Document:-
A/CN.4/119

Responsabilité internationale: quatrième rapport de F.V. García Amador, Rapporteur spécial

sujet:
Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1959, vol. II

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm)

Copyright © Nations Unies

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

DOCUMENTS DE LA ONZIÈME SESSION, Y COMPRIS LE RAPPORT DE LA COMMISSION A L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

[Point 4 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/119

Responsabilité internationale : quatrième rapport de F. V. García Amador, rapporteur spécial

RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT A RAISON DES DOMMAGES CAUSÉS SUR SON TERRITOIRE A LA PERSONNE OU AUX BIENS DES ÉTRANGERS
MESURES PORTANT ATTEINTE AUX DROITS ACQUIS

[Texte original en espagnol]
[26 février 1959]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 2

Chapitre premier

La protection internationale des droits acquis

I. — LE RESPECT DES DROITS ACQUIS EN TANT QUE PRINCIPE DE DROIT INTERNATIONAL

1. Régime applicable à l'acquisition des droits patrimoniaux 3
2. Obligation internationale de respecter les droits acquis 4
3. Le principe du respect des droits acquis et ses relations avec la notion d'« enrichissement sans cause » 5
4. Portée de la protection internationale — nécessité de reviser la conception traditionnelle 5
5. La notion d'« arbitraire » et la doctrine de l'abus de droit 7

II. — NATURE ET CONTENU DES DROITS ACQUIS

6. Les droits patrimoniaux au sens large 9
7. Caractère mixte (privé et public) de certains des droits acquis 9
8. Cas particuliers où il n'y a pas droit acquis 10

Chapitre II

De l'expropriation en général

I. — LE DROIT D'« EXPROPRIATION »

9. Reconnaissance internationale du droit d'expropriation 11
10. Les divers modes d'exercice du droit d'expropriation 11
11. L'expropriation *stricto sensu* et les « nationalisations » 12

II. — AUTRES ASPECTS INTERNATIONAUX DE L'INSTITUTION

12. L'expropriation « illicite » et l'expropriation « arbitraire » 13
13. Expropriation impliquant inexécution d'un contrat ou d'une convention de concession 14
14. Motifs et buts de l'expropriation 15
15. Questions de méthode et de procédure 16

Pages

III. — L'INDEMNITÉ

16. Nature juridique de l'indemnité 16
17. L'obligation d'indemniser et le droit qui la régit 17
18. Montant de l'indemnité et critères à appliquer pour évaluer les biens expropriés 19
19. Modalités du paiement et délai dans lequel il doit intervenir 20
20. Système de l'indemnité « forfaitaire » *(lump-sum agreements)* 21
21. Considérations générales sur les conditions que doit remplir l'indemnité 22

Chapitre III

Droits contractuels

I. — LE TRAITÉ ET LE CONTRAT EN TANT QUE SOURCES DE DROITS PRIVÉS

22. Traités ayant pour objet des droits privés de caractère patrimonial 24
23. Objet et formes des contrats dits « publics » 25

II. — DROIT RÉGISSANT LES RELATIONS CONTRACTUELLES ENTRE LES ÉTATS ET LES ÉTRANGERS

24. La position traditionnelle 26
25. Les nouveaux instruments et la jurisprudence récente 27
26. Nouvelle orientation de la doctrine scientifique 28
27. Applicabilité du principe *pacta sunt servanda* — opinions récentes en faveur de cette applicabilité 29
28. Position de la doctrine et de la pratique courante 30
29. Réexamen de la position traditionnelle 31

III. — EFFETS DE L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

30. Inexécution « illicite » et inexécution « arbitraire » 32
31. Éléments constitutifs (généraux) de l'inexécution arbitraire 34
32. Contrats conclus *ultra vires* et contrats conclus avec des subdivisions politiques 34
33. Dettes publiques 35
34. Nature juridique de l' « indemnité » 35

Introduction

1. Dans notre deuxième rapport à la Commission du droit international (A/CN.4/106), nous avons présenté un avant-projet dont le chapitre IV traite de la responsabilité internationale que l'Etat peut encourir pour « inexécution d'obligations contractuelles et actes d'expropriation ». Cependant, nous n'avons étudié la question que sommairement et en ne retenant que les précédents et les éléments d'appréciation fournis par la doctrine et la pratique traditionnelles. Nous avons procédé ainsi parce que nous désirions saisir la Commission le plus tôt possible d'un avant-projet portant sur tous les cas où la responsabilité de l'Etat est engagée « à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers ». Cependant, cette tâche terminée et pour nous conformer à l'invitation de la Commission qui a demandé que le rapporteur spécial continue son travail, nous nous sommes attaché à une question qui, selon nous, mérite plus que toute autre une étude minutieuse et, en un sens, un réexamen total — à savoir la responsabilité de l'Etat dans les cas envisagés au chapitre IV de l'avant-projet.

2. Nous nous permettons de souligner, pour préciser, que le présent rapport ne diffère pas seulement du chapitre IV du deuxième rapport du point de vue de la longueur de l'étude; il en diffère aussi du point de vue de la méthode. Une fois examinées de très près la doctrine et la pratique traditionnelles en la matière, le présent rapport étudie les tendances et les orientations nouvelles, sur les plans doctrinal et pratique, qui se sont surtout manifestées depuis la dernière guerre. Certes, elles ne vont pas toutes dans le même sens et quelques-unes d'entre elles sont même contradictoires, mais il est incontestable qu'elles exercent une influence profonde sur les notions et les concepts traditionnels. L'ignorer serait faire preuve d'un manque total de réalisme, comme ce le serait de contester le rôle important que ces tendances et orientations nouvelles peuvent jouer dans le développement et la codification de ce domaine particulier de la responsabilité internationale.

3. Pour ce qui est de la méthode, nous sommes parti du principe du « respect des droits acquis ». Nous avons accepté le postulat que le respect des droits patrimoniaux privés est l'un des principes de droit international qui régissent la condition des étrangers. Même si l'on admet la nécessité de reviser le contenu traditionnel de ce principe, on ne peut nier, en l'état actuel du droit international, son existence et sa validité; on peut même dire que, joint au principe de l'« enrichissement sans cause », il constitue la seule base solide sur laquelle puisse se fonder la responsabilité internationale de l'Etat en la matière. Qui plus est, sous l'angle de la technique juridique, c'est en réalité le seul d'où l'on puisse partir pour examiner et exposer la question de manière systématique et cohérente. A cet égard, il ne fait pas de doute que, quels que soient la nature précise des droits patrimoniaux ou le caractère des mesures

adoptées par l'Etat, la responsabilité internationale de celui-ci sera toujours et nécessairement liée au principe du respect des droits acquis par les étrangers.

4. Nous réservant de développer ces considérations au chapitre premier, nous nous bornerons à exposer succinctement le contenu du rapport. Le chapitre premier indique les notions qui sont à la base du régime actuel de la protection internationale des droits acquis ainsi que les composantes de la responsabilité de l'Etat en la matière. Le chapitre II porte sur l'expropriation en général et vise les divers aspects de cette mesure. Le chapitre III concerne les droits contractuels; les conditions et les circonstances dans lesquelles la responsabilité de l'Etat peut jouer y sont exposées. Malheureusement, nous avons dû, faute de temps, laisser de côté certaines questions qui présentent, surtout à l'heure actuelle, une importance fondamentale. Nous voulons parler en particulier des effets extra-territoriaux des actes d'expropriation, de divers problèmes de droit international « privé », des méthodes et procédures de règlement spécialement applicables aux différends internationaux nés de mesures portant atteinte aux droits patrimoniaux des étrangers.

CHAPITRE PREMIER

LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS ACQUIS

I. — Le respect des droits acquis en tant que principe de droit international

5. Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, le présent rapport part du postulat que le respect des droits privés de caractère patrimonial est l'un des principes de droit international qui régissent la condition des étrangers. Cependant, bien qu'il y ait, en ce qui concerne la « doctrine des droits acquis », des analogies et des points communs entre l'ordre juridique international et les autres, l'application internationale de cette doctrine n'en présente pas moins des traits et des caractéristiques propres; surtout, elle vise des situations juridiques beaucoup plus complexes. C'est pourquoi, il est utile d'exposer le problème dans ses grandes lignes avant d'examiner la portée du régime actuel de protection internationale des droits de l'étranger dans les divers cas concrets. A cette fin, il convient de traiter d'abord de la question de l'acquisition des droits; il s'agit en d'autres termes de savoir de quelle règle juridique dépend la possibilité pour des étrangers d'acquérir des droits de caractère patrimonial.

1. — Régime applicable a l'acquisition des droits patrimoniaux

6. Selon le droit international, l'acquisition de droits privés patrimoniaux est encore entièrement régie par le droit interne. Cela n'empêche naturellement pas les étrangers de pouvoir acquérir des droits de cette nature par le jeu d'un traité international, comme le prouve d'ailleurs abondamment la pratique et comme le reconnaît expressément la jurisprudence internationale. Mais telle est bien la situation lorsqu'aucune norme conventionnelle ne règle la question (nous nous réservons de revenir ultérieurement sur ce point). En particulier, lorsqu'il s'agit du droit de propriété et des autres droits réels, l'application de la *lex rei sitae* est obligatoire. En effet, l'Etat peut empêcher les étrangers d'acquérir des immeubles sur son territoire, encore que cette interdiction soit rare; il peut aussi, et le cas est moins exceptionnel, interdire ou restreindre l'acquisition de certains droits patrimoniaux. L'article 116 du Code interaméricain de droit international privé (code Bustamante) énonce formellement ce principe qui confirme la souveraineté exclusive de l'Etat pour tout ce qui concerne la structure économique et sociale du pays [1].

7. Rompant en apparence avec le principe en question, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (Bogota, mars 1948) et la Déclaration universelle des droits de l'homme (Paris, décembre 1948) reconnaissent formellement que « Toute personne... a droit à la propriété ». On a voulu, sans aucun doute, conférer à tout individu, au moins en principe, la faculté d'acquérir n'importe où des droits patrimoniaux. Cependant, le but essentiel que se proposent et la Déclaration universelle elle-même et les instruments postérieurs sur la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales est bien plutôt la protection de la propriété privée « acquise » contre les actes « arbitraires » de l'Etat. C'est assurément pour cette raison que, comme on le verra plus loin, aucun de ces instruments n'institue de régime applicable à l'acquisition de la propriété et des autres droits patrimoniaux. Cette particularité des droits privés de caractère patrimonial est l'un des éléments fondamentaux qui les distinguent des autres droits visés par les instruments susmentionnés et des droits traditionnellement reconnus aux étrangers dans l'Etat de leur résidence. En effet, l'acquisition de ces autres droits ne relève en rien de la loi interne, puisque les étrangers en jouissent n'importe où, en vertu des principes du droit international régissant la condition des étrangers. Il est tout naturel que cette particularité des droits patrimoniaux ait pour conséquence un traitement différent sur le plan de la jouissance et de l'exercice. S'ils méritent, une fois « acquis », la protection du droit international, l'obligation que celui-ci impose aux Etats de les respecter ne peut avoir ni la même nature ni la même portée que lorsqu'il s'agit de droits inhérents à la personne humaine.

8. Nous en arrivons maintenant au deuxième mode d'acquisition: la conclusion de traités ou d'accords internationaux qui confèrent ou reconnaissent aux ressortissants des Etats contractants la faculté d'acquérir des biens et des droits patrimoniaux. Le Traité de commerce et de navigation du 22 mai 1924 entre l'Autriche et la Grande-Bretagne fournit un exemple de ce genre; son article 3 contient la clause de la nation la plus favorisée:

> « Les sujets ou citoyens de chacune des Parties contractantes résidant dans les territoires de l'autre Partie auront pleine liberté d'acquérir et de posséder toutes les catégories de biens, meubles et immeubles, que la législation de l'autre Partie contractante permet ou permettra aux sujets ou citoyens d'un autre pays étranger quelconque d'acquérir et de posséder [2].»

Selon l'article 10 du projet de convention élaboré par le Comité économique de la SDN pour la Conférence

[1] Voir *The International Conferences of American States*, 1889-1928, p. 315.

[2] Voir SDN, *Recueil des Traités* (1925), vol. XXXV, p. 195.

internationale sur le traitement des étrangers qui s'est tenue à Paris en 1929:

« 1. Les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes seront placés sur un pied de complète égalité avec les nationaux en ce qui concerne les droits patrimoniaux, le droit d'acquérir, de posséder [3]...»

Une convention européenne récente dispose:

« Les ressortissants des Parties contractantes bénéficient sur le territoire des autres Parties d'un traitement égal à celui des nationaux en ce qui concerne la jouissance et l'exercice des droits civils, soit de nature personnelle soit de nature patrimoniale [4].»

2. — Obligation internationale de respecter les droits acquis

9. Le fait qu'en l'absence de traité l'acquisition des droits patrimoniaux relève exclusivement de l'ordre juridique interne n'empêche pas qu'en droit international, tout Etat est tenu de respecter ces droits lorsqu'ils revêtent le caractère de « droits acquis ». Cette obligation joue pratiquement dans deux cas: lorsqu'il y a succession d'Etats et lorsque, par des actes ou omissions, des organes étatiques portent atteinte à des droits acquis. Nous verrons d'abord brièvement comment se pose le problème lorsqu'un Etat acquiert d'un autre tout ou partie de son territoire.

10. La pratique diplomatique et la jurisprudence internationale ont établi par de nombreux précédents et avec une assez grande clarté les normes applicables en la matière. Pour ce qui est du principe général, la Cour permanente de Justice internationale s'est prononcée sans équivoque. Dans son avis consultatif sur les colons d'origine allemande en Pologne (1923), elle a déclaré:

« Des droits privés, acquis conformément au droit en vigueur, ne deviennent point caducs à la suite d'un changement de souveraineté ».

Développant cette idée, elle a ajouté:

« ... même ceux qui contestent l'existence en droit international du principe de la succession d'Etats ne vont pas jusqu'à maintenir que les droits privés, y compris ceux qui ont été acquis de l'Etat en tant que propriétaire foncier, ne peuvent être valablement opposés à celui qui succède à la souveraineté. »

Selon la Cour,

« ... aucune disposition conventionnelle n'est nécessaire pour protéger les droits et pour maintenir les obligations de cette nature » [5].

Il résulte de ces déclarations de la Cour permanente de justice que le droit international impose l'obligation de respecter, en cas de changements territoriaux, les droits que les particuliers ont acquis en vertu de l'ordre juridique antérieur [6].

11. Cette obligation existe également dans le cas de droits acquis en vertu de l'ordre juridique antérieur. Dans ce cas — qui est celui qui nous intéresse tout particulièrement dans le présent rapport — la situation est sensiblement la même en ce qui concerne l'application du principe général en vertu duquel l'Etat est tenu de respecter les droits précédemment accordés. Dans l'un des arrêtés cités au paragraphe précédent, la Cour a déclaré que:

« le principe du respect des droits acquis ... fait partie du droit international commun [*generally accepted international law*] » [7].

De son côté, le Tribunal arbitral spécial roumano-allemand, chargé de régler les réclamations prévues au paragraphe 4 de l'annexe aux articles 297 et 298 du Traité de Versailles, a formulé ainsi ce principe:

« 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 [8].»

Comme on pourra le voir par la suite, la jurisprudence internationale offre de nombreux exemples d'applications concrètes du principe, à l'occasion d'actes ou d'omissions portant atteinte à des droits acquis. On peut faire la même constatation en ce qui concerne le droit conventionnel. Pour l'instant et à titre d'exemple, il suffit de citer la Convention économique de Bogota dont l'article 22 dispose:

« Les capitaux étrangers bénéficieront d'un traitement équitable. Par suite, les Etats s'engagent à ne prendre aucune mesure sans justification ou sans raison valable ou discriminatoire pouvant porter préjudice aux droits légalement acquis ou accordés aux nationaux d'autres pays ou à leurs intérêts, lorsqu'ils sont engagés dans des entreprises, spécialités, capitaux, arts ou technologies que ceux-ci auraient établis [9].»

12. A propos de cette obligation de l'Etat, on peut se demander si les droits de caractère patrimonial font partie des « droits de l'homme et des libertés fondamentales » reconnus sur le plan international par la Charte des Nations Unies et divers autres instruments de l'après-guerre. Comme nous l'avons vu dans le deuxième rapport (A/CN.4/106, chap. III, sect. 10, *b*), certains de ces instruments consacrent formellement le droit à la propriété privée et fixent des normes destinées à la protéger

[3] Voir SDN, doc. C.36.M.21.1929.II, p. 5.

[4] La convention contient néanmoins une disposition selon laquelle: « Par dérogation aux dispositions de l'article 4 de la présente Convention, chaque Partie contractante, pour des raisons relevant de la sécurité ou de la défense nationales, peut, en ce qui concerne toutes catégories de biens, en réserver à ses nationaux l'acquisition, la possession ou la jouissance, ou soumettre les ressortissants des autres Parties à des conditions spéciales applicables aux étrangers.» Voir la Convention européenne d'établissement (Paris, 13 déc. 1955), art. 4 et 5, *Revue générale de droit international public*, 1956, p. 132.

[5] Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série B, nº 6, p. 36 et 38. Voir également l'opinion de la Cour dans l'affaire des concessions Mavrommatis (1924), série A, nº 2, p. 28, et dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (1926), série A, nº 7, p. 22 et 42.

[6] D'autres précédents concernant l'application du principe en cas de « succession d'Etats » sont cités dans Sayre, « Change of Sovereignty and Private Ownership in Land », *American Journal of International Law* (1918), vol. 12, p. 475 à 497, et « Change of Sovereignty and Concessions », *ibid.*, p. 705 à 743; Makarov, « Les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers », *Annuaire de l'Institut de droit international* (1950), vol. I, p. 208 à 255; O'Connell, *The Law of State Succession* (1956), *passim*.

[7] Publications de la Cour permanente de Justice internationale *(Arrêts)*, série A, nº 7, p. 42.

[8] Voir affaire Goldenberg (1928), ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 909.

[9] Voir Convention économique de Bogota, *Série sur le droit et les traités*, nº 7, Union panaméricaine, Washington (D. C.), 1948.

contre une action « arbitraire » de l'Etat. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement lorsque nous étudierons la portée de la protection internationale des droits acquis et les composantes de la notion d'arbitraire — notion sur laquelle repose la responsabilité internationale de l'Etat en la matière.

3. — Le principe du respect des droits acquis et ses relations avec la notion d' « enrichissement sans cause »

13. Dans la jurisprudence internationale, celle de la Cour permanente de justice en particulier, on a utilisé la notion d' « enrichissement sans cause » pour fixer le montant de la réparation due à la suite de dommages causés par des actes ou des omissions contraires au droit international [10]. Mais ce n'est pas le seul rôle joué par cette notion dans la pratique. Elle a servi aussi à déterminer les éléments constitutifs de la responsabilité internationale dans un grand nombre des cas qui nous intéressent aux fins du présent rapport, bien qu'une commission des réclamations connue ait un jour soutenu que l'enrichissement sans cause, comme principe général de droit reconnu par les nations civilisées, « ... n'avait pas encore été transplanté dans le domaine du droit international » [11]. Ainsi qu'on aura l'occasion de le montrer, l'enrichissement sans cause ainsi caractérisé « est reconnu de longue date comme une cause légitime de réclamation dans divers systèmes juridiques et notamment en droit international » [12]. C'est sous cet aspect et en tant qu'elle traduit des obligations quasi contractuelles entre Etats et étrangers, dont l'inexécution peut engager la responsabilité internationale des Etats, que la notion d'enrichissement sans cause est liée — fort étroitement d'ailleurs — au principe du respect des droits acquis.

14. Mais cette étroite relation entre les deux notions n'apparaît pas seulement dans le cas particulier de responsabilité que nous venons de mentionner; elle apparaît aussi dans d'autres cas, à l'intérieur du système international de protection des droits acquis. C'est ainsi que le versement d'une indemnité dans les cas d'expropriation pour cause d'utilité publique trouve sa justification essentielle dans l'idée que l'Etat, c'est-à-dire la collectivité, ne doit pas réaliser (indûment) un profit aux dépens des particuliers. Il en résulte, inversement, que les particuliers ne doivent pas voir dans l'indemnité d'expropriation une « source d'enrichissement » [13]. Dans ces conditions, on a pu dire à juste titre qu'une théorie de l'indemnité fondée sur l'enrichissement est beaucoup plus souple qu'une théorie fondée sur le principe du respect des droits acquis, puisqu'elle permet de tenir compte de considérations d'équité non seulement en faveur de l'individu mais aussi en faveur de la collectivité [14].

4. — Portée de la protection internationale — nécessité de reviser la conception traditionnelle

15. Le droit international impose à l'Etat l'obligation de respecter les droits patrimoniaux des étrangers. Mais le principe du respect des droits acquis n'implique pas une obligation absolue, inconditionnelle. Le « respect » n'équivaut en aucune manière à « l'inviolabilité ». D'un point de vue strictement juridique, aucun des droits de l'homme et aucune des libertés fondamentales — pas même le droit à la vie et à la sûreté de la personne — n'est absolument inviolable et c'est bien ce que reconnaissent les instruments internationaux d'après guerre [15]. Les droits de caractère patrimonial jouissent d'une protection pour ainsi dire plus « relative » que les autres [16]. En réalité, en droit international, le respect des droits acquis est subordonné aux exigences et aux intérêts supérieurs de l'Etat qui priment. Ce fait ne résulte pas seulement de ce que, « en principe, dans tous les Etats, les droits de propriété et les droits contractuels des particuliers relèvent du droit interne » [17]. Il tient aussi et encore plus à ce que, en vertu d'un principe juridique fondamental, les intérêts et les droits des particuliers, quelles qu'en soient la nature et l'origine et quelle que soit la nationalité des titulaires, doivent céder devant les intérêts et les droits de la collectivité. Le droit international ne peut méconnaître ce postulat universel. Comme l'a dit un tribunal arbitral « le droit des gens exige le respect de la propriété privée mais il reconnaît à l'Etat le droit de déroger à ce principe, lorsque son intérêt supérieur l'exige » [18].

16. Dans ces conditions, ce qui importe, aux fins du présent rapport, c'est de déterminer dans quelle mesure le droit international protège les droits patrimoniaux des étrangers, autrement dit, de préciser le contenu et les limites exacts de l'obligation qui est faite à l'Etat de respecter ces droits. Ce n'est qu'ainsi que l'on pourra connaître les éléments constitutifs de la responsabilité internationale dans les divers cas concrets. Comme on le verra, la portée de la protection internationale et, par suite, l'existence et l'imputabilité de la responsabilité dépendront, dans chaque cas, autant du « droit acquis » en cause que des conditions et des circonstances dans lesquelles s'est produit l'acte ou l'omission de l'Etat. Mais avant de dégager les critères qui permettent de déterminer les composantes de la responsabilité, il importe d'étudier si les critiques et les objections qui ont été souvent formulées ces dernières années à l'encontre du principe même du respect des droits acquis

---

[10] Sur ce point, voir les références données par Schwarzenberger, *International Law*, vol. I: *International Law as applied by International Courts and Tribunals* (3e éd., 1957), p. 557, 653 et suiv.

[11] Voir General Claims Commission (Etats-Unis c. Mexique), affaire Dickson Car Wheel Co. (1931), ONU, vol. IV, p. 676.

[12] Nussbaum, « The Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd., and the Soviet Government », *Cornell Law Quarterly* (1950), vol. 36, p. 41.

[13] Dans l'affaire du chemin de fer de la baie de Delagoa (1900), le tribunal arbitral a déclaré expressément qu' « il serait... contraire à l'équité la plus élémentaire de faire [de l'indemnité] une source d'enrichissement pour [la compagnie]... ». Voir Martens, II (30) N.R.G., p. 413.

[14] Bin Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* (1953), p. 48.

[15] Sur ce point, voir notre deuxième rapport (A/CN.4/106), chap. III, sect. 10, *b*).

[16] Au cours des délibérations de l'Institut de droit international (session de Sienne), A. de Luna a assimilé la propriété à ce que les classiques nommaient un *jus naturae secondarium*. Voir *Annuaire de l'Institut de droit international* (1952), vol. II, p. 254.

[17] Voir Cour permanente de Justice internationale, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs*, affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (1939), série A/B, nº 76, p. 18.

[18] Voir arbitrage entre le Portugal et l'Allemagne (1919), sentence II (1930), ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1039.

sont fondées. D'une façon générale, ces critiques sont de deux ordres, selon qu'elles s'appuient sur des motifs d'ordre politico-social ou sur des considérations de pure technique juridique.

17. Parmi les critiques de la première catégorie, l'une des plus graves est faite par Friedman; non seulement cet auteur juge la notion des droits acquis « ambiguë, obscure, indéfinissable », mais encore il estime qu'étant « sans fondement dans la jurisprudence internationale et pratiquement niée par les Etats lors des travaux préparatoires de la Conférence de codification [de 1930], [elle] ne peut donc être élevée à la dignité d'un principe de droit [international] »[19]. Les critiques ou objections les plus fréquentes sont aussi plus modérées. Ainsi Kaeckenbeeck a dit que, pour régler les conflits issus des grandes réformes sociales (les nationalisations), « la notion des droits acquis s'est révélée totalement inadéquate et impuissante ... »[20]. Dans le même ordre d'idées, Foighel a souligné que la jurisprudence internationale (traditionnelle) correspondait à une période de l'histoire où le libéralisme était le seul système économique reconnu dans les grands pays mais que, à l'heure actuelle, les conditions et les circonstances dans lesquelles il était né ayant changé, le principe du respect des droits acquis ne pouvait plus servir à fixer la norme *(standard)* minimum de droit international que les Etats sont tenus d'observer inconditionnellement dans leurs relations avec les étrangers[21].

18. En ce qui concerne la position adoptée par les gouvernements à l'occasion de la Conférence de codification de La Haye (1930), on doit noter qu'aucun de ceux qui ont répondu au Comité préparatoire n'a nié l'obligation de l'Etat de respecter les droits acquis des étrangers, en alléguant que l'Etat bénéficiait d'une indépendance législative (ou administrative) absolue en la matière. Ils ont tous admis, au contraire, que la faculté pour l'Etat de porter atteinte aux droits patrimoniaux des étrangers était soumise à certaines conditions[22]. On arrive, pour l'essentiel, à la même conclusion si l'on examine la position prise par les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies lors des débats qui se sont déroulés à l'ONU sur les questions d'expropriation et de nationalisation[23].

19. Au reste, la notion essentielle de « respect des droits acquis » fait partie du système actuel de protection internationale des « droits de l'homme et des libertés fondamentales », comme on pourra s'en rendre compte à la section suivante. Bien entendu, il ne résulte nullement de ce qui précède que le principe puisse conserver son sens ou sa portée traditionnelle et moins encore que l'on puisse l'interpréter conformément à la conception « orthodoxe »[24]. En attendant de démontrer — ce qui sera fait ultérieurement — dans quelle mesure les critiques et objections formulées contre la conception « traditionnelle » sont fondées, on ne peut nier qu'il soit nécessaire de reviser cette conception: il faut en effet que le principe du respect des droits acquis par des étrangers tienne pleinement compte de l'idée que la propriété privée et les autres droits patrimoniaux remplissent une fonction sociale obligeant le titulaire du droit — quelle que soit d'ailleurs sa nationalité — à consentir des sacrifices toujours plus grands dans l'intérêt de la collectivité; cette idée apparaît comme le dénominateur commun de tous les pays du monde, aussi bien sur le plan économico-social que sur le plan juridique. Sur ce point et pour prendre en considération certains faits récents d'un genre différent, on devra aussi reviser la position traditionnelle adoptée en ce qui concerne certaines applications du principe.

