

DROIT INTERNATIONAL ET CONTRATS D'ÉTAT *

par

Prosper WEIL

Professeur

à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales
de Paris

1. — « La zone marginale où se situent certains engagements internationalisés » : comment exprimer mieux que par cette formule du professeur Reuter le clair-obscur dans lequel continue à baigner la question des rapports entre le droit international et les contrats d'Etat ? (1). « Quand il s'agit d'un accord entre un particulier et un Etat, écrit encore M. Reuter, on a vivement contesté la possibilité de le soumettre directement au droit international public... La pratique prouve cependant l'existence d'un courant régulier de contrats dans ce sens... Mais... le droit international public... se prête peu à la dénaturer qui en ferait un système de références valable pour n'importe quel jeu de relations contractuelles » (1).

Le droit international joue-t-il un rôle — et, dans l'affirmative, lequel — dans les relations contractuelles entre l'Etat et personnes privées étrangères ? ou bien, s'agissant de relations dont l'un des partenaires n'est pas un sujet de droit international, le droit international doit-il être regardé comme leur étant entièrement extérieur ?

(*) On pardonnera peut-être cette francisation de l'expression anglaise *State contracts* : elle permet de désigner d'un terme commode, qui faisait défaut jusqu'ici à la langue juridique française, les contrats passés par un Etat avec une personne privée étrangère.

(1) P. Reuter, *Droit international public*, Paris, P.U.F., 5^e éd., 1976, pp. 55-56 et 101.

Tel est le problème que l'on voudrait reprendre ici à la lumière des développements récents de la matière (2).

2. — Il y a quelque dix ou quinze ans une vogue s'était manifestée en faveur de ce que l'on a pris coutume d'appeler l'internalisation des contrats : on entendait par là une certaine soumission — dont les conditions et les modalités variaient selon les cas ou les auteurs — au droit international, sinon de tous les contrats d'Etat, du moins de ceux d'entre eux dans lesquels on voyait volontiers une catégorie particulière et que l'on désignait sous le nom d'accords de développement économique ou de contrats d'investissement. Appuyé sur une pratique contractuelle assez fournie et sur une jurisprudence certes peu abondante et parfois ambiguë mais néanmoins significative — on pense aux sentences

(2) Pour une étude d'ensemble du problème et une bibliographie de la matière jusqu'en 1969, voir P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *R.C.A.D.I.*, 1969-III, t. 128, pp. 95 ss. ; K.H. Böckstiegel, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Francfort, Athenäum, 1971 (l'ouvrage est à jour en 1969).

Parmi les études consacrées au problème depuis 1969, on signalera entre autres : W. Goldschmidt, « Transactions between States and Public Firms and Foreign Private Firms », *R.C.A.D.I.*, 1972-II, t. 136, pp. 203 ss. ; G. Kojanec, « Legal Nature of Agreements Concluded by Private Entities with Foreign States », dans *Les accords de commerce international*, Colloque de l'Académie de droit international de La Haye, 1968, Leiden, Sijthoff, 1969, pp. 299 ss. ; P. Lalive, *Réflexions sur l'Etat et ses contrats internationaux*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Etudes internationales, Collection « Conférences », n° 12, 1976 ; F.A. Mann, I. Seidl-Hohenveldern, P. Lalive et G. van Hecke, « Contrats entre Etats et personnes privées étrangères », Textes du Colloque de Louvain, 1974, *Revue belge de droit international*, 1975, pp. 562 ss. ; H. Pazarczy, *Responsabilité internationale des Etats en matière contractuelle*, Ankara, Publications de la Faculté des Sciences politiques, 1973 ; H. Pazarczy, « La responsabilité internationale des Etats à l'occasion des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères », *R.G.D.I.P.*, 1976, pp. 354 ss. ; G. Sacerdoti, *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1972 ; A. Vergopoulos-Michail, *Problèmes relatifs à l'arbitrage en matière d'investissements privés internationaux*, thèse, Paris, 1978 (non publiée), pp. 93 ss. ; J. Verhoeven, « Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats », dans *Le contrat économique international*, Paris, Pedone, 1975, pp. 115 ss. ; P. Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économique », dans *Mélanges Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 301 ss. ; W. Wengler, « Les accords entre Etats et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international ? », *R.G.D.I.P.*, 1972, pp. 313 ss. ; W. Wengler, « Nouveaux aspects de la problématique des contrats entre Etats et personnes privées », *Revue belge de droit international*, 1978-1979, pp. 415 ss.

Pour la pratique (accords internationaux, législations nationales, contrats), on se reportera aux publications suivantes sur feuillets mobiles : G. Delaume, *Transnational Contracts : Applicable Law and Settlement of Disputes*, New York, Oceana ; P. Fisher, *A Collection of International Concessions and Related Instruments*, New York, Oceana ; I.C.S.I.D., *Investment Laws of the World*, New York, Oceana.

du type *Aramco* ou *Sapphire* (3) — ce courant doctrinal se trouvait conforté par des instruments internationaux tels la résolution 1803 (XVII) de 1962 dite « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » (4) ou la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965 (5).

3. — Depuis quelques années pourtant l'internationalisation — qui n'avait à dire vrai jamais fait l'unanimité — se trouve contestée sur deux plans.

Politiquement, d'abord, la vague de fond du droit du développement a conduit de nombreux pays à rejeter tout ce qui pourrait compromettre de près ou de loin la maîtrise absolue de l'Etat sur les investissements privés étrangers. Ce mouvement déborde certes le domaine des contrats puisqu'il touche à l'ensemble du régime des biens et droits des sociétés étrangères. Ce sont néanmoins les relations contractuelles qui sont les plus gravement touchées par cette irrésistible ascension de l'idéologie du nouvel ordre économique international : pour les tenants de cette idéologie, le contrat d'investissement ne saurait relever que du droit national de l'Etat contractant ; toutes clauses par lesquelles l'Etat contractant aurait limité sa liberté d'action — y compris

Pour la jurisprudence et les travaux de l'Institut de droit international, voir *infra*, paragr. 4.

(3) Sur la jurisprudence antérieure à 1970, voir P. Weil, *Problèmes relatifs aux contrats...* (*supra*, n. 2), pp. 164 ss.

(4) Cette résolution, que la sentence *Texaco-Calasiatic* (*infra*, n. 16) regarde comme « la manifestation d'une volonté générale réelle » reflétant « l'état du droit coutumier existant en la matière » (paragr. 87 et 88 ; cf. paragr. 84), déclare que « les accords relatifs aux investissements librement conclus par des Etats souverains ou entre de tels Etats seront respectés de bonne foi » : on s'accorde à interpréter cette disposition comme soumettant les contrats entre Etats et ressortissants étrangers au droit international. L'intervention du droit international dans les relations entre l'Etat et son cocontractant privé est confirmée par plusieurs autres dispositions de la résolution (les autorisations accordées à des capitaux étrangers pour la prospection, la mise en valeur et la disposition des ressources naturelles « seront régies par les termes de cette autorisation, par la loi nationale... et par le droit international » ; l'indemnisation en cas de nationalisation se fera « conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures ... et en conformité du droit international » ; si une controverse surgit au sujet de cette indemnisation, il est prévu qu'après épuisement des voies de recours internes et « sur accord des Etats souverains et autres parties intéressées », le différend « devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international ».

(5) Le droit international est présent à un double titre dans le mécanisme de règlement institué par cette Convention : procéduralement, en ce sens que l'arbitrage prévu revêt incontestablement un caractère international ; sur le fond, en ce sens que faute d'accord entre les parties sur les règles de droit applicables le Tribunal arbitral doit appliquer « le droit de

celles par lesquelles il se serait engagé à ne pas porter atteinte au contrat en vertu de ses prérogatives étatiques ou à geler sa législation — seraient à regarder comme nulles et non avenues parce contraires à sa « souveraineté inaliénable » ; tout différend susceptible de surgir entre l'Etat et son cocontractant ne saurait ressortir qu'aux seules juridictions nationales, appliquant le droit national. Ne voudrait-on même voir dans la Charte des droits et devoirs économiques des Etats (résolution 2381 (XXIX) de 1974) qu'une « simple déclaration d'ordre politique plutôt que juridique » insusceptible de cristalliser ou de créer du droit coutumier (6), ce document, et plus particulièrement son article 2, paraît néanmoins sonner le glas de la présence du droit international dans les relations contractuelles entre Etats et investisseurs étrangers.

Mais l'attaque contre l'internationalisation n'est pas menée seulement au nom du nouvel ordre économique dressé contre l'ancien, au nom du « sud » dressé contre le « nord » ; elle est conduite également au nom de l'orthodoxie juridique la plus stricte. Impossible, dit-on, d'ériger en rapport de droit international une relation juridique dont l'un des partenaires est dépourvu de personnalité internationale. Inconcevable, soutient-on, de subordonner l'application ou la non-application du droit international à la volonté de parties dont l'une n'est même pas un sujet de droit international (7). Et d'ailleurs, ajoute-t-on, à quelles règles de droit international le contrat d'Etat serait-il soumis ? A celles qui gouvernent les traités ? Ce ne serait pas seulement inadmissible sur le plan théorique ; ce serait également désastreux sur le plan pratique, car on remplacerait ainsi, pour reprendre une expression de M. Jiménez de Aréchaga, « the flexible methods for contractual adjustments » par « the rigidities of international law » (8). Le contrat serait-il dans ces conditions régi par des règles spécifiques du droit international ? Mais, rétorque-t-on alors, ces règles n'existent tout simplement pas, et « tant que fera défaut une véritable ' législation ' internationale des contrats par voie de résolutions ou de conventions » le « droit international des contrats »

l'Etat contractant partie au différend ... ainsi que les principes de droit international en la matière » (art. 42).

(6) Sentence *Tezaco-Calasiatic* (*infra*, n. 16). paragr. 88.

(7) Voir par exemple W. Wengler, *Les accords entre Etats et entreprises étrangères...* (*supra*, n. 2) ; R. Ago, « Cinquième Rapport sur la responsabilité des Etats », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, II, 1^{re} partie, p. 7 et 2^e partie, pp. 73-74.

(8) E. Jiménez de Aréchaga, « International Law in the Past Third of a Century », *R.C.A.D.I.*, 1978-I, t. 159, pp. 1 ss., à la p. 308.

est condamné à n'être guère plus qu'une « fragile structure » (9), voire une pure et simple « chimère » (10).

