

LES CLAUSES DE STABILISATION OU D'INTANGIBILITÉ  
INSÉRÉES DANS LES ACCORDS DE DÉVELOPPEMENT  
ÉCONOMIQUE

par

Prosper WEIL

---

Le recours au procédé contractuel pour assurer les investissements privés étrangers dont tant de pays ont besoin pour développer leur économie constitue, on le sait, l'un des phénomènes les plus originaux des relations internationales contemporaines. Ces accords de développement économique — pour reprendre un vocable à la mode, encore que juridiquement fort imprécis — présentent, entre autres caractéristiques, celle de mettre en présence, pour une durée généralement assez longue, des Etats jaloux de leur souveraineté et des entreprises étrangères inquiètes des empiètements que cette souveraineté risque d'entraîner sur leurs droits contractuels (1). Aussi l'exécution de ces accords est-elle exposée à un double aléa.

Un *aléa économique*, d'abord, qui découle des inévitables fluctuations de la conjoncture tout au long des années, voire des décennies, pendant lesquelles l'accord associe l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger. Pour faire face à cet aléa, commun d'ailleurs à tous les contrats de longue durée, la pratique recourt essentiellement à des procédures d'adaptation et de renégociation péri-

(1) Sur ces accords, voir notamment P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 128, 1969-III, pp. 101-240, notamment pp. 109 et s., avec la bibliographie citée.

diques (2), et l'on a même exprimé le vœu de voir mettre à la disposition des parties un mécanisme permettant de faciliter, en cas de désaccord, la nécessaire révision de l'accord initial (3).

Un *aléa de souveraineté*, ensuite, qui dérive de la faculté pour l'Etat d'accueil d'user, lors de l'exécution de l'accord, des pouvoirs qui découlent, non pas de sa qualité de cocontractant, mais de celle d'Etat souverain. L'Etat hôte a la maîtrise de son droit interne, et il peut, par des mesures constitutionnelles, législatives ou réglementaires, modifier l'environnement juridique dans lequel le contrat s'exécute. De telles modifications constituent pour l'investisseur un risque considérable, car sous le couvert d'un changement de la législation fiscale, douanière, monétaire ou sociale l'Etat contractant peut compromettre gravement la situation de l'investisseur, voire aboutir à une spoliation déguisée, à ce que les juristes de langue anglaise désignent du terme imagé de *creeping expropriation*. C'est là ce que l'on appellera l'*aléa législatif* au sens large du terme, qui recouvre aussi bien les changements constitutionnels ou réglementaires que les modifications législatives proprement dites (4). A côté de ce premier aspect, l'aléa de souveraineté en comporte un second : à la menace du changement législatif s'ajoute en effet le risque de voir l'Etat hôte user à l'égard de l'investisseur des *prérogatives de puissance publique* que son droit national peut lui accorder à l'égard des personnes privées, nationales ou étrangères, qui contractent avec lui : dans les pays qui connaissent le concept de contrat administratif, le contractant public peut ainsi,

(2) Voir par exemple la clause du contrat entre la République de Madagascar et la société française Ugine (citée par Delaume, « Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle », *Revue belge de droit international*, 1968, p. 360, note 67), la clause de l'accord entre le Koweït et la Kuwait Shell Petroleum Company (citée *ibid.*, p. 361), ou encore la clause de l'accord entre le Nigéria et la Shell-B.P. (citée par Nwogugu, *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries*, 1965, p. 187).

(3) Cf. Kahn, « Les investissements étrangers dans les pays en voie de développement », *Revue du droit des pays d'Afrique*, 1971, p. 337.