20. Il est bon d'étudier maintenant les critiques et les objections qui ont été faites au principe du respect des droits acquis pour des raisons de pure technique juridique[25]. Certains publicistes ont mis en doute son utilité pratique en tant que principe de caractère général et suggéré que l'on considère séparément et un par un les divers droits patrimoniaux protégés sur le plan international. Pour Cavaglieri, par exemple, le problème consisterait bien plutôt à déterminer, dans chaque cas d'espèce, si la mesure adoptée par l'Etat à l'égard des biens d'un étranger se conforme au *minimum* de droits que le droit international reconnaît aux étrangers[26]. Plus récemment, Guggenheim s'est demandé, lui aussi, s'il ne vaudrait pas mieux renoncer à examiner le problème de la protection des droits patrimoniaux sous l'aspect traditionnel des « droits acquis » et étudier au contraire chacune des catégories concrètes de droits (droits réels, droits de concession, etc.) qui jouent un rôle pratique dans la protection de la propriété privée, conformément au droit des gens[27].

21. Dans ces conditions, il n'est pas douteux que tous les droits patrimoniaux ne méritent pas la même protection et que l'étendue de cette protection varie nécessairement selon les conditions et circonstances dans les-

[19] S. Friedman, « L'expropriation en droit international public », *L'Egypte contemporaine*, n° 257-258, mars-avril 1950, p. 326.

[20] G. Kaeckenbeeck, « La protection internationale des droits acquis », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1937-I), vol. 59, p. 361.

[21] Foighel, *Nationalization, A Study in the Protection of Alien Property in International Law* (1957), p. 43 et 54. Voir en ce sens K. Katzarov, « Rapport sur la nationalisation », *International Law Association, New York University Conference, 1-7 September* 1958, p. 10, et, du même auteur, « La propriété privée et le droit international public », *Journal du droit international* (1957), n° 1, p. 6 à 51.

[22] SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion*, t. III, doc. C.75.M.69.1929. Voir p. 33 à 37.

[23] Pour des indications plus récentes sur la position des gouvernements en la matière, voir M. Brandon, « The Record in the United Nations of Member States on Nationalization » (1958), document présenté à la 48e Conférence de l'Association de droit international, *passim*.

[24] Comme on le verra dans les chapitres qui vont suivre, en vertu de la conception « orthodoxe », l'expropriation, à quelque catégorie qu'elle appartienne, et quelles que soient les conditions dans lesquelles elle s'est produite, comporte l'obligation de verser une indemnité « adéquate », « prompte » et « effective »; dans les cas où il existe un lien contractuel entre l'Etat et l'étranger, la responsabilité internationale est la conséquence directe de la simple inexécution, du fait de l'application du principe *pacta sunt servanda* aux relations et aux obligations contractuelles.

[25] L'expression « droit acquis » elle-même a été critiquée, notamment par Duguit qui a écrit: « Jamais personne n'a vu ce que c'était qu'un droit non acquis. Si l'on admet l'existence de droits subjectifs, ces droits existent ou n'existent pas; telle personne est titulaire d'un droit ou non. Le droit non acquis est l'absence de droit.» Voir *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, p. 201.

[26] Cavaglieri, « La notion des droits acquis et son application en droit international public », *Revue générale de droit international public* (1931), vol. 38, p. 293.

[27] P. Guggenheim, « Les principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1952-I), vol. 80, p. 126.

quelles l'Etat a pris les mesures en question. Ainsi, on pourra se demander si l'obligation de verser une indemnité pour expropriation a le même contenu dans le cas des expropriations personnelles et classiques et dans celui où, résultant d'un changement de la structure économique et sociale de l'Etat, elles revêtent un caractère général et impersonnel. On pourra se demander aussi — ce n'est qu'un autre exemple — si l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale dépendent de circonstances identiques dans les divers cas d'inexécution d'obligations contractuelles. On pourrait démontrer par de nombreux exemples de ce genre la variété et la complexité des situations dans lesquelles se pose le problème de la protection internationale des droits acquis. Cependant, et si nécessaire qu'il soit d'étudier et de régler une par une les situations ou catégories de situations qui peuvent se présenter, le « principe du respect des droits acquis » en tant que principe général n'en a pas moins une utilité technique et pratique indiscutable. C'est le principe fondamental sur lequel repose l'obligation (ou les obligations) de l'Etat en la matière et par suite l'unique raison d'être de la responsabilité internationale. Complété par la notion de « l'enrichissement sans cause », sous la forme indiquée plus haut, il pourra continuer à fournir les critères de base applicables à l'indemnisation, laquelle est en réalité le problème essentiel auquel on se heurte dans ce domaine particulier de la responsabilité internationale.

5. — La notion d' « arbitraire » et la doctrine de l'abus de droit

22. Il convient d'examiner enfin les éléments constitutifs de la responsabilité internationale à raison des actes ou omissions dont traite le présent rapport. Comme nous venons de l'indiquer, l'étendue de la protection que le droit international assure en la matière aux étrangers et, en conséquence, l'existence et l'imputabilité de la responsabilité dépendent dans chaque cas non seulement du « droit acquis » considéré, mais également des conditions et des circonstances dans lesquelles s'est produit l'acte ou l'omission de l'Etat. En ce sens — et à la différence des autres cas de responsabilité internationale pour dommages causés à des étrangers — on peut grouper les actes ou omissions imputables à l'Etat en deux grandes catégories: *a*) ceux qui comportent en eux-mêmes un élément « illicite », *b*) ceux qui comportent simplement un élément « arbitraire ». S'il est facile de comprendre la raison d'être de cette distinction, qu'il n'est pas toujours aisé de faire en ce qui concerne les autres actes ou omissions portant atteinte aux droits des étrangers, il n'est pas difficile non plus de voir que, selon la catégorie dont ils relèvent, les actes ou omissions de l'Etat entraînent des conséquences juridiques différentes.

23. Les actes ou omissions de caractère « illicite » sont ceux qui résultent de l'inexécution par l'Etat d'une obligation conventionnelle qu'il a contractée en ce qui concerne les droits patrimoniaux d'un étranger. L'origine — ou source — de cette obligation qui impose une norme de conduite définie peut être soit un traité conclu avec l'Etat de la nationalité de l'étranger, soit un lien contractuel entre l'Etat et l'étranger lui-même, à condition que, dans le second cas, l'obligation revête un caractère véritablement « international ». Les conséquences juridiques de la simple inexécution de l'obligation sont évidentes: dès lors qu'il s'agit d'actes « intrinsèquement » contraires au droit international, non seulement ces actes engendrent directement et immédiatement la responsabilité de l'Etat, mais encore ils font naître le « devoir de réparer » au sens strict; autrement dit, la réparation doit consister soit en une restitution en nature, soit en des dommages-intérêts si la restitution est impossible ou ne suffit pas à réparer le dommage de façon adéquate. La pratique traditionnelle ne fournit pas beaucoup d'exemples d'obligations internationales pouvant donner lieu à des actes ou omissions de ce genre mais, depuis une date relativement récente, les choses ont changé et il se pose maintenant, sur le plan des relations contractuelles entre Etats et étrangers, des questions et des problèmes d'un grand intérêt pour le développement et la codification du droit international.

24. Les actes ou omissions « arbitraires », tout en impliquant aussi de la part de l'Etat un comportement contraire au droit international, découlent de faits en eux-mêmes « licites ». En réalité, dans les cas de responsabilité internationale étudiés dans le présent rapport, l'Etat exerce un droit — le droit de « porter atteinte » de diverses manières aux droits patrimoniaux des particuliers, pour des raisons et à des fins variées — de sorte que sa responsabilité ne peut être engagée que s'il exerce ce droit dans des conditions et dans des circonstances supposant un acte ou une omission contraire au droit international. En ce sens, à la différence des actes et omissions de caractère « illicite », la simple « violation » du principe du respect des droits acquis ne fait pas naître la responsabilité internationale de l'Etat. L'existence et l'imputabilité de la responsabilité dépendront de l' « arbitraire » dont on estimera que l'Etat a fait preuve dans l'exercice du droit énoncé plus haut. Par suite, du fait que la mesure qui porte atteinte aux droits des étrangers est en soi légitime, on ne peut attribuer aux actes ou aux omissions « arbitraires » imputables à l'Etat les mêmes conséquences juridiques qu'aux actes purement et simplement « illicites ». Comme on le verra ultérieurement, la responsabilité internationale dans des cas de ce genre ne peut ni ne doit engendrer un « droit de réparer » proprement dit.

25. La distinction entre actes ou omissions de caractère « illicite » et actes ou omissions de caractère « arbitraire » a été explicitement reconnue par la Cour permanente de Justice internationale dans le cas des expropriations (voir le chapitre suivant); elle l'a été aussi en général par la pratique diplomatique, la jurisprudence internationale et la doctrine en ce qui concerne l'inexécution d'obligations contractuelles dont l'Etat est tenu à l'égard des étrangers. Pour ce qui est de la notion d' « arbitraire », il est intéressant de souligner qu'elle est parfaitement compatible avec l'idée fondamentale dont s'inspire le système actuel de protection internationale dans le domaine des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En vertu de la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 17, par. 2): « Nul ne peut être *arbitrairement* privé de sa propriété. » L'emploi du mot « arbitrairement » que nous soulignons n'est pas purement accidentel; il tend à subordonner à certaines conditions déterminées l'exercice du droit de l'Etat de porter atteinte à la propriété privée. Comme le montre l'historique de l'article 17 de la Déclaration, tout le problème était uniquement de savoir quelles étaient ces conditions et ce que l'on entendait par le terme « arbitraire-

ment »[28]. A cet égard, on peut citer l'article premier du protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Paris le 20 mars 1952: « ... 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. » Sans être d'une très grande précision, ce texte indique beaucoup plus nettement les conditions qui régissent l'exercice de la compétence étatique.

26. Dans ces conditions, quels sont les éléments constitutifs de l' « arbitraire »? En d'autres termes, quels sont le ou les critères qui nous permettent de savoir quand il s'agit d'un acte ou d'une omission « arbitraire »? Il faut avant tout distinguer entre les critères généraux et les critères qui ne s'appliquent qu'à des actes ou omissions déterminés. Il va sans dire que nous ne pouvons pas pour le moment nous occuper de ces derniers, et que nous ne traitons que des critères qui, d'une façon générale, sont valables pour tous les cas. Les motifs et les buts de l'Etat peuvent fournir l'un de ces critères. Certes, on peut, semble-t-il, penser de prime abord que la question relève du domaine purement interne, en ce sens qu'il n'appartient pas au droit international de se prononcer sur les motifs et les buts en considération desquels l'Etat a pris une mesure touchant les droits patrimoniaux des particuliers, nationaux ou étrangers; toutefois, l'examen de la pratique nous amène à une autre conclusion. En principe tout au moins, la question intéresse le droit international; celui-ci a donc compétence pour déterminer les motifs et les buts qui peuvent justifier l'action de l'Etat ou, en tout cas, définir ceux qui ne la justifient pas. La méthode et la procédure suivies par les organes de l'Etat fournissent un autre critère d'application générale. Bien que ce critère laisse à l'Etat une liberté d'action beaucoup plus grande que celui des motifs et des buts, il est indéniable que la question relève également du droit international. Concrètement, il s'agit du cas où l'Etat pourrait être rendu responsable d'un acte ou d'une omission comportant un « déni de justice ». Dans ce cas comme dans celui où la mesure n'est pas justifiée par un intérêt public authentique, le caractère arbitraire de l'acte ou de l'omission serait évident.

27. Le troisième et en un sens le plus important des critères généraux procède du principe de la distinction entre nationaux et étrangers[29]. Sur ce point, on pose traditionnellement le problème de la manière suivante: même quand il s'agit d'autres actes ou omissions lésant les étrangers, on estime la responsabilité de l'Etat engagée s'il n'agit pas conformément à la norme internationale de justice *(international standard of justice)* alors même qu'il applique les mêmes mesures à ses nationaux. En un mot, même dans ce domaine, on a voulu imposer un traitement préférentiel en faveur des étrangers. A ceci près qu'en matière de droits patrimoniaux, ce traitement se justifie beaucoup moins qu'en ce qui concerne les droits inhérents à la personne humaine, le problème ne peut plus être envisagé sous l'angle de ce qu'on appelle les normes minimums. Comme nous l'avons indiqué à plusieurs reprises dans nos rapports antérieurs, la reconnaissance internationale des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne tient aucun compte de la distinction entre nationaux et étrangers, ce qui entraîne nécessairement un régime d' « égalité » pour ce qui est de la jouissance et de l'exercice de ces droits et libertés. Ainsi, s'agissant de la notion d' « arbitraire », l'étranger a uniquement droit à ce que l'Etat ne fasse aucune discrimination à son égard lors de l'adoption et de l'exécution de la mesure considérée et à ce que cette mesure n'ait pas été prise uniquement du fait de sa qualité d'étranger.

28. Les considérations précédentes soulignent le rôle joué par la « doctrine de l'abus de droit » dans ce domaine de la responsabilité internationale. Comme nous l'avons dit dans nos rapports antérieurs, on conçoit généralement la responsabilité internationale comme la conséquence de l'inexécution ou de l'inobservation d'une obligation internationale. Toutefois, la doctrine comme la pratique diplomatique et la jurisprudence ont admis que la responsabilité internationale de l'Etat peut aussi être engagée lorsque l'Etat cause un dommage du fait de l'exercice « abusif » d'un droit, c'est-à-dire quand il excède les limites auxquelles sa compétence est nécessairement soumise et qui ne correspondent pas toujours à des obligations internationales précises et bien définies[30]. Il est facile de comprendre pourquoi l'on a dit récemment que « l'*exercice arbitraire* de compétences qui, en soi, appartiennent à l'Etat, ainsi que l'utilisation d'institutions juridiques dans des buts qui leur sont étrangers ne sont rien d'autre que des « *abus de droit* »[31].

29. En fait, la notion d' « arbitraire » est tellement liée à la « doctrine de l'abus de droit » qu'elle se confond pratiquement avec elle. Les actes ou omissions susceptibles d'engendrer la responsabilité internationale dans les cas visés dans le présent rapport résultent de l'exercice des droits de l'Etat. D'où la nécessité de tenir compte des limitations que le droit international impose à l'exercice de la compétence étatique en la matière. Cela ne sera pas nécessaire lorsqu'il existe des obligations internationales dont l'inexécution ou l'inobservation se traduit par des actes « illicites » qui engendrent la responsabilité directe et immédiate de l'Etat. Mais cela sera nécessaire dans toutes les autres hypothèses dès lors que l'acte ou l'omission imputable à l'Etat est lié à une

[28] Si nous renvoyons à l'histoire de l'article, ce n'est pas pour rappeler que les amendements tendant à remplacer « arbitrairement » par « illégalement » et dont le but véritable était de restreindre la portée de la disposition ont été repoussés (voir E/CN.4/SR.61), mais pour souligner que l'on a cherché, au cours de la discussion, à déterminer les conditions auxquelles l'exercice du droit de l'Etat serait subordonné, notamment sur le plan de l'indemnisation (voir E/CN.4/AC.1/SR.38). Les différences entre les critères proposés expliquent dans une large mesure que l'on ait décidé d'ajourner *sine die* l'examen de la question, lors de l'élaboration du projet de pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (voir E/CN.4/SR.418).

[29] Le caractère « arbitraire » de la mesure adoptée par l'Etat peut aussi être fonction de l'indemnité accordée. Cependant, en fait, comme on le verra ultérieurement, il ne convient pas d'en parler à propos des critères généraux.

[30] Sur l'évolution théorique et les applications pratiques de la « doctrine de l'abus de droit », voir García Amador, « State Responsibility — Some New Problems », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1958).

[31] R. L. Bindschedler, « La protection de la propriété privée en droit international privé », *ibid.* (1956-II), vol. 90, p. 212 et 213. On a pu dire à propos de l'expropriation que « Tout en laissant sans aucun doute à l'Etat une grande latitude dans l'exercice de son droit d'exproprier des biens privés étrangers, le droit international n'en interviendrait pas moins dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres en cas d'abus manifeste... ». Voir Bin Cheng, « Expropriation in International Law », dans *The Solicitor* (Londres, 1954), vol. 21, p 99.

mesure légitime en soi. Ce faisant, nous n'ignorons pas que nous nous éloignons de la conception traditionnelle puisque nous qualifierions simplement d' « arbitraires » des actes ou des omissions qui, comme le déni de justice, ont toujours été considérés comme des actes « illicites » et ont fait naître, pour cette raison, le « devoir de réparer ». Quoi qu'il en soit, si nous devons élaborer un système compatible avec la nature particulière des cas de responsabilité internationale dont il est question dans le présent rapport, il ne semble pas y avoir d'autre voie à suivre.

II. — Nature et contenu des droits acquis

30. Si paradoxal que cela paraisse, le droit international a consacré le principe du respect des droits acquis sans définir ces droits et sans en établir non plus une classification systématique. Cela tient en partie à ce que les droits privés patrimoniaux, quelles que soient leur nature ou la nationalité de leur titulaire, relèvent, d'après le droit international, de l'ordre juridique interne, à moins qu'il existe un traité ou que certaines relations contractuelles lient un Etat et des particuliers étrangers. Il n'en reste pas moins que la nature et le contenu des « droits acquis » soulèvent des problèmes d'un caractère indiscutablement international dont beaucoup paraissent avoir été résolus dans la pratique.

6. — Les droits patrimoniaux au sens large

31. Le premier problème que posent la définition et la classification systématique des droits acquis, tant sur le plan international qu'en droit comparé, est un problème de terminologie. A l'intérieur même d'un système juridique (*common law*, système dit de droit continental, etc.), le manque d'uniformité des termes employés, dans les divers pays est évident. Ce défaut d'uniformité apparaît aussi assez fréquemment lorsque l'on traite du fond, c'est-à-dire de la nature et du contenu mêmes des droits acquis. Il va sans dire que si l'on étudie le droit interne de pays appartenant à des systèmes juridiques différents, l'absence d'institutions et de notions communes ressort encore beaucoup plus nettement. Malgré cela, ce que l'on appelle les « droits subjectifs » peuvent être classés, dans tout système juridique, en deux grandes catégories, les droits « patrimoniaux » et les droits « personnels ». Les premiers ont un contenu essentiellement économique et s'évaluent en argent à la différence des seconds dont le caractère est purement moral ou politique. A cela, on peut encore ajouter qu'en général les droits patrimoniaux comprennent aussi bien le droit de propriété sur des meubles ou des immeubles et les autres droits réels sur des biens corporels que les droits sur des biens incorporels parmi lesquels figurent les droits contractuels de nature économique.

32. La pratique diplomatique et la jurisprudence internationale fournissent divers exemples qui illustrent ce qui précède et éclairent dans une certaine mesure la nature et le contenu des « droits acquis » ou patrimoniaux. Tout d'abord — et sur ce point l'uniformité est absolue — le droit de propriété (privée) sur des biens corporels est le type même du « droit acquis » auquel on assimile, en leur donnant les mêmes effets, les autres droits réels sur les biens corporels, mobiliers ou immobiliers. Lorsqu'il s'agit de biens qualifiés d' « incorporels », la situation n'est pas aussi simple. Certains traités de paix signés à la fin de la première et de la seconde guerre mondiale visent, dans des dispositions relatives à la protection de la « propriété » privée, à la fois les biens corporels, mobiliers ou immobiliers, et les « droits » ou « intérêts » de toutes catégories, y compris les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique [32]. La nature et le contenu des biens sont entendus de la même manière dans certaines conventions conclues après la dernière guerre en vue du règlement des indemnités à verser aux étrangers dont « les biens, droits et intérêts » ont été nationalisés [33]. Mais sur ce point particulier, ce qui nous intéresse surtout aux fins du présent rapport, c'est de déterminer si le groupe des droits incorporels comprend les « droits contractuels », c'est-à-dire les droits acquis par des étrangers en vertu d'un contrat signé avec un Etat ou d'une relation contractuelle de toute autre nature (concessions, dettes publiques, etc.).

33. Les difficultés qui naissent en la matière tiennent surtout à ce que l'on n'a pas toujours cherché à résoudre la question selon le même critère et aux mêmes fins. Il est indéniable que, du point de vue de leur nature juridique, les droits contractuels dont il s'agit entrent, en raison de leur contenu économique caractéristique, dans la catégorie générale des droits patrimoniaux. A cet égard, la doctrine et la pratique sont quasi unanimes [34]. Le problème se pose, dans les faits, à propos du traitement qu'il convient de réserver aux droits contractuels lorsque l'Etat prend des mesures qui y portent atteinte; il s'agit de savoir par exemple s'ils peuvent comme les biens corporels être « expropriés » ou s'il faut à leur égard appliquer uniquement les règles traditionnelles de droit international relatives à l'inexécution par l'Etat des obligations contractuelles qu'il a assumées [35]. Mais c'est là un problème tout différent qui sera étudié de manière approfondie au chapitre III.

7. — Caractère mixte (privé et public) de certains des droits acquis

34. A l'intérieur du groupe général des « droits subjectifs », les droits acquis ou patrimoniaux constituent une catégorie à laquelle on attribue communément le caractère de droits « privés ». Pourtant, tant en doctrine qu'en pratique, la question de leur véritable nature juridique se pose assez souvent, en raison du caractère mixte (public et privé) de certains d'entre eux. On s'est heurté surtout à cette difficulté à propos de droits acquis en vertu de concessions accordées par l'Etat à des étrangers. Ce caractère mixte a été reconnu expressément dans des décisions arbitrales. C'est ainsi que dans l'affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie (1932), Asser, arbitre unique, a déclaré « la concession accordée par la Ville à la Compagnie a, comme généralement toutes les concessions, un caractère double: elle relève tant du droit public que du droit privé » [36]. La Cour permanente de

[32] Voir, par exemple, l'art. 297, *c*, du Traité de Versailles (1919) et l'art. 78, par. 9, *c*, du Traité de paix avec l'Italie (1947).

[33] Sur ces conventions, voir le chap. II, sect. III, s.-sect. 18.

[34] Voir les nombreux exemples tirés de la doctrine et de la pratique dans Herz, « Expropriation of Foreign Property », *American Journal of International Law* (1941), vol. 35, p. 243 à 262, n. 7 et 8.

[35] Sur cette distinction, voir S. Friedman, *op. cit.*, p. 151 à 153 et suiv.

[36] Voir ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1687.

Justice internationale a examiné la question dans l'affaire des colons d'origine allemande en Pologne (1923) [37]. Le rapport de la Commission des concessions du Transvaal a formellement reconnu cette dualité [38]. Certains publicistes vont plus loin et estiment que les concessions, entre autres, constituent, par nature, des « droits *publics* subjectifs » [39].

35. Quelles conséquences juridiques attribue-t-on à cette distinction du point de vue de la responsabilité internationale? La portée des obligations de l'Etat à l'égard des droits des étrangers en dépend-elle? Se référant au cas d'une succession d'Etat, Kaeckenbeeck a soutenu que « l'application du principe du respect des droits privés variera selon que le caractère public ou privé [de la concession] dominera. Il ne fait aucun doute que l'opinion juridique moderne est entièrement favorable à l'obligation de respecter les concessions. Toutefois, vu les intérêts publics considérables qui peuvent entrer en jeu, il serait peut-être d'un optimisme exagéré de croire le débat définitivement clos ». Précisant ensuite sa position, il ajoute: « cependant, à notre avis, l'essentiel est que le principe du respect des droits acquis s'applique lorsqu'il y a changement de souveraineté tant que le caractère privé l'emporte, mais qu'il ne s'applique plus dans ce cas lorsque le caractère public prédomine » [40]. Comme on pourra s'en rendre compte au chapitre III, le problème ne se pose pas exactement dans les mêmes termes quand c'est l'Etat qui a lui-même accordé la concession, en particulier s'il s'agit d'un type de concession qu'on ne peut assimiler aux concessions traditionnelles par la forme ou les modalités. En tout cas, il est indéniable que le caractère mixte de ces relations juridiques a une influence sur la portée de l'obligation de l'Etat.

8. — Cas particuliers où il n'y a pas droit acquis

36. En pratique, il est parfois nécessaire de déterminer si, dans le cas de certains intérêts, de certaines expectatives *(expectancies)* et dans d'autres situations particulières, on est en présence d'un « droit acquis » au sens où l'on entend cette expression du point de vue de la protection internationale. Comme l'a dit Herz, presque toutes les dispositions de droit civil et de nombreuses dispositions de droit constitutionnel et administratif créent des situations au maintien desquelles les particuliers peuvent avoir intérêt. Ces situations peuvent être modifiées par le législateur ou l'exécutif, de sorte que si l'on reconnaît aux étrangers des « droits acquis » en cas de changement possible, on leur accorde en fait une assurance contre toute mesure pouvant porter atteinte à leurs intérêts. Il importe donc de faire le départ entre les droits acquis proprement dits et les droits qui n'entrent pas dans cette catégorie. Si le droit international n'offre comme l'indique également Herz, aucune solution définitive [41], la pratique offre des exemples de situations de ce genre.

37. C'est ainsi que la clientèle — c'est-à-dire la jouissance d'une certaine situation commerciale ou industrielle — a été l'objet d'un litige et que la Cour permanente de Justice internationale n'y a pas vu un droit acquis. A cette occasion, on a dit qu'il y avait « droit acquis » du fait qu'un ressortissant du pays demandeur avait une situation qui comportait « la possession d'une clientèle et la possibilité d'en tirer profit » [42]. Dans son opinion individuelle, sir Cecil Hurst s'est écarté du critère adopté par la majorité et a estimé qu'un « droit acquis » aurait été lésé si le Gouvernement belge avait par exemple entravé l'exécution d'un contrat que Chinn aurait conclu avec un tiers [43]. Selon l'avis du Tribunal arbitral pour la Haute-Silésie: « En règle générale, les libertés relatives à l'exploitation du travail et à une activité lucrative qui reposent sur la liberté générale de l'industrie et du commerce ne sont pas des droits acquis subjectifs. Ceux-ci doivent bien plutôt se baser sur un titre d'acquisition spécial; l'ordre juridique doit les considérer comme des droits concrets [44] ... ».

38. La propriété industrielle, littéraire et artistique ne peut pas non plus, semble-t-il, faire l'objet de réclamations internationales fondées sur la notion de « droit acquis », à moins qu'il n'existe des conventions entre Etats comme celles que l'on a mentionnées plus haut [45]. Sans doute pourrait-on encore tirer de la pratique internationale d'autres exemples de cas particuliers, mais ceux qui précèdent permettent de se faire une idée du critère de base que l'on paraît avoir retenu. Il ne faudrait pas manquer de signaler, par contre, les situations qu'ont engendrées les créations de monopoles par l'Etat, dans le domaine des assurances notamment, situations abondamment étudiées et sur lesquelles les opinions sont assez divergentes [46].

CHAPITRE II
DE L'EXPROPRIATION EN GÉNÉRAL

I. — Le droit d'« expropriation »

39. L'Etat peut « porter atteinte » aux droits patrimoniaux des particuliers non seulement par des mesures d'expropriation proprement dites mais également de diverses autres manières et pour des motifs et des objets très différents eux aussi. La doctrine anglo-saxonne emploie de plus en plus fréquemment le terme *taking*, dont la portée est sans doute plus étendue que celle que l'on donne généralement au terme « expropriation » mais qui a l'inconvénient, du moins quand on le traduit, de ne pas s'appliquer exactement à certaines hypothèses, par exemple à celle où l'action de l'Etat consiste ou équivaut à détruire la propriété privée ou à ne pas exécuter certains contrats et conventions de concession. Quoi qu'il en soit, le problème de terminologie n'a pas vraiment d'importance, et il serait d'ailleurs très

[37] Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série B. n° 6, p. 39.
[38] Voir Kaeckenbeeck, *loc. cit.*, p. 350.
[39] Bindschedler, *loc. cit.*, p. 221.
[40] « The Protection of Vested Rights in International Law », *British Year Book of International Law* (1936), p. 11 et 12.
[41] Voir Herz, *loc. cit.*, p. 245 et 246.
[42] Affaire Oscar Chinn (1934), Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série A/B, n° 63, p. 88.
[43] *Ibid.*, p. 122.
[44] Cas Jablonsky cité par Bindschelder, *loc. cit.*, p. 224.
[45] Sur cette situation particulière, voir S. Basdevant, *Répertoire de droit international*, vol. VIII, p. 46.
[46] Voir par exemple Fachiri, « International Law and the Property of Aliens », *British Year Book of International Law* (1925), p. 50. Selon un projet de convention approuvé par l'International Law Association, la création de monopoles d'Etat pouvant mettre fin à des commerces ou entreprises donnerait lieu à une indemnisation complète en faveur des étrangers qui en sont propriétaires. Voir *Report of the 37th Conference* (1932), p. 61.

difficile à résoudre vu la diversité des notions juridiques que révèle le droit comparé, vu aussi les lacunes du droit international en la matière.