C'est, on le constate, sur tous les fronts que l'internationalisation des contrats d'Etat se voit depuis une dizaine d'années contestée : dans l'ordre de la théorie juridique comme au nom du nouvel ordre économique international ; par les « anciens » comme par les « modernes » ; par les « intégristes » du droit international « classique » comme par les fervents du droit international « nouveau ». Pour les uns comme pour les autres les droits et obligations nés du contrat d'Etat ne sauraient entretenir aucun rapport avec l'ordre juridique international. Pour les uns comme pour les autres le droit international se trouverait en quelque sorte évacué des relations contractuelles *inter partes*, pour demeurer confiné au domaine traditionnel des relations inter-étatiques, autrement dit aux aspects para-contractuels de la protection diplomatique et de la responsabilité internationale (11). Par un étrange retour des choses, l'idéologie du développement rejoint ainsi le rigoureux classicisme du célèbre *dictum* de la Cour permanente dans les affaires des *Emprunts serbes et brésiliens* : « 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 ... Un Etat souverain ... ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui ... à une loi autre que sa loi propre » (12).

4. — On serait tenté, dans ces conditions, de penser que le courant des années 60 en faveur de l'internationalisation s'est définitivement renversé pendant les années 70 : si tant est qu'ils en ont jamais eus réellement, contrats d'Etat et droit international n'entreprendraient à présent plus de rapports ; si tant est qu'elle a jamais existé, l'internationalisation des contrats d'Etat appartiendrait dans la meilleure des hypothèses au passé.

Pareille conclusion serait pourtant erronée à plus d'un titre.

Il faut noter, tout d'abord, que le radicalisme des déclarations officielles et des textes adoptés par les instances internationales n'a pas eu sur la pratique les répercussions auxquelles on au-

(9) A.A. Fatouros, *International Law...* (*infra*, n. 16), pp. 139 et 140.

(10) J. Verhoeven, « Droit international des contrats et droit des gens », *Revue belge de droit international*, 1978-1979, pp. 209 ss., à la p. 229.

(11) Cf. résolution de l'Institut de droit international (*infra*, n. 17) : « la responsabilité internationale des Etats en vertu du droit international n'est pas visée par la présente résolution ». — Sur la distinction entre les relations *inter partes* et les relations interétatiques, voir P. Weil, *Problèmes relatifs aux contrats...* (*supra*, n. 2), p. 114.

(12) C.P.J.I., série A, n^{os} 20-21, pp. 41 et 121.

rait pu s'attendre, puisque aussi bien maints Gouvernements — dont certains parmi les militants les plus actifs du nouvel ordre économique international — ont, depuis le vote de la Charte de 1974 comme ils l'avaient fait avant, conclu des traités, élaboré des législations et passé des contrats comportant une certaine internationalisation soit du droit applicable soit du règlement des différends soit de l'un et de l'autre. C'est ainsi que l'analyse des conventions conclues par la France, surtout au cours des dernières dix années, avec des pays en voie de développement afin d'assurer la protection et la garantie des investissements a conduit un auteur à constater « une dichotomie entre le discours public des Etats, imprégné d'idéologie ..., et le discours privé des Etats, coloré de pragmatisme ... : la source d'inspiration des conventions bilatérales d'investissement conclues par la France ne réside manifestement pas dans les dispositions de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats... » (13). La pratique contractuelle ne paraît pas davantage avoir été infléchie sensiblement par le courant hostile à toute internationalisation : les clauses de *choice of law* comportant une « dénationalisation » du droit applicable et les clauses prévoyant un arbitrage international ne paraissent en effet ni plus ni moins fréquentes qu'au cours de la décennie précédente. Le nombre des clauses de renvoi au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.) — et, partant, à l'arbitrage international et à l'application possible du droit international — contenues dans les traités internationaux, les législations nationales et les contrats eux-mêmes suffirait à lui seul à montrer que certains pays du tiers-monde sont peut-être moins hostiles à une intervention du droit international dans les relations qu'ils nouent avec leurs cocontractants étrangers que la terminologie officielle ne le donnerait à penser (14).

Il faut croire dans ces conditions, on le remarquera au passage, que les praticiens ne perçoivent pas toujours l'internationalisation comme le masque juridique de l'impérialisme économique qu'une trop facile caricature a souvent essayé d'en faire. Loin de « piéger » l'Etat d'accueil dans les mailles de stipulations con-

(13) P. Juillard, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *J.D.I.*, 1979, pp. 274 ss., à la p. 324 (cf. les observations du même auteur dans *A.F.D.I.*, 1975, pp. 674-675, et 1978, p. 627).

(14) Les remarques faites en 1970 par la Cour internationale de Justice au sujet des « instruments » destinés à assurer la protection des investissements (traités entre Etats et accords entre Etats et sociétés) et dont certains confèrent aux sociétés « un droit direct de défendre leurs intérêts contre les Etats par des procédures définies » (Affaire de la *Barcelona Traction*, C.I.J., *Recueil* 1970, p. 47), n'ont, on le constate, rien perdu de leur actualité.

tractuelles figées et immuables et de sacrifier la souveraineté économique des Etats aux intérêts des investisseurs des pays industrialisés, une certaine présence du droit international dans les contrats d'Etat s'avère peut-être, en définitive, et quoi que l'on ait dit et répété, mieux à même que toute autre formule d'assurer le difficile équilibre entre les exigences contradictoires des partenaires et de rendre compte, par-delà les affrontements apparents, d'une « réciprocité ... (et d') une communauté d'intérêts entre investisseur privé étranger et Etat récepteur » (15).

La pratique n'est pas seule à avoir assuré contre vents et marées la survie du droit international en matière de contrats d'Etat. Quatre sentences arbitrales sont en effet venues au cours de ces dernières années conforter le courant jurisprudentiel antérieur : celle de M. Lagergren dans l'affaire *B.P.* (1973) ; celle de M. Dupuy dans l'affaire *Texaco-Calasiatic* (1977) ; celle de M. Mahmassani dans l'affaire *Liamco* (1977) ; celle, enfin, rendue sous les auspices de l'American Arbitration Association dans l'affaire *Revere* (1978) (16). Toutes quatre recherchent dans le droit

(15) P. Vellas, « Droit de propriété, investissements étrangers et nouvel ordre économique international », *J.D.I.*, 1979, pp. 21 ss. Pour une illustration de la politique de coopération contractuelle entre pays en voie de développement et sociétés étrangères, v. Ch. Leben, « Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales », *J.D.I.*, 1980, pp. 539 ss., et notamment pp. 575 ss.

(16) La sentence *B.P. v. Libye*, du 10 octobre 1973, est demeurée longtemps inédite. Elle a finalement été publiée dans *International Law Reports*, vol. 53, pp. 297 ss., accompagnée de la mention que le Gouvernement libyen, consulté au sujet de cette publication, avait fait savoir qu'à ses yeux la sentence était un « document » qu'il considérait comme « nul and void » (il n'avait d'ailleurs pas participé à la procédure arbitrale) et qu'il ne pouvait donc donner son « consentement » à quelque « publication » que ce soit.

La sentence *Texaco-Calasiatic c. Libye*, du 19 janvier 1977, est reproduite pour l'essentiel dans *J.D.I.*, 1977, pp. 350 ss. (on en trouvera une traduction anglaise complète dans *International Legal Materials*, 1978, pp. 1 ss., et dans *International Law Reports*, vol. 53, pp. 389 ss.). Parmi les commentaires, on relèvera : G. Cohen-Jonathan, « L'arbitrage Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen », *A.F.D.I.*, 1977, pp. 452 ss. ; J.F. Lalive, « Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères », *J.D.I.*, 1977, pp. 319 ss. ; F. Rigaux, « Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale », *Revue critique de droit international privé*, 1978, pp. 435 ss. ; A. Vergopoulos-Michail, *Problèmes relatifs à l'arbitrage...* (*supra*, n. 2), pp. 98 ss. ; J. Verhoeven, *Droit international des contrats...* (*supra*, n. 10) ; A.A. Fatouros, « International Law and the Internationalized Contract », *A.J.I.L.*, 1980, pp. 134 ss.

D'importants extraits de la sentence *Liamco* sont publiés dans *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 134 ss. Cf. P. Rambaud, « Les suites d'un différend pétrolier : l'affaire *Liamco* devant le juge français », *A.F.D.I.*, 1979, pp. 820 ss.

Pour une comparaison des trois sentences précitées, voir B. Stern, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions », *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 3 ss.

international des éléments de réponse pour la détermination des droits et obligations des parties ; l'une d'elles — celle de M. Dupuy — pousse la théorie des relations entre le droit international et les contrats d'Etat à un degré d'élaboration qu'aucune décision arbitrale n'avait atteint auparavant.

Que dire enfin de la résolution adoptée en 1979 par l'Institut de droit international au sujet de « la loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère », résolution qui consacre expressément la faculté pour les parties de choisir comme loi du contrat, entre autres normes de référence, le droit international ? (17).

5. — Loin d'avoir été balayée par le « vent de l'histoire », la présence du droit international dans le domaine des contrats d'Etat connaît ainsi un second souffle. Le problème demeure toutefois trop controversé — et la controverse trop passionnée — pour que l'on ne tente pas, à partir de ces données récentes, une approche, sinon nouvelle, du moins quelque peu renouvelée, de la question.

Sur le plan théorique, tout d'abord, on ressent, plus peut-être que par le passé, le besoin d'une systématisation susceptible de fournir à la réflexion un cadre conceptuel approprié. On objectera sans doute que dans une matière aussi fluctuante il faut se défier de toute synthèse doctrinale qui, sous le prétexte de rendre cohérentes et intelligibles les multiples aspects du problème, en viendrait à perdre le contact avec le réel : ne constate-t-on pas que d'ores et déjà « l'incertitude de la matière a favorisé les spéculations doctrinales dont la subtilité n'a souvent d'égal que la gratuité et dont l'originalité abstraite a compensé l'inapplicabilité concrète » ? (17 bis). Il nous semble à vrai dire que c'est précisément parce que le problème est si complexe et parfois si malaisé à appréhender qu'il importe de dépasser une approche trop exclusivement descriptive et pragmatique. Quels qu'en soient les risques,

La sentence *Revere Copper and Brass v. Overseas Private Investment Corporation*, du 24 août 1978, est reproduite dans *International Legal Materials*, 1978, pp. 1321 ss.

(17) « Les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat ... le droit international ». La résolution (texte dans *A.F.D.I.*, 1979, p. 1232) a été précédée par plusieurs rapports de M. G. van Hecke (Rapports provisoire et définitif, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1977, vol. 57, t. I, pp. 192 ss., et pp. 246 ss., avec les observations des membres de l'Institut ; Observations préliminaires de M. van Hecke, *ibid.*, t. II, pp. 106 ss.). Les travaux de la session d'Athènes de 1979 n'étaient pas publiés au moment où la présente étude a été achevée.