(4) Sans doute cet aléa affecte-t-il tous les contrats, y compris les contrats de droit interne conclus entre deux personnes privées. Il n'en est pas moins spécialement menaçant dès lors que le maniement de l'arme législative (au sens large de ce terme) se trouve entre les mains de l'un des contractants ; cette menace est tout particulièrement redoutable dans les contrats de longue durée — on retrouve ici le facteur temps — qui exigent une stabilité juridique suffisante pour permettre l'amortissement des investissements (c'est ce qui explique, par exemple, la protection particulière accordée par le droit administratif français aux particuliers titulaires d'un contrat de longue durée, et notamment aux concessionnaires de service public : cf. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. III, n. 1048 et s., et C.E., 26 novembre 1971, S.I.M.A., *Revue du droit public*, 1972, pp. 239 et s., conclusions Gentot).

comme c'est le cas en droit français, disposer du pouvoir de modifier unilatéralement certaines dispositions du contrat ou même de le résilier avant le terme qu'il a fixé. Aucun exercice de la compétence législative de l'Etat d'accueil n'est en jeu dans ce cas, et seule intervient l'application normale des règles du droit national en matière de contrats.

La protection des investisseurs contre cet aléa de souveraineté soulève de graves difficultés. Si le cocontractant privé se montre en effet naturellement soucieux de la sauvegarde de ses droits contractuels, le partenaire étatique entend maintenir intacte la plénitude de ses compétences législatives et des pouvoirs que son droit national lui confère en matière contractuelle. De là d'irritantes controverses, qui contribuent à plonger trop souvent les relations entre Etats hôtes et investisseurs étrangers dans une atmosphère de méfiance, voire de crise, d'autant plus malaisée à dissiper que les partenaires sont le plus souvent l'un et l'autre de bonne foi, assurés qu'ils sont de pouvoir s'appuyer, l'un sur le principe *Pacta sunt servanda*, l'autre sur celui de la souveraineté inaliénable de l'Etat. Ainsi s'engage plus d'une fois entre les parties un véritable dialogue de sourds, dans lequel s'affrontent l'exaltation de la souveraineté de l'Etat hôte, d'une part, et l'aspiration de l'investisseur à la sauvegarde de ses droits acquis, d'autre part. Souvent plus puissant que son partenaire étatique sur le plan économique, l'investisseur se sait en situation d'infériorité dès lors que se dresse en face de lui un Etat qui, quelque faible qu'il puisse être à d'autres égards, entend se prévaloir des prérogatives régaliennes que son droit interne lui confère à l'égard de ses cocontractants privés, si tant est qu'il ne s'appuie pas sur son pouvoir constitutionnel, législatif ou réglementaire pour modeler son droit interne à sa volonté et tenter d'en assurer la prééminence sur ses engagements contractuels.

C'est dans l'espoir de réduire cet aléa de souveraineté qu'ils redoutent tant que les investisseurs demandent de plus en plus fréquemment l'insertion dans leur contrat de clauses de protection par lesquelles l'Etat hôte s'engage expressément à ne pas exercer les compétences législatives ou contractuelles inhérentes à sa souveraineté. Ils espèrent ainsi s'assurer cette stabilité de l'environnement juridique et cette intangibilité de leurs droits contractuels qui leur importent plus que tout. Les clauses de protection imaginées par la pratique sont extrêmement diverses, et il ne sera pas inutile d'en dresser au moins sommairement la typologie. Mais là n'est bien entendu pas l'essentiel. Ce qui importe davantage, c'est de mesurer la valeur juridique et l'efficacité de ces stipulations.

Les investisseurs en attendent monts et merveilles, d'autant que les spécialistes de la matière leur conseillent généralement de ne pas omettre d'en réclamer l'insertion dans leurs contrats (5). L'expérience pourtant n'est pas des plus encourageantes, et cruelles sont souvent les désillusions, car au nom de sa souveraineté qu'il prétend « inaliénable » l'Etat hôte entend plus d'une fois faire table rase de la clause de protection comme de tout autre engagement contractuel (6). Si la pratique est décevante, la doctrine est divisée : bouclier juridiquement invincible aux yeux de certains auteurs, ces clauses ne constituent, de l'avis d'autres, qu'une arme de pacotille, au point qu'il n'y aurait guère de différence entre les contrats qui en comportent et ceux dont elles sont absentes. La question se posera dès lors dans toute son acuité : les clauses de protection ont-elles une portée juridique réelle, ou ne constituent-elles qu'un illusoire et inutile exercice de style ?