40. Ce qui importe, en revanche, c'est la question de fond et, à cet égard, ce qui est intéressant, c'est la notion de ce droit qu'a l'Etat de « porter atteinte » au patrimoine des particuliers de diverses manières et pour des motifs et à des objets également très différents. Cette « atteinte », prise dans son sens étymologique et, jusqu'à un certain point juridique, vise donc toute mesure qui consiste ou équivaut, directement on indirectement, à supprimer, totalement ou partiellement, temporairement ou de façon permanente, des droits privés de caractère patrimonial. Partant de là, et en nous réservant de revenir plus longuement sur cette question tant dans le présent chapitre que dans le chapitre suivant, nous pouvons aborder l'examen des aspects internationaux de ce droit d'« expropriation » de l'Etat, terme qu'il convient aussi d'utiliser sous réserve des distinctions et des définitions qui seront données plus loin.

9. — Reconnaissance internationale du droit d'expropriation

41. Le droit d' « expropriation », même pris dans son acception la plus étendue, est reconnu dans l'ordre juridique international, quels que soient les droits patrimoniaux en cause ou la nationalité de leur titulaire. Le droit a été reconnu sur le plan international à d'innombrables reprises par la pratique diplomatique et la jurisprudence des tribunaux arbitraux et des commissions d'arbitrage et, depuis une époque récente, dans des déclarations d'organisations et de conférences internationales. Il est traditionnellement considéré comme une faculté inhérente à la souveraineté et à la juridiction que l'Etat exerce sur les personnes et sur les choses qui se trouvent sur son territoire ou au droit dit d' « autoconservation » qui lui permet notamment de veiller au bien-être et au progrès économique de sa population. S'agissant des pays insuffisamment développés, l'Assemblée générale a déclaré dans sa résolution 626 (VII), du 21 décembre 1952, que « le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles est inhérent à leur souveraineté et conforme aux buts et principes de la Charte des Nations Unies ».

42. Il importe évidemment, aux fins du présent rapport, de souligner que le droit d'« expropriation » a aussi été expressément reconnu par l'ordre juridique international. De fait, sauf dans les hypothèses exceptionnelles qui seront examinées le moment venu, l'acte d'expropriation pur et simple constitue une mesure légitime de la part de l'Etat et, par conséquent, n'engage nullement, par lui-même, sa responsabilité internationale. Comme nous l'avons dit dans le chapitre précédent (s.-sect. 5), pour que cette responsabilité existe et puisse être imputée, il faut que l'expropriation, ou la mesure considérée, intervienne dans des conditions ou des circonstances contraires aux règles internationales qui régissent l'exercice de ce droit de l'Etat, c'est-à-dire en violation des règles qui protègent les droits acquis des étrangers contre les actes ou omissions « arbitraires » de l'Etat en ce domaine. Comme on le verra, la notion d'« arbitraire » qui nous a paru déterminante lorsqu'il s'agit de savoir quand la responsabilité internationale est engagée s'applique, encore que ce ne soit pas toujours dans la même mesure, aux divers modes d'exercice de ce droit de l'Etat. Voyons cependant pour commencer quelles sont les diverses manières dont l'Etat peut « exproprier » les droits patrimoniaux des étrangers ou leur « porter atteinte », afin de retenir celles qui présentent le plus d'intérêt du point de vue de la responsabilité internationale.

10. — Les divers modes d'exercice du droit d'expropriation

43. Les mesures que peut prendre l'Etat et qui « portent atteinte » aux droits patrimoniaux des étrangers n'intéressent naturellement pas toutes le droit international au même degré et de la même manière et, dans quelques cas, elles sont même pratiquement dépourvues d'intérêt dans l'ordre juridique international. Il en est généralement ainsi de la confiscation, de l'amende et des autres mesures imposées à titre de sanction pénale. Il y a, dans la jurisprudence internationale, des précédents qui établissent pleinement que ces mesures sont compatibles avec les normes internationales régissant la condition des étrangers [47]. La légitimité intrinsèque de ces mesures n'exclut pas, bien entendu, que leur adoption ou leur application puisse constituer un « déni de justice » et que, par suite, l'acte ou l'omission engage la responsabilité internationale de l'Etat [48]. La responsabilité internationale de l'Etat est également rarement engagée lorsqu'il détruit des biens appartenant à des étrangers pour des raisons de sécurité ou de santé publiques, à condition que l'on se trouve en présence d'un cas de force majeure ou de nécessité reconnu par le droit international [49]. La jurisprudence internationale a aussi invoqué le « pouvoir de police » de l'Etat pour justifier l'exonération de la responsabilité [50].

44. Bien qu'on ait soutenu que le droit international impose des limites à la faculté qu'a l'Etat d'assujettir à des impôts, taxes ou autres contributions les biens, droits ou autres intérêts des étrangers, en particulier lorsqu'il s'agit de mesures discriminatoires contre ces derniers [51], il est certain que très rares ont été ceux qui ont contesté, sur le plan international, la légitimité de cette catégorie de mesures, quelle que soit leur nature ou leur portée. Le seul élément qui pourrait engager la responsabilité internationale de l'Etat serait le caractère discriminatoire de la mesure prise, mais comme le montre la pratique, il s'agit d'une éventualité très

[47] Voir, notamment, l'affaire Robert Wilson (1841), dans Moore, *History and Digest of Arbitrations*, etc. (1898), vol. IV, p. 3373; l'affaire Chazen (1930), ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 564.

[48] Voir, par exemple, l'affaire Bronner (1868), dans Whiteman, *Damages in International Law*, vol. II, p. 931. Sur l' « abus de compétence » en ce domaine, voir Witenberg, « La protection de la propriété immobilière des étrangers », *Journal Clunet* (1928), vol. 55, p. 579.

[49] Voir à ce sujet notre 3e rapport, (A/CN.4/III), Chap. VI, sect. 4.

[50] Voir, notamment, l'affaire J. Parsons (1925), dans F. K. Nielsen, *American and British Claims Arbitrations*, etc. (1926), p. 587.

[51] Sur ce point, voir « Report by Dr. J. C. Witenberg to the Protection of Private Property Committee », dans *Report of the 36th Conference of the International Law Association* (1930), p. 322 à 325.

improbable [52]. Les droits d'importation ou d'exportation, comme l'interdiction d'importer ou d'exporter certaines marchandises déterminées, créent des situations analogues [53]. Lorsque la mesure n'est pas générale, mais individuelle et arbitraire, on a admis naturellement la responsabilité internationale de l'Etat [54]. N'est pas davantage soumis à des limitations de caractère international, bien que l'opinion contraire ait aussi été soutenue [55], le droit de l'Etat de contrôler le change de sa monnaie et de dévaluer celle-ci. Dans une affaire jugée après la seconde guerre mondiale, on a décidé que les créanciers qui avaient effectué des dépôts bancaires avant la dévaluation de la monnaie ayant cours légal n'avaient pas le droit de réclamer le remboursement sur la base de la valeur antérieure de cette monnaie [56].

45. L'énumération qui précède n'est nullement une liste complète des diverses manières dont l'Etat peut « porter atteinte » aux droits patrimoniaux des particuliers. Outre l'expropriation *stricto sensu* (et la « nationalisation ») et les autres formes d'expropriation « indirecte », il existe une catégorie spéciale de mesures qui intéressent les droits de nature ou d'origine contractuelle. Lorsqu'on étudie les mesures qui portent atteinte à ces droits patrimoniaux, il convient de distinguer entre celles qui portent uniquement atteinte aux droits de cette catégorie et celles qui comportent en outre une expropriation de biens corporels. Nous reviendrons sur ces dernières plus loin, lorsque nous examinerons les autres aspects internationaux de l'institution.

[52] La Conférence de l'International Law Association, mentionnée dans la note précédente, a décidé qu' « il existe, en droit international, une limite à la faculté qu'a l'Etat d'assujettir à des impôts les biens, droits et intérêts des étrangers, mais cette limite est une question de fait et de degré. En particulier, les impôts qui constituent une discrimination à l'encontre des étrangers sont contraires au droit international ». *Ibid.*, p. 361 et 362. Dans le projet de convention qu'elle a adopté à sa session d'Oxford, l'ILA a accepté le critère de la non-discrimination en ce sens que l'Etat ne saurait soumettre les étrangers à des impôts ou contributions différents ou plus élevés que ceux qu'il exige de ses nationaux. Voir *Report of the 37th Conference* (1932), p. 60. Dans le même sens, voir l'art. 7 du « Code international de traitement équitable des placements à l'étranger », approuvé par la Chambre de commerce internationale à son 12e Congrès (Québec, 1949), brochure 129 (Paris, août 1949), p. 14.

[53] Voir Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), p. 182.

[54] Voir l'affaire Lalanne et Ledour (1903), dans Ralston, *Venezuela Arbitrations of 1903* (1904), p. 501.

[55] Voir Dupuis, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1930-II), vol. 32, p. 163. Ce qu'on peut admettre, c'est que « la loi interne — y compris la loi monétaire — peut être contraire, dans son intention ou dans ses effets, aux obligations internationales de l'Etat ». Voir l'opinion individuelle du juge Lauterpacht dans l'affaire relative à certains emprunts norvégiens (1957), arrêt du 6 juillet 1957, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 37.

[56] Affaire Fabar (Etats-Unis c. Yougoslavie), dans *Settlement of Claims by Foreign Claims Settlement Commission* (1955), p. 23. Dans l'affaire des emprunts serbes, la Cour permanente a eu l'occasion de déclarer que « ... c'est un principe généralement reconnu que l'Etat a le droit de déterminer lui-même ses monnaies ». Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série A, nº 20-21, p. 44. En ce qui concerne la portée de ce droit de l'Etat, voir Mann, « Money in Public International Law », *British Year Book of International Law* (1949), p. 259 et suiv.

11. — L'EXPROPRIATION *stricto sensu* ET LES NATIONALISATIONS

46. Il est indéniable que certaines des mesures que nous venons de mentionner procurent à l'Etat un avantage économique direct aux dépens des titulaires des biens touchés. Toutefois, de même que ce résultat ne se produit pas toujours, l'avantage économique n'est pas le but qui motive et justifie juridiquement la mesure dans tous les cas. En revanche, la situation est parfaitement claire lorsqu'il s'agit d'une expropriation *stricto sensu*. La définition que nous avons donnée au début de ce chapitre du droit qu'a l'Etat de « porter atteinte » d'une manière générale à la propriété privée, permet de caractériser cette forme particulière d'atteinte et de la distinguer des autres en la définissant comme l'action par laquelle l'Etat s'approprie des droits patrimoniaux appartenant à des particuliers dans le dessein de les affecter à un usage public ou à un service public. On remarquera que cette définition, qui complète la définition précédente, retient uniquement les deux éléments constitutifs essentiels de l'expropriation: l' « appropriation » de droits privés patrimoniaux et l' « affectation » qu'on entend leur donner en les expropriant. Une définition plus explicite, qui mentionnerait non seulement le contenu et le but de l'acte de l'Etat, mais encore les motifs qui l'inspirent ou sur lesquels il est fondé, la méthode ou la procédure selon laquelle il est exécuté, son caractère individuel ou général et impersonnel, sa forme directe ou indirecte et ce qui a trait à l'obligation de verser une indemnité pour les biens expropriés, outre qu'elle se révélerait actuellement assez difficile, risquerait de créer des complications inutiles du point de vue du droit international. Même la distinction entre l'expropriation fondée sur le droit de « domaine éminent » de l'Etat et l'expropriation qui implique l'exercice de son pouvoir de police — distinction qui repose tant sur les motifs et les buts des mesures prises que sur ce qui touche l'indemnité — devient chaque jour plus difficile en raison de l'évolution des idées sur les fonctions sociales de l'Etat dans les deux domaines [57].

47. Nous aurons l'occasion, dans la suite du présent chapitre, de signaler les différences — parfois importantes — que l'on relève actuellement, d'un pays à l'autre ou d'un groupe de pays à l'autre, en ce qui concerne la notion d'expropriation et le régime auquel elle est soumise. Or, quelles conséquences l'absence d'uniformité du droit interne en la matière peut-elle avoir du point de vue de la responsabilité internationale? Tout en nous réservant de donner à cette question une réponse plus complète le moment venu, nous devons signaler maintenant cet autre fait: le droit international n'a pas plus établi de régime commun ou universel en matière d'expropriation qu'il n'a, de la propriété privée, une notion qui lui soit propre. Sans préjudice naturellement des normes internationales en vigueur qui régissent certains aspects de l'institution, le droit interne de l'Etat qui procède à l'expropriation ne jouera-t-il pas nécessairement un rôle important? La réponse est évidente si l'on tient compte du fait que, dans ce domaine de la protection internationale des droits acquis, les normes traditionnelles se sont bornées à refléter fidèlement les principes de droit interne, qui, pour l'essentiel, étaient

[57] Sur ce point, voir Herz, « Expropriation of Foreign Property », *American Journal of International Law* (1941), vol. 35, p. 251 et 252.

alors très semblables, en raison de l'uniformité remarquable qui existait en la matière. Pour la même raison, la transformation profonde qu'ont subie depuis 40 ans la fonction sociale de la propriété privée et le caractère de l'expropriation n'aura-t-elle pas nécessairement des conséquences capitales?

48. Avant la première guerre mondiale, les expropriations portaient normalement sur des biens individualisés, mais, après cette guerre, plusieurs Etats ont commencé de généraliser la pratique — qui s'est encore accentuée depuis la seconde guerre mondiale — consistant à procéder sur une grande échelle à des expropriations de caractère impersonnel. C'est à ce type ou genre d'expropriation qu'on a coutume de donner le nom de « nationalisation » [58]. Contrairement à l'expropriation individualisée et personnelle, les nationalisations sont dues à des changements survenus dans la structure économico-sociale de l'Etat (réforme agraire, socialisation de l'industrie ou de certains secteurs de l'industrie, exclusion du capital privé de certaines branches de l'économie nationale); ou, si l'on préfère, les nationalisations sont l'instrument au moyen duquel ces modifications sont apportées aux anciens régimes d'économie libérale. Bien que les mesures de cette catégorie soient prévues parfois dans les textes constitutionnels, elles sont prises en règle générale et en tous cas appliquées en vertu d'une législation spéciale fixant les conditions et la procédure de la nationalisation [59]. On pourrait signaler d'autres différences, certaines même plus précises, entre la nationalisation et l'expropriation pure et simple, mais l'on s'apercevrait alors que nombre des traits caractéristiques que l'on attribue à la première peuvent se retrouver et, en fait, se retrouvent dans la seconde, et vice versa [60]. En somme, si on laisse de côté l'aspect concernant l'indemnisation, dans lequel nous relèverons des différences importantes, il s'agit essentiellement de la même institution juridique, tout au moins du point de vue du droit international.

II. — Autres aspects internationaux de l'institution

49. De tous les aspects de l'expropriation, celui qui offre indiscutablement le plus grand intérêt pour le droit international est celui qui concerne l'indemnité et, pour cette raison, nous l'examinons dans une section distincte du présent chapitre. Nous nous attacherons ici à d'autres aspects de l'institution pour voir dans quelle mesure ils intéressent le droit international. Il nous faut, cependant, examiner auparavant l'expropriation « illicite », expressément reconnue par la pratique, pour l'opposer à la notion d'expropriation « arbitraire » et, dans le même ordre d'idées, examiner le problème spécial que posent les expropriations résultant de l'inexécution de contrats ou de conventions de concession.

12. — L'EXPROPRIATION « ILLICITE » ET L'EXPROPRIATION « ARBITRAIRE »

50. Voyons tout d'abord ce que l'on entend par expropriation « illicite ». Conformément à une notion communément reçue, l' « illicéité » d'une expropriation ne résulte pas du simple fait que l'acte imputable à l'Etat est contraire au droit international. A la différence des autres actes et omissions qui ont ce caractère et que l'on qualifie de la même façon, en matière d'expropriation, on réserve le terme « illicite » aux situations dans lesquelles l'acte de l'Etat est expressément interdit par un traité ou une convention internationale. On considère que rentrent, par analogie, dans la même catégorie, les expropriations qui ne respectent pas les conditions de forme ou de fond stipulées dans un instrument international. Cette qualification, qui découle de l'idée que l'expropriation est intrinsèquement légitime tant du point de vue interne que du point de vue international, a été consacrée par la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et d'autres organes judiciaires. Ainsi par exemple, dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (1926 et 1928), la Cour permanente n'a considéré comme « illicites » que les expropriations faites dans les deux hypothèses indiquées [61]. Nous nous réservons de revenir sur d'autres aspects de la question mais ce qu'il est intéressant de noter pour l'instant c'est que l' « illicéité » d'une expropriation assimile cette dernière, en ce qui concerne l'existence et l'imputation de la responsabilité internationale, aux autres actes ou omissions engageant directement et immédiatement la responsabilité de l'Etat. Ou, en d'autres termes, dans les cas d'expropriation dite illicite, la responsabilité naît et est imputable par le simple accomplissement de l'acte de l'Etat, même si la mesure d'expropriation satisfait pleinement aux conditions ou exigences (de droit interne ou international) auxquelles serait soumis l'exercice de ce droit en l'absence d'un traité [62].

51. Cela étant, et si l'on se souvient en outre des considérations présentées au chapitre précédent (s.-sect. 5), il n'est pas difficile de définir ce que l'on entend par expropriation « arbitraire ». Rentrent dans cette seconde catégorie les expropriations qui ne respectent pas les conditions et les limitations internationales auxquelles l'exercice de ce droit est soumis et qui, par suite, constituent un « abus de droit ». Or, quelles sont les « limi-

[58] Pour un exposé sommaire sur les « nationalisations » opérées avant 1917 et pendant la période comprise entre les deux guerres mondiales, voir Friedman, *Expropriation in International Law* (1953), p. 12 et suiv. Sur la réforme agraire et la nationalisation de l'industrie pétrolière au Mexique, voir Kunz, « The Mexican Expropriations », *New York University Law School Pamphlets* (1940), série 5, nº 1. Sur la réforme agraire en Roumanie, voir Deák, *The Hungarian-Rumanian Land Dispute* (1928), *passim*. Sur les nationalisations effectuées depuis 1945, voir Doman, « Postwar Nationalization of Foreign Property in Europe », *Columbia Law Review* (1948), vol. 48, p. 1140 et suiv.

[59] En ce qui concerne les constitutions qui prévoient la « nationalisation », voir K. Katzarov, « Rapport sur la nationalisation », *International Law Association, New York University Conference, 1-7 September* 1958, p. 11.

[60] Sur les diverses définitions qui ont été proposées de la « nationalisation » voir en particulier Foighel, *Nationalization, A study of the Protection of Alien Property in International Law* (1957), p. 13 à 20; Perroux, *Les nationalisations* (1945). Sur les divers aspects que présentent les nationalisations de l'après-guerre et sur les problèmes qu'elles posent du point de vue interne, voir Scammel, « Nationalisation in Legal Perspective », *Current Legal Problems* (1952), vol. 5, p. 30 à 54.

[61] Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série A, arrêt nº 7 (fond), p. 21 et 22, et *ibid.*, série A, nº 7, arrêt nº 13 (Indemnités), p. 46 et 47.

[62] Lorsque, au lieu d'un traité, c'est un contrat ou une convention de concession conclu avec l'étranger qui interdit l'expropriation, la situation se présente différemment comme on le verra dans la sous-section suivante.

tations » auxquelles est soumis l'exercice du droit d'expropriation? Ou, pour poser la question en termes plus simples, à quels aspects de l'institution peut-on appliquer la notion d' « arbitraire »? L'étude de la pratique diplomatique et de la jurisprudence internationale montre qu'en matière d'expropriation, que la mesure soit individuelle ou générale, cette notion peut s'appliquer aux trois aspects suivants: motifs et buts de l'expropriation, méthode ou procédure d'expropriation et, surtout, indemnisation pour les biens expropriés [63].

13. — Expropriation impliquant inexécution d'un contrat ou d'une convention de concession

52. On constate depuis une date relativement récente, chez des auteurs éminents, une tendance à étendre la notion d'expropriation « illicite » au cas où il existe une relation contractuelle entre l'Etat et l'étranger. A cet égard, l'une des deux situations suivantes peut se présenter dans la pratique: ou bien l'expropriation affecte simplement (annule, rescinde ou modifie) un contrat ou une convention de concession en vertu desquels les biens ou les entreprises expropriés ont été acquis ou bien l'expropriation suppose l'inexécution de l'obligation formelle de ne pas exproprier ou de ne pas porter atteinte de quelque autre manière aux stipulations du contrat ou de la convention de concession [64]. La tendance à laquelle nous faisons allusion se fonde sur l'idée que, par analogie avec ce qui se passe dans le cas d'un traité, l'inexécution par l'Etat des obligations qu'il a pu contracter en signant le contrat ou la convention de concession constitue un fait illicite qui engage directement et immédiatement sa responsabilité internationale. En un mot, le principe *pacta sunt servanda* s'applique tant aux traités qu'aux relations contractuelles entre l'Etat et les particuliers étrangers.

53. En attendant d'examiner en détail, dans le chapitre suivant, comment le principe en question s'applique à ces relations contractuelles, voyons quelques manifestations concrètes de la tendance que nous venons de mentionner. Dans le projet que Lapradelle a présenté à l'Institut de droit international, il est dit que « la nationalisation, acte unilatéral de souveraineté, doit respecter les engagements valablement conclus soit par traité soit par contrat » [65]. Beaucoup plus explicite, la résolution adoptée en comité par l'International Bar Association à la session de Cologne (juillet 1958) affirme que « le droit international reconnaît que le principe *pacta sunt servanda* s'applique aux engagements particuliers pris par l'Etat à l'égard d'autres Etats étrangers ou de ressortissants de ces Etats et que, par suite, l'expropriation de biens privés, en violation d'un contrat particulier de l'Etat, est contraire au droit international » [66]. Dans le même sens, on a été jusqu'à dire que l'existence d'un engagement de ne pas exproprier crée une « obligation supérieure » *(higher obligation)*, dont l'inobservation non seulement donne lieu au versement d'une indemnité pour les biens ou les entreprises expropriés mais aussi crée le devoir de verser des dommages-intérêts à l'étranger [67].

54. Cependant, la majorité de la doctrine ne paraît pas avoir suivi cette tendance. A sa session de Sienne, l'Institut de droit international a repoussé une proposition selon laquelle l'Etat serait tenu de respecter les engagements (exprès ou tacites) de ne pas nationaliser pris tant vis-à-vis de l'Etat que du ressortissant étranger [68]. Pour justifier cette attitude, on invoque à la fois la nature juridique des relations contractuelles entre Etats et particuliers et l'inaliénabilité du droit de domaine éminent. Foighel, par exemple, a dit à ce sujet qu' « il n'existe aucune règle de droit international qui protège mieux les droits patrimoniaux » [69]. Sur le deuxième point, R. Delson a déclaré à la récente réunion de l'International Law Association que « le droit de l'Etat d'affecter la propriété privée *(taking)* à un usage public est si essentiel qu'il est impossible d'y renoncer même par contrat (quoique l'Etat doive naturellement verser une indemnité du fait de l'appropriation) » [70].

55. En ce qui concerne ce dernier aspect de la question, il ne peut y avoir le moindre doute, du moins du point de vue du droit interne [71]. Mais ce qu'il est naturellement intéressant de savoir c'est si la situation est la même en droit international. Schwarzenberger, pour qui

---

[63] Sur les différentes conséquences juridiques qu'entraînent le caractère « illicite » et le caractère « arbitraire » des mesures portant atteinte aux droits patrimoniaux, voir aussi chap. Ier s.-sect. 5, ci-dessus.

[64] La convention de concession accordée le 29 avril 1933 à l'Anglo-Persian Oil Co. disposait sur ce point: « Cette concession ne sera pas annulée par le gouvernement et les dispositions y contenues ne seront altérées ni par une législation générale ou spéciale future ni par des mesures administratives ou tous autres actes des autorités exécutives » (art. 21). Par la concession qu'il a accordée en 1951 à trois compagnies étrangères pour l'établissement de raffineries de pétrole, le Gouvernement de l'Inde s'est engagé à ne pas exproprier ces sociétés et à ne pas reprendre (*take over*) leur exploitation pendant 25 ans; il s'est engagé également à payer une indemnité raisonnable en cas d'expropriation une fois ce délai expiré. Dans d'autres instruments, seules sont stipulées les circonstances dans lesquelles l'Etat peut révoquer la concession; tel est le cas par exemple pour une concession accordée par le Royaume-Uni de Libye (voir *Official Gazette of the U.K. of Libya*, 19 juin 1955, clause 27, p. 71 et 72).

[65] Voir Lapradelle, « Les effets internationaux des nationalisations », *Annuaire de l'Institut de droit international* 1950, vol. 43, I, p. 68.

[66] Au moment où nous écrivons nous ne disposons pas encore du texte imprimé de la résolution. Le problème s'était déjà posé auparavant au sein de l'Association elle-même. A cette occasion, la même opinion avait été soutenue, notamment par F. M. Joseph, « The International Aspects of Nationalization: An Outline », International Bar Association, *Fifth International Conference of the Legal Profession*, Monte-Carlo (Monaco, 19-24 juil. 1954), p. 2.

[67] Voir sir Hartley Shawcross, « Some Problems of Nationalization in International Law », *ibid.*, p. 17 et 18.

[68] La proposition a été repoussée par 20 voix contre 16, avec 22 abstentions. Voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1952, vol. II, p. 318. L'Institut a accepté par 50 voix la proposition relative aux engagements contractés vis-à-vis de l'Etat, *Ibid.*, p. 317.

[69] Foighel, *op. cit.*, p. 74.

[70] Voir R. Delson, « Nationalization Comments » (étude présentée au cours de la 48e Conférence de l'Association, New-York, sept. 1958), p. 3. Voir dans le même sens Farfanfarma, « The Oil Agreement between Iran and the International Oil Consortium: the Law Controlling », *Texas Law Review* (1955), vol. 34, p. 271.

[71] L'opinion exprimée par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Georgia c. City of Chattanooga (264 US 472, 480 [1924], citée par Delson) nous donne une idée de la position que prendraient les tribunaux de n'importe quel pays sur ce point: « L'expropriation (*taking*) de biens privés pour cause d'utilité publique moyennant une juste indemnité est si souvent nécessaire pour exercer comme il convient les fonctions gouvernementales que ce droit est considéré comme indispensable à la vie de l'Etat. Il est inaliénable et si l'Etat y renonçait par contrat il pourrait le revendiquer à son gré.»

ces engagements « cristallisent » les relations entre les parties sur la base du droit national du concédant en vigueur lors de l'octroi de la concession, pose en principe la validité internationale de ces engagements — en raisonnant aussi par analogie avec les traités — sauf dans les cas où des dispositions constitutionnelles spéciales ou générales ne permettent pas aux organes de l'Etat de les contracter [72]. Sans parler du problème que pose ce raisonnement à propos des vices du consentement, peut-on, en droit pur, l'appliquer aux relations contractuelles entre l'Etat et des particuliers étrangers? Nous nous trouvons pratiquement ramenés, une fois encore, à la question de savoir si le principe *pacta sunt servanda*, en tant que principe de droit international, est applicable à ces relations.