(17 bis) J. Verhoeven, *Contrats entre Etats...* (*supra*, n. 2), p. 115.

un minimum de conceptualisation nous paraît s'imposer, ne serait-ce que pour assurer aux deux parties, particulièrement dans les opérations d'investissement, un environnement juridique suffisamment clair et précis. Aussi n'est-il pas superflu de tenter d'affiner le concept même d'internationalisation en définissant les niveaux différents où se situent les rapports entre le droit international et le contrat d'Etat. On sera conduit, dans cette perspective, à distinguer deux fonctions différentes du droit international : en tant qu'ordre juridique dans lequel le contrat d'Etat prendrait racine et d'où il tirerait sa validité ; en tant que système de renvoi ou de référence permettant de fournir les règles appelées à régir matériellement les relations contractuelles.

Cette approche conceptuelle ne constituerait toutefois qu'une sophistication gratuite si elle n'était pas rejointe et confirmée par des données concrètes, non seulement juridiques, mais également politiques et économiques. Ces données sont évidentes pour la fonction que le droit international est appelée à remplir en tant que loi du contrat : c'est en effet sous la pression même des préoccupations concrètes qu'a été admise par la pratique, avant de l'être par la jurisprudence et la doctrine, la faculté pour les parties de choisir le droit international comme loi, au moins partielle, du contrat. L'enracinement du contrat dans l'ordre juridique international suscite en revanche plus de réserves, car il semble à beaucoup représenter l'exemple même de l'abstraction dépourvue de justification. Aussi ne sera-t-il pas sans intérêt de constater que, sur ce plan comme sur celui de la loi du contrat, le droit international occupe, à l'égard de certains contrats d'Etat, une place que dictent les réalités juridiques, politiques et économiques de ces contrats.

C'est pourquoi, après avoir tenté d'identifier de plus près cette double fonction du droit international, nous nous proposerons d'en vérifier l'assise concrète, brièvement en ce qui concerne le droit international comme loi du contrat — car le terrain a déjà été largement exploré —, plus attentivement pour ce qui est du droit international comme fondement du contrat — car là-dessus les réticences demeurent nombreuses.

*

**

I. - La double fonction du droit international

6. — Le problème du droit applicable aux contrats d'Etat est généralement abordé de la manière suivante.

Les parties, constate-t-on, déterminent elles-mêmes, dans de nombreux cas, le droit applicable, et leur choix porte parfois sur le droit international, soit seul, soit plus souvent en combinaison avec d'autres systèmes de droit. Deux questions se posent alors. La première : les parties peuvent-elles valablement opter pour le droit international, ou bien celui-ci est-il à ce point étranger aux rapports entre un Etat et une personne privée qu'un tel choix doit être considéré comme inopérant ? La seconde : comment déterminera-t-on le droit applicable au cas où les parties ne l'ont pas fait elles-mêmes : par la recherche de leur volonté implicite à partir de certains signes ou indices (telle la présence ou l'absence d'une clause d'arbitrage international), ou bien en tenant compte d'éléments objectifs permettant de rattacher le contrat à tel ou tel droit ?

Telle est, par exemple, l'approche retenue par l'Institut de droit international, dont la récente résolution énonce en son paragraphe premier : « Les contrats entre un Etat et une personne privée étrangère sont soumis aux règles de droit choisies par les parties ou, à défaut d'un tel choix, aux règles de droit avec lesquelles le contrat comporte le rattachement le plus étroit », le paragraphe 2 précisant ensuite que « les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat ... le droit international ».

7. — La détermination du droit applicable en vertu du choix des parties ou, à défaut d'un tel choix, à l'aide d'autres critères, suppose résolu un problème préalable : quel est l'ordre juridique qui confère à l'accord de volontés entre un Etat et une personne privée étrangère le caractère d'un acte juridique générateur de droits et d'obligations, donne aux parties la faculté de choisir les règles de droit appelées à régir leurs relations et prévoit comment ces règles seront déterminées en l'absence d'un choix clairement exprimé des parties ? Comme on l'a dit, « What is *pacta* and when and how and if it is *servanda* are questions which must be

answered by a system of law capable of reacting ... to these problems » (18). A moins de considérer l'accord des parties comme générateur d'un ordre juridique spécifique — mais l'on sait à quels obstacles insurmontables se heurte cette conception d'un contrat sans loi, flottant dans le vide et constituant un monde clos et se suffisant à lui-même — on ne peut échapper à la question préalable de savoir quel est l'ordre juridique « dans lequel le contrat s'insère, où il puise sa validité et dans lequel il prend ses racines » (19). C'est à un second stade seulement — c'est-à-dire une fois réglé le problème de l'ordre juridique servant de fondement au contrat — qu'interviendra la détermination des règles de fond appelées, sur renvoi de l'ordre juridique de base, à gouverner matériellement le contrat.

8. — Empruntée à la théorie du droit international privé, cette distinction entre ce que l'on appelle parfois la *Grundlegung* et la *proper law* du contrat n'a guère jusqu'ici retenu l'attention de la doctrine (20). A la question du rapporteur, M. van Hecke : « Faut-il faire une distinction entre la loi qui régit le contrat et l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat ? » (21), les membres de l'Institut de droit international ont réservé un accueil mitigé (22), et les débats ultérieurs ne semblent pas guère avoir attaché d'intérêt à la distinction. Quant à la résolution définitive, elle ne lui fait pas le moindre écho : son objet étant de « contribuer à clarifier les règles de droit international privé » concernant les accords entre un Etat et une personne privée étrangère, elle s'attache exclusivement, comme l'indique son intitulé même, à déter-

(18) Cité, sans indication d'auteur, par F.A. Mann, *Revue belge de droit international*, 1975, p. 566.

(19) P. Weil, *Les clauses de stabilisation...* (*supra*, n. 2), p. 315 (cf. pp. 319-320). Dans le même sens, sentence *Texaco-Calasiatic* (*supra*, n. 16) : « à moins d'admettre que dans le stade initial où il s'agit pour les parties de faire le choix de la loi applicable la stipulation contractuelle y afférente puisse relever de leur seule libre volonté, force est de déterminer l'ordre juridique dans lequel la clause désignant la loi applicable vient s'inscrire et d'où cette même clause tire sa force obligatoire » (paragr. 26).

(20) La distinction a été évoquée par M. K.H. Böckstiegel dans son ouvrage *Der Staat als Vertragspartner...* (*supra*, n. 2), p. 76, et au cours du Colloque de Louvain (*Contrats entre Etats...*, *supra*, n. 2, p. 586 ; cf. les remarques de M. F.A. Mann au cours de ce même Colloque, *ibid.*, pp. 563 et 565).

(21) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1977, vol. 57, t. I, p. 207 (question 22).

(22) Voir par exemple les réponses hostiles à la distinction de MM. F.A. Mann, R. Monaco, I. Seidl-Hohenveldern et B.A. Wortley (*op. cit.*, *supra*, n. 21, pp. 228, 230, 233 et 244) ; pour des réponses favorables à la distinction, voir celles de MM. P. Lalive et W. Wengler (*ibid.*, pp. 226 et 234).

miner « la loi du contrat » (23). Aussi cette résolution peut-elle être interprétée de plusieurs manières : on peut y voir la condamnation, comme artificielle et inutile, de la distinction dans son principe même ; on peut aussi la regarder comme limitant son objet à la détermination de la *proper law*, le problème de la *Grundlegung* étant simplement réservé ; on peut enfin — et c'est peut-être la lecture la plus plausible — l'interpréter comme reposant sur l'idée que la *Grundlegung*, serait-elle même un concept valable dans l'abstrait, ne mérite pas de mention particulière, le fondement du contrat d'Etat dans un droit national étant considéré comme allant de soi, alors même que la loi du contrat serait, en partie ou en totalité, le droit international (24).

Quant à la jurisprudence, elle ne paraît guère plus enthousiaste. Si les passages classiques de la Cour permanente de Justice internationale dans les affaires des *Emprunts serbes et brésiliens* peuvent, au prix peut-être d'une certaine audace, être lus dans la perspective de la distinction entre *Grundlegung* et *proper law* (25), force est de reconnaître que celle-ci ne trouve d'écho ni dans les sentences arbitrales plus anciennes telles que *Aramco* ou *Sapphire*, ni dans les sentences plus récentes telles que *B.P.* ou *Liamco*.

(23) Dans le même sens, voir aussi les art. 1, 2, 4 et 5 de la résolution (« les contrats ... sont soumis aux règles de droit... » ; « les parties peuvent ... choisir comme loi du contrat... » ; « il est souhaitable que les parties désignent expressément le droit applicable à leur contrat » ; « ...le choix du droit applicable... »).

(24) En « réservant la question d'une intervention en ce domaine de l'ordre public et de lois impératives », la résolution paraît en effet regarder comme allant de soi que l'autonomie de la volonté des parties en matière de détermination de la loi du contrat peut être limitée, voire écartée, par des règles d'ordre public ou des lois impératives, autrement dit par des normes de droit national. — Cf. A. Pellet, *Le droit international du développement*, Paris, 1978, p. 83 (qui admet que la commune volonté des parties désigne le droit international comme droit matériellement applicable « si du moins les lois de l'Etat ne s'y opposent pas », ce qui implique l'enracinement du contrat dans « les lois de l'Etat », lesquelles peuvent en conséquence limiter ou écarter l'autonomie de la volonté).

(25) Selon la sentence *Texaco-Calasiatic* (*supra*, n. 16), paragr. 27, la Cour permanente aurait distingué avant la lettre entre le « fondement » du contrat — qui pour elle, ne pouvait se trouver que dans un droit national — et la loi applicable au contrat, qui est certes normalement la loi nationale mais qui peut être une loi autre si les parties en décident ainsi (« l'Etat ... aurait pu vouloir soumettre ses emprunts à une autre loi, soit en général, soit sous certains rapports »). Cette lecture des *Emprunts serbes* a été critiquée par M. J. Verhoeven, *Droit international des contrats...* (*supra*, n. 10), p. 215.

Seule la sentence *Texaco-Calasiatic* la retient expressément et en tire des conséquences pratiques (26).

9. — La distinction entre l'ordre juridique de base qui, grâce à son « corps de règles de conflits » (27), assure une fonction d'aiguillage, de dispatching si l'on préfère, vers les règles appelées à gouverner matériellement le contrat, et ces règles elles-mêmes apparaît pourtant, à la réflexion, comme l'une des clés du problème des contrats d'Etat.

