le droit des États de subordonner à une autorisation préalable l'exploitation des ressources naturelles situées sur leur territoire et de soumettre à leur contrôle les investissements étrangers dans ce domaine ; que les dispositions par lesquelles, dans le respect du droit international, les États expriment leur souveraineté sur leurs ressources naturelles relèvent donc de l'ordre public international[43]. »

Elle en conclut que « la sentence, qui a pour effet de conférer à Onix un titre juridiquement protégé dans l'ordre international sur un investissement réalisé grâce à l'obtention frauduleuse d'une autorisation administrative à laquelle la législation de la République du Laos subordonnait l'exploitation des ressources naturelles sur son territoire, viole de manière manifeste, effective et concrète l'ordre public international et doit donc être annulée »[44].

43 Cour d'appel, Paris, Pôle 1, chambre 1, 16 Janvier 2018 n° 15/21703, Document consulté sur http://www.lexis360.fr
44 *Ibid.*

VI. Vers de nouvelles stratégies de « décolonisation » : de la « consommation » à la « production » de règles en matière de traitement des investissements étrangers

Le régime international des investissements est en crise. Et, toute crise appelle une réforme. Il y a un consensus entre pays développés exportateurs de capitaux et pays en développement importateurs de capitaux, sur la nécessité de repenser le régime international des investissements dans une perspective de développement durable mais aussi plus respectueuse du droit de réguler/réglementer des États hôtes. Aussi, la « décolonisation » du droit international des investissements a-t-elle de beaux jours devant elle. Les pays riches eux-mêmes adhèrent à cette idée de la « décolonisation », en remettant en cause par exemple le sacro-saint mécanisme d'arbitrage d'investissement incorporé de façon quasi-identique dans la quasi-totalité des TBI et autres accords internationaux d'investissement. La Commission européenne propose ainsi de remplacer l'arbitrage *ad hoc* par une cour permanente de règlement des différends en matière d'investissements.

Rétrospectivement et il y a plus de 40 ans au moment du débat sur l'instauration d'un nouvel ordre international économique, les déclarations et positions actuelles des officiels de la Commission européenne auraient été perçues comme des actions en vue de la « décolonisation » du droit international des investissements. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux propos de Frans Timmermans, premier vice-président de la Commission en septembre 2015 : « Nos propositions ouvrent des perspectives entièrement nouvelles. Ce nouveau système juridictionnel des investissements sera composé de juges pleinement qualifiés, son fonctionnement sera transparent et les affaires seront jugées sur la base de règles claires. Qui plus est, un réexamen par une nouvelle cour d'appel sera possible. Ce nouveau système permettra de protéger le droit des États à réglementer et de statuer sur les différends en matière d'investissements dans le plein respect de l'état de droit ».[45] L'on peut également se référer à la déclaration de Cecilia Malmström, commissaire européenne au commerce en septembre 2015 : « Le débat a fait clairement apparaître le profond déficit de confiance dont souffre l'ancien système traditionnel de règlement des différends. Ce sont pourtant les investisseurs de l'UE qui utilisent le plus fréquemment les dispositifs actuels, mis en place individuellement par les pays européens au fil des années. C'est pourquoi l'Europe doit prendre la responsabilité de réformer et de moderniser ce modèle. C'est à nous de donner l'impulsion de la réforme à l'échelle mondiale », a-t-elle ajouté. « Nous entendons créer un nouveau système reposant sur les éléments qui forgent la confiance des citoyens dans les juridictions nationales et internationales. Je souhaite rendre cette proposition publique au moment même où nous la transmettons au Parlement européen et aux États membres. C'est une condition d'un échange de vues ouvert et transparent sur ce sujet largement débattu »[46].

45 http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1367&serie=991
46 *Ibid.*

Du côté des pays en développement, les stratégies de « décolonisation » enrobées du voile de la réforme font moisson. Certains États d'Amérique latine ont simplement décidé de retirer leur consentement à la Convention CIRDI. D'autres en Asie et en Afrique (par exemple, Indonésie et Afrique du Sud) ont décidé de ne pas renégocier leurs TBI qui arrivaient à expiration et d'adopter des moratoriums sur la négociation de futurs accords internationaux d'investissement. Certains États ont tout simplement décider de « ressusciter » Calvo et de soumettre l'investisseur étranger exclusivement au droit national ainsi qu'aux juridictions nationales – c'est le cas de l'Afrique du Sud. L'idée n'est pas ici de répertorier ces approches dans le détail.