56. Compte tenu des considérations que nous exposons au chapitre suivant, il faudrait commencer par distinguer, d'une part, les contrats et les conventions de concession soumis au droit interne et, d'autre part, les instruments modernes soumis au droit international ou à un système juridique autre que le droit interne. Dans la première hypothèse, celle que nous examinons dans la présente section, l'intérêt de l'Etat et la notion d'utilité publique, fondements du droit d'expropriation, doivent continuer à l'emporter sur les intérêts privés. Aucun particulier, national ou étranger, ne peut ignorer cette réalité juridique universelle et tout ce qu'il a le droit d'exiger c'est une indemnité pour les biens expropriés. Dans la seconde hypothèse, la situation est différente, si l'instrument considéré a en quelque sorte « internationalisé » la relation contractuelle dans une mesure qui ne permet pas à l'Etat d'invoquer l'exception de la compétence nationale.

14. — Motifs et buts de l'expropriation

57. Lorsque nous avons distingué l'expropriation *stricto sensu* des autres formes sous lesquelles se manifeste le droit de l'Etat de « porter atteinte » aux biens des particuliers, nous avons signalé, comme un de ses éléments constitutifs essentiels, l' « affectation » donnée aux biens expropriés, c'est-à-dire les motifs et les buts auxquels doit correspondre l'acte de l'Etat. Or, jusqu'à quel point, ou dans quelle mesure, le droit international réglemente-t-il cet aspect de l'institution? De l'avis de certains auteurs, « même dans le cas extrême où un Etat s'approprie des biens étrangers sans donner de raisons ou de motifs justifiant sa conduite, le droit international ne contient aucune règle spéciale qui diffère en quoi que ce soit de celle qui s'applique à l'expropriation ordinaire pour cause d'utilité publique » [73]. D'autres auteurs, tout en admettant que seules sont légitimes les expropriations pour cause d'utilité publique, reconnaissent qu'en cette matière l'Etat jouit de pouvoirs discrétionnaires illimités [74].

58. On a soutenu, au contraire, que le droit d'expropriation a son fondement juridique dans les exigences du « bien public » ou du « bien-être général » de la collectivité et que, quoique ces notions revêtent une importance telle en droit international qu'elles autorisent des dérogations au principe du respect des droits privés, ces dérogations sont néanmoins subordonnées à l'existence d'un véritable état de nécessité publique et sont soumises aux exigences de la bonne foi [75]. Cette opinion s'appuie sur un certain nombre de décisions judiciaires. Par exemple, dans l'affaire des réclamations norvégiennes (1922), la Cour permanente d'arbitrage, définissant le droit d'expropriation, l'a expressément limité aux cas où son exercice est requis « par le bien public » ou par le « bien-être général » [76]. Et, dans l'affaire Walter Fletcher Smith (1929), l'arbitre a déclaré que l'expropriation « ne pouvait être considérée comme ayant été faite, de bonne foi, dans un but d'utilité publique ... les biens ont été immédiatement remis à la société défenderesse, en apparence à des fins publiques, mais en réalité pour être utilisés par la demanderesse à des fins de divertissement et à des fins lucratives, sans relation aucune avec l'utilité publique » [77]. Certains traités internationaux exigent aussi que l'expropriation soit motivée par l'existence d'un intérêt public [78].

59. Il est indéniable qu'en principe du moins, la notion d' « arbitraire » se rapporte ou est applicable aux motifs et aux buts de l'expropriation. La raison en est évidente: si le droit international reconnaît à l'Etat la faculté — certes très étendue — de s'approprier des biens appartenant à des étrangers parce que, en droit interne, l'intérêt particulier doit le céder à l'intérêt général et aux exigences publiques, le moins qu'on puisse exiger de l'Etat, c'est qu'il n'exerce cette faculté que lorsque l'utilité publique de la mesure prise la justifie vraiment. Soutenir le contraire, ce serait permettre, voire même encourager, l'exercice abusif du droit d'expropriation et sanctionner juridiquement des expropriations franchement arbitraires. Peut-être qu'à d'autres égards, comme on le verra plus loin, il convient de dispenser l'Etat de satisfaire à des conditions aussi essentielles que celles-ci en apparence, mais alors il y a à l'exception une raison qui la justifie. Ici, rien ne pourrait justifier ni expliquer que l'Etat, soit de façon purement arbitraire, soit pour un motif ou à des fins qui ne seraient pas d'utilité publique, prenne une mesure de ce genre et que le droit international en admette la validité. Ceci ne va nullement à l'encontre de l'idée, fort justement avancée par certains, qu'en ce domaine le pouvoir discrétionnaire de l'Etat est pratiquement illimité, à condition que cela veuille dire que c'est au droit interne, et non au droit international, qu'il appartient de définir dans chaque cas la notion d' « utilité publique » ou tout autre motif ou but du même ordre auquel l'expropriation correspond. Surtout à l'heure actuelle, où il existe, en matière de propriété privée, des conceptions et des régi-

[72] Voir G. Schwarzenberger, « The Protection of British Property Abroad », *Current Legal Problems* (1952), vol. 5, p. 313 et 314.

[73] J. H. Herz, *loc. cit.*, p. 253. Friedman déclare que cet aspect de l'expropriation est indifférent en droit international étant donné que ce dernier ne définit pas l'« utilité publique ». *Op. cit.*, p. 141.

[74] Voir Bourquin, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1931-I), vol. 35, p. 166; Kunz, *loc. cit.*, p. 55.

[75] Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953), p. 38 à 40.

[76] *The Hague Court Reports* (éd. par J. B. Scott, 1932), vol. II, p. 66.

[77] ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 917 et 918. Voir les autres affaires mentionnées dans Cheng, *op. cit.*, p. 39.

[78] Voir, par exemple, l'art. 22 de la Convention de Bogota, cité à la n. 9 du chapitre précédent, et l'art. III du Traité de commerce entre l'Afghanistan et l'Inde, du 4 avril 1950, dans ONU, *Recueil des Traités*, vol. 167, p. 112.

mes très divers, il serait inutile d'en vouloir « internationaliser » un, si répandu qu'il paraisse, et de l'imposer aux Etats qui s'en sont donné un autre dans leur constitution. Il suffit par conséquent d'exiger de tous les Etats qu'ils satisfassent à la condition ou à l'exigence qui leur est en fait commune, c'est-à-dire qu'ils ne fassent usage de leur droit d'expropriation que lorsque la mesure est requise ou justifiée par un motif ou un but vraiment d'intérêt public. Si cette raison d'être de l'expropriation fait manifestement défaut, la mesure devient « arbitraire » et, par suite, engage la responsabilité internationale de l'Etat.

15. — Questions de méthode et de procédure

60. S'agissant de la méthode et de la procédure d'expropriation, le droit international reconnaît à l'Etat une liberté d'action à certains égards plus grande que lorsqu'il s'agit des motifs et des buts de l'expropriation. Par exemple, le système d'expropriation prévu pour l'ordre constitutionnel ou celui qu'instituent des lois spéciales, comme c'est ordinairement le cas pour les « nationalisations », ne présente ni intérêt ni importance du point de vue international [79]. Cependant, comme l'admettent même les partisans les plus résolus de la prééminence du droit interne en matière d'expropriation, les actes d'expropriation « doivent, à cet égard, présenter les mêmes caractéristiques que les actes par lesquels s'exerce ordinairement le pouvoir gouvernemental. Ils doivent être le résultat normal du fonctionnement égal et régulier de l'appareil gouvernemental, faute de quoi ces actes seraient illicites » [80].

61. Schwarzenberger, se fondant sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale, donne comme exemples l'expropriation sommaire sans enquête préalable dans chaque cas d'espèce, l'absence de recours juridiques permettant d'attaquer la mesure ou l'inobservation des règles de procédure impératives. Quand l'acte d'expropriation ne satisfait pas à ces normes minima, il importe peu qu'une indemnité adéquate soit versée [81]. Le droit conventionnel stipule parfois des conditions de ce genre. Ainsi, le Traité d'amitié, de commerce et consulaire signé entre les Etats-Unis et l'Allemagne, le 8 décembre 1923, prévoit qu'aucune expropriation n'aura lieu sinon en vertu d'une procédure dûment légale (art. Ier) [82]. Le protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 20 mars 1952, qui exige encore d'autres conditions et se rapporte à d'autres aspects de l'expropriation, dispose que « 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 » (art. Ier) [83].

62. Il ne semble donc pas faire de doute non plus que la notion d' « arbitraire » puisse être appliquée à la méthode et à la procédure suivies pour l'expropriation de biens appartenant à des étrangers. La raison en est fort simple: l'expropriation, comme toute autre mesure que l'Etat peut prendre à l'égard des droits patrimoniaux des étrangers, peut comporter, à un moment quelconque de la procédure, un « déni de justice » et, en pareille hypothèse, la responsabilité internationale de l'Etat est indiscutable. L'exemple le plus évident auquel on pense est naturellement celui de procédures qui établiraient des distinctions injustifiées entre nationaux et étrangers au préjudice de ces derniers. Mais en dehors de ce cas, très peu probable quand il s'agit d'expropriations individuelles, le « déni de justice » peut résulter de graves irrégularités de procédure ou de l'une des nombreuses circonstances qui constituent un déni de justice au sens le plus large [84]. Sous ces réserves, qui nous paraissent s'imposer vu les principes généraux mais essentiels qui régissent la responsabilité internationale de l'Etat, on peut dire qu'il n'existe aucune obligation de suivre une méthode ou une procédure déterminée autres que celles que prévoit le droit interne. On peut même admettre que l'Etat a le droit, lorsque des circonstances spéciales l'exigent ou le justifient, de s'écarter des méthodes et de la procédure ordinaires, à condition que, ce faisant, il ne fasse pas de discrimination contre les étrangers ni ne se rende coupable d'aucun autre acte ou omission manifestement « arbitraire ». En résumé, on peut répéter qu'en ce qui concerne cet aspect de l'expropriation, la liberté d'action dont jouit l'Etat est dans un certain sens plus étendue que lorsqu'il s'agit des motifs et des buts de l'expropriation.

III. — L'indemnité

63. Du point de vue international, la question de l'indemnisation est sans conteste l'aspect capital de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Bien que le caractère « arbitraire » d'une mesure d'expropriation puisse résulter aussi de l'inobservation de l'une des conditions que nous avons mentionnées plus haut, le versement d'une indemnité reste la condition essentielle même dans les expropriations de caractère général et impersonnel. C'est ce qui explique la place éminente que cette question a occupé tant dans la pratique diplomatique et la jurisprudence que dans la doctrine.

16. — Nature juridique de l'indemnité

64. Il convient de définir ou de délimiter d'emblée l'indemnité en tant qu'élément constitutif de l'expropriation, étant donné que le même terme désigne une des formes ou espèces de « réparation » à laquelle donnent lieu les actes ou omissions contraires au droit international, c'est-à-dire, pour employer une terminologie qui nous est déjà familière, les actes ou omissions purement et simplement « illicites » [85]. Bien que les deux notions aient entre elles certains points communs — qui ont d'ailleurs amené certains auteurs à étudier la première en fonction des principes qui régissent la seconde — il

[79] Voir à ce sujet Herz, *loc. cit.*, p. 247.

[80] Friedman, *op. cit.*, p. 136.

[81] Schwarzenberger, *International Law*, vol. I: *International Law as applied by International Courts and Tribunals* (3e éd. 1957), p. 206.

[82] On retrouve la même disposition à l'art. Ier du Traité conclu entre les Etats-Unis et la Norvège le 5 juin 1928.

[83] Voir dans le même sens la disposition de la Convention de Bogota citée dans la n. 103 ci-dessous.

[84] Sur le « déni de justice » au sens large, voir notre 2e rapport (A/CN.4/106), chap. II, Sect. 8.

[85] Comme nous l'avons indiqué dans nos rapports antérieurs, la réparation dans son sens le plus large comprend tant la « satisfaction » que la réparation *stricto sensu*, cette dernière comprenant elle-même la restitution en nature (*restitutio in integrum*) et l'indemnité ou dommages-intérêts. Voir en particulier 3e rapport, (A/CN.4/III), chap. IX, sect. 19.

s'agit indiscutablement de deux notions juridiques entièrement différentes. La distinction, comme l'a indiqué la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'usine de Chorzów, tient au caractère du fait qui donne lieu à l' « indemnité ». Quand il s'agit de faits « illicites », notamment d'une expropriation « illicite » comme celle dont la Cour était saisie, l'indemnité constitue une des manières de « réparer » le dommage causé et, comme telle, elle peut correspondre non seulement au dommage direct mais encore à tout autre préjudice qui a pu être occasionné par l'acte ou l'omission illicite donnant lieu à réparation. En revanche, l'indemnité versée en cas d'expropriation légitime constitue exclusivement une compensation pour les biens expropriés [86]. Alors que, dans le cas de faits illicites, la responsabilité découle directement et immédiatement de l'acte ou de l'omission dommageable, en cas d'expropriation (légitime), la responsabilité, lorsqu'elle existe, dépendra exclusivement, en ce qui concerne l'indemnité, du montant de cette dernière ou de la promptitude et des modalités du paiement. En un mot, la responsabilité dépendra du caractère « arbitraire » de l'indemnité. Il s'ensuit que la détermination exacte de la nature juridique de l'indemnité pour expropriation n'a pas seulement d'intérêt pour savoir à quel moment et pour quelle raison la responsabilité internationale est engagée, mais aussi — et dans un certain sens surtout — pour éviter toute confusion dans le critère ou les critères à appliquer lorsque vient le moment de fixer le quantum de l'indemnité ainsi que le moment et les modalités du paiement.

65. Dans un autre ordre d'idées, l'indemnité constitue-t-elle un élément *sine qua non* de l'expropriation pour cause d'utilité publique? En doctrine comme en pratique, l'opinion dominante considère que l'expropriation qui n'est pas accompagnée du paiement d'une indemnité pour les biens expropriés constitue une « confiscation ». On a même assez souvent soutenu qu'ont aussi le caractère de « confiscations » les expropriations qui ne sont pas accompagnées du paiement d'une indemnité conforme aux exigences du droit international. La première de ces règles pose naturellement la question de savoir s'il existe ou non une obligation de verser une indemnité pour les biens étrangers touchés par l'expropriation. La seconde, de son côté, pose la question de savoir dans quelle mesure le droit international, au cas où il imposerait effectivement cette obligation à l'Etat, fixe et régit les conditions ou exigences auxquelles doit satisfaire l'indemnité. Ces deux questions seront examinées dans la présente section, mais nous pouvons dire dès maintenant qu'en admettant même que l'indemnité soit inséparable de l'expropriation, on ne saurait confondre, comme on le fait parfois, la « confiscation » avec les expropriations dites « illicites ». Comme c'est l' « illicite » d'une expropriation qui en fait un acte intrinsèquement contraire au droit international et, par suite, un acte pouvant engager directement et immédiatement la responsabilité de l'Etat, les mesures qui n'ont pas ce caractère ne pourront avoir les mêmes conséquences juridiques. En revanche, l'analogie vaut pour les expropriations que nous avons appelées « arbitraires », en ce sens que, même si l'on fait du versement de l'indemnité une condition essentielle, la « confiscation » constitue une mesure légitime en soi, ou résulte d'une mesure légitime en soi, de sorte que la responsabilité internationale de l'Etat ne pourrait être engagée qu'en cas d'inobservation d'une des conditions que doit remplir l'indemnité [87]. D'ailleurs, ce qui est peut-être plus important c'est le fait que, à l'époque actuelle du moins, la véritable différence entre l'expropriation et la confiscation ne tient pas tant à l'existence ou a l'absence d'une indemnité qu'au caractère de la mesure que prend l'Etat, c'est-à-dire au motif ou au but qui inspire sa décision. En effet, si l'on considère qu'il peut y avoir des expropriations légitimes sans indemnité (même du point de vue international), le terme de « confiscation » devra être réservé aux mesures qui ont un caractère punitif ou qui sont prises pour des raisons d'ordre politique. Par conséquent, ce qui importe vraiment dans les mesures de cette catégorie, c'est l'aspect que nous avons souligné lorsque nous en avons parlé dans la section I, sous-section 10, du présent chapitre: leur caractère « arbitraire » dû à un acte ou une omission impliquant un « déni de justice » de la part de l'Etat.

17. — L'obligation d'indemniser et le droit qui la régit

66. On aperçoit sans peine l'importance qu'il y a, au début de cette étude du troisième aspect de l'expropriation, à savoir si cette dernière implique, du point de vue du droit international, l'obligation d'indemniser les étrangers, propriétaires ou titulaires de droits, et, dans l'affirmative, de connaître le régime juridique auquel est soumise cette obligation. En fait il ne s'agit pas simplement de savoir si cette obligation internationale existe, mais aussi — et peut-être surtout — de déterminer le droit qui la régit, c'est-à-dire, une fois admise l'existence de cette obligation, de savoir dans quelle mesure elle est réglementée par le droit international lui-même ou jusqu'à quel point il appartient au droit interne de fixer le quantum de l'indemnité ainsi que le moment et les modalités de son paiement. Bien qu'il puisse paraître illogique de penser qu'une obligation créée par le droit international puisse être régie par un autre droit, il s'agit en réalité d'un phénomène juridique qu'il n'est pas rare de rencontrer lorsqu'on étudie les rapports organiques et fonctionnels entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne. Il s'agit simplement, en effet, du problème de l'attribution et de la délimitation des fonctions et des compétences entre les deux ordres juridiques, problème qui peut se poser à propos de l'obligation d'indemniser et qui revêt, en outre, une importance particulière.

67. Voyons tout d'abord, cependant, si le droit international impose à l'Etat l'obligation d'indemniser les étrangers à raison des biens dont ils ont été expropriés; c'est la une question fondamentale et essentielle. A cette question, certains auteurs répondent par la négative. Strupp, par exemple, estime qu' « il n'existe aucune règle en droit international coutumier qui interdise à l'Etat de prendre des mesures d'expropriation à l'égard des nationaux d'un autre Etat moyennant indemnité ou sans indemnité, étant bien entendu que l'application de ces mesures ne doit donner lieu à aucune différence de traitement ni à aucune inégalité entre les nationaux de

[86] Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série A, n° 17, arrêt n° 13 (indemnités), p. 46 à 48.

[87] Voir, par exemple, Fachiri, « International Law and the Property of Aliens », *British Year Book of International Law* (1929), p. 46, 54 et 55.

l'Etat qui les applique et les étrangers (en l'absence de traité, l'égalité de traitement avec les nationaux est le maximum qu'un étranger puisse exiger), et que les mesures ne doivent pas être dirigées en fait ou en droit contre les étrangers ou contre certains d'entre eux en tant que tels »[88]. Kaeckenbeeck, de son côté, a exprimé l'avis que « ... la suppression par voie législative d'un droit acquis ne doit pas toujours donner lieu à compensation » et que « ce qu'il faut donc rechercher c'est si, en l'occurrence, le droit international fournit un critère ou un standard permettant de déterminer dans quel cas le paiement d'une compensation est indispensable »; il conclut en disant que le seul critère ou standard effectivement reconnu est le principe de non-discrimination[89]. On pourrait citer d'autres auteurs encore qui se sont prononcés dans le même sens[90], mais, comme on le verra, la majorité de la doctrine est en faveur de la thèse selon laquelle l'Etat est soumis à l'obligation internationale d'indemniser les propriétaires étrangers, indépendamment de la question de savoir quelles sont les conditions que doit remplir l'indemnité.

68. L'examen de la pratique internationale ne semble pas confirmer la thèse négative. Du moins, la jurisprudence (traditionnelle), fondée sur le principe du respect des droits acquis et du principe interdisant l' « enrichissement sans cause », fournit-elle des précédents suffisants en faveur de la thèse contraire. Dans l'affaire Upton (1903), la commission mixte des réclamations a déclaré que « le droit d'un Etat... de s'approprier des biens privés pour les affecter à l'usage public est incontestable, mais il s'accompagne de l'obligation de verser une indemnité équitable au propriétaire »[91]. Dans l'affaire de Sabla (1933), la Commission a posé directement le problème du point de vue de la responsabilité internationale: « C'est un axiome que les actes par lesquels un gouvernement prive les étrangers de leurs biens, sans compensation, engage leur responsabilité internationale[92].» Dans un autre cas, on a considéré que l'expropriation « ... n'existait pas en tant que droit à moins d'être liée à l'obligation d'indemniser »[93]. Sous une forme un peu plus indirecte, la Cour permanente de Justice internationale a eu l'occasion de déclarer, dans l'affaire de l'usine de Chorzów, que la légitimité d'une expropriation dépend du paiement d'une indemnité équitable[94]. A ces précédents et à d'autres, s'ajoutent ceux qu'on trouve dans la jurisprudence internationale touchant les réquisitions en temps de guerre ou de crise nationale[95].

69. Cette jurisprudence abondante et concluante a toutefois son origine et son fondement dans la conception et le régime de la propriété privée qui ont dominé en droit interne jusqu'à la première guerre mondiale. Depuis lors, certaines tendances et variations sont apparues qui ont rompu cette uniformité et introduit des différences, parfois très marquées, dans le droit comparé; ces différences permettent de classer les sytèmes actuels, du point de vue qui nous intéresse ici, en trois catégories. Dans un premier groupe d'Etats, où les principes du libéralisme restent dans l'ensemble la règle et qui constituent encore la grande majorité, l'expropriation pour cause d'utilité publique n'est permise que moyennant paiement d'une indemnité. Dans un second groupe, en raison de la fonction sociale très marquée que l'on attribue à la propriété, l'indemnité perd son caractère d'élément essentiel de l'expropriation. Enfin, dans le troisième groupe, où la socialisation de l'économie a fait passer la propriété des moyens de production à l'Etat et a réduit au minimum le domaine de la propriété privée, l'indemnité perd définitivement le caractère obligatoire qu'elle avait à l'origine pour dépendre entièrement de la volonté ou du pouvoir discrétionnaire de l'Etat[96].

70. Il ne faudrait naturellement pas conclure de ce qui précède que le manque d'uniformité qui se manifeste maintenant dans le droit interne prive de tout fondement l'obligation internationale qu'a l'Etat d'indemniser les étrangers qu'il a expropriés pour cause d'utilité publique. Cette obligation, bien qu'elle ait été à l'origine un « principe général de droit reconnu par les nations civilisées », en est venue à prendre le caractère d'un principe de droit international coutumier. Comme cela peut se produire pour n'importe quel autre principe, et comme cela s'est produit en fait pour certains, l'obligation internationale d'indemniser est susceptible d'être modifiée et même de perdre toute valeur si elle devient incompatible avec les nécessités et les intérêts de la communauté internationale. Tant que ce n'est pas le cas, le principe du respect des droits acquis des étrangers exigera le versement d'une indemnité lorsqu'il s'agit de mesures constituant une expropriation pour cause d'utilité publique, qu'il s'agisse d'une expropriation individuelle ou générale. Comme pour n'importe quelle autre obligation internationale, l'Etat ne peut exciper de son droit interne.

71. Il se peut néanmoins que le principe, sans rien perdre de sa valeur traditionnelle ni de son efficacité, souffre certaines exceptions. Il nous paraît qu'une exception serait entièrement justifiée dans le cas d'expropriation de biens acquis sous l'empire d'un système juridique interne qui ne connaît pas l'indemnisation ou la laisse à l'entière discrétion de l'Etat. Un étranger qui fait un investissement dans de telles conditions reste soumis à ce système juridique et accepte comme valables, du point de vue international, les actes accom-

[88] « Le litige roumano-hongrois concernant les optants hongrois en territoire roumain », dans *La réforme agraire en Roumanie* (1927), p. 450.

[89] « La protection internationale des droits acquis », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1937-I), vol. 59, p. 360 à 362.

[90] Voir, par exemple, Friedman, *op. cit.*, p. 3, 204 et suiv. N. Doman, « Compensation for Nationalized Property in Post-War Europe », *The International Quarterly Review* (juil. 1950), vol. 3, p. 324.

[91] United States, *Venezuela Mixed Claims Commission* (1903), p. 174. Voir dans le même sens la déclaration de l'arbitre dans l'affaire David Goldenberg (1928), citée à la n. 109 ci-dessous.

[92] American and Panamanian General Claims Arbitration, *Report of B. L. Hunt* (1934), p. 447.

[93] Affaire de l'Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd. (1923), F. K. Nielsen, *American and British Claims Arbitrations*, etc. (1926), p. 76.

[94] Publications de la Cour permanente de Justice internationale, *Recueil des Arrêts*, série A, n° 17, p. 46.

[95] Sur ces décisions, voit Bin Cheng, *op. cit.*, p. 45 et 46.

[96] Sur ce point, voir Friedman, *op. cit.*, p. 7 à 12. Pour une étude détaillée et systématique de la position adoptée par les Etats Membres des Nations Unies lorsque la question a été examinée à l'Assemblée générale, à la Commission des droits de l'homme et au Conseil économique et social, voir M. Brandon, *The Record in the United Nations of Member States on Nationalization* (1958), étude présentée à la 48e Conférence de l'International Law Association, *passim*.

plis par les organes compétents de l'Etat conformément à ce système. Comme on le voit, il s'agit là d'une situation entièrement différente de celle où se trouvent les étrangers atteints par des mesures d'expropriation violant le droit qui était en vigueur lors de l'acquisition des biens ou par des mesures prises en vertu d'une législation nouvelle qui abroge ou modifie avec effet rétroactif le droit antérieur. La situation n'est pas nécessairement la même lorsque l'Etat invite ou stimule, par de la publicité ou par d'autres moyens, l'investissement de capitaux étrangers dans l'industrie ou dans certaines industries destinées à favoriser le développement économique du pays. On a dit que, dans ce cas, l'application du principe de l'*estoppel* ou du *venire contra factum proprium* empêcherait que l'expropriation ait lieu sans indemnité [97]. A moins que l'Etat ne se soit expressément engagé à ne pas exproprier sans indemnité, on ne voit pas comment le capitaliste étranger peut avoir « acquis » le droit d'être indemnisé en cas d'expropriation du seul fait qu'il y a eu sollicitation. Si, au moment de l'invitation, rien n'a été dit à ce sujet, l'étranger ne pourra acquérir plus de droits que n'en prévoit la législation interne en vigueur au moment de l'investissement.

72. Passons maintenant à la seconde question, celle de savoir dans quelle mesure l'obligation d'indemniser est régie par le droit international lui-même ou jusqu'à quel point il appartient au droit interne de fixer le quantum de l'indemnité ainsi que le moment et les modalités de son paiement. La question, comme nous l'avons indiqué, revêt d'autant plus d'importance que, dans la pratique contemporaine surtout, elle est souvent la seule qui donne lieu à de graves difficultés. En effet, même si l'on accepte le principe selon lequel l'Etat est tenu, du point de vue international, d'indemniser les titulaires étrangers de droits, sauf dans l'hypothèse d'un traité déterminant l'importance, le moment et les modalités de l'indemnisation, ce principe ne permet pas, à lui seul, de savoir quelles sont les normes applicables à ces divers égards. Conformément à une théorie que certains Etats défendent depuis très longtemps et qui, depuis une date relativement récente, connaît un certain crédit dans la doctrine, le droit international non seulement impose l'obligation d'indemniser mais encore dispose que l'indemnité, pour être valable et efficace en droit international, doit être « juste » (ou « adéquate »), « prompte » et « effective » [98].