10. — a) Elle permet de faire la part des rôles respectifs des éléments subjectifs et objectifs dans le régime juridique de ces contrats. Si la loi du contrat dépend au premier chef de la volonté des parties (cf. résolution de l'Institut de droit international : « les contrats ... sont soumis aux règles de droit choisies par les parties ... » ; « il est souhaitable que les parties désignent expressément le droit applicable à leur contrat »), il en va tout autrement de l'ordre juridique d'enracinement, dont la détermination est fonction de facteurs objectifs échappant à tout volontarisme ou subjectivisme : c'est ainsi qu'un contrat ne comportant ni clause de renvoi au droit international ni clause d'arbitrage international a été qualifié par la sentence *Revere* de « basically international » et de « international in nature » parce que ses caractéristiques objectives le faisaient entrer dans la catégorie des accords de développement économique à long terme (27 bis).

11. — b) Tandis que l'ordre juridique de base, du fait même qu'il tient à des données objectives, est nécessairement unique, le droit applicable, qui dépend essentiellement de la volonté des parties, peut être multiple, puisque aussi bien on ne voit pas pourquoi les parties ne pourraient pas, en vertu même du principe d'autonomie, prévoir l'application, en tant que loi de référence,

(26) *Loc. cit.* (*supra*, n. 16), paragr. 26 et 35 : « ...dans la présente affaire, 'l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat' est le droit international lui-même, cependant que 'la loi qui régit le contrat' est le système de droit à double degré mis au point par les parties dans l'article 28... Les contrats de concession litigieux se situent dans le domaine du droit international et ... celui-ci leur donnait le droit de choisir la loi qui allait régir leurs relations contractuelles ». — La distinction est également évoquée, encore qu'avec discrétion, dans la sentence *Revere* (*supra*, n. 16), p. 1337 : « Having thus concluded that the Agreement... was an international contract, we decide... that principles of international law are applicable... ».

(27) J. Verhoeven, *Droit international des contrats...* (*supra*, n. 10), p. 214 ; cf. p. 217.

(27 bis) *Loc. cit.* (*supra*, n. 16), pp. 1331-1332.

de plusieurs droits différents. Que tous les aspects des relations contractuelles ne soient pas assujettis au même droit, la Cour permanente l'avait déjà envisagé en 1929 : « il est bien possible que ce ne soit pas la même loi qui régit l'obligation sous tous ses rapports » (28). Les clauses de *professio juris* pratiquant le « dépeçage » du droit applicable sont nombreuses et, depuis la sentence *Lena Goldfields* jusqu'aux sentences *B.P.*, *Texaco-Calasiatic* et *Liamco*, de nombreux tribunaux arbitraux ont procédé à ce que la sentence *Aramco* appelle le « morcellement du contrat pour en soumettre certaines dispositions à des lois diverses » (29). C'est ainsi, par exemple, que dans la sentence *Texaco-Calasiatic* le contrat litigieux a été considéré comme enraciné dans l'ordre juridique international — et dans lui seul — tandis que la loi qui régit le contrat a été définie comme étant la combinaison complexe de règles de droit interne, de règles de droit international et de principes généraux du droit énoncée dans la clause de *choice of law* du contrat (30). Dans la même perspective, la résolution de l'Institut de droit international prévoit que « les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat, soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit ».

12. — c) Le contrat enraciné dans l'ordre juridique international doit être regardé comme un véritable acte juridique international : ceux des contrats d'Etat qui sont fondés dans l'ordre international constitueraient ainsi une catégorie spécifique d'actes juridiques internationaux, à côté des traités, des actes unilatéraux des Etats et des organisations internationales et des actes judiciaires ou arbitraux (3). Le contrat simplement soumis à des règles de fond de droit international ne serait, au contraire, pas un acte juridique international.

(28) C.P.J.I., *loc. cit.* (*supra*, n. 12), p. 42.

(29) Sur le « morcellement » du contrat, cf. P. Weil, *Problèmes relatifs aux contrats...* (*supra*, n. 2), pp. 187-188 ; J. Verhoeven, *Contrats entre Etats...* (*supra*, n. 2), pp. 134-135.

(30) *Loc. cit.* (*supra*, n. 16), paragr. 26, 35, 51.

(31) Cf. J.E.S. Fawcett, « The Legal Character of International Agreements », *B.Y.B.I.L.*, 1953, pp. 381 ss. : « There are two classes of international agreements : inter-State agreements and State contracts... ». Voir aussi J.P. Jaqué, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1972, pp. 419 ss.

13. — d) Ordre juridique de base et loi du contrat peuvent certes coïncider (c'est l'hypothèse des *Emprunts serbes* : contrat enraciné dans un ordre national et soumis, sauf stipulation expresse en sens contraire, à ce même droit national), mais ils peuvent aussi bien diverger (c'est le cas retenu dans l'affaire *Texaco-Calasiatic* : contrat enraciné dans l'ordre international mais régi par des règles de droit empruntées à des ordres juridiques divers) : tant et si bien que la présence dans un contrat d'une clause de *choice of law*, fût-elle la plus explicite possible, ne dispense pas de déterminer l'ordre juridique de base à l'aide des données objectives du contrat.

Ce n'est pas à dire pourtant que les deux niveaux n'entretennent aucun rapport. Ainsi, en l'absence de volonté des parties en sens contraire, on peut admettre que l'ordre juridique de base laisse présumer la volonté des parties de soumettre leur contrat aux règles de fond de ce même ordre (31 bis). A l'inverse, le choix fait par les parties de telle ou telle loi du contrat peut constituer l'un des éléments objectifs qu'il convient de prendre en considération pour déterminer l'ordre juridique dans lequel le contrat est enraciné.

La corrélation entre *Grundlegung* et *proper law* s'effectue dans ces conditions selon un jeu de figures variées, dont il n'est pas difficile de dresser l'inventaire : contrat fondé dans l'ordre juridique national et régi soit par le droit national, soit par le droit international, soit par un autre système de droit, soit par une combinaison de ces diverses sources ; contrat fondé dans l'ordre juridique international et régi soit par le droit international, soit

(31 bis) L'affirmation d'un ouvrage récent selon laquelle, « si l'internationalisation automatique des contrats transnationaux est exclue, rien ne s'oppose à leur internationalisation volontaire » (Nguyen Quoc Dinh, P. Dail-lier et A. Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1980, p. 562), peut être acceptée dans la mesure où elle rappelle que c'est sur la volonté des parties que repose l'application du droit international en tant que loi du contrat, cette volonté pouvant être soit explicite (clause de renvoi au droit international) soit implicite (contrat enraciné dans l'ordre international et international) soit implicite (contrat enraciné dans l'ordre international et international) on peut penser, en raison du silence des parties, que celles-ci ont entendu le faire régir par le droit international. Cette affirmation est en revanche sans intérêt pour ce qui est de la *Grundlegung*, car il peut y avoir renvoi volontaire au droit international aussi bien dans un contrat enraciné dans l'ordre international que dans un contrat enraciné dans l'ordre interne. On mesure ainsi l'insuffisance théorique de toute approche qui néglige la distinction entre le fondement du contrat et la loi applicable.

par un droit national, soit par un autre système de droit, soit par une combinaison de ces diverses sources (32).

14. — e) De manière plus significative, la distinction entre *Grundlegung* et *proper law* permet d'appréhender le problème central de la matière, qui est celui du degré de maîtrise dont l'Etat contractant va en définitive jouir à l'égard du contrat.

A un premier stade, cette emprise de l'Etat sur le lien contractuel dépendra du droit matériel applicable, puisque aussi bien c'est lui qui déterminera si, et dans quelles conditions, l'Etat peut unilatéralement modifier les stipulations contractuelles ou même mettre fin au contrat par anticipation : si, de deux contrats enracinés dans l'ordre juridique national, l'un est soumis aux règles de fond de ce même droit national et l'autre aux règles de fond du droit international, le premier verra la question des prérogatives de souveraineté de l'Etat contractant tranchée selon le droit national, le second la verra réglée selon le droit international (33). Tel est le principe qu'énonce le dernier paragraphe de la résolution de l'Institut de droit international : « Les règles de droit choisies conformément aux articles qui précèdent règlent les problèmes de responsabilité contractuelle entre les parties, et notamment celles qui sont posées par l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs souverains à l'encontre d'un engagement qu'il a pris envers le cocontractant ».

C'est toutefois à l'ordre juridique de base qu'appartient la maîtrise ultime de cette question. Quelle que soit la règle de fond régissant le contrat, cette règle ne vaut qu'en tant que règle de renvoi ou de référence, et ce renvoi peut toujours être réduit à néant, ou du moins altéré, par une règle impérative de l'ordre juridique de base. Ainsi, un contrat contiendrait-il même une clause de renvoi au droit international, cela n'empêcherait le droit national d'en réduire, voire d'en annihiler, la portée que si le contrat est également enraciné dans l'ordre juridique international ; dans le cas contraire l'ordre national, qui a fondé le renvoi au droit international, demeure en dernier ressort le maître

(32) M. Verhoeven voit dans l'analyse d'un renvoi par le droit international au droit interne une « manipulation du droit des gens, qui n'en renforce pas la crédibilité » (*Droit international des contrats...*, (supra n. 10), p. 218) : mais n'est-ce pas par une démarche rigoureusement identique que le contrat enraciné dans l'ordre national peut renvoyer au droit international en tant que loi du contrat, ce qu'admettent, outre l'Institut de droit international, la pratique et la quasi-unanimité des auteurs ?

(33) Pour plus de détails, voir P. Weil, *Les clauses de stabilisation...* (supra, n. 2), pp. 315 ss.

de ce renvoi. De même, un contrat gouverné par les règles matérielles du droit national contiendrait-il même une clause « gelant » ce droit à une date déterminée ou prévoyant la renonciation de l'Etat à ses prérogatives de modification et de résiliation unilatérales, c'est seulement si ce contrat est enraciné dans l'ordre international qu'une telle clause recevra son plein effet, puisque aussi bien, si le contrat est enraciné dans l'ordre national, ce dernier peut neutraliser cette clause, par exemple en la déclarant contraire à son ordre public.

On comprend mieux dans ces conditions que, si les pays en voie de développement acceptent à la rigueur que la loi du contrat ne soit pas exclusivement la loi interne de l'Etat contractant, ils s'opposent souvent à ce que les contrats d'investissement soient regardés comme fondés dans l'ordre juridique international, c'est-à-dire dans un système sur lequel ils n'ont pas le droit du dernier mot. M. Verhoeven l'a dit très justement : « en rattachant la force obligatoire du contrat au droit des gens, on affranchit l'autonomie de la volonté des limitations ... qu'y apportent les droits nationaux... ; autrement dit, l'on récuse par avance tant les nullités du contrat qui résulteraient de la méconnaissance de dispositions nationales d'ordre public que ses modifications qui dériveraient impérativement des changements réguliers du droit national applicable » (34).