\*  
\*\*

La typologie des clauses de protection ne paraît pas, de prime abord, aisée à établir, tant sont variées à l'infini les stipulations insérées dans les contrats d'investissement. Pour être complète et valable, une telle typologie exigerait d'ailleurs, semble-t-il, que soit dressé au préalable un inventaire exhaustif de la pratique, ce que le caractère confidentiel de nombreux contrats rend toutefois assez malaisé. Un examen des quelques dizaines de clauses publiées au détour des études consacrées au problème des investissements ou à celui des *State contracts* permet toutefois de constater que, par-delà leur apparente diversité, ces clauses se ramènent en définitive à quelques catégories relativement simples à définir.

(5) Voir par exemple Wetter, « Salient Clauses in International Investment Contracts », *The Business Lawyer*, 1962, p. 973. L'auteur suggère cependant aux investisseurs de ne pas se montrer trop perfectionnistes dans leur exigence d'une clause de protection, car une clause trop efficace risquerait d'être remise en cause dans le cas d'un changement de régime : le respect des intérêts légitimes de l'Etat lui paraît à juste titre la clé du succès dans le domaine délicat des relations entre Etat hôte et investisseur étranger (p. 973, note 15). La clause proposée (p. 978) exclut toute atteinte pendant les vingt-cinq premières années et subordonne les atteintes ultérieures à la double condition d'une finalité d'intérêt général et d'une compensation complète et adéquate ; elle ressemble étroitement aux clauses de rachat contractuel des concessions de service public en droit français (voir de Laubadère, *op. cit.*, n. 1060 et s.).

(6) L'existence de clauses de protection n'a empêché ni la nationalisation de l'Anglo-Iranian Oil Company par l'Iran en 1951, ni celle de la British Petroleum par la Libye en 1971.

A) Afin d'éviter tout malentendu, il importe avant tout de bien distinguer les clauses *contractuelles* des clauses *législatives* de protection (7). Il est en effet assez fréquent que des Etats désireux d'attirer des capitaux étrangers par des garanties particulières de stabilité incorporent dans leur législation — au sens large du terme — des dispositions destinées à mettre les investisseurs à l'abri de toute modification défavorable des textes applicables ou de toute intervention unilatérale de l'Etat dans l'exécution du contrat. C'est ainsi que les codes d'investissements de nombreux pays de l'ancienne Afrique française prévoient qu'un régime fiscal de longue durée comportant la stabilité des impôts tels qu'ils sont applicables en vertu de la législation en vigueur au jour de la conclusion du contrat peut être accordé aux entreprises étrangères par un agrément de l'Administration (8). C'est ainsi encore que la loi pétrolière iranienne déclare inapplicables aux concessionnaires tous changements susceptibles d'être apportés aux conditions juridiques en vigueur à la date de la conclusion du contrat (9). De même, la loi pétrolière libyenne de 1955 stipule en son article 24 qu'aucun règlement pris pour son application ne pourra porter atteinte aux droits contractuels accordés par un permis ou une concession antérieurement à son édicition ; les modifications apportées ultérieurement à cette loi ont d'ailleurs été déclarées inapplicables aux concessions en cours, les sociétés concessionnaires ayant simplement été invitées à s'y soumettre volontairement en échange d'une extension de leurs concessions (10). De ces clauses peuvent être rapprochées les dispositions législatives ou constitutionnelles par lesquelles de nombreux Etats déclarent s'engager à ne pas porter atteinte aux droits des étrangers par voie de nationalisation ou d'expropriation, ces dispositions s'appliquant à certains égards aux droits nés de contrats d'investissements (11). De telles dispositions expriment certes la volonté de l'Etat de ne pas faire usage à l'encontre des investisseurs des pouvoirs inhérents à sa souveraineté, et les investisseurs n'ont sans doute aucune raison de suspecter

(7) La portée juridique des unes et des autres est fondamentalement différente, et l'on est en droit de s'étonner que les auteurs citent souvent des exemples relevant indifféremment de l'une et de l'autre de ces catégories, considérant ainsi comme acquis qu'il s'agit d'une seule et même institution juridique.

(8) Cf. Loyrette, « Les codes d'investissement », *Recueil Penant*, 1963, p. 153.

(9) Citée par Cattán, *The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*, New York, 1967, p. 48.