73. Cette théorie — dans laquelle s'exprime le point de vue orthodoxe en la matière — reflète-t-elle fidèlement la pratique internationale contemporaine ou, tout au moins, peut-on la justifier par la jurisprudence traditionnelle? Les deux questions seront examinées dans la suite du chapitre mais il convient de se poser maintenant cette troisième question, fondamentale: les conditions ou les exigences auxquelles doit satisfaire l'indemnité sont-elles les mêmes en cas d'expropriation individuelle qu'en cas de « nationalisation »? Les constitutions qui prescrivent encore le paiement rapide d'une indemnité juste et effective visent l'expropriation ordinaire et courante, c'est-à-dire celle qui revêt un caractère individuel et personnel. Bien mieux, même les pays dont la constitution prévoit ce genre d'indemnisation, lorsqu'ils procèdent à des expropriations générales et impersonnelles, adoptent un système différent pour les réglementer. On verra plus loin, en examinant la pratique relative aux « nationalisations », les conséquences internationales qu'a eues l'institution de ce système nouveau. Commençons toutefois par examiner le système suivi pour l'expropriation ordinaire et courante, bien que la distinction ne puisse être formulée en termes absolus, étant donné que, techniquement, chacun des deux systèmes peut s'appliquer aux expropriations de l'une et l'autre catégorie. Néanmoins, la distinction a de l'importance lorsqu'il s'agit d'apprécier comme il convient les deux grandes tendances de la pratique en ce domaine.

18. — Montant de l'indemnité et critères a appliquer pour évaluer les biens expropriés

74. En ce qui concerne le montant de l'indemnité, la tendance générale, dans les expropriations individuelles, a été et continue d'être en faveur du paiement d'une indemnité « juste » ou « adéquate ». C'est ce que confirme la jurisprudence internationale, encore qu'elle ne soit ni très abondante ni précise sur ce sujet, du moins pour ce qui est de la pratique traditionnelle. Dans l'affaire du chemin de fer de la baie de Delagoa (1900), le tribunal, aux termes du compromis du 13 juin 1891, était chargé de « ... fixer comme il le jugera le plus juste le montant de la compensation due par le Gouvernement portugais ... » [99]. Le tribunal a ordonné le versement d'une somme de 15.500.000 francs à titre d'indemnité [100]. Dans l'affaire des réclamations norvégiennes (1922), la Cour permanente d'arbitrage a déclaré que les demandeurs avaient droit à une « ... juste indemnité ... conformément au droit interne des Etats-Unis et au droit international ... » [101]. La Cour permanente de justice internationale, dans l'affaire de l'usine de Chorzów, a déclaré que l'indemnité « équitable » est une condition de la légalité de l'expropriation [102].

---

[97] Voir W. Friedman, « Some Impacts of Social Organization on International Law », *American Journal of International Law* (1956), vol. 50, p. 506.

[98] Voir par exemple Viénot, *Nationalisations étrangères et intérêts français* (1953), p. 38; Report of the Committee on Nationalization of Property, dans *Proceedings and Committee Reports of the American Branch of the International Law Association* (1957, 1958), p. 66 et 67; Report of the Netherlands Branch, dans *International Law Association*, New-York, *University Conference* (1958), p. 18 et 22; résolution du Comité pour la protection des investissements à l'étranger en temps de paix, adoptée à la Conférence de Cologne (1958) de l'International Bar Association et citée à la n. 66 ci-dessus; Barros Jarpa, *Answers to the Questionnaire of the International Committee on Nationalization*, étude distribuée en anglais au cours de la Conférence de l'ILA (1958), p. 2. Selon Viénot, « Cette compensation doit présenter un triple caractère selon les termes maintenant très généralement adoptés; elle doit être prompte, adéquate et effective... La rapidité du versement de l'indemnité est incontestablement un élément fondamental de la valeur de l'indemnisation. Quant à l'adjectif « adéquate », il implique une équitable estimation du préjudice subi et la remise au propriétaire dépossédé d'une masse de biens en nature ou en espèces, équivalente à celle dont il a été privé. Le terme « effective » implique que l'indemnisation ne doit pas être une simple promesse, ou revêtir des modalités telles que le bénéficiaire ne puisse disposer de l'indemnité.»

[99] Voir Moore, *op. cit.*, vol. II, p. 1875.

[100] Voir *Sentence finale du Tribunal arbitral de Delagoa* (Berne, 1900), p. 89. Toutefois, en ce qui concerne la nature véritable de cette « indemnité », voir s.-sect. 32 ci-dessous.

[101] Voir *The Hague Court Reports* (1932), vol. II, p. 69.

[102] Publications de la Cour permanente de Justice internationale, *Recueil des Arrêts*, série A, n° 17, p. 46. Comme on le verra plus loin, le terme « équitable » avait le même sens pour la Cour que le mot « juste » ou « adéquate ».

75. L'expression « indemnité *adéquate* » et d'autres expressions semblables figurent dans un certain nombre de traités, à la majorité desquels les Etats-Unis sont parties. Généralement, ces instruments mentionnent, à titre complémentaire, les deux autres conditions que doit remplir l'indemnité selon la conception orthodoxe, c'est-à-dire exigent qu'elle soit en outre « prompte » et « effective ». On peut citer, à titre d'exemple, le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu avec la Grèce le 3 août 1951, dont l'article VII prévoit « le paiement rapide d'une indemnité équitable ... sous une forme aisément convertible en espèces ... [correspondant] à la valeur intégrale des biens ... », le traité de même objet signé avec le Japon le 2 avril 1958, qui contient une disposition semblable et l'accord concernant la politique commerciale conclu le 14 novembre 1946 avec la Tchécoslovaquie et prévoyant une « indemnité convenable et substantielle ». La Convention économique de Bogota signée à la neuvième Conférence internationale américaine (1948) est le plus explicite sur ce point: « Les Etats n'entreprendront aucune mesure discriminatoire contre les investissements, pouvant priver de leur droit de propriété légalement acquis les entreprises ou les capitaux étrangers pour des raisons ou dans des conditions autres que celles prévues par la Constitution ou les lois de chaque pays au sujet de l'expropriation de propriétés nationales. Toute expropriation sera accompagnée du paiement d'un juste prix de façon diligente, adéquate et effective [103].» La Convention entre la Belgique et la Pologne concernant certaines questions relatives aux biens, droits et intérêts, du 30 décembre 1922, prévoyait une indemnité « convenable » (art. IV) et l'Accord préliminaire danorusse, du 23 avril 1923, une « pleine et entière » compensation (art. IV). Certains traités conclus depuis la dernière guerre entre pays européens contiennent aussi une clause prévoyant une indemnité juste ou adéquate [104].

76. Etant donné la forte influence que le droit interne a exercée tant sur la jurisprudence internationale et sur les traités que nous venons de citer que sur la doctrine générale touchant cette question, il n'est pas inutile de souligner l'évolution que semblent révéler les constitutions les plus récentes. Les constitutions d'avant-guerre prescrivaient généralement — ou prescrivent lorsqu'elles sont encore en vigueur — une indemnité « juste », « adéquate » ou « totale ». En revanche, les constitutions postérieures à la guerre emploient fréquemment des termes tels que « équitable » *(fair, equitable)* et « raisonnable ». Bien entendu, ces différences peuvent très bien s'expliquer, du moins dans certains cas, par des raisons de pure terminologie et non par une transformation de la notion et du régime de la propriété privée et, par conséquent, des règles relatives au montant de l'indemnité due par l'Etat. Ce qui est beaucoup plus important, c'est qu'un grand nombre de constitutions modernes qui font de l'indemnité une condition de l'expropriation pour cause d'utilité publique ou bien sont muettes sur ce que doit être l'indemnité ou bien autorisent l'Etat à la fixer au moment de l'expropriation [105].

77. En dépit des considérations qui précèdent, il est indiscutable que pour déterminer le quantum de l'indemnité, il ne suffit pas de dire simplement qu'elle doit être « adéquate » ou « juste » ou d'employer quelque autre qualificatif. L'emploi d'un de ces termes, même lorsque son interprétation ne laisse place à aucun doute, soulève immédiatement la question de savoir quel est en fait le montant de l'indemnité qu'il convient de verser au propriétaire des biens expropriés dans les différentes hypothèses et circonstances qui peuvent se présenter. En d'autres termes, il faut connaître le critère ou les critères selon lesquels on calculera la valeur des biens qui ont fait l'objet de l'expropriation. A cet égard, il nous faut avant tout rappeler que, malgré leur analogie indéniable et leurs points communs, il ne faut pas confondre les critères que nous venons de mentionner avec ceux qu'on applique pour fixer l' « indemnité » en cas de dommage causé par des actes ou des omissions « illicites » imputables à l'Etat. Malheureusement, lorsqu'on ramène le problème à celui des critères applicables aux cas d'expropriation proprement dite, il est très difficile sinon tout à fait impossible de présenter de façon systématique ceux qui semblent avoir été suivis dans la pratique. Par exemple, on relève dans la jurisprudence internationale celui qu'a énoncé, bien que de façon indirecte, la Cour permanente dans l'affaire souvent citée dans la présente section: « ... la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la dépossession, plus les intérêts jusqu'au jour du paiement » [106].

78. Même ainsi, les difficultés ne sont pas toutes résolues. Par exemple, quel rôle doit jouer, dans le calcul de leur valeur (marchande), la dépréciation qu'ont pu subir les biens ou la monnaie dans laquelle on indemnisera les propriétaires? Comment procédera-t-on pour évaluer les créances et autres biens incorporels? Ces questions et beaucoup d'autres, qui peuvent se présenter dans la pratique et qui se sont présentées en fait, n'ont pas reçu dans tous les cas la même réponse et ne seront pas toujours susceptibles, non plus, d'être résolues selon des critères rigides et préétablis. Cette incertitude très grande tient, nous le répétons, aux différentes situations qui résultent de l'expropriation, dues elles-mêmes à la variété des biens qui peuvent faire l'objet d'une expropriation et à la diversité des situations dans lesquelles elle a lieu [107].

19. — Modalités du paiement et délai dans lequel il doit intervenir

79. Les deux autres conditions requises par la théorie orthodoxe pour que l'indemnité satisfasse aux exigences du droit international — à savoir que l'indemnité soit « prompte » et « effective » — ne sont pas aussi bien établies en jurisprudence que la condition que nous venons d'examiner, même pour les expropriations individuelles. L'absence de précédents suffisants à cet égard est particulièrement sensible pour ce qui est du caractère « effectif » de l'indemnité. En revanche, il existe dans la jurisprudence internationale un certain nombre de décisions mentionnant expressément la promptitude

[103] Art. 25. Toutefois, sept des pays signataires ont formulé des réserves à l'égard de cette disposition de l'Accord. Voir *Conferencias Internacionales Americanas*, 2e suppl., 1945-1954 (1956), p. 163, 169 et 170.

[104] Voir Foighel, *op. cit.*, p. 116.

[105] Voir Peaslee, *Constitutions of Nations* (1950).

[106] *Loc. cit.*, série A, n° 17, p. 47.

[107] En ce qui concerne les critères et les considérations dont il y a lieu de tenir compte pour évaluer les biens expropriés, voir Joseph, *loc. cit.*, p. 4 et 5, et Brandon, « Legal Aspects of Private Foreign Investments », *The Federal Bar Journal* (Washington, 1958), vol. 18, p. 314 et 315.

(ou la diligence) avec laquelle le paiement doit être effectué. Par exemple, dans l'affaire des réclamations norvégiennes, la Cour a parlé d'une « ... juste indemnité sans retard » [108] et, dans l'affaire Goldenberg (Allemagne c. Roumanie, 1928), l'arbitre a déclaré que « ... 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 » [109].

80. Sur ce point, nous l'avons vu, les traités exigent en général non seulement que l'indemnité soit « adéquate », mais encore que le paiement soit « prompt » et « effectif ». Mais on trouve aussi une autre catégorie de traités, caractéristiques de la période d'après guerre, qui prévoient expressément l'exécution en plusieurs versements *(instalments)* ou acomptes échelonnés parfois sur un certain nombre d'années. Les instruments auxquels nous faisons allusion ne sont pas ceux qu'on appelle les *lump-sum agreements*, typiques d'une pratique nouvelle que nous examinerons plus loin, mais les traités qui envisagent essentiellement le paiement d'une indemnité couvrant la valeur totale des biens expropriés [110]. Il faut cependant tenir compte aussi du fait que les traités de cette seconde catégorie plus récente consacrent le règlement intervenu entre les Etats intéressés dans les cas de « nationalisation » opérée par l'un d'entre eux. En revanche, les traités de la première catégorie ont un caractère nominatif. En attendant de voir, plus loin, les conclusions qu'il est possible de tirer à ce sujet, examinons la situation en droit interne.

81. Nous avons vu que la grande majorité des dispositions constitutionnelles relatives à l'expropriation prescrivent encore le paiement d'une indemnité correspondant à la valeur des biens expropriés. Cependant, environ la moitié d'entre elles seulement exigent le paiement « préalable » ou le « prompt » paiement de l'indemnité. Celles qui n'imposent pas à l'Etat cette obligation supplémentaire, ou bien sont muettes sur ce point ou même disposent expressément que dans certains cas d'urgence le paiement de l'indemnité peut être différé [111]. En ce qui concerne le caractère « effectif », on ne peut pas s'attendre, pour des raisons évidentes, à ce que les constitutions contiennent des dispositions fixant les modalités du paiement. Dans la pratique courante, le paiement se fait en espèces et au comptant, bien entendu dans la monnaie ayant cours légal. Les lois portant nationalisation qui ont été adoptées après la guerre en Europe instituent fréquemment, même dans certains pays d'Europe occidentale, le système du paiement différé. Comme on le verra dans la section suivante, le paiement a eu lieu sous forme de remise de titres de l'Etat.

20. — Système de l'indemnité « forfaitaire » *(lump-sum agreements)*

82. Jusqu'ici, nous avons surtout examiné la pratique relative aux expropriations individuelles. Nous allons examiner maintenant la pratique touchant les nationalisations, en particulier celles qui ont eu lieu immédiatement après la deuxième guerre mondiale, dans le cadre du vaste programme de réformes économiques et sociales entrepris par divers pays d'Europe orientale et occidentale. C'est à propos de ces expropriations de caractère général et impersonnel qu'ont été conclus les accords appelés *lump-sum agreements;* il s'agit d'un système en vertu duquel l'Etat expropriant et l'Etat dont sont ressortissants les étrangers touchés par les mesures d'expropriation conviennent du versement d'une somme « globale » ou « forfaitaire » à titre d'indemnité pour l'ensemble des biens expropriés, quelle que soit leur valeur réelle. Le système présente toutefois de l'intérêt non seulement du point de vue du montant de l'indemnité mais encore, dans une plus ou moins grande mesure, du point de vue des caractères « prompt » et « effectif » de l'indemnité comme on pourra le voir plus loin [112].

83. Les nationalisations effectuées en Europe après la guerre présentent, du point de vue de l'indemnité, certains aspects et particularités qu'il est possible de résumer comme suit. En premier lieu, l'indemnisation pour les biens ou entreprises expropriés a été prévue dans tous les cas. Dans les pays d'Europe centrale, une exception a été faite pour les personnes qui avaient collaboré avec l'ennemi pendant la guerre ou dont la conduite avait été antipatriotique, auquel cas le défaut d'indemnité a donné à l'expropriation le caractère d'une confiscation imposée à titre de sanction pénale. Dans les autres cas l'indemnité n'a pas correspondu généralement à la totalité de la valeur des biens ou des entreprises, ni même parfois à la moitié de cette valeur, calculée selon les divers critères adoptés à cet effet. Dans des cas exceptionnels, on a prévu le paiement immédiat de l'indemnité, effectué, en règle générale par la remise de bons d'Etat, ou parfois d'actions des entreprises expropriées elles-mêmes, remboursables dans des délais plus ou moins longs. Par ailleurs, pratiquement aucune loi n'a fait de différence selon la nationalité des intéressés, et certaines d'entre elles ont même accordé un traitement préférentiel aux étrangers touchés par la nationalisation [113].

84. Le système institué par les accords que nous avons mentionnés présente certaines caractéristiques générales qu'il conviendrait de signaler avant d'examiner les aspects concernant plus directement l'indemnité [114]. Tout d'abord, comme nous l'avons dit, à la différence des accords conclus en vue de fixer pour l'avenir le quantum, le moment et la forme de l'indemnité, ces accords sont conclus à posteriori et règlent un litige ou mettent fin à une certaine situation entre les

[108] Voir *loc. cit.*, n. 76 ci-dessus.

[109] ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 909. Dans une autre décision arbitrale (Portugal c. Allemagne, 1930), on a parlé d'un « délai raisonnable ». Voir *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, années 1929-1930, p. 151.

[110] Voir sur ces instruments Foighel, *op. cit.*, p. 120 et 121.

[111] Voir Peaslee, *op. cit.*, *passim*.

[112] Ce système semble avoir été adopté pour la première fois dans l'accord conclu entre la Suède et l'Union soviétique, le 30 mai 1941, et dont le texte n'a pas été publié. Voir Foighel, *op. cit.*, p. 97. On pourrait aussi en voir des applications dans les sommes versées pour désintéresser les entreprises pétrolières américaines et britanniques nationalisées par le Mexique avant la guerre. Voir Friedman, *op. cit.*, p. 28 et 29.

[113] Sur ces caractéristiques et certaines autres que présentent à cet égard les lois européennes d'après guerre, voir Doman, « Postwar Nationalization of Foreign Property in Europe », *Columbia Law Review* (1948), vol. 48, p. 1140 et suiv.

[114] La liste de ces accords — 25 au total — est donnée dans Foighel, *op. cit.*, p. 133.

deux Etats intéressés. Dans cet ordre d'idées, le système envisage une indemnité « négociée », distincte et indépendante de celle que peuvent avoir fixée unilatéralement les lois de nationalisation. De ce fait, les accords utilisent en règle générale des formules de « compromis », qui varient selon les cas et les circonstances. A cet égard, le système présente une analogie marquée avec celui qui a été appliqué dans d'autres accords conclus dans le passé pour fixer aussi le montant forfaitaire à verser à titre de « réparation » intégrale des dommages causés à des étrangers par des actes ou des omissions illicites imputables aux Etats contractants, et qui ont eu pour effet de liquider ou de satisfaire les réclamations individuelles motivées par lesdits actes ou omissions [115]. C'est là ce qui donne à son tour aux accords que nous examinons une autre de leurs caractéristiques, à savoir leur effet libératoire. L'accord suisso-yougoslave, par exemple, stipule en son article 3 qu'une fois effectué le versement de l'indemnité convenue, le Gouvernement suisse considérera comme définitivement liquidées toutes les réclamations formulées par des Suisses. Le système offre d'autres caractéristiques et présente d'autres aspects qui n'ont pas autant d'intérêt aux fins du présent rapport [116].

85. Bien que le système des *lump-sum agreements* offre aussi de l'intérêt du point de vue des caractères « prompt » et « effectif » de l'indemnité, ce qui le caractérise essentiellement c'est que l'on convient d'une somme forfaitaire pour indemniser les nationaux de l'Etat demandeur de la totalité des biens expropriés. Le rapport entre cette somme et la valeur réelle des biens ou, le cas échéant, le montant total des réclamations varie sensiblement d'un accord à l'autre. On a calculé par exemple que l'indemnité que la Pologne a convenu de verser à la Grande-Bretagne ne couvrait qu'un tiers de la valeur des investissements britanniques et la proportion a été la même pour l'indemnité convenue avec la Tchécoslovaquie. En revanche, on estime qu'en vertu de l'arrangement conclu avec la Yougoslavie, l'indemnité a atteint la moitié de la valeur des investissements et que, dans l'accord conclu avec la France au sujet des intérêts britanniques dans l'industrie du gaz et de l'électricité, l'indemnité s'élève à 70 pour 100 de la valeur des investissements [117]. Ces exemples, qui donnent une idée du rapport pouvant exister entre le montant de l'indemnité stipulée dans d'autres accords et la valeur estimative des biens ou le montant total des réclamations, démontrent que le système, loin d'envisager une compensation « juste » ou « adéquate », prévoit une indemnité « partielle », dont le montant varie sensiblement selon le cas et les circonstances. Par ailleurs, le système ne présente pas d'uniformité absolue quant au critère à appliquer pour évaluer les biens et déterminer le montant de l'indemnité [118], ce qui s'explique très bien si l'on considère la variété et la diversité des situations qui donnent lieu à ce genre de règlement international.

86. Quant à la « promptitude », on ne convient pas, en règle générale, du paiement immédiat de la totalité de l'indemnité. On trouve une exception à cette règle dans l'accord conclu entre la Yougoslavie et les Etats-Unis et prévoyant l'utilisation d'une partie des fonds que le Gouvernement yougoslave avait transférés à la Federal Reserve Bank pendant l'occupation allemande. Les autres accords prévoient le paiement de l'indemnité en deux ou plusieurs versements, avec ou sans intérêts et souvent sous forme d'obligations ou d'actions des industries ou entreprises expropriées. Par exemple, selon l'accord franco-britannique mentionné au paragraphe précédent, les titres de créances devaient être payés en sept annuités et porter intérêt à 3 pour 100. Dans les accords conclus avec les pays d'Europe orientale, les versements s'échelonnent sur 17 ans; toutefois, aux termes de certains de ces accords, le premier versement représente une très importante fraction de l'indemnité. Comme on pourra s'en rendre compte, la « promptitude » avec laquelle le paiement de l'indemnité convenue doit être effectué dépend nécessairement, dans chaque cas, des circonstances et, en particulier, des ressources et de la capacité de paiement réelle de l'Etat expropriant. Même lorsqu'il s'est agi d'indemnité « partielle », très peu d'Etats se sont trouvés en fait dans une situation économique et financière suffisamment aisée pour pouvoir verser en une seule fois et immédiatement la totalité de l'indemnité convenue.

87. Il en est de même en ce qui concerne le caractère « effectif » de l'indemnité. Bien que les accords prévoient des formes très diverses et différentes de paiement de l'indemnité, ce paiement s'effectue généralement sous forme de cession, par l'Etat expropriant, d'avoirs qui étaient bloqués dans l'autre Etat ou sous forme de livraison ou de fourniture de certaines matières premières ou d'autres marchandises. On trouve des exemples de ce mode de paiement en nature dans l'accord franco-polonais qui prévoit la livraison de quantités déterminées de charbon pendant un certain nombre d'années. Comme exemple de paiements effectués sous la première forme, on peut citer, outre l'accord américano-yougoslave dont nous avons parlé, celui qu'ont conclu la Suisse et la Roumanie et en vertu duquel 25 pour 100 de l'indemnité convenue devaient être payés sur les fonds roumains bloqués dans des banques suisses. L'accord hungaro-suisse, en revanche, stipulait qu'une partie de l'indemnité serait versée dans la monnaie légale de l'Etat expropriant.

21. — Considérations générales sur les conditions que doit remplir l'indemnité

88. Lorsque nous avons examiné précédemment l'obligation internationale qui incombe à l'Etat d'indemniser les titulaires de droits étrangers, nous avons laissé de côté la question de savoir quel est le droit qui la régit, c'est-à-dire la question de savoir, une fois admise l'existence de cette obligation, dans quelle mesure elle est régie par le droit international lui-même ou jusqu'à quel point il appartient au droit interne de fixer le quantum de l'indemnité ainsi que le moment et les modalités de son paiement. Cette deuxième question, qui est d'ordinaire celle qui suscite vraiment les plus grandes difficultés, peut être examinée maintenant à la lumière des précédents cités plus haut. Pour rester fidèle

[115] Sur ce point voir Whiteman, *op. cit.*, vol. III, p. 2067 et 2068.

[116] Sur ces autres aspects et caractéristiques voir Bindschedler, « La protection de la propriété privée en droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1956-II), vol. 90, p. 278 à 297.

[117] Voir Schwarzenberger, « The Protection of British Property Abroad », *Current Legal Problems* (1952), vol. 5, p. 307.

[118] Voir à ce sujet Foighel, *op. cit.*, p. 117 à 119.

à la méthode que nous avons suivie jusqu'ici, nous distinguerons de nouveau entre l'expropriation individuelle et les nationalisations, parce que les conditions que doit remplir l'indemnité ne pourront pas toujours être les mêmes dans les deux cas.

89. Voyons tout d'abord les conditions auxquelles doit satisfaire l'indemnité lorsqu'il s'agit d'expropriations ordinaires et courantes. En ce qui concerne son « quantum », le principe général consacré par la pratique judiciaire et diplomatique et même par la majorité des constitutions nationales, veut que l'indemnité soit « adéquate », c'est-à-dire qu'elle corresponde à la valeur des biens expropriés. Nous disons principe « général » parce qu'il peut y avoir des cas ou des situations dans lesquels il y a lieu de considérer comme valables et effectives, tant du point de vue interne que du point de vue international, des indemnités qui n'arrivent pas à couvrir la valeur totale des biens. Par exemple, si des capitaux étrangers ont été investis dans un pays dont le droit ne prévoit pas le paiement d'une indemnité intégrale ou complète, rien ne permettra d'exiger de cet Etat une indemnité correspondant à la valeur réelle des biens. Parmi les exceptions auxquelles peut être soumis le principe général imposant à l'Etat l'obligation d'indemniser, mentionnons aussi le cas des investissements régis par un système constitutionnel qui ne prescrit pas le versement d'une indemnité ou laisse la question à l'entière discrétion de l'Etat. La situation est sensiblement la même et doit être réglée de la même façon. Dans aucun de ces cas, on ne serait fondé à invoquer le principe du respect des droits acquis.

90. En revanche, ce qui serait contraire au droit international, ce serait que l'Etat expropriant, lorsqu'il fixe le montant de l'indemnité, fasse une distinction entre nationaux et étrangers au préjudice de ces derniers, dans l'hypothèse, peu fréquente en pratique, où les expropriations de cette catégorie porteraient atteinte aux droits de propriétaires ou de titulaires nationaux et étrangers. Fisher Williams a dit, il y a assez longtemps déjà, formulant ainsi ce qui a fini par devenir la doctrine dominante en cette matière, que « dans le cas d'un traité ou d'une autre obligation contractuelle ou quasi-contractuelle imposant à l'Etat une attitude déterminée à l'égard des propriétaires étrangers, il n'existe aucun principe général de droit international qui l'oblige à ne pas exproprier sauf à être tenu de verser une indemnité complète *(full)* ou « adéquate »... Cette conclusion n'implique pas qu'un Etat, en l'absence d'un traité ou d'une autre obligation contractuelle, soit libre de faire une distinction au préjudice des étrangers et de porter atteinte *(attack)* à leurs biens seulement »[119]. Les mêmes observations et les mêmes principes valent lorsqu'il s'agit des caractères « prompt » et « effectif » de l'indemnité. Sur ces deux points, la pratique permet encore moins d'affirmer avec certitude l'existence de règles précises de droit international. Si le moment et les modalités du paiement sont conformes aux exigences du droit interne et si, de plus, l'indemnité ne paraît arbitraire à aucun de ces deux égards, il ne semble pas qu'il y ait aucune raison d'exiger de l'Etat qu'il hâte le paiement ou qu'il s'exécute sous une forme plus effective. Malgré l'absence de normes internationales réglant avec précision ces deux aspects de l'indemnité, il sera possible d'exiger pour les étrangers le traitement juridique le plus favorable auquel les nationaux de l'Etat expropriant peuvent prétendre dans les mêmes circonstances.