15. — Le débat se clarifie dès lors considérablement, puisque aussi bien les divers aspects de la discussion apparaissent clairement comme ne se situant pas tous sur le même plan : tantôt c'est de *Grundlegung* qu'il s'agit, tantôt c'est de *proper law* qu'il est question.

Le problème des clauses de *choice of law*, par exemple, s'apprécie au regard de l'ordre juridique de base lorsqu'est en cause leur validité, mais c'est au niveau de la loi du contrat que sera déterminée leur portée et qu'elles déploieront leurs effets. Les parties peuvent-elles choisir elles-mêmes le droit applicable ? dans l'affirmative, peuvent-elles désigner valablement le droit international comme loi du contrat ? Voilà des problèmes de *Grundlegung*. Une stipulation renvoyant aux principes généraux du droit, à la bonne foi ou à la bonne volonté des parties a-t-elle pour objet de rendre matériellement applicable le droit international ou un tiers ordre juridique, tel un droit transnational ou une *lex merca-*

(34) J. Verhoeven, *Droit international des contrats...* (supra, n. 10), p. 214.

toria (35) ? la présence dans le contrat d'une clause arbitrale doit-elle être interprétée comme un indice de la volonté des parties de soumettre le contrat à un droit matériel autre que le droit national (36) ? quel est le contenu des règles de droit international applicables aux contrats ? Voilà, au contraire, des problèmes de *proper law*.

16. — Les remarques qui précèdent conduisent à suggérer certains ajustements terminologiques.

Des vocables aussi couramment employés — et nous ne prétendons pas faire exception à cette habitude — que « internationalisation des contrats », « contrat internationalisé », « droit international des contrats » le sont tantôt pour désigner le fondement international du contrat tantôt pour faire état de l'application au contrat de règles matérielles de droit international.

Une plus grande rigueur de vocabulaire paraît dès lors souhaitable.

On pourrait dans cette perspective parler de *contrat de droit international* pour évoquer le contrat enraciné, par sa nature et son objet, dans l'ordre international, et réserver le terme de *contrat internationalisé* au contrat que la volonté des parties conduit à faire régir, au moins partiellement, par des règles de fond de droit international. On traduirait ainsi dans le vocabulaire la différence qui sépare le contrat, acte juridique international par sa nature même, du contrat soumis au droit international par la volonté des parties : un contrat *est* de droit international, il *devient* internationalisé ; et s'il peut être à la fois de droit international *et* internationalisé, il peut aussi, on l'a vu, être l'un sans être l'autre.

L'expression de *droit international des contrats* se rapporterait à l'ensemble des règles de fond de droit international auxquelles le contrat peut être soumis.

(35) Cf. sentence *Texaco-Calasiatic* (*supra*, n. 16), paragr. 42 : « La jurisprudence arbitrale internationale confirme que la référence aux principes généraux du droit est toujours tenue pour un critère suffisant d'internationalisation du contrat ». C'est par erreur que la sentence voit là un signe de l'*enracinement* du contrat dans l'ordre international, puisque aussi bien cet enracinement est fonction de facteurs objectifs indépendants de la volonté des parties ; c'est à l'*application* du droit international en tant que loi du contrat que renvoie une clause se référant aux principes généraux du droit.

(36) Cf. *ibid.*, paragr. 44 : « Un autre procédé d'internationalisation du contrat consiste à y insérer une clause prévoyant que les éventuels différends ... seront soumis à l'arbitrage ». Là encore c'est de l'*application* du droit international en tant que *lex contractus* qu'il s'agit, et non pas d'*enracinement* dans l'ordre juridique international.

Quant au terme d'*internationalisation des contrats*, il serait réservé à la soumission au droit international en tant que loi du contrat ; s'il était employé, faute de vocable plus approprié, pour évoquer l'*enracinement* du contrat dans l'ordre international, cela devrait être précisé.

17. — Loin d'être « assez artificielle (et) pratiquement sans importance » (37) la distinction entre l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat et la loi qui régit le contrat apparaît en définitive « d'une importance fondamentale » (38). La fonction que le droit international peut être conduit à remplir en matière de contrats d'Etat est double : il peut certes être l'*objet* du choix des parties — les spécialistes du droit international privé l'ont montré depuis longtemps — mais il peut aussi servir de *fondement* à ce choix — c'est aux spécialistes du droit international public à en prendre pleinement conscience.

*
**

II. - Le droit international, loi du contrat : le contrat internationalisé

18. — Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur la *possibilité* de voir le droit international intervenir en matière de contrats d'Etat en tant que loi du contrat. Ce qui reste, c'est que certains auteurs se montrent réservés sur l'*opportunité* pour les parties de choisir le droit international, fût-ce parmi d'autres sources, comme loi du contrat. L'existence même de ce droit international des contrats, que nous avons défini comme l'« ensemble de règles de droit international public relatives aux contrats passés entre un Etat et un ressortissant étranger » (39) leur paraît en effet problématique : droit pauvre et au contenu incertain, soulignent-ils, qui ne peut guère se meubler qu'au prix d'emprunts aux divers droits internes en matière de contrats, tant et si bien que le renvoi au droit international se réduirait en fin de compte à une formule verbale vide de sens — car synonyme de principes généraux

(37) F.A. Mann et I. Seidl-Hohenveldern (*supra*, n. 22).

(38) W. Wengler (*supra*, n. 22).

(39) *Problèmes relatifs aux contrats...* (*supra*, n. 2), p. 189.

communs aux droits nationaux — et constituerait un détour dont la subtilité n'aurait d'égalé que la parfaite inutilité (40).

— 19. — Que les règles de droit international régissant au fond les contrats d'Etat soient encore loin d'avoir atteint un degré de développement comparable au droit des traités, nul ne songera à le nier. Mais bien d'autres branches du droit international en sont encore à un stade d'élaboration assez rudimentaire sans que l'on songe pour autant à en contester l'existence. Les règles de droit international relatives aux contrats sont au demeurant moins sommaires qu'on ne le prétend souvent, et tout un *corpus* de règles de fond a d'ores et déjà été élaboré par le droit positif, notamment en ce qui concerne le pouvoir de l'Etat de porter atteinte unilatéralement aux droits et obligations de son cocontractant (41). Les sentences *B.P.*, *Texaco-Calasiatic*, *Liamco* et *Revere* fournissent une illustration remarquable de l'application par la juridiction arbitrale de règles du droit international des contrats sur des points aussi importants que la rupture du contrat, le droit de nationalisation et, surtout, le choix entre la *specific performance* et la *restitutio in integrum*, d'un côté, la simple allocation d'une indemnité réparatrice, de l'autre. Que les solutions adoptées dans ces sentences ne coïncident pas toujours démontre la vitalité de cette discipline en pleine évolution qu'est le droit international des contrats : les droits internes les plus évolués connaissent bien ces divergences qui agitent la jurisprudence avant qu'elle ne parvienne à se fixer.

Parler du droit international des contrats comme d'une « chimère » ou d'une « fragile structure » (42) est d'autant plus injustifié que la pratique contractuelle abonde en clauses désignant le droit international en tant que loi du contrat. Il est à peine besoin d'évoquer à nouveau la Convention B.I.R.D. qui, dans son article 42, prévoit l'application des « principes de droit international en la matière » : le Rapport des administrateurs ne précise-t-il pas que « le terme 'droit international' doit ici être interprété au sens

(40) En ce sens les observations de M. Ago à la session d'Athènes de l'Institut de droit international, 1979. Cf. les remarques de M. Verhoeven, *Contrats entre Etats...* (*supra*, n. 2), pp. 140-141 (« ...La soumission au droit des gens ne résout pratiquement rien ... Se référer au droit des gens pour échapper à un droit interne revient pratiquement ... à se soumettre à plusieurs droits internes pour échapper à l'emprise d'un seul »).

(41) Cf. P. Weil, *Problèmes relatifs aux contrats...* (*supra*, n. 2), pp. 194 et 205 ss.

(42) *Supra*, n. 8 et 9.

de l'article 38 (1) du Statut de la Cour internationale de Justice, compte tenu du fait que cet article 38 est destiné à s'appliquer à des différends interétatiques ? On ne pouvait guère se référer plus clairement à des règles de droit international public régissant spécifiquement les contrats d'Etat. La résolution de l'Institut de droit international lèvera, on peut le penser, les ultimes doutes que l'on pouvait avoir sur l'existence de cette « branche particulière et nouvelle du droit international : le droit international des contrats » (43), puisque aussi bien, on l'a vu, elle cite expressément le droit international parmi les règles matérielles susceptibles de constituer — seules ou en combinaison avec d'autres — la loi du contrat en vertu du choix des parties ; en précisant que « les règles de droit choisies (par les parties) règlent les problèmes de responsabilité contractuelle entre les parties, et notamment celles qui sont posées par l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs souverains à l'encontre d'un engagement qu'il a pris envers son cocontractant », la résolution présuppose l'existence de règles de droit international à ce sujet.

20. — Les règles qui constituent le droit international des contrats constituent, il faut le rappeler, un ensemble spécifique au sein des autres règles de droit international : aussi ne répètera-t-on jamais trop que ces règles ne sont pas identiques à celles qui régissent les traités entre Etats. La question posée par M. Wengler : « Les accords entre Etats et entreprises privées étrangères sont-ils des traités de droit international ? » (44) ne peut de toute évidence recevoir qu'une réponse négative (45) : s'il est vrai que les contrats d'Etat internationalisés sont soumis à la règle *Pacta sunt servanda*, cette règle reçoit un contenu différent dans le cas d'un contrat et dans celui d'un traité. Pas davantage le choix du droit international en tant que *lex contractus* ne saurait-il signifier que le cocontractant se trouve assimilé à un Etat, ou même regardé comme un sujet à part entière de droit international. Nous avons nous-même souligné à plusieurs reprises cette spécificité de la matière des contrats par rapport aux autres chapitres du droit international, et notamment par rapport au droit des traités (46), et la sentence *Texaco-Calasiatic* l'a confirmée dans les termes les plus

(43) Sentence *Texaco-Calasiatic* (*supra*, n. 16), paragr. 32.

(44) *Op. cit.* (*supra*, n. 2), p. 313.

(45) Cf. affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, C.I.J., *Recueil* 1952, p. 112.

(46) *Problèmes relatifs aux contrats...* (*supra*, n. 2), pp. 147, 158, 188, 189 ss. Cf. K.H. Böckstiegel, *Colloque de Louvain* (*supra*, n. 2), p. 587.

explicites (47). C'est une caricature — ou un procès d'intention — que de faire objection au concept de droit international des contrats au nom de l'impossibilité d'assimiler le contrat à un traité ou le cocontractant privé à un Etat.