(10) Le texte de la loi libyenne du 20 novembre 1955 a été publié dans *International Legal Materials*, 1966, p. 442. — Cf. Delaume, *op. cit.*, p. 361, note 68, et Cattán, *op. cit.*, p. 48, note 35.

(11) Voir les exemples cités par Nwogugu, *op. cit.*, pp. 54 et s.

l'Etat qui les a édictées de ne pas vouloir les respecter. Sur le plan juridique toutefois, elles ne peuvent en aucune manière être assimilées à des stipulations insérées dans les contrats d'investissement. Edictée unilatéralement par l'Etat dans le cadre de son pouvoir normatif interne, la clause législative de protection peut en effet être abrogée à tout moment par une nouvelle disposition située au même niveau ou à un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes (12). Tout au plus pourrait-on penser — mais il s'agit là d'une opinion quelque peu aventureuse — que l'Etat qui a pris par voie législative, donc unilatéralement, l'engagement de ne pas faire usage de ses prérogatives de souveraineté, a créé au profit des investisseurs une expectative qu'il lui est désormais interdit de décevoir en vertu de la théorie de l'estoppel (13).

On ne s'attardera pas sur ces clauses législatives qui n'ont, il convient de le répéter, que peu de rapport sur le plan juridique avec les stipulations contractuelles destinées à mettre l'investisseur à l'abri de l'aléa de souveraineté. Encore faut-il signaler — et ce fait explique sans doute la confusion communément commise par les auteurs — que dans certains cas la loi nationale prévoit que les contrats passés avec les investisseurs étrangers pourront comporter des clauses de protection : dans ce cas, l'engagement de stabilité puise à vrai dire sa valeur non pas dans la législation nationale mais dans le contrat lui-même, et l'on se trouve en réalité en présence d'une clause de protection de caractère contractuel dont la loi s'est bornée à prévoir et autoriser l'insertion. Tel est notamment le cas des investissements pratiqués dans les pays de l'ancienne Afrique française : les codes d'investissement se contentent en général de prévoir que l'Etat peut conclure avec l'investisseur une convention d'établissement assurant à celui-ci la stabilité juridique, en ce sens que l'Etat s'engagera par le contrat à ne pas appliquer à l'investisseur les modifications législatives ultérieures, mais c'est à la convention d'établissement elle-même qu'est précisément laissé le soin de matérialiser cet engagement. A titre d'exemple on peut citer le code d'investissement du Cameroun de 1960, dont l'article 18 indique que « la convention d'établissement définit notamment... les garanties de stabilité dans les domaines juridique, économique et financier, ainsi qu'en matière de transferts financiers et de commercialisation des produits ». En appli-

(12) Cf. Nwogugu, *op. cit.*, p. 61 : « Protective clauses included in local legislation but not incorporated in a contract between an investor and the country of operation, is of little value to the investor, being purely a unilateral measure ».

(13) En ce sens, Freedman, *A.J.I.L.*, 1956., p. 506. Cf. Nwogugu, *op. cit.*, p. 62.

cation de cette disposition législative, la convention passée entre le Cameroun et la Société de recherche et d'exploitation des pétroles du Cameroun (Shell) précise que le Cameroun « garantit à la SEREPCA la stabilité du régime juridique et fiscal de la recherche, de l'exploitation et du transport des hydrocarbures » et que « ne pourront être appliquées à la SEREPCA, sans son accord préalable, les modifications qui, pendant la durée de la convention, seraient apportées aux dispositions des textes » énumérés par la convention ainsi que, d'une manière générale, « les dispositions législatives, réglementaires ou individuelles qui iraient à l'encontre des dispositions de la présente convention ». De même, le code du Sénégal se borne à prévoir que les conventions d'établissement stipuleront les garanties accordées par l'Etat en ce qui concerne les conditions juridiques, économiques et financières de l'entreprise, et c'est en vertu de cette disposition que la convention passée entre le Sénégal et la Société Berliet prévoit que les changements de législation ultérieurs ne seront pas applicables à la Société dans la mesure où elles lui seront défavorables (14). On peut également citer, bien qu'il n'ait plus qu'un intérêt historique, le précédent des concessions pétrolières accordées au Sahara par la France antérieurement à l'indépendance de l'Algérie (15). Le code pétrolier saharien de 1958 prévoyait que la concession fixerait les conditions dans lesquelles certains aspects du régime minier et du régime des sociétés, tels qu'ils sont définis par les textes en vigueur à la date d'octroi de la concession, « ne peuvent être aggravés... pendant la durée de la convention sans accord préalable des Parties » (Ord. 22 novembre 1958, art. 26) : la clause de non aggravation, bien que prévue dans son principe dans le code saharien, était toutefois une clause contractuelle, puisque aussi bien elle n'acquerrait sa valeur juridique qu'en vertu du contrat de concession.