91. Passons maintenant aux « nationalisations ». En ce qui concerne les expropriations de cette catégorie, du fait sans doute de la complexité des situations qu'elles créent et de l'imprécision qui caractérise encore la pratique, trois tendances différentes continuent de se manifester en doctrine. La première est représentée par la thèse orthodoxe, soutenue non seulement par les auteurs et les associations cités dans la note 98, mais par d'autres encore qui estiment aussi que la distinction entre les deux catégories d'expropriations n'a aucun effet juridique sur le « quantum » de l'indemnité pas plus que les caractères « prompt » et « effectif » du paiement parce que les principes fondamentaux restent les mêmes[120]. Lorsque Lapradelle a présenté son projet à l'Institut de droit international, certains des membres de l'Institut en ont critiqué la disposition relative à cette question en soutenant que la théorie orthodoxe s'appliquait aux nationalisations[121]. A l'autre extrême, d'autres auteurs estiment qu'en cas de nationalisations impliquant un changement de la structure économique et sociale du pays, la question de l'indemnité relève, sous tous ses aspects, du pouvoir discrétionnaire de l'Etat; ils font ainsi leur la position prise ou soutenue par certains gouvernements dans le passé comme à l'heure actuelle[122]. Un troisième groupe d'auteurs qui tend, semble-t-il, à constituer la majorité est nettement favorable à l'application de principes plus souples et, par conséquent, conformes au système des *lump-sum agreements*. Un des premiers à soutenir que l'obligation de payer une indemnité intégrale pourrait rendre pratiquement impossible une réforme envisagée a été le juge Lauterpacht[123]. Cette idée de l' « impossibilité » matérielle est partagée par d'autres auteurs appartenant au même groupe[124]. D'autres sont plus explicites et insistent sur le fait que parmi les facteurs dont il y a lieu de tenir compte, tant en ce qui concerne le montant de l'indemnité que le moment et les modalités du paiement, figure au premier plan « la capacité de paiement » de l'Etat qui procède aux nationalisations[125].

[119] « International Law and the Property of Aliens », *British Year Book of International Law* (1928), p. 28. Voir dans le même sens Cavaglieri, « La notion des droits acquis et son application en droit international public », *Revue générale de droit international public* (1931), vol. 38, p. 296. Voir aussi les auteurs cités dans les n. 89 à 91-ci-dessus.

[120] Voir Podestá Costa, *Derecho Internacional Público* (3e éd. 1955), vol I, p. 469 et 470; Bullington, « Treatment of Private Property of Aliens in Land in Time of Peace », *Proceedings of the American Society of International Law* (1933), p. 108; Rubin, « Nationalization and Compensation: a Comparative Approach », *University of Chicago Law Review* (1950), vol. 17, p. 460.

[121] Voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, vol. I, p. 73 à 112, et 1952, vol. II, p. 251 et suiv.

[122] En ce sens, voir, par exemple, Friedman, *op. cit.*, p. 208.

[123] « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1937-IV), vol. 62, p. 346. Voir aussi Oppenheim-Lauterpacht, *International Law* (8e éd., 1955), vol. I, p. 352. L'argument de l' « impossibilité financière » a été invoqué par la Roumanie lors de la réforme agraire effectuée dans ce pays entre 1920 et 1930 (voir l'ouvrage cité dans la n. 58, ci-dessus), puis par le Mexique à l'occasion aussi de la réforme agraire (voir Kunz, *loc. cit.*, p. 27).

[124] Voir De Visscher, *Théories et réalités en droit international public;* Bindschedler, *loc. cit.*, p. 250.

[125] Voir notamment Lapradelle, « Les effets internationaux des nationalisations », art. 11 du projet présenté à l'Institut de droit international, *Annuaire*, 1950, vol. I, p. 69; Chargue-

92. Approuvant sans réserve cette dernière tendance de la doctrine, nous pouvons ajouter que la solution du problème exige que l'on tienne compte non seulement de considérations de caractère juridique mais encore de motifs d'équité et de raisons d'ordre pratique, technique et politique. L'argument de l' « impossibilité » a une grande importance en ce sens que si l'on veut appliquer logiquement l'idée même qui légitime l'expropriation en général — à savoir que l'intérêt privé, national ou étranger, doit le céder à l'intérêt de la collectivité — il ne serait pas juste de priver les Etats qui ne se trouvent pas dans une situation financière aisée, pour ne rien dire des Etats insuffisamment développés, de la faculté d'exploiter directement leurs ressources naturelles et les industries et entreprises de services publics ou autres qui ont pu s'établir chez eux. La « capacité de paiement » a aussi de l'importance du point de vue des caractères « prompt » et « effectif » de l'indemnité non seulement en ce sens qu'il faut en tenir compte à ces deux égards, mais encore parce que si l'on ne presse pas l'Etat expropriant de payer ou si on lui donne des facilités quant aux modalités du paiement, dans beaucoup de cas il pourra certainement verser une indemnité plus « adéquate » compte tenu de la valeur des biens [126]. En conclusion, dans les cas de « nationalisation », l'indemnité doit satisfaire à des conditions ou exigences souples, beaucoup moins rigides que celles qu'il convient d'imposer dans les cas d'expropriations ordinaires et courantes. Toutefois, ni cette règle, ni rien de ce que nous avons dit ne doit être interprété comme un abandon du principe de la non-distinction entre nationaux et étrangers au préjudice de ces derniers, principe dont le respect est de rigueur dans toute mesure portant atteinte à des droits acquis; ces considérations n'autorisent pas davantage l'Etat à fixer une indemnité qui, soit par son montant, soit par le moment ou par les modalités de son paiement, transforme l'expropriation en une mesure de confiscation ou en une véritable spoliation.

CHAPITRE III

DROITS CONTRACTUELS

I. — Le traité et le contrat en tant que sources de droits privés

93. La thèse selon laquelle l'Etat a les mêmes obligations internationales dans ses relations contractuelles avec les particuliers étrangers que dans les relations de même caractère qu'il entretient avec des Etats tiers s'est affirmée récemment. Plus exactement, le principe *pacta sunt servanda*, qui consacre le respect des droits privés acquis en vertu d'un traité, s'applique également aux droits acquis en vertu de contrats passés entre l'Etat et des étrangers. Les conséquences de cette thèse sont évidentes: dans l'un et l'autre cas, l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale découlent ou dépendent exclusivement de la simple inexécution de l'obligation contractuelle en cause.

94. Cependant, en dehors de l'analogie purement formelle qui existe entre le traité et ces relations contractuelles et sur laquelle repose la thèse en question, y a-t-il une autre justification permettant d'assimiler, du point de vue de la responsabilité, ces deux catégories de relations, de droits et d'obligations? A l'heure actuelle, le problème ne se pose naturellement pas de la même façon que dans la doctrine et dans la pratique traditionnelles et on ne peut pas non plus le résoudre entièrement à l'aide des notions et des principes que l'une et l'autre ont consacrés. La présence de certaines particularités dans les relations contractuelles entre les Etats et les étrangers oblige à réexaminer certains des aspects fondamentaux de la question; c'est ce que nous nous proposons de faire dans le présent chapitre.

22. — Traités ayant pour objet des droits privés de caractère patrimonial

95. Voyons d'abord quelle est la situation qui existe en ce qui concerne les droits privés acquis en vertu d'un traité international. Les instruments dont nous parlons se présentent sous des formes diverses, ce qui n'offre d'ailleurs pas nécessairement une importance particulière aux fins du présent rapport. Cela est vrai notamment de la distinction que l'on établit souvent entre les traités qui se bornent à créer des droits et des obligations entre les Etats contractants et ceux qui, en outre, confèrent directement certains droits aux ressortissants de tous les Etats parties à l'instrument ou de certains d'entre eux. L'exemple que l'on cite le plus souvent à cet égard est le traité de 1921 entre la Pologne et la Ville de Dantzig *(Beamtenabkommen)* au sujet duquel la Cour permanente de Justice internationale a déclaré que, si telle était l'intention des parties contractantes, rien n'empêchait les individus d'acquérir directement des droits en vertu d'un traité [127]. Comme on le verra plus loin, la question qui est d'une importance fondamentale du point de vue de la responsabilité internationale est uniquement celle de savoir si l'Etat n'a pas exécuté les obligations stipulées dans le traité; à cet égard, l'acte ou l'omission qu'on peut lui imputer n'ont aucune importance.

96. Les traités qui interdisent expressément à un Etat contractant d'exproprier certains biens déterminés constituent l'une des catégories d'instruments dont nous voulons parler. Quelques-uns des traités de paix conclus après la première guerre mondiale contenaient des dispositions de ce genre. La Convention de Genève du 15 mai 1922, entre l'Allemagne et la Pologne, qui interdisait à celle-ci d'exproprier certains biens en Haute-Silésie polonaise, a permis à la Cour permanente de se prononcer sur les effets juridiques de l'inexécution d'une clause de ce genre [128]. Il existe un acte précédent à ce type de traités: les traités de commerce et de navigation que le Japon a conclus à la fin du siècle dernier avec le Royaume-Uni, l'Allemagne et la France, et qui ont donné eux aussi lieu

raud-Hartman, « Les intérêts étrangers et la nationalisation », *Etudes internationales*, 1948, vol. I, p. 348; Vitta, *La Responsabilità Internazionale dello Stato per Atti Legislativi* (1953), p. 143 et suiv.; Guggenheim, « Les principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1952-I), vol. 80, p. 128. A l'opposé de cette opinion, on a soutenu que « ... le droit d'exproprier d'un souverain doit être subordonné à sa capacité de paiement ». Voir Charles Ch. Hyde, « Compensation for Expropriation », *American Journal of International Law*, 1939, vol. 33, p. 112.

[126] On a fait valoir que le système des *lump-sum agreements* présentait d'autres avantages d'ordre pratique, technique et politique. Sur ce point, voir Foighel, *op. cit.*, p. 98.

[127] Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, avis consultatifs, série B, n° 15, p. 17 et 18.

[128] A ce sujet voir chap. II, s.-sect. 12 ci-dessus.

à un litige dont la Cour permanente d'arbitrage a été saisie [129]. Les instruments qui visent à protéger la propriété privée et d'autres droits patrimoniaux, sans interdire l'expropriation mais en la soumettant à diverses conditions, demeurent assez fréquents.

97. Les traités de cette catégorie n'accordent pas tous le même système de protection. Cependant, l'objet de ces instruments est en général de protéger la propriété privée contre l'exercice arbitraire du droit d'expropriation, en particulier en ce qui concerne les conditions de l'indemnisation. Certains se bornent à exiger une indemnité pour tous les biens ou pour certaines catégories de biens expressément mentionnés dans le traité. D'autres exigent en outre le respect des conditions prescrites par le droit interne de la même façon que pour les ressortissants de chacun des Etats contractants. Certains, en revanche, fixent directement et expressément les conditions qui doivent être remplies. Nous avons eu l'occasion, dans le chapitre précédent, de donner des exemples de ces différentes formes et modalités [130].

98. Il n'est pas nécessaire d'insister sur le fondement de la responsabilité internationale de l'Etat dans des cas de ce genre: la simple inobservation de l'interdiction d'exproprier ou des conditions auxquelles est soumis l'exercice du droit d'expropriation implique l'inexécution d'une obligation « internationale ». Conformément à la terminologie employée dans le présent rapport, il s'agit d'une inexécution « illicite » (s.-sect. 28 ci-dessous). Il reste cependant l'éventualité assez vraisemblable qu'un instrument du genre de ceux que nous avons mentionnés ne soit pas suffisamment explicite et qu'il faille recourir aux règles du droit international relatives à l'interprétation et à l'application des traités pour savoir si la mesure prise par l'Etat est entièrement conforme aux clauses de l'instrument. Par cette voie, on peut arriver à une autre hypothèse: celle dans laquelle la mesure considérée ou les circonstances dans lesquelles elle a été prise ou exécutée prouvent qu'il s'agit d'une situation qu'il conviendrait, au mieux, de considérer comme un « abus de droit » de la part de l'Etat et qui a causé à l'étranger un dommage injustifié et incompatible avec les buts de l'instrument. Dans une telle hypothèse, l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale dépendraient plutôt de la notion d' « arbitraire ».

23. — Objet et formes des contrats dits « publics »

99. De même qu'avec ses propres ressortissants, l'Etat entretient avec des personnes physiques ou morales étrangères, des relations contractuelles à des fins multiples et au moyen d'instruments de formes diverses. Par leur but ou leur objet, ces instruments peuvent en fait porter aussi bien sur l'achat-vente de marchandises diverses que sur la prestation de services déterminés, techniques ou professionnels. Un troisième groupe comprend les instruments dont l'objet est la mise en valeur de certaines ressources naturelles du pays, pétrole et autres minéraux par exemple, ou l'exploitation de certains services publics, moyens de transport ou fourniture de courant électrique, par exemple. On peut classer dans un quatrième groupe les instruments dont la nature ou le contenu est très différent: les emprunts et les bons émis par l'Etat. Comme nous le verrons dans la section II du présent chapitre, ils créent aussi essentiellement une relation contractuelle, malgré les particularités qui les caractérisent [131].

100. Les instruments que nous venons de mentionner, et plus particulièrement certains d'entre eux, sont généralement conclus entre des Etats « insuffisamment développés », c'est-à-dire ne disposant pas des moyens qu'offre la technique moderne, et des particuliers ou des sociétés ressortissants d'Etats hautement industrialisés qui ont les moyens techniques voulus pour mener à bien l'exploitation intensive des ressources naturelles des pays insuffisamment développés ou pour leur fournir les services publics indispensables à la vie moderne. Ces instruments sont donc la base sur laquelle repose la quasi-totalité des investissements de capitaux étrangers de caractère privé.

101. Du point de vue de leur nature juridique, ces instruments se présentent sous des formes différentes. Mettant à part les bons et autres titres de créance que nous avons mentionnés, on a voulu établir une distinction entre les contrats ordinaires et courants et les concessions. En premier lieu, le terme « concession », tant en droit interne que dans les relations internationales en général, s'emploie pour désigner une si grande variété d'activités qu'on a pu dire avec raison qu'en droit international, il n'existait pas de définition de ce terme [132]. Evidemment, en raison de leur contenu, les concessions supposent parfois pour le contractant, individu ou société, des droits, des prérogatives et même des devoirs de caractère semi-politique, tels que la faculté d'importer et d'exporter sans avoir à verser de droits ni d'impôts à l'Etat, le contrôle ou l'autorité sur la partie du territoire sur laquelle opère l'entreprise étrangère, notamment l'obligation de maintenir l'ordre public, le droit d'exproprier les terres nécessaires aux fins de l'exploitation, etc. [133]. Mais en dehors de cela et de leurs caractéristiques formelles, les concessions ne diffèrent pas quant au fond des contrats ordinaires et courants. Aussi estime-t-on de façon quasi unanime que les concessions constituent une des catégories de contrats que l'Etat conclut avec les particuliers [134].

---

[129] Voir S. Friedman, *Expropriation in International Law* (1953), p. 187 et 188.

[130] On trouvera d'autres clauses illustrant les différents systèmes de protection dans Wilson, « Property-Protection Provisions in the United States Commercial Treaties », *American Journal of International Law* (1951), vol. 51, p. 83 à 107, et dans M. Brandon, « Provisions Relating to Nationalization in Treaties Registered and Published by the United Nations », dans *International Bar Association, Fifth International Conference of the Legal Profession* (Monte-Carlo, 1954), p. 59 et suiv.

[131] Au sujet des différentes façons dont on a essayé d'expliquer la nature juridique particulière des « emprunts publics », voir Borchard, « International Loans and International Law », *Proceedings of the American Society of International Law* (1932), p. 143 à 148.

[132] Voir Huang, « Some International and Legal Aspects of the Suez Canal Question », *American Journal of International Law* (1957), vol. 51, p. 296.

[133] A cet égard voir McNair, « The General Principles of Law recognized by Civilized Nations », *British Year Book of International Law* (1957), p. 3.

[134] Voir Gidel, *Des effets de l'annexion sur les concessions*, (1904), p. 123. Comme on l'a dit plus récemment, une concession économique « ... est un contrat entre une autorité publique et le concessionnaire... Quelle qu'en soit la forme, une concession suppose toujours un ensemble complexe de droits et d'obligations entre le concessionnaire d'une part et l'Etat d'autre part. Ces relations ont un caractère mixte et relèvent à la fois du droit public et du droit privé ». Voir

102. En raison des particularités que nous venons de signaler et de leur importance économique, on en est venu récemment à considérer les conventions de concession comme des instruments *sui generis*, et même à les désigner sous d'autres noms [135]. On a suggéré par exemple d'adopter l'expression « accords internationaux pour le développement économique » *(international economic development agreements)*, pour souligner leur caractère international qui a pour effet d'engager la responsabilité internationale de l'Etat en cas d'inexécution [136]. Mais on touche là déjà au fond de la question, c'est-à-dire au droit qui régit les différentes relations contractuelles que l'Etat peut nouer avec des étrangers.

II. — Droit régissant les relations contractuelles entre les États et les étrangers

103. Les relations contractuelles entre l'Etat et les personnes physiques ou morales de nationalité étrangère étant analogues aux relations de même nature que les Etats établissent entre eux, peut-on affirmer en toute rigueur juridique que le principe *pacta sunt servanda* s'applique également à ces relations? Pour poser et résoudre cette question de façon satisfaisante, il faut connaître d'abord le droit ou le système juridique applicable aux différentes relations contractuelles que l'Etat peut nouer avec un étranger. Le problème est analogue, et même identique à certains égards, à celui que l'on appelle communément en droit international privé « le choix du droit applicable » *(choice of law)*, et que l'on nomme simplement, dans les cas qui nous intéressent, la « loi du contrat »: il s'agit du droit ou des règles juridiques qui, en vertu d'un accord exprès, tacite ou présumé des parties — ou le cas échéant, en vertu des dispositions impératives de la législation nationale — régissent les droits et obligations stipulés dans le contrat. Ce n'est qu'après avoir résolu cette question préalable que l'on peut savoir la mesure dans laquelle le principe *pacta sunt servanda* (en tant que principe de droit international) s'applique aux relations contractuelles entre l'Etat et les étrangers.

24. — La position traditionnelle

104. A strictement parler, le problème ne se posait même pas en droit international, puisque, comme nous l'avons indiqué dans notre deuxième rapport (A/CN.4/106, chap. IV, sect. 12), on partait du principe que ces relations contractuelles relevaient toujours du droit interne. Un des exposés les plus clairs et les plus explicites de la thèse traditionnelle figure dans l'arrêt que la Cour permanente de Justice internationale a rendu dans l'affaire des emprunts serbes (1929). En effet, de l'avis de la Cour:

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois. Les règles en peuvent être communes à plusieurs Etats et même être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas, avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des Etats. Mais, à part cela, il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne. La Cour, saisie d'un différend impliquant la question de savoir quelle est la loi qui régit les obligations contractuelles dont il s'agit, ne saurait déterminer cette loi qu'en s'inspirant de la nature même de ces obligations et des circonstances qui ont accompagné leur création, sauf à tenir compte également de la volonté exprimée ou présumée des parties [137]. »

105. Dans ces deux affaires, la Cour permanente ne considérait la question du « droit applicable » que du seul point de vue du droit international privé, c'est-à-dire envisageait la possibilité que le droit applicable pût être celui d'un Etat autre que l'Etat contractant, si les parties en avaient ainsi convenu expressément ou si l'on pouvait le présumer d'après les termes de l'instrument [138]. Mais ce qui nous intéresse maintenant c'est de savoir quel est le droit qui régit quant au « fond » les relations contractuelles entre l'Etat et le ressortissant étranger. Sur ce point, il est évident que la Cour considérait comme allant de soi que ces relations étaient régies, pour ce qui est de la validité et des autres aspects fondamentaux de l'instrument en question, par le droit interne d'un Etat. Mais dans l'hypothèse où les règles relatives au conflit des lois, du fait qu'elles avaient été établies par des conventions internationales ou des coutumes, auraient revêtu le caractère d'un « vrai droit international régissant les rapports entre des Etats », ces règles, de par leur caractère strictement « accessoire », n'auraient d'autre rôle que de résoudre le conflit entre les divers droits éventuellement applicables. En un mot, le « droit applicable » était toujours en dernière analyse le droit interne d'un Etat.

106. La thèse traditionnelle a été souvent énoncée dans la jurisprudence des commissions de réclamations [139]. Se fondant sur ces précédents judiciaires et sur d'autres précédents tirés de la pratique diplomatique, le Comité pour l'étude des contrats d'emprunts internanaux, créé par la Société des Nations, avait été forcé de reconnaître que: « Tout contrat qui ne constitue pas un accord international — c'est-à-dire un traité entre Etats — est, dans l'état actuel du droit, soumis à une loi nationale ... » [140]. Il s'agit parfois de déterminer — comme dans les affaires soumises à la Cour permanente et dans d'autres dont ont eu à connaître des commissions arbitrales — quel est le droit interne (celui de l'Etat contractant, celui de l'Etat de la nationalité de l'individu ou celui d'un Etat tiers) qui régit les relations

O'Connell, *The Laws of State Succession* (1956), p. 167. Au sujet des diverses opinions qui ont été exprimées sur la nature juridique des concessions, voir Carlston, « International Role of Concession Agreements », *Northwestern University Law Review* (1957), vol. 52, p. 620 à 622.

[135] Au sujet de l'importance des concessions dans l'économie mondiale, voir Carlston, *loc. cit.*, p. 629 et suiv.

[136] Voir J. N. Hyde, « Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources », *American Journal of International Law* (1956), vol. 60, p. 862, et Carlston, « Concession Agreements and Nationalization », *ibid.*, (1958), vol. 52, p. 260.

[137] Publications de la Cour de Justice internationale, série A, n° 20/21, p. 41. Voir, dans le même sens, l'arrêt relatif aux emprunts brésiliens, *ibid.*, p. 121.

[138] *Ibid.*, p. 42 et 123.

[139] Voir, entre autres sources, Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934* (1935), p. 178.

[140] Voir Publications de la SDN, Rapport du Comité pour l'étude des contrats d'emprunts internationaux (Doc. C.145.M.93.1939.II.A), p. 22.

contractuelles. Cet aspect de la question cependant n'offre pas d'intérêt pour le problème précis que nous étudions, sauf dans la mesure où dans la majorité des cas le droit applicable est celui de l'Etat contractant [141]. Cela se comprend aisément si l'on tient compte de la nature et de l'objet des relations contractuelles du type ordinaire et courant, qui ne sont guère susceptibles d'être régies par un droit autre que celui de l'Etat contractant.

25. — Les nouveaux instruments et la jurisprudence récente

107. Il est certain que le type de relations contractuelles sur lequel s'est édifiée la thèse traditionnelle est celui qui caractérise les « contrats publics » ordinaires et courants. Cependant, certains des types d'instruments les plus récents que nous avons étudiés dans la section précédente contiennent des clauses qui ne permettent pas de les assimiler — du moins complètement — à ces contrats. En effet, les clauses dont nous parlons stipulent précisément que, à tous égards ou à certains égards seulement, les relations contractuelles seront soumises à un système ou à certaines normes juridiques, autres que le droit interne de l'Etat contractant ou d'un autre Etat quelconque. Un des premiers précédents que l'on peut citer à cet égard est celui des « bons 5 pour 100, 1932 et 1935 » émis par la République tchécoslovaque, garantis par le Gouvernement français et au sujet desquels un contrat avait été conclu avec des banquiers français; ce contrat stipulait: « Tous litiges qui pourraient survenir concernant l'interprétation ou l'exécution des présentes seront soumis à la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale siégeant à la Haye, fonctionnant en exécution de l'Article 14 du Pacte de la Société des Nations. L'Etat tchécoslovaque s'engage à saisir de ces litiges la Cour permanente de Justice internationale dont il accepte la compétence.» Comme l'a fait observer Mann en commentant cette dernière disposition, le fait d'accepter la juridiction d'un tribunal donné suppose, conformément à un principe généralement admis, que l'on accepte le droit appliqué par ce tribunal [142].

108. La concession accordée par le Gouvernement iranien à l'Anglo-Persian Oil Co., le 29 avril 1933, prévoyait aussi le recours à une juridiction internationale, mais elle était beaucoup plus explicite sur le point que nous venons de mentionner. L'article 22, en effet, après avoir stipulé que les différends de toute nature qui pourraient surgir entre les parties seraient réglés par voie d'arbitrage selon les méthodes et la procédure fixées dans ledit article, ajoutait: « La sentence sera fondée sur les principes juridiques énoncés à l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.» On trouve, dans ces instruments, une autre disposition qui figure notamment à l'article 21 de la concession iraniennne et qui a été adoptée pour la première fois dans la concession accordée en 1925 par l'Union soviétique à la Lena Goldfields Limited. Cette clause est ainsi conçue: « En ce qui concerne la présente Convention, les parties fondent leurs relations sur le principe de la bonne volonté et de la bonne foi, ainsi que sur l'interprétation raisonnable des clauses de la présente Convention.» Une disposition analogue figurait dans la concession du 11 janvier 1939, accordée par le cheik Chakhbut d'Abu Dhabi à la Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd.

109. Cette règle est formulée de façon plus complète et plus précise dans l'article 45 du *Consortium Agreement* de 1954 entre l'Iran, une société privée ayant la nationalité de l'Etat contractant et d'autres sociétés de différentes nationalités étrangères. Cet article dispose ce qui suit: « Etant donné la diversité des nationalités des parties à la présente Convention, ladite Convention sera régie par les principes de droit communs à l'Iran et aux différents pays dans lesquels sont constituées les autres sociétés, et sera interprétée et appliquée conformément auxdits principes; à défaut de principes communs, les principes de droit reconnus par les nations civilisées en général, y compris les principes que peuvent avoir retenus les tribunaux internationaux, seront applicables. Cette convention prévoit aussi des méthodes et des procédures de réglement détaillées, qui ont un caractère nettement « international » [143]. Une concession accordée par le Gouvernement libyen prévoit que l'instrument « ... sera régi par les lois libyennes et les principes et normes de droit international applicables et sera interprété conformément à ces lois, principes et normes sur lesquels le surarbitre ou l'arbitre unique fondera sa sentence » [144].

110. La jurisprudence internationale relative à ces instruments, bien qu'elle ne soit ni abondante ni en aucune façon concluante, jette une lumière suffisante sur la nature du droit applicable. Voyons quelle a été la position adoptée dans l'arbitrage entre la Lena Goldfields Ltd. et le Gouvernement de l'URSS (1930). Sur le point qui nous intéresse, le tribunal a accepté la distinction établie par l'agent de la société demanderesse, et qui était la suivante: pour toutes les questions d'ordre interne, pour lesquelles le contrat ne prévoyait pas d'exception, notamment pour l'exécution du contrat par les deux parties sur le territoire de l'URSS, la loi soviétique était la « loi du contrat »; mais pour les autres questions, la « loi applicable » était constituée par les principes généraux de droit reconnus à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et cela, notamment, parce que dans de nombreuses clauses de la concession on envisageait l'application de principes juridiques internationaux plutôt qu'internes. Au sujet de l'indemnisation des dommages, le tribunal a déclaré qu'il préférait fonder sa sentence sur le principe de « l'enrichissement sans cause », en tant que principe général de droit reconnu par les nations civilisées [145]. Dans l'arbitrage auquel a donné lieu la concession de la Petroleum Development (1951), l'arbitre unique, lord Asquith, a lui aussi interprété la clause relative au droit

[141] Au sujet des critères qui ont été appliqués par la jurisprudence internationale pour résoudre les conflits des lois dans ce domaine, voir Schwarzenberger, *International Law*, vol. I: *International Law as Applied by International Courts and Tribunals* (3e éd., 1957).

[142] Voir Mann, « The Law Governing State Contracts », *British Year Book of International Law* (1944), p. 21.

[143] Voir art. 42 à 44, dans J. C. Hurewitz, *Diplomacy in the Near and Middle East, A Documentary Record : 1914-1956* (1956), p. 48.