21. — S'il échappe aux rigidités du droit des traités internationaux, le contrat d'Etat internationalisé n'est pas davantage assujéti à celles du droit des contrats « civils » internes. Nous avons montré ailleurs (48) — après d'autres (49) — que le droit international des contrats s'inspire davantage du modèle du contrat administratif que de celui du contrat ordinaire : à l'instar du droit administratif, le droit international des contrats est dominé par le nécessaire équilibre entre les intérêts prééminents de l'Etat et les intérêts pécuniaires du cocontractant privé ; à l'instar du contrat administratif, le contrat d'Etat internationalisé, tout en étant régi par le principe *Pacta sunt servanda*, peut être l'objet, de la part de l'Etat, dans un but d'intérêt public et sous certaines conditions et limites, d'une certaine mutabilité, voire même d'une terminaison anticipée.

Aussi regrettera-t-on que la sentence *Texaco-Calasiatic* ait affirmé que « la théorie des contrats administratifs est assez spécifiquement française », qu'« elle n'est pas accueillie par le droit international en dépit des souhaits qui, de *lege ferenda*, ont pu être exprimés à ce sujet », qu'« elle est ignorée du droit international » (50). De nombreux droits nationaux soumettent à vrai dire les contrats passés par l'Etat à un régime juridique qui n'est pas exactement le même que celui des contrats ordinaires : la France est loin d'avoir le monopole de la théorie du contrat administratif (51). La jurisprudence internationale, on l'a rappelé, s'est d'ailleurs elle-même engagée sur cette voie. Mais c'est sur-

(47) *Loc. cit.* (*supra*, n. 16), paragr. 32-33 et 46.

(48) *Problèmes relatifs aux contrats...* (*supra*, n. 2), pp. 214 ss, et « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *Etudes et documents du Conseil d'Etat* (1970), Paris, Imprimerie Nationale, pp. 13 ss.

(49) Par exemple A.A. Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York, 1962, pp. 196 ss., et « The Administrative Contract in Transnational Transactions : Reflections on the Uses of Comparison », *Jus Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein*, Tübingen, 1969, pp. 259 ss. ; W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Londres, Stevens, 1964, pp. 200 ss.

(50) *Loc. cit.* (*supra*, n. 16), paragr. 57 et 72.

(51) Cf. J. Verhoeven, *Droit international des contrats...* (*supra*, n. 10), p. 212 ; A.A. Fatouros, *International Law...* (*supra*, n. 16), p. 137.

tout pour le développement futur du droit international des contrats que la prise de position de M. Dupuy sera regrettée, et nombreux seront ceux qui partageront avec M. Verhoeven le sentiment qu'il serait aussi inopportun et injustifié d'élaborer le droit international (public) des contrats à partir de leur alignement sur le contrat « civil » des droits internes qu'il le serait de l'élaborer à partir de l'assimilation du contrat d'Etat à un traité international (52). En déniait toute flexibilité aux contrats d'Etat, la sentence de M. Dupuy rejoint d'une certaine manière la conception de la *sacro-sanctity* — autrement dit de l'absolue immutabilité — de ces contrats et prête le flanc à la critique de ceux qui dénoncent volontiers dans l'internationalisation du droit applicable une arme juridique au service des seuls investisseurs. A partir d'une analyse théorique originale et audacieuse, la sentence *Texaco-Calasiatic* en arrive ainsi, par certaines de ses conclusions pratiques, à s'exposer au grief injustifié de ressusciter « an approach out of what now looks like a distant past » (53).

(52) J. Verhoeven, *ibid.* Le grief fait à la sentence *Texaco-Calasiatic* de concevoir l'internationalisation du droit applicable d'une manière qui conduit paradoxalement à la « privatisation » du régime des contrats est formulé également par M. A.A. Fatouros, *International Law...* (*supra*, n. 16), p. 141.

(53) A.A. Fatouros, *International Law...* (*supra*, n. 16), p. 141. Dans le même ordre d'idées on peut regretter que la sentence *Texaco-Calasiatic* ait déclaré que, selon le droit international des contrats, la sanction normale de la violation du contrat par l'Etat est la *specific performance* et la *restitutio in integrum* : le Gouvernement défendeur ayant, par la nationalisation, manqué aux obligations qui résultaient pour lui des contrats litigieux, il est, dit la sentence, « en droit tenu d'exécuter ces contrats et de leur donner plein effet » (voir paragr. 92 ss.). Cette solution, qui a suscité les critiques de certains auteurs (voir notamment les études de MM. Rigaux et Verhoeven, *supra*, n. 16), est écartée par les deux autres sentences récentes (*ibid.*). La sentence *B.P.* estime en effet, après une analyse de la jurisprudence internationale en matière de contrats d'Etat, que « there is no explicit support for the proposition that specific performance, and even less so *restitutio in integrum*, are remedies of public international law available at the option of a party suffering a wrongful breach by a co-contracting party... The responsibility incurred by the defaulting party for breach of an obligation to perform a contractual undertaking is a duty to pay damages... » (*loc. cit.*, *supra*, n. 16, p. 347) : aussi, après avoir constaté que l'Etat contractant avait violé ses obligations contractuelles en procédant à la nationalisation, la sentence décide-t-elle que celle-ci a mis fin au contrat et ouvert seulement, au profit du cocontractant, un droit à indemnité (*ibid.*, pp. 355-356). La sentence *Liamco* rejette également la demande de *restitutio in integrum* « en application de la pratique internationale prédominante et de la quasi-impossibilité de procéder à (l') exécution forcée » d'une telle demande (*loc. cit.*, *supra*, n. 16, p. 191). Il n'est pas sans intérêt de rappeler que même en droit français l'annulation pour illégalité des mesures prises par l'administration à l'encontre de son cocontractant n'est pas toujours suivie par une *restitutio in integrum* mais se résout parfois en une simple indemnisation.

III. - Le droit international, fondement du contrat : le contrat de droit international

22. — Si l'on ne conteste plus guère aujourd'hui, à quelques exceptions près, que le droit international puisse constituer, seul ou en concours avec d'autres règles, la *proper law* du contrat d'Etat, on envisage beaucoup moins volontiers l'idée que c'est dans l'ordre juridique international que ce contrat peut trouver sa *Grundlegung*. Contrat internationalisé, on veut bien l'accepter ; contrat de droit international, cela paraît à beaucoup difficilement concevable dès lors que l'un des contractants n'est pas un sujet de droit international. Cinquante ans après le *dictum* de la Cour permanente, les réticences sont loin encore d'être surmontées.

La question surgit dès lors dans toute son ampleur : existe-t-il réellement — c'est-à-dire au-delà du « modèle » théorique que nous avons construit plus haut — des contrats d'Etat qui doivent être regardés comme ayant leur fondement dans l'ordre juridique international et, partant, analysés comme de véritables actes juridiques internationaux ?

Le problème prend un relief nouveau après la sentence *Texaco-Calasiatic*, qui ne pose pas seulement dans son principe la distinction entre ordre juridique de base et loi du contrat, mais qui se prononce également dans les termes les plus clairs en faveur de l'enracinement des contrats litigieux dans l'ordre international : « ... dans la présente affaire, 'l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat' est le droit international lui-même, cependant que 'la loi qui régit le contrat' est le système de droit ... mis au point par les parties ... Les contrats de concession litigieux se situent dans le domaine du droit international et ... celui-ci leur donnait le droit de choisir la loi qui allait régir leurs relations contractuelles » (54). M. Verhoeven n'a pas tort de voir là la « partie la plus originale de la sentence ..., sans précédent dans la jurisprudence, arbitrale ou judiciaire, internationale », puisque aussi bien, par ce « motif révolutionnaire », l'arbitre « rompt catégoriquement avec la perspective classique du droit international privé, qui en dernière analyse fonde toujours sur un

(54) *Loc. cit.* (*supra*, n. 16), paragr. 26 et 35. — La sentence *Revere* adopte une position analogue, encore qu'en des termes moins explicites (*supra*, paragr. 10).

droit interne la force obligatoire du contrat et son régime juridique » (55).

23. — L'ordre juridique de base, on l'a indiqué plus haut (paragr. 10), dépend de données objectives et ne relève en rien de la volonté des parties. Or c'est précisément la prise en considération de ces données qui conduit à constater que, loin d'être le fruit d'une spéculation abstraite, l'enracinement de certains contrats d'Etat dans l'ordre juridique international est, au contraire, conforme à la nature des choses.

24. — Les *données juridiques* sont en elles-mêmes significatives à cet égard. S'il était naguère possible de regarder le contrat d'Etat comme un monde clos, comme un instrument autonome définissant à lui seul tous les droits et obligations des parties (ce qui a conduit à la théorie du contrat sans loi), tel n'est plus le cas aujourd'hui, notamment pour le contrat d'investissement. La plupart du temps, celui-ci apparaît en effet comme un simple maillon d'une opération d'investissement plus ou moins complexe, comprenant des actes juridiques de natures différentes — tant et si bien que les droits et obligations des cocontractants se trouvent définis non pas seulement dans l'instrument contractuel proprement dit, mais aussi dans des actes juridiques de natures diverses qui l'encadrent et le soutiennent (56). Dans la terminologie du droit administratif français, on dirait que le contrat n'est pas « détachable » de l'« opération » plus vaste qui le dépasse et dans laquelle il s'intègre.

Or, parmi les actes auxquels le contrat se rattache ainsi d'une manière indissociable figurent, à côté d'actes de caractère interne (telles les législations nationales relatives aux investissements), de véritables traités internationaux, qui constituent le support de rapports internationaux dont le contrat lui-même n'est plus qu'une simple composante.

De cette situation les variantes sont nombreuses. Le cas le plus simple et le plus connu est celui des conventions bilatérales de protection des investissements, par lesquelles chacun des Gouvernements s'engage à ne pas porter atteinte (par voie de nationalisation, par exemple) aux investissements effectués par des ressortissants de l'autre Etat, ou bien à ne le faire que dans certaines condi-

(55) *Droit international des contrats...* (*supra*, n. 10), p. 213.