B) En ce qui concerne les clauses contractuelles de protection — les seules à nous intéresser ici — la ligne de clivage passe essentiellement entre celles qui ont pour objet de remédier à l'aléa législatif et celles qui tendent à pallier les inconvénients résultant pour l'investisseur de l'exercice éventuel par l'Etat hôte de prérogatives de puissance publique en matière contractuelle. Dans le premier cas il s'agit de « geler » la législation nationale du pays hôte dans l'état où elle se trouve à la date de la conclusion du contrat et, partant, de limiter l'exercice par l'Etat de sa compé-

(14) Cf. Kahn, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *Journal du droit international*, 1965, p. 371.

(15) Sur ce problème, voir Loyrette, *Le code pétrolier saharien*, Paris, 1961.

tence législative : ce sont des *clauses de stabilisation* au sens strict de ce terme. Dans le second cas, il s'agit de mettre l'investisseur à l'abri des pouvoirs exorbitants que l'Etat hôte peut tenir de son droit national à l'égard de ses cocontractants : on parlera alors plutôt de *clauses d'intangibilité*. L'intérêt de cette distinction est manifeste, et l'on peut s'étonner que les auteurs l'aient presque complètement négligée : tandis que les clauses de stabilisation affectent une compétence générale que l'Etat tient de sa souveraineté même, les clauses d'intangibilité concernent un pouvoir qui ne se déploie qu'à l'intérieur de la sphère contractuelle ; on verra plus loin que d'importantes conséquences juridiques s'attachent à cette distinction. Sans doute n'est-il pas interdit d'englober ces deux séries de stipulations sous le vocable générique de clauses de stabilisation, puisque aussi bien il s'agit dans les deux cas de stabiliser les droits contractuels de l'investisseur, mais il faut bien se rendre compte qu'il n'y a là qu'une commodité de langage susceptible d'induire en erreur : sur le plan scientifique clauses de stabilisation et clauses d'intangibilité doivent être soigneusement distinguées, et c'est pourquoi nous avons préféré jusqu'ici, pour les désigner les unes et les autres, recourir à l'expression plus large de clauses de protection.

C) Les *clauses d'intangibilité* sont moins fréquentes dans la pratique que les clauses de stabilisation, et c'est là sans doute ce qui explique qu'elles soient généralement assimilées à ces dernières. Elles prennent le plus souvent la forme d'une stipulation prévoyant de manière générale que les droits et obligations des parties ne pourront être modifiées sans leur consentement mutuel (15 bis). Les concessions pétrolières libyennes comportent, à l'article 16, une disposition prévoyant que

« The contractual rights expressly created by this concession shall not be altered except by mutual consent of the parties. »

Une disposition du même type figure dans de nombreuses concessions pétrolières (16) ainsi que dans de multiples autres contrats (17).

(15 bis) Sur cette clause, voir Kahn, *Revue du droit des pays d'Afrique*, 1971, pp. 121-122.

(16) Pour des exemples, voir Cattan, *op. cit.*, pp. 47 note 34, et 49.

(17) Convention Cameroun-Péchiney : « Les dispositions de la présente convention ne peuvent être abrogées ou modifiées qu'en vertu d'un accord entre toutes les parties » ; convention Congo-Compagnie des potasses du Congo : l'Etat s'engage à « n'apporter aucune modification au texte des actes constitutifs de la concession ».