[144] Voir *The Official Gazette of the United Kingdom of Libya*, 19 juin 1955, p. 73. La concession accordée par le même gouvernement à la Gulf Oil Co., le 8 avril 1957, contient une clause arbitrale (clause 28) de même teneur.

[145] Voir Nussbaum, « The Arbitration between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government », *Cornell Law Quarterly* (1950), vol. 36, p. 51.

régissant l'instrument, et dont la rédaction était, nous l'avons vu, très voisine de celle de la clause applicable dans l'espèce précédente; il a déclaré ce qui suit: « La clause 17 de la Convention... écarte la possibilité d'appliquer, en tant que tel, le droit interne d'un pays quelconque.» A son avis, les termes dans lesquels la clause était rédigée exigeaient certainement l'application de « principes fondés sur le bon sens et la pratique commune aux nations civilisées en général — une espèce de droit naturel moderne » [146]. Dans un arbitrage postérieur, relatif à une concession qui ne contenait aucune disposition sur le droit applicable, l'arbitre a fait valoir des considérations et formulé des conclusions analogues à celles de l'affaire précédente [147].

26. — Nouvelle orientation de la doctrine scientifique

111. La doctrine traditionnelle, fidèle au critère suivi dans la pratique, était quasi unanime à soutenir la thèse selon laquelle les relations contractuelles entre les Etats et les étrangers sont régies par le droit interne, et elle acceptait les conséquences de cette thèse pour ce qui est de la responsabilité internationale. Récemment, cependant, un groupe d'auteurs, se fondant surtout sur les instruments et la jurisprudence que nous avons mentionnés, ont souligné la nécessité de reconsidérer la question et de reviser la thèse traditionnelle. Mann a été l'un des premiers à le faire [148]. A son avis, étant donné l'affaire de l'emprunt Young et d'autres précédents, la formule selon laquelle le contrat doit être « localisé » *(localized)* dans un pays donné est trop étroite. C'est à un « système juridique » que ces instruments sont soumis. Ainsi, les parties peuvent les soumettre au droit international, c'est-à-dire les « internationaliser », et notamment à des règles de droit international public, au sens strict de l'expression. Dans quelques cas, même lorsque ces instruments sont soumis en apparence au droit interne, les parties les ont en réalité soumis au droit international plutôt qu'au droit d'un pays déterminé, comme cela s'est passé pour les bons tchécoslovaques et dans d'autres cas. En outre, en l'absence d'une clause expresse, le contrat doit être considéré comme « internationalisé » s'il est fondé sur le droit international de telle manière qu'il est impossible de présumer que les parties ont eu l'intention de le soumettre à un système juridique national. Mann cite l'affaire de l'emprunt Young comme exemple de cette « internationalisation » implicite du contrat [149].

112. Schwarzenberger envisage aussi la question principalement du point de vue de l'intention des parties quant au système juridique qui doit régir leurs relations contractuelles. On doit présumer que l'Etat qui accorde la concession est habilité à la soumettre à un droit interne étranger ou au droit international. Dans ces cas, il est évident que l'intention des parties est d'éviter que la concession ne soit affectée par les changements qui pourraient intervenir dans le droit interne de l'Etat ou par toute autre forme d'ingérence de la part des organes de l'Etat [150]. Farmanfarma, pour qui l'intention des parties est également essentielle, examine en outre la façon dont la nouvelle jurisprudence arbitrale a modifié les notions traditionnelles relatives au droit international public et au droit international privé. A son avis, on est obligé d'admettre que la ligne de séparation entre ces deux droits n'est pas nette. Il s'est créé, entre eux, une zone qui semble s'élargir à mesure que se multiplient les grandes sociétés, notamment celles qui se consacrent à l'exploitation pétrolière. Dans un autre ordre d'idées, lorsqu'il y a dans le contrat une clause compromissoire, la société s'est soustraite au domaine du droit et de la juridiction internes pour se soumettre à un système juridique intermédiaire entre le droit international public et le droit international privé [151].

113. Jessup envisage le problème du point de vue de la notion du « droit transnational », qu'il a imaginée: ce droit comprend le droit réglementant les actes ou les faits qui débordent les frontières nationales et il englobe le droit international public et le droit international privé, ainsi que d'autres règles qui ne relèvent pas exactement de ces deux catégories types. A son avis, rien dans la nature des parties n'empêche d'appliquer l'une ou l'autre des deux branches traditionnelles du droit. La responsabilité de l'Etat peut être régie par le droit international (public), par des règles du conflit des lois, par le droit interne de l'Etat en cause ou par un droit étranger; rien non plus dans la nature du tribunal n'empêche celui-ci d'appliquer l'un quelconque de ces systèmes juridiques [152]. Pour sa part, Huang qui rejette la doctrine traditionnelle, a déclaré que l'existence de facteurs « internationalisants », qui sont inhérents aux concessions de portée internationale, était un argument convaincant en faveur de l'application du droit international public. Ces facteurs constituent « des points de contact » ou « des éléments de liaison » qu'un tribunal national ou international appliquant les règles du conflit des lois prendrait en considération en recherchant la loi applicable au contrat ou à la transaction [153].

114. Enfin, lord McNair, qui a procédé récemment à une étude approfondie de la question, estime qu'il faut distinguer entre deux situations différentes. Quand l'Etat contractant et l'Etat de la nationalité de l'étranger ont des systèmes juridiques suffisamment évolués, capables de régir des instruments modernes, les parties qui négocient les instruments ou les tribunaux qui statuent sur les différends auxquels ils donnent lieu, adopteront un de ces deux systèmes, ou l'un d'eux pour certains aspects du contrat et le deuxième pour les autres aspects. Mais, lorsque le système juridique du pays où le contrat doit être exécuté en majeure partie n'est pas suffisamment « modernisé » pour réglementer ce type d'instrument, il ne faut pas s'attendre à ce que le droit national de l'une des parties puisse fournir une solution raisonnable aux parties ou au tribunal, sauf

[146] Le texte complet de la sentence est reproduit dans l'*International and Comparative Law Quarterly*, 1952, p. 247 à 261; le texte cité figure à la p. 251.

[147] Voir l'arbitrage Ruler of Qatar c. International Marine Oil Co., Ltd., dans *International Law Reports* (édité par Lauterpacht), année 1953, p. 541.

[148] La théorie selon laquelle certaines de ces relations contractuelles sont régies par le droit international avait en réalité déjà été exposée au début de ce siècle, à propos des « dettes publiques », par Wuarin, Freund et von Liszt. Voir Borchard, *loc. cit.*, p. 148.

[149] Mann, *op. cit.*, p. 19 à 21.

[150] Schwarzenberger, « The Protection of British Property Abroad », *Current Legal Problems* (1952), vol. 5, p. 315.

[151] Voir Farmanfarma «The Oil Agreement between Iran and the International Oil Consortium: the Law Controlling », *Texas Law Review* (1955), vol. 34, p. 287.

[152] Voir Jessup. *Transnational Law* (1956), p. 2 et 102.

[153] Voir Huang, *loc. cit.*, p. 285.

pour certaines obligations qui sont expressément soumises au droit interne, par exemple les obligations relatives à l'emploi de travailleurs locaux. Dans cette deuxième hypothèse, le système le plus approprié ne serait pas non plus le droit international public *stricto sensu*, puisqu'il ne s'agit pas de contrats entre Etats, mais les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées [154].

27. — APPLICABILITÉ DU PRINCIPE *pacta sunt servanda*. OPINIONS RÉCENTES EN FAVEUR DE CETTE APPLICABILITÉ

115. Compte tenu des précédents fournis par la pratique et des tendances de la doctrine scientifique concernant le droit qui régit les relations contractuelles entre Etats et étrangers, il importe d'examiner maintenant dans quelle mesure le principe *pacta sunt servanda* (en tant que principe de droit international) s'applique à ces relations contractuelles — la solution de cette question étant fondamentale du point de vue de la responsabilité internationale. Ainsi qu'on l'a indiqué au début du chapitre, si ce principe joue, comme dans le cas des conventions entre Etats, la simple inexécution des obligations énoncées dans le contrat ou la convention de concession entraînera l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale de l'Etat.

116. Le problème, au moins sous son aspect actuel, a été soulevé, pour la première fois semble-t-il, par le Gouvernement suisse dans le mémoire qu'il a présenté à la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire Losinger et Cie (1936). A cette occasion, la Suisse a soutenu la thèse de l'applicabilité du principe, en se fondant sur les considérations suivantes: « Le principe *pacta sunt servanda* ... s'impose non seulement à propos d'accords directement conclus entre Etats, mais aussi pour ceux passés entre un Etat et des étrangers; en raison précisément de leur caractère international, [ces accords] peuvent faire l'objet d'un litige dans lequel un Etat se substitue à ses ressortissants pour obtenir le respect des engagements contractuels assumés envers eux. Le principe *pacta sunt servanda* permet donc à un Etat de s'opposer à l'inobservation des obligations conventionnelles prises envers des ressortissants de cet Etat par un autre Etat ... L'Etat ne peut se libérer d'obligations contractuelles valables ni par son droit privé interne, ni par ses dispositions légales de droit public. La thèse contraire équivaudrait à rendre aléatoires tous les contrats conclus par des étrangers avec un Etat, puisque celui-ci aurait toujours la faculté d'anéantir ses engagements en promulguant des lois spéciales, comme il l'a fait en l'espèce [155].»

117. Comme on peut le constater, c'est en partant d'une analogie, supposée, entre les traités et les contrats conclus entre Etats et étrangers, que l'on postule l'applicabilité du principe *pacta sunt servanda* à titre de principe de droit international. Autrement dit, si l'on applique ce principe aux contrats, c'est en vertu de leur « caractère international », et aussi parce que nier son applicabilité reviendrait à subordonner la validité et l'efficacité des obligations contractées par un Etat envers un étranger au bon plaisir de l'Etat contractant. Dans d'autres cas, au contraire, le principe est appliqué en tant que « principe général de droit reconnu par les nations civilisées ». Le règlement de l'affaire Losinger et Cie a empêché la Cour permanente de Justice de se prononcer sur ce point, mais, dans l'arbitrage qui a eu lieu avant que la Cour ne fût saisie de l'affaire, H. Thelin, surarbitre, a déclaré: « On doit donc partir de l'idée que le droit yougoslave consacre, comme les autres droits européens, le principe de la fidélité au contrat, fidélité sans laquelle il n'y a plus de sécurité dans les transactions. *Pacta sunt servanda; pactis standum est; jura vigilantibus scripta;* ces anciennes règles romaines gardent encore leur valeur aujourd'hui [156].»

118. Certains publicistes ont fait leur cette conception sans pour autant rejeter l'autre. C'est ainsi que d'après L. Wadmond, les contrats entre Etats et étrangers « ... obligent les deux parties. Ils sont obligatoires tant en vertu du droit international qu'en vertu des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » [157].

119. Des études faites récemment par certaines organisations non gouvernementales sur les mesures étatiques portant atteinte aux droits patrimoniaux des étrangers justifient jusqu'à un certain point la position de la Suisse. La résolution suivante que l'International Bar Association a adoptée en comité, à la session de Cologne (1958), et dont il a déjà été fait mention au chapitre précédent, contient l'une des formules les plus explicites à cet égard: « Le droit international reconnaît que le principe *pacta sunt servanda* s'applique aux engagements particuliers pris par l'Etat à l'égard d'Etats étrangers ou de ressortissants de ces Etats et que, par suite, l'expropriation de biens privés, en violation d'un contrat particulier de l'Etat, est contraire au droit international [158].» Certaines des réponses faites au questionnaire préparé pour la 48e Conférence de l'International Law Association (New-York, 1958) reposent également sur le même postulat. La branche américaine soutient dans sa réponse que « ... les obligations contractuelles assumées par un Etat [à l'égard d'étrangers] ne sont pas moins obligatoires que les obligations découlant des traités » [159]. D'autres réponses reçues par le Comité international de l'International Law Association admettent aussi cette analogie; pour leurs auteurs, l'applicabilité du principe *pacta sunt servanda* est absolue — l'Etat ne pouvant considérer comme venu à terme un contrat ou une concession avant la date de l'expiration [160].

---

[154] Voir McNair, *op. cit.*, p. 19. Conformément à une des propositions présentées par le comité de la Société des Nations que nous avons mentionné lorsque nous avons étudié la position traditionnelle, le tribunal des emprunts internationaux dont on envisageait la création aurait jugé « sur la base des contrats intervenus, des lois applicables ... ainsi que sur la base des principes généraux du droit ». Publication de la SDN, 1939.II.A.10 (doc. C.145.M.93.1939. II.A).

[155] Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série C, n° 78, p. 32.

[156] *Ibid.*, p. 83 et 84.

[157] « The Sanctity of Contract between a Sovereign and a Foreign National ». Discours prononcé lors de la session de Londres de l'American Bar Association (26 juil. 1957), p. 6.

[158] Voir n. 66. On a pu dire en ce sens que les obligations contractuelles reposent sur le principe de la bonne foi — que les Etats sont tenus d'observer dans leurs relations avec les étrangers — et cela bien que les instruments qui les énoncent ne soient pas à proprement parler des conventions internationales. Voir M. Brandon, « Legal Aspects of Private Foreign Investments », *The Federal Bar Journal* (Washington, 1958), vol. 18, p. 338 et 339.

[159] Voir *loc. cit.* (n. 98), p. 68.

[160] Voir les réponses des Prs Gihl et Weiss-Tessbach dans *International Law Association, New York University Conference, 1958*, International Committee on Nationalization, p. 9.

120. Certaines réponses traduisent en revanche une position un peu plus libérale et un peu plus souple. Selon quelques-unes d'entre elles, l'Etat peut mettre fin prématurément à un contrat sans violer le droit international, dès lors qu'il verse au contractant étranger une indemnité adéquate, rapide et effective [161]. Dans d'autres réponses, cette solution n'est admise que si l'acte de l'Etat est justifié par une très grave modification de la situation, un cas de force majeure par exemple [162]. Pour l'un des tenants de cette opinion, les obligations contractées par les pays importateurs de capitaux peuvent être atténuées par le jeu de la clause *rebus sic stantibus* [163]. On a soutenu, par ailleurs, que si la concession avait un certain *caractère* international — si, par exemple, un arbitrage international était prévu ou si un « *umbrella agreement* » international était conclu pour la garantir *(shield)* — l'inexécution de ces dispositions constituerait certainement un acte illicite [164]. La Conférence de l'International Law Association s'est bornée à déclarer, dans la résolution adoptée en la matière: « Les principes du droit international qui établissent l'inviolabilité des engagements de l'Etat et le respect des droits acquis des étrangers requièrent ... ii) que l'Etat et le particulier étranger, parties à un contrat, soient tenus d'exécuter leurs engagements de bonne foi. Les voies de recours *(remedies)* appropriées sont ouvertes contre la partie défaillante [165].»

28. — Position de la doctrine et de la pratique courantes

121. Alors que, d'après la doctrine que nous venons d'exposer, la simple inexécution d'un contrat serait, au moins en principe, un acte « illicite », cette inexécution n'engage la responsabilité de l'Etat, d'après la pratique et la théorie traditionnelles, que lorsqu'elle suppose un acte ou une omission contraires au droit international. Borchard est, dans ce domaine, l'un des premiers qui ait formulé la doctrine classique. Il affirme, quant à la possibilité d'une intervention diplomatique dans des cas de ce genre, qu' « on ne doit pas y avoir recours pour sanctionner les conséquences normales ou prévisibles du contrat mais uniquement lorsqu'on est en présence d'incidents ou de résultats arbitraires, comme un déni de justice ou une violation flagrante du droit interne ou international » [166]. Selon Mlle Whiteman, il est souvent impossible dans des cas de ce genre de démontrer l'existence d'un acte illicite ou de prouver que l'une des parties est bien titulaire du droit dont elle se réclame en vertu du contrat, avant que les tribunaux compétents aient établi les faits et statué sur la question. Pour cette raison, il est nécessaire, si l'on veut présenter une réclamation internationale de cette nature, de démontrer que le gouvernement défendeur, par l'intermédiaire d'organes dûment qualifiés, a commis un acte illicite ou que le demandeur a été victime d'un déni de justice lorsqu'il a cherché à obtenir réparation [167]. D'autres publicistes de la même nationalité se sont exprimés dans les mêmes termes ou en des termes analogues [168]. Les théoriciens européens ont partagé eux aussi cette opinion. Ainsi, Lipstein soutient que « ... l'inexécution par un Etat de ses obligations contractuelles [à l'égard d'un étranger] ne constitue pas *ipso facto* une violation du droit international, s'il n'y a ni confiscation, ni discrimination » [169]. Hoijer avait déjà affirmé que « le droit des gens n'est pas violé du seul fait d'une lésion illégitime des droits [contractuels] de l'étranger, mais seulement à raison de ce que réparation du préjudice est refusée, après l'épuisement des voies ordinaires de recours, instituées par les lois du pays » [170].

122. Les projets de codification officiels ou privés qui envisagent les divers cas où la responsabilité internationale de l'Etat peut être engagée pour inexécution d'obligations contractuelles assumées à l'égard d'étrangers s'inspirent en général de la même conception des actes ou omissions susceptibles de faire naître la responsabilité. A l'exception des Bases de discussion élaborées par le Comité préparatoire de la Conférence de La Haye (1930) selon lesquelles l'Etat est responsable lorsqu'il « porte *directement* atteinte aux droits acquis des étrangers », les autres projets appliquent le critère traditionnel. Ainsi, selon le projet de Harvard (1929), l'Etat n'est pas responsable à raison de l'inexécution d'un contrat si les recours internes n'ont pas été épuisés ou si l'inexécution ne suppose pas un acte illicite [171].

123. La pratique diplomatique et la jurisprudence internationale admettent traditionnellement, comme un dogme pourrait-on dire, que l'inexécution pure et simple par un Etat des obligations découlant d'un contrat conclu avec un étranger ne suffit pas nécessairement à engager la responsabilité internationale de l'Etat. Nous réservant de mentionner systématiquement dans la dernière section du chapitre les nombreux précédents qui existent en la matière, nous allons citer à titre d'exemples quelques décisions arbitrales exposant nettement la position traditionnelle. Dans l'affaire Cook (1930), la Commission générale américano-mexicaine des réclamations a dit: « Le dernier point dont il faille tenir compte pour déterminer s'il y a responsabilité est le suivant: peut-on prouver qu'il y a comportement illicite au regard du droit international et que par suite la responsabilité du gouvernement défendeur est engagée [172]? » La même commission a déclaré encore plus explicitement dans l'affaire des International Fisheries

[161] Réponses des Prs Foighel et Röed et des branches hollandaise et suisse, *ibid.*

[162] Réponses du Pr Magerstein et de la branche suédoise, *ibid.*, p. 10.

[163] *Ibid.*, p. 13.

[164] Réponses des Prs A. Magarasevic et Magerstein et de la branche suisse. Pour le Pr E. Lauterpacht, il peut non seulement y avoir fait illicite en cas de violation d'un traité, mais aussi en cas de violation des « intérêts internationaux », lorsqu'il est porté atteinte à un service public international, par exemple. *Ibid.*, p. 10.

[165] Au moment où nous écrivons, nous ne disposons pas encore du texte imprimé de la résolution.

[166] *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), p. 284.

[167] *Damages in International Law* (1943), vol. III, p. 1158.

[168] Voir, notamment, Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (1928), p. 160, 167 et 168; Feller, *op. cit.*, p. 173 et 174; Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1938), p. 111 et 112.

[169] « The Place of the Calvo Clause in International Law », *British Yearbook of International Law* (1945), p. 134.

[170] Olof Hoijer, *La responsabilité internationale des Etats* (1930), p. 118. Voir dans le même sens Witenberg, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1932-III), vol. 41, p. 57 et 58.

[171] Sur ces projets de codification, voir notre 2e rapport (A/CN.4/106), chap. IV, sect. 12.

[172] ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 215 et 216.

Co. (1931): « Si tout manquement à un contrat de la part d'un gouvernement devait entraîner *ipso facto* la présomption que l'on se trouve en présence d'un acte arbitraire, lequel devait par suite être évité, les gouvernements seraient dans une situation plus défavorable que n'importe quel particulier signataire d'un contrat [173].» On pourrait citer quelques décisions où, par exception, on a fait apparemment découler la responsabilité de l'Etat du fait même de l'inexécution parce qu'on a estimé, selon la théorie exposée par le commissaire américain Nielsen, que cette inexécution impliquait un acte de « confiscation ». Mais l'examen de ces décisions montre fort clairement que l'élément « confiscation » était soit un déni de justice soit une rupture arbitraire du contrat par l'exécutif [174].

29. — Réexamen de la position traditionnelle

124. Il ressort nettement de l'exposé précédent que la position traditionnelle en ce qui concerne l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale dans les cas de relations contractuelles entre Etats et étrangers doit être réexaminée. Cette position a été adoptée en fonction des relations contractuelles du type normal et courant à l'époque; aussi l'application stricte des principes classiques ne permettra-t-elle pas toujours de résoudre de manière satisfaisante les difficultés que soulèvent de nos jours les contrats. Ainsi donc, pour affirmer l'applicabilité du principe *pacta sunt servanda*, avec toutes les conséquences juridiques que celui-ci implique du point de vue de l'Etat contractant, il faudra avant tout savoir si le contrat ou la relation contractuelle dont il s'agit relève (directement) du droit international public ou d'un système juridique autre que le droit interne d'un pays. En d'autres termes, il faudra déterminer si les obligations stipulées dans l'instrument juridique considéré sont de véritables « obligations internationales ». Comme on le verra ultérieurement, d'un point de vue purement juridique, ce n'est que dans cette hypothèse que le principe *pacta sunt servanda* s'applique, par analogie avec le cas des traités et conventions interétatiques. En gardant ces considérations à l'esprit, on peut classer les relations contractuelles entre l'Etat et les étrangers en deux grands groupes.

125. Le premier correspond aux relations contractuelles de type traditionnel, aujourd'hui encore les plus nombreuses et les plus fréquentes, découlant d'un contrat qui, à aucun égard, n'est soumis, ni expressément ni implicitement, à des principes juridiques de caractère international [175]. Le caractère « interne » des obligations ainsi contractées par l'Etat dans des cas de ce genre est évident puisque — nous l'avons indiqué dans notre deuxième rapport (A/CN.4/106, chap. IV, sect. 12) — le particulier qui se lie par contrat avec un gouvernement étranger se soumet au droit local pour tout ce qui touche aux effets juridiques du contrat. C'est pourquoi, s'agissant de ces obligations, le principe *pacta sunt servanda* doit s'appliquer uniquement comme principe de droit interne et avec la portée que lui attribue le droit de l'Etat contractant. Si, comme nous l'avons vu plus haut, on a pu soutenir que le principe était applicable en tant que « principe général de droit reconnu par les nations civilisées », on ne peut néanmoins manquer de constater que la faculté pour l'Etat de mettre fin avant la date de l'expiration à un contrat le liant à un particulier est l'une de celles que lui confère le droit de porter atteinte à la propriété privée quelle qu'en soit la nature et quelle que soit la nationalité de l'intéressé [176]. Par conséquent, les seules obligations de caractère international qui s'imposent à l'Etat visent les conditions et les circonstances dans lesquelles se produit l'inexécution. En résumé, l'élément générateur de la responsabilité internationale dans des espèces de ce genre n'est nullement la violation du principe *pacta sunt servanda* mais le fait que l'inexécution du contrat résulte d'un acte ou d'une omission contraire au droit international — c'est-à-dire non pas l'inexécution en soi mais son caractère « arbitraire ». Nous reviendrons sur ce point à la section III lorsque nous étudierons ce qui distingue une inexécution « illicite » d'une inexécution « arbitraire ».

126. Les relations contractuelles du deuxième groupe correspondent à des situations plus complexes dues surtout à la diversité des dispositions insérées dans les instruments modernes. Comme nous l'avons vu, ces instruments contiennent en général deux sortes de dispositions: *a*) des dispositions stipulant, expressément ou non, que l'instrument est, en tout ou en partie, régi par le droit international (public), par « les principes généraux de droit » (considérés comme source de droit dans l'ordre international) ou par un autre « système juridique » moins précis que « les principes » mais assez semblable par le contenu; *b*) des dispositions contenant une clause compromissoire qui prévoit le règlement des différends par un arbitrage international ou toute autre procédure. Contrairement à ce qu'ont suggéré certains publicistes [177], nous ne pensons pas que l'on puisse classer avec ces dispositions celles qui figurent dans des contrats ou conventions de concession qui, par leur nature, leur objet et leur importance pour l'économie mondiale, sont « imprégnés d'un intérêt international ». Bien qu'à première vue le critère paraisse logique et juridiquement valable, puisque la présence de cet intérêt de fait « internationalise » la relation contractuelle, il s'agit en réalité d'un critère ou élément de jugement si vague et si imprécis que son application pratique entraînerait inévitablement des difficultés fréquentes. Comme on le verra plus loin, on doit présumer, sauf stipulation contraire, expresse ou implicite, que le droit interne régit les contrats ou concessions de ce genre.

127. Dans les instruments contenant des dispositions du premier type, le fait que l'on prévoit expressément l'application de certaines règles de droit positives suppose nécessairement chez les parties l'intention de soustraire au droit interne tout ou partie de leurs relations contractuelles. Comme l'ont observé certains des publicistes cités à la sous-section 24, ce fait « internationalise » les relations contractuelles en les soumettant à des systèmes ou à des principes juridiques étrangers ou supérieurs à l'ordre interne. Puisqu'il s'agit alors d'obligations ayant un véritable caractère « international », l'application du principe *pacta sunt*

[173] *Ibid.*, p. 700.

[174] Voir en ce sens Feller, *op. cit.*, p. 174 et 175.

[175] Ceci sans préjudice, bien entendu, des problèmes de droit international privé qui se posent lorsque le « choix de la loi du contrat » met en jeu le droit interne de plus d'un Etat.

[176] Voir sur ce point, déjà examiné, la s.-sect. 13 ci-dessus.

[177] Voir Wadmond, *op. cit.*, (n. 157) et E. Lauterpacht, *loc. cit.* (n. 160).

servanda est parfaitement fondée [178]. Dans la mesure où le contrat est soumis à des systèmes ou à des principes juridiques internationaux, la simple inexécution par un Etat engage directement la responsabilité de cet Etat — tout comme ce serait le cas si l'inexécution était imputable à un acte ou à une omission incompatible avec les normes stipulées dans un traité ou dans une autre convention internationale. Comme nous le verrons, si « l'internationalisation » de la relation contractuelle a un sens ou un but, ce ne peut être que de « libérer » pour ainsi dire cette relation du droit interne, de façon que l'Etat ne puisse invoquer ce droit comme une excuse pour ne pas remplir des obligations contractées à l'égard d'un étranger.

128. Dans les instruments où figurent des dispositions du deuxième type, la situation est très semblable mais plus simple. Le seul fait que l'Etat convient avec un étranger de recourir à un mode de règlement de caractère international suffit à soustraire le contrat, au moins en ce qui concerne son aspect personnel, à l'emprise du droit interne [179]. Alors que dans la clause Calvo on réaffirme la compétence exclusive des organes internes, dans des conventions de ce genre, c'est l'Etat lui-même qui en quelque sorte « renonce » à exercer sa compétence. Si la clause compromissoire était régie par le droit interne, l'Etat pourrait la modifier ou l'abroger ultérieurement par un acte unilatéral; cela serait incompatible avec les fins essentielles auxquelles répondent les dispositions de ce genre, quel que soit d'ailleurs l'objet de la convention ou le caractère des cocontractants. Par conséquent, s'agissant d'une obligation de nature indubitablement internationale, l'inexécution de la clause compromissoire engagerait directement la responsabilité internationale de l'Etat. Au reste, et pour ce qui est des règles de droit positif que devra appliquer l'organisme arbitral envisagé, on a tout lieu de présumer, sauf disposition contraire, expresse ou implicite, que les parties ont eu l'intention de soumettre le contrat au droit interne tant pour son interprétation que pour son application. Le fondement de cette présomption nous semble évident: étant donné la nature et la portée des prérogatives de l'Etat quant aux droits patrimoniaux, quelle que soit la catégorie à laquelle ils appartiennent et quelle que soit la nationalité des titulaires de ces droits, il faut, pour que la relation contractuelle soit régie quant au fond par un système juridique distinct du droit interne, qu'il existe une disposition expresse à cet effet, ou au moins, une manifestation tacite de volonté en ce sens.