(56) Cf. J. Verhoeven, *Contrats entre Etats...* (*supra*, n. 2), p. 123.

tions (57). Particulièrement caractéristiques à cet égard sont les conventions qui prévoient expressément le respect par chacun des Etats signataires des « engagements particuliers » qu'il peut conclure avec des nationaux de l'autre en vue d'un investissement (58) ou qui envisagent le règlement des différends par le C.I.R.D.I. (59). Analysant les conventions bilatérales conclues par la France — la remarque serait tout aussi valable pour celles conclues par d'autres pays — M. Juillard relève ainsi qu'« il existe souvent des rapports étroits entre convention d'établissement et contrat d'investissement. De plus en plus, la première fournit le cadre général où s'insèrent les seconds... Les règles de traitement, de protection, de garantie auxquelles s'obligent les Etats par le jeu des conventions d'investissement fourniront donc l'ossature juridique du contrat d'investissement conclu entre l'investisseur ... et l'Etat d'accueil » (60). La Cour internationale de Justice a elle-même relevé que « toute une évolution a eu lieu depuis la deuxième guerre mondiale en matière de protection des investissements à l'étranger, qui s'est traduite par la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux entre Etats ou d'accords entre Etats et sociétés » : les « stipulations conventionnelles » conclues dans le cadre des « relations bilatérales ou multilatérales » entre Etats se conjuguent avec les « accords spéciaux conclus directement entre l'investisseur privé et l'Etat où l'investissement est effectué » en vue d'assurer cette protection, que la Cour regarde manifestement comme intéressant l'ordre international (61).

Le rattachement juridique du contrat d'Etat à une convention internationale peut revêtir des formes plus complexes : le traité peut, par exemple, prévoir, ou comporter pour son exécution, la conclusion de contrats ultérieurs entre l'une des parties et un

(57) Cf. D. Carreau, P. Juillard et T. Flory, *Droit international économique*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1980, pp. 496 ss. et 504 ss. Pour les conventions bilatérales conclues par la France, voir P. Juillard, *Les conventions bilatérales...* (*supra*, n. 13). Quant aux conventions multilatérales de protection des investissements privés étrangers, elles n'ont guère (à l'exception de la Convention B.I.R.D., qui ne porte que sur le règlement des différends) dépassé jusqu'ici le stade de projets (voir M. Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, Paris, L.G.D.J., pp. 36 ss. ; G. van Hecke, « Le projet de convention de l'O.C.D.E. sur la protection des biens étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1964, pp. 641 ss.

(58) Par exemple conventions franco-tunisienne du 30 juin 1972 et franco-haïtienne du 2 juillet 1973. Voir P. Juillard, *Les conventions bilatérales* (*supra*, n. 13), p. 299.

(59) Voir P. Juillard, *Les conventions bilatérales...* (*supra*, n. 13), pp. 288-289.

(60) P. Juillard, *Les conventions bilatérales...* (*supra*, n. 13), p. 275.

(61) Affaire de la *Barcelona Traction*, C.I.J., *Recueil* 1970, p. 47.

ressortissant de l'autre (62) ; ou bien encore le traité peut approuver un contrat antérieurement conclu, voire même énoncer l'engagement des deux Gouvernements de prendre les mesures nécessaires à l'exécution du contrat (63). Le règlement de l'affaire *Marcona* entre le Pérou et les Etats-Unis montre que cette interpénétration des rapports contractuels et des rapports interétatiques se retrouve d'ailleurs aussi bien au stade du règlement des différends nés de l'exécution du contrat qu'au moment de sa conclusion (64).

25. — Il n'est pas jusqu'aux résolutions des organisations internationales relatives au nouvel ordre économique international qui ne viennent apporter — assez paradoxalement, il faut le reconnaître — une confirmation indirecte à cette coloration internationale du contrat d'investissement absorbé dans une opération juridique complexe de caractère international. Pourquoi, en effet, les organisations internationales énonceraient-elles des principes relatifs aux contrats d'investissement si elles ne percevaient pas l'existence d'un lien entre ces contrats et l'ordre juridique international ? Cela est vrai, de toute évidence, de la résolution 1803

(62) Ainsi le traité entre l'U.R.S.S. et le Chili de 1971 prévoyant l'aide soviétique pour le développement d'une industrie de pêche chilienne (*International Legal Materials*, 1972, p. 1) a été suivi d'un contrat entre un organisme d'Etat soviétique et une entreprise de pêche chilienne (*op. cit.*, 1972, p. 947). De même un traité de 1971 entre plusieurs pays européens au sujet de la lutte contre la pollution par les égouts prévoit la signature par chaque Etat partie au traité de contrats avec des sociétés privées nationales ou étrangères et prescrit que chacun de ces contrats contiendra certaines clauses déterminées (*op. cit.*, 1973, p. 9). — Cf. les exemples voisins cités par J. Touscoz, « Les accords bilatéraux de coopération scientifique et technique », *A.F.D.J.*, 1968, p. 692.

(63) Par exemple d'échange de lettres entre les Gouvernements de Bolivie et d'Argentine portant approbation du contrat d'achat de gaz naturel par un organisme d'Etat argentin à une société privée établie en Bolivie et énonçant l'engagement des deux Gouvernements d'édicter les mesures juridiques nécessaires à l'exécution dudit contrat (*International Legal Materials*, 1971, p. 119). — Cf. les exemples voisins cités par J. Touscoz, *Les accords bilatéraux...* (*supra*, n. 62), p. 693.

(64) A la suite de nationalisation par le Pérou des intérêts américains de la Marcona Mining Co., le Gouvernement péruvien a négocié le règlement de l'affaire avec le Gouvernement américain, ce dernier se portant fort de la renonciation par la société privée intéressée à toute autre revendication (texte de l'accord dans *International Legal Materials*, 1971, p. 1100 ; cf. D. Gantz, « The Marcona Settlement : New Forms of Negotiation and Compensation for Nationalized Property », *A.J.I.L.*, 1977, pp. 474 ss.). Sur les interventions du Gouvernement américain dans le règlement des différends entre un investisseur américain et le Gouvernement de l'Etat d'accueil, voir D. Gantz, « Dispute Settlement », *American Society of International Law Proceedings*, 1979, pp. 249 ss., et notamment pp. 253 ss.

(XVII) qui prévoit, on l'a déjà rappelé, que « les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des Etats souverains ... seront respectés de bonne foi » : on ne saurait énoncer plus clairement que c'est de l'ordre juridique international que dérive la force obligatoire de ces accords. Mais cela est vrai également, de manière plus inattendue, de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Un commentateur aussi autorisé que M. Castañeda n'a-t-il pas fait observer qu'en raison de l'interdépendance des diverses dispositions de la Charte et de la mention par cette dernière, parmi les éléments fondamentaux des relations économiques internationales, de l'« exécution de bonne foi des obligations internationales », on pouvait considérer que « la Charte accepte que le droit international puisse agir comme facteur limitatif de la liberté de l'Etat au cas où les intérêts d'étrangers se trouvent affectés, même si l'article 2 ne l'exprime pas de façon explicite » ? (65). S'appuyant sur cette interprétation, la sentence *Texaco-Calasiatic* déclare que, « même si l'article 2 de cette Charte n'évoque pas expressément le droit international, ... les dispositions visées à cet article n'échappent pas à toute norme de droit international » (66). M. Jiménez de Aréchaga écarte de son côté toute lecture de la Charte qui verrait dans celle-ci une « utter rejection of international law » du domaine contractuel, puisque aussi bien, si l'Etat offre à son cocontractant en cas de rupture du contrat une indemnité que celui-ci ne juge pas « adéquate », la question peut être haussée au niveau international ; selon l'ancien président de la Cour internationale de Justice, « it is not the contract as such but the situation as a whole which is governed by international law, wether or not the parties have so stipulated » (67). On ne saurait décrire mieux cette intégration du contrat d'investissement, indépendamment du droit matériel applicable, dans une situation globale dominée par le droit international et dont il ne saurait être isolé qu'au prix d'un artifice.

26. — Les *données politico-économiques* militent dans le même sens. Qu'on nous entende bien : il ne s'agit pas de relever une fois de plus que, par leurs pesanteurs économiques, les rapports entre un Etat économiquement faible et une puissante société

(65) J. Castañeda, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats : note sur son processus d'élaboration », *A.F.D.I.*, 1974, p. 54.

(66) *Loc. cit.* (*supra*, n. 16), paragr. 90.

(67) *Op. cit.* (*supra*, note 9), p. 308 (souligné par nous).

multinationale évoquent parfois davantage des relations *inter pares* caractéristiques de la vie internationale que des relations contractuelles normales. Le phénomène auquel on pense est celui, tout différent, de l'insertion de certains contrats dans le cadre plus général des relations politiques et économiques entre les deux Etats en cause — ce que M. Verhoeven, pourtant plus que réservé à l'égard de l'internationalisation des contrats, appelle d'un terme évocateur la « politisation » de ces derniers (68).

S'ils mettent juridiquement en présence l'Etat d'accueil, d'un côté, et la société privée étrangère, de l'autre, les grands contrats d'investissement engageant en effet souvent, à un degré plus ou moins poussé, les relations politiques globales entre l'Etat d'accueil et l'Etat national de l'investisseur, relations dont ils constituent un reflet en même temps qu'ils ont des répercussions sur elles. L'investisseur a beau revêtir la forme d'une société privée : comment nier que derrière lui se profile souvent la silhouette du Gouvernement dont il met en œuvre la politique ? On songe aux fortes formules du juge Gros : « ... le monde économique présente aujourd'hui des phénomènes d'intervention et de responsabilité de l'Etat dans les activités économiques de ses ressortissants sur le territoire national et à l'étranger, d'une telle fréquence et d'une telle intensité que la séparation de l'intérêt des individus et de l'intérêt de l'Etat ne correspond plus à la réalité... *La représentation des rapports entre investisseurs privés et Etat comme de simples rapports de droit interne*, tant en ce qui concerne l'Etat de l'investisseur que l'Etat où se fait l'investissement, n'est plus en rapport avec les faits économiques. *L'investissement privé n'est plus une opération isolée, mais un élément de la politique de croissance de l'économie nationale* » (69).

Cette remarque vaut bien sûr, au premier chef, « en ce qui concerne l'Etat de l'investisseur », que cet Etat recherche des marchés pour ses entreprises afin d'assurer le plein emploi de sa main-d'œuvre et la « croissance de l'économie nationale », ou qu'il tente d'asseoir dans le pays d'accueil, par le biais d'une présence économique, une certaine influence politique. Comme le note M. Reuter, « il y a désormais une véritable reprise par l'Etat de tous les éléments de la vie économique », d'où il résulte un « rattachement au système économique national » des biens et

(68) *Contrats entre Etats...* (*supra*, n. 2), p. 122.