Nombre de contrats comportent d'ailleurs à la fois une clause de stabilisation et une clause d'intangibilité. Dans certains cas ces deux clauses sont distinguées avec soin : ainsi de l'accord Grèce-Péchiney de 1960, dont l'article 27 stipule que :

« Les dispositions de la présente convention ne peuvent être abrogées ou modifiées qu'en vertu d'un accord entre les parties ; toute disposition contraire de la législation ne sera pas applicable dans la mesure où elle est contraire à ses dispositions. »

Plus nombreuses sont toutefois les conventions qui mêlent dans une seule et même stipulation les deux clauses grâce à une accumulation des termes employés. L'exemple le plus connu est l'article 41 b de l'accord de consortium iranien de 1954, qui garantit le concessionnaire contre toute mesure législative ou administrative et contre tout acte quel qu'il soit qui pourrait annuler, amender ou modifier ses dispositions, ou empêcher ou gêner l'exécution de ses termes (18). De nombreux contrats pétroliers comportent ainsi des clauses qui, du fait de la multiplicité des termes employés, comportent la renonciation par l'Etat tout à la fois à l'exercice normal de sa compétence législative et à celui de ses prérogatives en matière contractuelle (19). Ce type de stipulation se retrouve également, sous des formes diverses, dans les contrats conclus par des pays africains, tels le Ghana (20) ou des pays d'Afrique francophone (21).

D) Les clauses de protection les plus fréquemment insérées dans les accords de développement économique sont toutefois les *clauses de stabilisation* proprement dites, qui mettent l'investisseur à l'abri de ce que nous avons appelé l'aléa législatif. La pratique est ici tout à la fois d'une grande richesse et d'une extrême diversité.

Ces clauses peuvent d'abord être distinguées selon l'étendue plus ou moins grande de leur champ d'application. Certaines sont rédigées de manière très large (22) ; d'autres, plus fréquentes, couvrent

(18) « No general or special legislative or administrative measure or any other act whatsoever... shall annul this agreement, amend or modify its provisions or prevent or hinder the due and effective performance of its terms. Such annulment, amendment or modification shall not take place except by agreement of the parties to this agreement. »

(19) Cf. les exemples cités par Weil, *op. cit.*, p. 230, note 47.

(20) Accord Ghana-Aluminium Company, cité par Nwogugu, *op. cit.*, p. 171.

(21) Convention Congo-Compagnie des potasses du Congo.

(22) Convention Congo-Compagnie des potasses du Congo, art. 6 : l'Etat garantit à la Compagnie « pour la durée de la présente convention, la stabilité des conditions générales, juridiques, économiques, financières et fiscales... telles que ces conditions résultent de la législation et de la réglementation en vigueur à la date de la signature de la présente convention ».

des domaines particuliers, tels la législation fiscale, le droit des sociétés ou le régime minier (23). La clause de protection peut être plus précise encore et ne porter que sur certains impôts (24) ; elle peut aussi énumérer les textes « gelés » (25) ou comporter l'exclusion expresse de certaines matières (26).

La même diversité se retrouve quant à la durée de la stabilisation accordée : certaines clauses sont applicables pendant toute la durée de la convention (27), d'autres ne le sont que pour une période limitée (28).

Sur le plan de la technique juridique on distingue souvent le procédé de l'incorporation et celui de l'opposabilité (29). Tantôt, en effet, le contrat déclare assimiler aux stipulations contractuelles telles ou telles dispositions de la législation en vigueur à la date de la signature de la convention (30). Tantôt l'Etat s'engage à ne pas appliquer à son cocontractant les modifications éventuelles de sa législation : une telle clause figure dans nombre de conventions

(23) Convention Togo-Société minière du Bénin, art. 14 : « Au cas où interviendraient des modifications d'ordre législatif ou réglementaire de la compétence de la République autonome du Togo, celle-ci s'engage à maintenir, par dérogation expresse, au profit de la Société minière du Bénin, sauf si celle-ci demandait à se prévaloir des nouvelles dispositions, le bénéfice des dispositions antérieures concernant le régime des substances minérales et des droits miniers correspondants (permis de recherche, concessions) attribués à la Société.

