

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS : UN SURVOL HISTORIQUE

CHARLES LEBEN*

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

L'histoire du droit international des investissements est exemplaire de l'histoire même du droit international public global avec laquelle elle partage tout à la fois la naissance et les grandes étapes de son évolution. Les prodromes d'un droit international des investissements apparaissent dès le XVII^{ème} siècle avec la volonté des Etats européens de protéger les biens de leurs nationaux se trouvant sur un territoire étranger¹. Autrement dit, ils accompagnent l'essor des Etats européens (puis plus largement occidentaux) dans leur conquête du monde, Etats qui imposent également leur conception du droit international en général (« droit des gens » à l'origine) avec ses concepts fondamentaux, ses mécanismes et ses institutions. Tout comme le droit international dans sa généralité, le droit international des investissements est donc lié à l'expansion coloniale européenne dès le début du XVII^{ème} siècle et certains de ses traits remontent à cette origine qui pour certains le marque d'illégitimité².

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

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

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

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL
PARIS, PEDONE, 2015

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ET ARBITRAGE TRANSNATIONAL

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

Si on s'attache aux instruments juridiques grâce auxquels le droit international des investissements va apparaître et se développer, l'histoire commence véritablement, dès la fin du XVIII^{ème} siècle, avec les premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus entre les Etats-Unis et plusieurs pays européens, dont la France dès 1778 et qui, bien que conçus essentiellement pour développer les échanges commerciaux entre Etats signataires, comportaient des dispositions protégeant les biens appartenant à des nationaux de l'un des Etats contractants dans le territoire de l'autre Etat contractant³. La première préoccupation des Etats, dès les origines et encore de nos jours, est en effet d'assurer la sécurité des personnes et des biens, et plus largement des capitaux investis à l'étranger par leurs ressortissants. Et c'est ce qu'affirme le Secrétaire

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

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

UN SURVOL HISTORIQUE

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

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

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

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

I. NAISSANCE D'UN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

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

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

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