(69) Opinion indiv. dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, C.I.J., *Recueil* 1970, pp. 269-270 (souligné par nous).

intérêts de l'investisseur dans le pays d'accueil (70). Les divers systèmes d'assurance-crédit, par lesquels l'Etat couvre les risques encourus par ses ressortissants qui investissent à l'étranger, conduisent au surplus, ainsi que l'a fait observer encore le juge Gros, à faire assumer par « un effort financier de la communauté nationale » une responsabilité solidaire « fondée sur l'idée que certaines exportations sont nécessaires à la prospérité de la nation ». Le fait que les Etats industrialisés concluent en grand nombre, avec des pays en voie de développement, des traités internationaux ayant pour objet la protection des investissements privés démontre à lui seul à quel point, par-delà les investisseurs privés, c'est leur économie nationale qui se trouve tout entière impliquée (71).

Ces réflexions valent également « en ce qui concerne l'Etat où se fait l'investissement ». Chacun sait en effet que tel Gouvernement d'accueil préférera traiter avec des sociétés de tel pays de préférence à celles de tel autre, et ce pour des raisons qui se rapportent autant à des considérations de politique extérieure qu'à des facteurs économiques. Il est certain par ailleurs, comme l'a noté un autre membre de la Cour, que « les Etats pauvres ou faibles où les capitaux sont investis ont besoin d'être protégés contre l'ingérence de puissants groupes financiers ou contre la pression diplomatique injustifiée de Gouvernements qui paraissent toujours prêts à appuyer à tout prix les actionnaires de leur nationalité » (72).

27. — De ces contrats précédés de négociations intergouvernementales, ou conclus avec l'appui plus ou moins discret des autorités gouvernementales de l'un ou l'autre pays, et qui constituent dès lors un élément de la politique extérieure des deux Etats, la pratique fournit des exemples quasi-quotidiens. C'est au cours de la visite du Président de la République française au Mexique, en mars 1979, qu'a été prévue la signature par le groupe français Creusot-Loire de trois contrats avec les autorités mexicaines (73). C'est pour des raisons politiques que l'Irak aurait envisagé, en

(70) P. Reuter, « Le dommage comme condition de la responsabilité internationale », *Mélanges Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, pp. 842-843.

(71) Les conventions d'investissement conclues par la France le sont sur le fondement de l'habilitation confiée au Gouvernement par l'article 26 de la loi du 24 décembre 1971, qui autorise le ministre des Finances à accorder la garantie de l'Etat aux investissements qui « présentent un intérêt certain pour le développement de l'économie française ».

(72) Padilla Nervo, opinion indiv. dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, C.I.J., *Recueil* 1970, p. 248.

(73) *Le Monde*, 3 mars 1979.

septembre 1979, d'introduire certaines clauses dans ses contrats pétroliers (74). C'est à la suite du changement politique en Iran que le Gouvernement iranien a révisé ses relations contractuelles avec certaines sociétés étrangères et qu'est né un différend entre l'Iran et un fournisseur français de canonnières lance-missiles (75). C'est au cours d'entretiens du secrétaire d'Etat français aux Affaires étrangères avec le chef de l'Etat cubain qu'a été décidée la conclusion de plusieurs contrats d'investissement entre Cuba et des entreprises françaises (75 bis). Ce qui est vrai des contrats d'investissement l'est également d'autres contrats d'Etat de particulière importance : le contrat passé en 1978 entre le Zaïre et la société allemande OTRAG « concernant la jouissance d'un territoire » pour le lancement de fusées à des fins pacifiques déclare expressément avoir été conclu « dans le cadre des rapports de coopération » entre l'Allemagne et le Zaïre (76). De même, c'est dans la perspective des « constructive relations to which both Governments are committed » que le Gouvernement des Etats-Unis a exprimé sa satisfaction à l'égard du règlement du litige entre la société américaine Marcona et le Gouvernement du Pérou (77). De même encore, c'est à la suite de la position prise par le Gouvernement américain vis-à-vis des Jeux olympiques de Moscou que plusieurs sociétés américaines ont été amenées à mettre en cause les contrats qu'elles avaient passé avec les organismes d'Etat soviétiques en vue de ces Jeux (77 bis).

28. — Que ce soit par leur conclusion, par les clauses qu'ils comportent ou par leur exécution, nombre de contrats d'Etats ne sont ainsi que la partie apparente des relations politiques d'ensemble des deux Etats, dont ils s'avèrent partie intégrante et indissociable. Pour traduire cette pesanteur internationale, diverses expressions ont été imaginées : le mémoire de la Suisse dans l'affaire *Losinger* évoque l'« irradiation internationale » due à ce que ces contrats, « par leur genèse ou leurs effets, s'étendent en réalité à plusieurs pays » (78) ; la sentence *Aramco* relève que

(74) *Le Monde*, 12 septembre 1979.

(75) *Le Monde*, 24 novembre 1979.

(75 bis) *Le Monde*, 29 mars 1980.

(76) Cf. G. Fahl, « Note sur le contrat du 20 octobre 1978 entre la République du Zaïre et l'O.T.R.A.G. », *A.F.D.I.*, 1978, pp. 920 ss. (Le contrat a été résilié par le Zaïre : *Le Monde*, 29-30 avril 1979).

(77) Voir *A.J.J.L.*, 1977, p. 139.

(77 bis) *International Herald Tribune*, 29-30 mars 1980.

(78) C.P.J.I., série C, n° 78, p. 128.

le contrat litigieux « a, par les parties et par ses ramifications, un caractère international » (79) ; le juge Levi-Carneiro observe que les contrats pétroliers ont une « portée internationale » et une « répercussion internationale » et qu'ils présentent le « plus grand intérêt au point de vue international » (80) (81).

On rejoint ainsi une observation que nous avons cru pouvoir avancer ailleurs : « Les contrats passés entre Etats et ressortissants étrangers s'insèrent dans les relations économiques internationales et ... leur centre de gravité se situe dans l'orbite internationale. La vérité économique de ces contrats revêt à coup sûr un caractère international ; pourquoi la vérité juridique ne viendrait-elle pas s'y superposer ? » (82). Dès lors que le contrat évolue dans la sphère politique et économique internationale, le réalisme commande d'en tirer les conséquences sur le plan juridique et de le regarder comme enraciné dans l'ordre juridique international auquel il adhère par toutes ses fibres. Tant et si bien que *ce n'est pas l'enracinement du contrat dans l'ordre juridique international qui s'expose au grief d'irréalisme ; c'est, tout au contraire, l'enracinement dans l'ordre interne qui fait fi de la réalité en isolant artificiellement les relations contractuelles de leur environnement politique et économique interétatique.*

29. — Il est à peine besoin de préciser que ce ne sont pas tous les contrats d'Etat que l'on devra ainsi considérer comme relevant de l'ordre juridique international mais seulement ceux d'entre eux qui s'intègrent effectivement, par des liens objectifs d'ordre juridique ou politico-économique, aux relations entre Etats, c'est-à-dire essentiellement — mais non exclusivement — les accords de développement économique ou contrats d'investissement. Comme le relève avec force la sentence *Revere*, « ... such contracts, while not made between Governments and therefore wholly international,

(79) *Revue critique de droit international privé*, 1963, p. 313.

(80) Opinion diss. dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, C.I.J., *Recueil* 1952, p. 152.

(81) Le même phénomène a été relevé à propos des accords de prêt passés par la Banque mondiale avec des personnes privées : « The loan agreement is only an element ... in the dealings on the international level between the Bank and its members, and partakes of the international character of these dealings. This is not the same as saying that the loan agreement itself thereby becomes an international agreement, and that it is governed by international law. But it does justify the internationalization of the loan agreement to the extent of insulating it from the effect of municipal law » (A. Broches, « International Legal Aspects of the Operations of the World Bank », *R.C.A.D.I.*, 1959-III, t. 98, p. 352).

(82) *Problèmes relatifs aux contrats...* (*supra*, n. 21), p. 186.

are basically international in that they are entered into as part of a contemporary process of economic development... While the agreements are entered into between Governments and private parties, *the Governments* of such parties are very much interested in such agreements and in promoting their conclusion » (83). Les autres contrats d'Etat, en revanche, demeureront normalement enracinés dans un ordre juridique national, même si par ailleurs l'une de leurs clauses renvoie au droit international en tant que loi régissant le contrat au fond.

On objectera peut-être que cette distinction entre contrats d'Etat ordinaires et contrats d'Etat de fondement international échappe à tout critère objectif et facilement saisissable, d'autant plus que ni le concept d'investissement ni le concept de développement économique ne sont susceptibles de définition juridique. Cela est exact, mais cela ne suffit pas à condamner la distinction proposée : toutes les disciplines juridiques comportent des catégories séparées par un seuil qualitatif qui relève d'une appréciation reposant sur un faisceau d'indices plutôt que sur un facteur unique ; c'est même là l'une des techniques les plus fécondes de la science juridique (84). En droit français, la distinction entre le contrat de droit commun et le contrat administratif repose sur des critères au moins aussi imprécis : ce qui ne l'a pas empêchée de constituer une *summa divisio* d'une grande richesse pratique.

30. — Les observations qui précèdent permettent de constater que, *loin d'être justifié exclusivement par le souci de faire échapper l'investisseur privé à l'emprise de l'Etat hôte, l'enracinement international de certains contrats d'Etat repose sur une analyse objective des données de fait.* Qu'il protège dans une certaine mesure l'investisseur, cela est certain. Mais on ne saurait négliger qu'il est également de nature à apporter de précieuses garanties à l'Etat contractant, puisque aussi bien le contrat de droit international tire sa validité et sa force obligatoire d'un ordre juridique où l'égalité est de principe par-delà la diversité des poids politiques et économiques. A quoi s'ajoute que, si l'enracinement international n'est pas obligatoirement accompagné de l'application du droit international en tant que loi du contrat, il la

(83) *Loc. cit.* (*supra*, n. 16), p. 1332 (souligné par nous).

(84) Qu'on songe par exemple, pour s'en tenir à un exemple tiré du droit international, aux concepts d'« appurtenance » ou de « principes équitables » en matière de délimitations maritimes.

présume, ou du moins la facilite : or, on l'a vu, la souveraineté économique des Etats trouve d'irremplaçables sauvegardes dans les règles matérielles du droit international des contrats. Qu'elle se rapporte à l'enracinement ou à la loi du contrat, la fonction du droit international en matière de contrats d'Etat comporte bien ces « moderate or compromise positions » que M. Fatouros lui fait injustement grief d'écarter (85).

31. — Quelque paradoxale que cette conclusion puisse paraître, c'est en définitive l'évolution même de ces dernières années qui, avec ses apports épars et parfois contradictoires — idéologie du nouvel ordre économique international, pratique conventionnelle et contractuelle, résolution de l'Institut de droit international — conduit à se faire des rapports du droit international avec les contrats d'Etat une vision renouvelée, reposant sur une assise plus réaliste dans un cadre conceptuel plus rigoureux.

Mars 1980.

(85) *International Law...* (*supra*, n. 16), pp. 140-141.