129. A ce qui précède, on ne saurait opposer la conception traditionnelle concernant les sujets du droit international, conception selon laquelle, du fait que l'individu n'a pas la personnalité internationale, il n'est pas possible d'attribuer un « caractère international » aux droits et obligations découlant des contrats qu'il conclut avec l'Etat. Il n'est pas nécessaire d'insister de nouveau sur un sujet qui a déjà été traité à plusieurs reprises dans nos rapports antérieurs [180]. Nous devons simplement nous borner à observer que, comme l'a indiqué Jessup, rien ni dans le caractère des parties ni dans celui du for ne s'oppose à l'application d'un système juridique autre que le droit interne, même si ce système est le droit international (public) [181]. De manière encore plus explicite, Schwarzenberger a dit: « Le chef de l'Etat ou du gouvernement a le pouvoir discrétionnaire de reconnaître à une entité la personnalité internationale et d'établir avec elle des relations régies par le droit international. S'il déclare le droit international applicable à une concession, la situation est à peu près celle-ci: aux fins de l'interprétation et de l'application de la convention de concession, [l'Etat] concédant convient de traiter le [particulier] concessionnaire comme s'il avait la personnalité internationale [182].» En fait, en matière contractuelle, l'individu a la personnalité et la capacité internationales qui lui sont reconnues dans ses relations juridiques avec l'Etat. A la différence des conventions régies exclusivement par le droit interne, celles qui, sous une forme ou sous une autre, prévoient l'application de systèmes ou de principes étrangers au droit interne ou l'obligation de soumettre les différends à des méthodes et à des procédures internationales de règlement, confèrent nécessairement au particulier — du fait qu'elles placent sur le plan international les relations entre l'Etat et ce particulier — la personnalité et la capacité dont il a besoin pour agir internationalement.

III. — Effets de l'inexécution des obligations contractuelles

130. Il convient d'examiner pour terminer les conditions et les circonstances dont dépendent l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale de l'Etat en cas d'inexécution d'obligations contractées envers des étrangers. Cela nous permettra, en outre, de déterminer les conséquences juridiques de l'inexécution et, plus particulièrement, la véritable nature de l'« indemnité » qui en résulte, lorsque les relations contractuelles sont soumises au droit interne. Mais il importe en premier lieu de faire une distinction correspondant aux diverses catégories de relations contractuelles dont il a été question à la section précédente.

30. — Inexécution « illicite » et inexécution « arbitraire »

131. Compte tenu des observations présentées ci-dessus, il est facile de comprendre et de justifier la

[178] Il ne faut pas confondre cette conception avec celle sur laquelle repose le mémoire du Gouvernement suisse présenté dans l'affaire Losinger et Cie: « *Sensu lato*, la notion des obligations ou des engagements internationaux n'embrasse pas seulement ceux qui existent directement entre Etats, mais aussi ceux entre Etats et personnes privées protégées par leurs gouvernements, lorsqu'ils ont une irradiation internationale et que, par leur genèse ou leurs effets, ils s'étendent en réalité à plusieurs pays.» Voir *loc. cit.*, p. 128. La position suisse est tout à fait conforme à la « théorie du contrat international » de la jurisprudence française mentionnée par J. Donnedieu de Vabres dans *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois* (1938), p. 561 (cité dans *Proceedings of the American Society of International Law* [1958], p. 269).

[179] Voir en ce sens Barros Jarpa, *op. cit.*, p. 5 (n. 169). Il va sans dire que nous faisons allusion à des méthodes ou procédures de règlement véritablement internationales, comme celles qui sont énoncées dans les instruments cités à la s.-sect. 23; nous ne visons pas celles qui étaient stipulées jadis dans nombre de contrats et de concessions où l'on prévoyait un arbitrage ou un autre moyen de règlement relevant aussi du droit interne.

[180] Voir notre 1er rapport (A/CN.4/96, chap. V, sect. 16, 17 et 18) et notre 3e rapport (A/CN.4/111, chap. VIII, sect. 15).

[181] Voir *op. cit.* (n. 152 ci-dessus).

[182] Voir *loc. cit.* (n. 150 ci-dessus).

distinction entre l'inexécution « illicite » et l'inexécution « arbitraire » par l'Etat d'obligations contractuelles le liant à des particuliers étrangers. Au reste, cette terminologie et le sens de chacun des termes nous sont déjà connus puisque la même distinction a été étudiée dans le chapitre relatif à l'expropriation en général (chap. II, s.-sect. 12). En réalité, la distinction qui nous occupe n'est qu'une expression nouvelle de la même idée essentielle. La seule différence concerne l'inexécution « illicite » puisqu'en matière d'expropriation de biens corporels, l'illicéité ne peut découler que de la violation d'un traité, alors qu'en matière de droits contractuels, il faut, comme on a pu le remarquer, envisager un cas différent — celui où il existe entre Etats et étrangers des relations contractuelles génératrices d'obligations de caractère « international ». Lorsque l'on est en présence de contrats ou de concessions, régis par des systèmes juridiques ou des principes internationaux, ou prévoyant un mode de règlement véritablement international, les étrangers tiennent leurs droits d'une source « internationale » — tout comme dans le cas d'un traité — et les obligations de l'Etat à leur égard sont elles aussi nécessairement internationales. Il en résulte que l'inexécution pure et simple de ces obligations engendre aussi, directement et immédiatement, la responsabilité de l'Etat.

132. En dehors de cette hypothèse, la situation est toute différente. Selon la doctrine traditionnelle, la simple inexécution d'obligations contractées à l'égard des étrangers (et régies par le droit interne) ne met pas en jeu directement et immédiatement la responsabilité internationale de l'Etat. Pour que la responsabilité existe bien et soit imputable, il faut que l'inexécution ait lieu dans des conditions et des circonstances contraires au droit international. Par conséquent, selon la même doctrine traditionnelle, la présence de l'une de ces conditions ou circonstances transforme l'inexécution en un fait (acte ou omission) « illicite » ou, pour reprendre la terminologie anglo-américaine, en un *tortious breach.* En d'autres termes, on assimile l'inexécution, lorsqu'elle se produit dans de telles conditions ou circonstances, aux autres actes ou omissions qui font naître la « responsabilité internationale de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers ». Toutefois, s'agissant d'obligations contractuelles soumises au droit interne, est-il de bonne technique juridique d'assimiler l'inexécution, quelles que soient les conditions ou circonstances où elle intervient, aux actes ou omissions qui engendrent la responsabilité de l'Etat pour faits simplement « illicites »? Si l'on réfléchit au vrai caractère des actes ou omissions qui entraînent l'inexécution d'obligations contractées par l'Etat envers des particuliers, et notamment envers des étrangers, on constatera tout de suite que, juridiquement, on ne peut les assimiler à des faits purement et simplement « illicites ».

133. La raison en est fort simple et l'on pourrait même dire que dans une certaine mesure elle est évidente. En effet, pourquoi a-t-on soutenu traditionnellement que la responsabilité de l'Etat n'est pas engagée du fait de la « simple » inexécution par l'Etat des obligations contractuelles le liant à un étranger? Autrement dit, quel est le fondement véritable, la raison d'être de la distinction que l'on fait entre les actes et omissions de cette catégorie et ceux qui engendrent, directement et immédiatement, la responsabilité internationale? Dans les deux chapitres précédents, et en particulier à propos de l'expropriation en général, on a vu que l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale ne pouvaient découler de l'acte d'expropriation lui-même — puisque l'Etat a le droit d'exproprier — mais qu'elles résultaient de l'inobservation par l'Etat des normes internationales qui régissent l'exercice de ce droit. A cette occasion, on a indiqué aussi que le droit d'expropriation, au sens large, comprenait la faculté de rescinder ou de modifier les contrats conclus avec des particuliers. Sur ce point, le droit interne ne paraît laisser planer aucun doute: l'Etat jouit de cette faculté en vertu de son droit de « domaine éminent », de son pouvoir de police ou de tout autre droit inhérent à la souveraineté qu'il exerce sur son territoire, à l'égard des personnes, des choses et des relations juridiques [183]. En conséquence, si l'inexécution par l'Etat d'une obligation contractuelle de la catégorie qui vient d'être mentionnée résulte de l'exercice d'un droit, au moins en principe, on n'est nullement justifié à suivre — pour déterminer la responsabilité internationale de l'Etat — un système différent de celui que l'on applique au cas d'expropriation de biens corporels.

134. Dans cet ordre d'idées, la conception traditionnelle ne semble pas du tout logique puisque c'est seulement en reconnaissant que l'Etat exerce un droit quand il n'exécute pas une obligation contractuelle le liant à un particulier que l'on peut soutenir que la simple inexécution n'engendre pas, directement ou immédiatement, sa responsabilité internationale. L'illogisme vient, par conséquent, de ce que l'on a admis, implicitement au moins, cette « faculté de ne pas exécuter » tout en considérant les actes ou omissions générateurs de responsabilité dans des cas de ce genre comme des faits purement et simplement « illicites », dont l'illicéité vient précisément de ce qu'ils sont contraires au droit international. Pour surmonter cet illogisme et qualifier l'inexécution qui se produit dans des conditions ou circonstances propres à engendrer la responsabilité internationale de l'Etat, on ne peut qu'employer le mot « arbitraire » [184]. En réalité, comme dans le cas des autres actes d'expropriation, la responsabilité ne peut être engagée — s'il y a inexécution d'obligations contractuelles soumises au droit interne — que si la mesure, l'acte ou l'omission imputable à l'Etat est « arbitraire ». Quand on a admis que l'inexécution est intrinsèquement un fait licite, l'inobservation par l'Etat des conditions juridiques (internationales) auxquelles est subordonné l'exercice de ce droit ne peut transformer le manquement au contrat en un fait « illicite ». Pour reprendre encore une fois l'analogie avec l'expropriation, l'inobservation par l'Etat de l'une de ces conditions, même celles qui concernent l'indemnisation, ne convertit pas non plus l'inexécution en un fait « illicite » proprement dit. La responsabilité existe et elle est imputable, mais elle a un autre fondement et des conséquences juridiques très différentes.

135. Sur ces deux points, la notion de l'inexécution « arbitraire » que nous venons d'exposer est d'une importance évidente. Nous reviendrons sur les conséquences

[183] Voir, sur ce point, s.-sect. 13 et n. 68 à 71.

[184] Il est certain que, dans la pratique diplomatique et judiciaire comme dans la doctrine, on emploie ce mot assez couramment pour qualifier l'inexécution des obligations contractuelles de l'Etat, mais on l'applique alors à des actes ou omissions de caractère « illicite ».

juridiques à la fin du chapitre. Pour le moment, nous nous bornerons à étudier l'essentiel, c'est-à-dire les conditions et les circonstances dans lesquelles le manquement doit intervenir pour que la responsabilité internationale naisse et soit imputable à l'Etat. Bien entendu, le problème se pose, en gros, dans les mêmes termes que lorsqu'il s'agit de l'expropriation « arbitraire » de biens ou, plus généralement, de l'une des autres formes sous lesquelles se manifeste le droit de l'Etat de « porter atteinte » aux droits patrimoniaux des particuliers.

136. Dans l'avant-projet que nous avons présenté à la Commission dans nos deux rapports, nous avons indiqué trois catégories d'actes ou d'omissions contraires au droit international. Il s'agit: *a*) d'actes ne se justifiant pas par des raisons d'utilité publique ou de nécessité économique de l'Etat; *b*) d'actes constituant des mesures discriminatoires entre les nationaux et les étrangers au détriment de ces derniers; *c*) d'actes impliquant un « déni de justice » au sens de l'article 4 de l'avant-projet [185]. Ces normes qui fixent les éléments constitutifs (généraux) de l'inexécution « arbitraire » et qui traduisent la pratique généralement acceptée comme étant le droit en la matière, doivent être complétées par les normes relatives à l' « indemnité » pour répondre à la distinction que nous avons faite entre l'inexécution « arbitraire » et l'inexécution « illicite ». Il importe d'étudier d'abord les précédents jurisprudentiels que nous n'avons pas examinés dans nos *rapports* antérieurs, dans la mesure où ils concernent les éléments constitutifs (généraux ou spéciaux) de l'inexécution « arbitraire ».

31. — Eléments constitutifs (généraux) de l'inexécution arbitraire

137. Pas plus que les trois qui vont suivre, la présente rubrique ne prétend être exhaustive. Son objet est simplement de préciser quels ont été les éléments constitutifs que la jurisprudence internationale a retenus lorsqu'elle a imputé à des Etats la responsabilité de l'inexécution d'obligations contractuelles qu'ils avaient assumées à l'égard d'étrangers. L'exposé n'ayant qu'un caractère d'illustration, nous nous efforcerons de faire ressortir les causes et les circonstances dont a découlé la responsabilité de l'Etat dans les divers cas ou groupes de cas. Etant donné qu'une classification plus rigoureuse des contrats aurait l'inconvénient d'être très difficile à formuler et ne nous serait d'ailleurs d'aucune utilité, nous nous bornerons à distinguer dans les contrats ceux qui sont conclus *ultra vires*, ceux qui sont conclus avec des subdivisions politiques et ceux qui concernent les dettes publiques. Bien évidemment, cette classification n'exclut pas que certaines des conditions et circonstances génératrices de responsabilité se retrouvent ou puissent se retrouver dans toutes les relations contractuelles entre Etats et étrangers. C'est ce qui se passe, en particulier, dans les hypothèses que nous allons étudier [186].

138. Dans la grande majorité des cas dont ont eu à connaître les instances judiciaires internationales, le caractère « arbitraire » de l'inexécution paraît lié à la notion de « déni de justice », entendue assez largement pour comprendre les actes ou omissions de l'exécutif et du législatif. Certaines décisions ont qualifié l'inexécution du contrat « d'injustice grave » *(gross injustice)* commise à l'égard de l'étranger [177]. Les autres se bornent en général à déclarer la réclamation recevable ou irrecevable, selon que l'on a prouvé ou non un déni de justice de la part des organes de l'Etat [188]. Parfois, on a fait découler la responsabilité internationale de l'Etat de ce que son comportement traduisait des préoccupations purement politiques et constituait un acte de représailles contre l'Etat dont l'étranger contractant était ressortissant [189]. Dans un autre groupe de cas, la responsabilité de l'Etat a été fondée sur la notion d' « enrichissement sans cause », l'Etat ayant retiré un avantage économique ou financier de l'inexécution de ses obligations contractuelles envers un étranger [190].

32. — Contrats conclus *ultra vires* et contrats conclus avec des subdivisions politiques

139. Une question se pose à propos des contrats de ce genre: il s'agit de savoir si la responsabilité internationale de l'Etat est engagée pour inexécution ou répudiation du contrat lorsque le fonctionnaire avec qui l'étranger a contracté n'avait pas compétence pour le faire. En d'autres termes, l'Etat peut-il dégager sa responsabilité en alléguant que ces contrats ont été conclus *ultra vires?* Comme on l'a indiqué récemment, la jurisprudence internationale reconnaît plus libéralement l'existence de la responsabilité, spécialement dans les cas où il y a « compétence apparente » *(apparent authority)* de la part du fonctionnaire en cause [191]. Les sentences arbitrales rendues au XIXe siècle et au début du XXe montrent nettement la tendance alors dominante à ne pas considérer la responsabilité de l'Etat comme engagée par la répudiation des contrats en question. Ces décisions avaient apparemment le fondement suivant: « Il faut qu'un individu ait sans conteste le droit de contracter au nom de son gouvernement pour que ledit gouvernement puisse endosser la responsabilité. Il ne suffit pas ... de démontrer que la personne avec qui le contrat a été signé est une de celles qui... sont chargées de ravitailler la garnison, il faut encore prouver qu'elle avait la capacité voulue pour conclure un contrat à cet effet au nom du gouvernement [192]. »

---

[185] Voir art. 7 dans A/CN.4/III, append. Conformément au dernier paragraphe de cet article, sont exclus les cas où le contrat ou la concession contient la clause Calvo. Selon d'autres dispositions de l'avant-projet (art. 13), l'Etat n'est pas responsable non plus si les mesures qu'il a prises sont dues à la force majeure ou se justifient par l'existence d'une autre cause exclusive de responsabilité.

[186] Voir sur ce point le commentaire sur l'art. 8 du projet de Harvard, *op. cit.*, p. 169 à 173, et Eagleton, *op. cit.*, p. 160 et suiv.

[187] Voir les affaires Pond et Treadwell, dans Moore, *Digest and History of Arbitrations*, etc. (1915), vol. IV, p. 3467 et 3468.

[188] Voir par exemple l'affaire de la Salvador Commercial Co., dans *Foreign Relations of the United States* (1902), p. 844 et 845.

[189] Voir l'affaire de la Compagnie générale de l'Orénoque, dans J. H. Ralston, *Report on the French-Venezuelan Mixed Claims Commission of 1902* (1906), p. 360 à 367.

[190] Voir sur ce point les espèces citées au chap. Ier, s.-sect. 3 et à la n. 193 ci-dessous.

[191] Sur l'évolution de la jurisprudence en la matière, voir l'étude remarquable récemment publiée par Th. Meron, « Repudiation of *Ultra Vires* State Contracts and the International Responsability of States », *International and Comparative Law Quarterly* (1957), vol. 6, p. 273 à 289.

[192] Voir l'affaire Smith, dans Moore, *op. cit.*, vol. 4, p. 3456. Voir également l'affaire Beales, Nobles and Garrison, *ibid.*, p. 3548, et l'affaire dite Tinoco, ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I, p. 387, 397 à 399.

140. Les décisions qui ont admis la responsabilité internationale de l'Etat ne reposent pas toujours sur les mêmes considérations. Certaines sont fondées sur la notion d' « enrichissement sans cause » — l'inexécution injustifiée d'une obligation quasi contractuelle étant imputable à l'Etat [193]. Selon d'autres, la responsabilité internationale découle du fait que l'Etat a, par des actes postérieurs à la signature du contrat, « ratifié » et donc validé ledit contrat. Diverses décisions [194] énoncent expressément cette idée que les organes de l'Etat peuvent, par un ou plusieurs actes, valider un contrat nul *ab initio*, en vertu du droit interne. Dans ces cas, et plus particulièrement dans d'autres, le tribunal ou la commission d'arbitrage a souligné la « compétence apparente » du fonctionnaire contractant, faisant découler la responsabilité internationale de l'Etat du fait que l'Etat avait répudié le contrat de façon arbitraire et injustifiée [195].

141. Dans nos rapports précédents, comme dans l'avant-projet que nous avons présenté à la Commission, nous avons laissé délibérément de côté les questions relatives à la responsabilité internationale de l'Etat à raison d'actes ou omissions des organes ou fonctionnaires de ses subdivisions politiques. La raison donnée pour justifier cette omission — le développement marqué de la personnalité internationale de certaines entités — explique aussi que nous nous abstenions d'étudier la jurisprudence internationale concernant les contrats passés entre des étrangers et les subdivisions politiques d'un Etat (voir en particulier dans le deuxième rapport les commentaires au chapitre II). En effet, ces contrats ne posent pas seulement la question de savoir quelle serait la responsabilité qu'il faudrait imputer à l'Etat en cas d'inexécution du contrat par la subdivision politique contractante. Ils posent aussi dans certains cas la question de savoir si l'Etat doit être tenu responsable d'actes ou d'omissions qui constituent des « ingérences » dans l'exécution ou l'inexécution du contrat. Sur ce plan et par analogie entre les relations contractuelles de cette nature et les relations contractuelles de caractère purement privé (entre étrangers et nationaux de l'Etat défendeur), une autre question se pose: celle de la responsabilité internationale de l'Etat pour actes ou omissions ayant les conséquences qui viennent d'être énoncées.

33. — Dettes publiques

142. Nous avons indiqué, dans notre deuxième rapport (chap. IV, sect. 13), la position généralement adoptée par les codifications et la doctrine, en ce qui concerne la responsabilité internationale de l'Etat lorsqu'il répudie ou prétend annuler ses dettes publiques ou lorsqu'il décide la suspension ou la modification, totale ou partielle, du service de la dette; cette position fait ressortir les différences qui existent entre les relations de cette nature et les autres relations contractuelles et conduit à déterminer la responsabilité de l'Etat dans des cas de ce genre selon des principes moins rigides. Cette position, tout comme les raisonnements et les considérations sur lesquels elle se fonde, coïncide dans l'ensemble avec l'orientation suivie en la matière par la jurisprudence internation ale.Nous ne citerons, à titre d'exemple, que quelques-unes des espèces les plus connues.

143. Dans un cas, l'arbitre a déclaré explicitement qu'une personne qui a acquis un intérêt dans la dette publique d'un Etat étranger est dans la même situation, pour réclamer et obtenir le paiement de son dû, que celle qui a souffert un dommage à la suite d'une injustice ou d'une violence directes [196]. On a soutenu, dans une autre affaire, que: « C'est un principe de droit international que la dette interne d'un Etat, qualifiée de publique ... ne peut jamais faire l'objet d'une réclamation tendant au paiement immédiat et effectif ... » [197]. Tout comme cela s'est produit dans la jurisprudence relative aux autres relations contractuelles, on a parfois admis que le défaut de paiement engageait la responsabilité internationale de l'Etat — il s'agit alors de cas où l'acte ou l'omission imputable était manifestement et totalement arbitraire ou injustifié. Ce n'est qu'exceptionnellement que l'on a soutenu, à l'encontre de l'opinion la plus répandue, que: « Fondamentalement ... il n'y a pas de différence de principe entre les dommages *(wrongs)* causés par l'inexécution d'une convention monétaire et les autres dommages qui engagent immédiatement la responsabilité de l'Etat » . [198]

34. — Nature juridique de l « indemnité »

144. Comme nous l'avons fait observer plus haut (s.-sect. 30), l'inexécution par l'Etat de ses obligations contractuelles à l'égard des étrangers, lorsqu'elle se produit dans des conditions et des circonstances contraires au droit international, est assimilée par la doctrine traditionnelle aux actes ou omissions qui font naître, par leur caractère « illicite », la responsabilité internationale. Cette notion de l'inexécution « illicite » est liée logiquement à celle de « réparation », c'est-à-dire au devoir de l'Etat de verser, à titre d'indemnité, des dommages-intérêts à l'étranger si la restitution en nature est impossible ou ne suffit pas à réparer le dommage de façon adéquate — pour ne rien dire de la « satisfaction » qui constitue parfois aussi une mesure de réparation. A cet égard, la jurisprudence des tribunaux et des commissions d'arbitrage compte de nombreux précédents qui mettent en relief le caractère et la portée de l' « indemnité » que le responsable a dû payer pour n'avoir pas honoré ses obligations contractuelles [199]. La sentence rendue dans l'affaire du chemin de fer de la baie de Delagoa en est une excellente illustration. Bien qu'il s'agît d'un cas typique d'expropriation de biens corporels, le tribunal, après avoir fait une distinction nette entre les deux manières de calculer

[193] Voir, par exemple, l'affaire Parker, *ibid.*, vol. IV, p. 35, et l'affaire, plus récente, de la General Finance Corporation (1942), *United States Department of State Publication 2859*, p. 541 à 548.

[194] Voir notamment l'affaire H. J. Randolph Hemming, ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 53, et l'affaire Jalapa R. R. and Power Co., *United States Department of State Publication 2859*, p. 542 et 543.

[195] Voir dans ce sens l'affaire Trumbull, dans Moore, *op. cit.*, vol. IV, p. 3569 et 3570, et l'affaire Aibolard, dans la *Revue de droit international privé et de droit pénal international* (1905), vol. I, p. 893.

[196] Voir Colombian Bond Cases, dans Moore, *op. cit.*, vol. IV, p. 3612.

[197] Voir l'affaire Ballistini, Ralston's Report (1904), p. 503.

[198] Voir l'affaire Aspinwall, dans Moore, *op. cit.*, vol. IV, p. 3649.

[199] Voir M.M. Whiteman, *Damages in International Law* (Washington [D.C.], United States Government Printing office, 1943), vol. III, p. 1577 à 1579.

l'indemnité, a déclaré: « ... l'Etat, auteur d'une telle dépossession, est tenu à la réparation intégrale *(to make full reparation)* du préjudice par lui causé [200].

145. Nous avons vu cependant que lorsque l'inexécution d'obligations contractuelles se produit dans des conditions et des circonstances contraires au droit international — de même que l'expropriation de biens corporels et pour les mêmes raisons — elle ne peut consister qu'en des actes ou omissions « arbitraires ». En conséquence, par suite d'une analogie qui s'impose avec l'institution fondamentale (l'expropriation), tout ce que l'on peut exiger c'est une « indemnité » du genre de celle dont nous avons parlé à la section III du chapitre précédent, c'est-à-dire une simple indemnisation au titre des intérêts de l'étranger auxquels l'inexécution a « porté atteinte ». Ainsi donc, en dehors de l'hypothèse où l'inexécution implique une expropriation de biens corporels, inexécution à laquelle s'appliqueraient les normes que nous avons étudiées au chapitre II, on peut se demander comment cette réparation ou indemnisation sera déterminée. S'agissant de relations juridiques relevant du droit interne, il faudra nécessairement s'en tenir aux dispositions de ce droit. Si l'ordre juridique interne ne prévoit aucune indemnisation ou prévoit une indemnisation inférieure à celle qui est accordée dans la plupart des pays, on devra présumer que l'étranger ne l'ignorait pas et que c'est sur cette base qu'il a volontairement contracté avec l'Etat. Il ne pourrait pas, par conséquent, alléguer son ignorance et prétendre être indemnisé par l'Etat selon des normes étrangères au droit interne et différentes de celles-ci. Il en irait différemment si l'on se trouvait en présence de mesures rétroactives — l'étranger aurait alors droit à une réparation conforme aux normes en vigueur au moment de la signature du contrat. Il serait difficile de formuler d'autres normes valables pour tous les cas où il peut y avoir inexécution d'obligations contractuelles car les ciconstances dans lesquelles cette inexécution peut se produire sont extrêmement variées. La seule autre norme qu'il convienne de retenir, car elle est étroitement liée au principe du respect des droits acquis et joue un rôle important dans la pratique, est celle qui prescrit l'obligation de verser une indemnité lorsque l'Etat s'enrichit directement du fait de l'inexécution. Les vastes pouvoirs de l'Etat en la matière ne peuvent lui permettre de s'enrichir au détriment des particuliers qui ont contracté avec lui et se sont acquittés de leurs prestations.

146. Au reste, si le contrat ou la concession est soumis non au droit interne mais à des systèmes et principes juridiques de caractère international, la situation est différente puisque l'inexécution est alors « illicite ». Mais il va sans dire que cette situation ne résulte pas toujours des mêmes circonstances; celles-ci peuvent beaucoup varier. Il suffit de dire que l'inexécution dans ce cas entraîne en principe « réparation ».

[200] *Ibid.*, p. 1698. Cependant, aux termes du mandat qu'il avait reçu, le tribunal devait fixer, comme il le jugerait le plus juste, « le montant de la compensation (*indemnity*) due par le Portugal ... par suite de la rescision de la concession ... et de la prise de possession de ce chemin de fer ...». Voir Moore, *Digest and History of International Arbitrations* (1898), vol. II, p. 1875.