Ce qu'il est intéressant de noter c'est que de nouvelles formes de la « décolonisation » émergent. Les formes traditionnelles de « décolonisation » consistaient pour l'essentiel à *rejeter* le modèle que les États exportateurs de capitaux ont tenté d'imposer et qu'ils ont fini tant bien que mal à imposer. Les formes nouvelles de « décolonisation » visent à *diversifier* les modèles de traitement et de protection de l'investissement étranger. Le Brésil a, par exemple, décidé d'adopter un modèle d'accord d'investissement qui rompt avec la pratique traditionnelle du TBI. Cette dernière met l'accent sur la *protection* de l'investissement étranger. Le Brésil a décidé de mettre l'accent sur la *facilitation* et la *coopération* en matière d'investissements internationaux[47].

L'Afrique, quant à elle, a opté pour une sorte d'« africanisation » du droit international des investissements[48]. Celle-ci repose sur l'idée de l'équilibre. Le modèle dominant de TBI crée un déséquilibre en faveur de l'investisseur et de l'investissement étrangers. L'approche africaine tend à rééquilibrer les droits des investisseurs et les droits des États (notamment les États hôtes) ; elle tend également à rééquilibrer – chose nouvelle – les obligations des États et les obligations des investisseurs.

La pratique africaine récente a donné ainsi lieu et de façon inédite à la formulation d'obligations pour les investisseurs étrangers. Il s'agit là d'une exception africaine. Le contenu desdites obligations est fort intéressant et traduit un souci de responsabiliser au maximum les investisseurs étrangers par rapport à des questions comme la responsabilité sociale des entreprises, la protection de l'environnement, la transparence, la protection des droits de l'homme, la réalisation des objectifs de développement durable (ODD). Certaines des obligations vont jusqu'à étendre des obligations coutumières telles que l'obligation de conduire une étude d'impact environnemental (EIA)[49] aux investisseurs étrangers ou exiger le respect par les investisseurs des instruments de droits de l'homme auxquels l'État hôte est partie. Les modèles les plus aboutis en la matière en Afrique mais aussi dans le monde sont le Code panafricain des investissements de 2015 et le *Model Bilateral Investment Treaty Template* de la Communauté de développement de l'Afrique australe, adopté en 2012 et révisé en 2017[50].

47 V. E. Xavier Junior, « The CETA from a Latin-American Perspective », in M. M. Mbengue, S. Schacherer (eds.), *Foreign Investment under the Comprehensive Economic and Trade Agreement*, Springer, à paraître 2018.

48 Voy. M. M. Mbengue, S. Schacherer, « The "Africanization" of International Investment Law : the Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », in M. M. Mbengue, S. Schill (eds.), *Africa and the Reform of the International Investment Regime*, *Journal of World Trade and Investment*, vol. 8. n ° 3, 2017.

49 CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.*, p. 83, § 204 : « l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée ».

50 V. M. M. Mbengue, « Africa and the Reform of the International Investment Regime : An Introduction », in M. M. Mbengue, S. Schill (eds.), *op. cit.*

Ces nouvelles formes de « décolonisation » du droit international des investissements témoignent du fait qu'il y a une voie médiane entre le *rejet* pur et dur de modèles inspirés par les pays exportateurs de capitaux et la *consommation* quasi-aveugle de règles provenant des pays exportateurs de capitaux qui ont su bon gré mal gré imposer leurs modèles dans la négociation d'accords d'investissements internationaux durant les 40 dernières années. Cette voie médiane est celle de la *production* de règles en matière de protection et de traitement des investissements internationaux qui reflètent une certaine différenciation et une certaine diversification de la règle de droit international en la matière. Seule la production adaptée de règles permettra de redonner au régime international des investissements toute sa légitimité et de permettre aux États et aux investisseurs de bénéficier de scénarios *win-win*. « S'adapter ou mourir », telle est la loi darwinienne de l'évolution ; elle s'applique également au renouveau du régime international des investissements.