(24) La convention Côte d'Ivoire-UNIVAX (citée par Kahn, *Revue du droit des pays d'Afrique française*, 1971, p. 187) comporte une liste limitative des impôts stabilisés. La convention Mauritanie-MIFERMA exclut de la stabilisation les impôts frappant les rémunérations et salaires du personnel (cf. Delaume, *op. cit.*, p. 359, note 61).

(25) Convention Cameroun-Société de recherches et d'exploitation des pétroles du Cameroun, art. 15 ; convention Mauritanie-Planet-Oil, art. 4 (citée par Delaume, *op. cit.*, p. 358, note 59).

(26) La convention Sénégal-Berliet exclut de la stabilisation la législation du travail et la législation sociale (cf. Kahn, *op. cit.*, p. 186 et *Journal du droit international*, 1965, p. 371).

(27) Voir la clause citée *supra*, note 22. On peut citer également l'accord Koweït-Shell (Delaume, *op. cit.*, p. 356, note 52) ou l'accord de consortium iranien de 1954 (cf. *supra*, note 18).

(28) De quinze à trente ans pour les contrats d'investissement des pays de l'ancienne Afrique française (voir Kahn, *Journal du droit international*, 1965, p. 362 ; cf. Gautron, « Les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec des entreprises », *Annuaire français de droit international*, 1968, p. 665).

(29) Voir Delaume, *op. cit.*, pp. 358-359.

(30) Convention Mauritanie-Planet Oil, art. 4 : « ...La législation minière stabilisée pour la durée de la présente convention fait l'objet des textes dont la liste figure en annexe à la présente convention et en fait partie intégrante ».

africaines (31) ainsi que dans plusieurs concessions pétrolières (32). Les deux procédés conduisent d'ailleurs au même résultat, qui est de soustraire l'investisseur aux dispositions législatives nouvelles.

On peut distinguer aussi entre les clauses de stabilisation proprement dites et les clauses de non aggravation : dans le premier cas l'Etat s'engage à ne pas appliquer à l'investisseur une législation différente de celle en vigueur à la date de la signature de l'accord ; dans le second il s'engage seulement à ne pas aggraver le régime applicable. Il est parfois prévu que l'investisseur dispose d'un certain délai pour demander que les dispositions nouvelles ne lui soient pas appliquées (33). D'autres conventions, procèdent de manière inverse : la non application des dispositions nouvelles est érigée en principe, et ce n'est que sur la demande du cocontractant que leur application est envisagée (34). D'autres contrats encore excluent expressément de la stabilisation édictée les dispositions plus favorables (35).

Les indications que l'on vient de donner ne prétendent pas constituer une typologie complète des clauses de protection ; elles tendent seulement à mettre en lumière l'extraordinaire diversité de ces clauses et à souligner l'importance quantitative qu'elles revêtent dans la pratique des accords de développement économique. Aussi est-on fondé à se demander si à cette importance quantitative correspond une efficacité juridique réelle. C'est là, on l'admettra sans peine, que se situe la véritable difficulté.

\*\*

(31) Convention Cameroun-Société de recherches et d'exploitation des pétroles du Cameroun, art. 15 : « Ne pourront être appliquées à la Société, sans son accord préalable, les modifications qui, pendant la durée de la convention, seraient apportées aux dispositions des textes ci-après... » ; convention Togo-Société minière du Bénin, art. 14, cité *supra*, note 23.

(32) Voir les accords N.I.O.C.-A.G.I.P. (cité par Wall, « The Iranian-Italian Oil Agreement of 1957 », *I.C.L.Q.*, 1958, p. 736 ; accord Koweït-Shell (cité par Delaume, *op. cit.*, p. 356, p. 52) ; accord N.I.O.C.-E.R.A.P., art. 44 ; accord Tunisie-T.R.A.P.S.A., art. 21, etc.

(33) Convention Sénégal-Berliet (cité par Kahn, *Journal du droit international*, 1965, p. 371).

(34) Convention Gabon-Compagnie des mines d'uranium de Franceville, art. 19 : « ...la République gabonaise s'engage à maintenir, par dérogation expresse au profit de la Compagnie, le bénéfice des dispositions antérieures, sauf si la Compagnie demandait à se prévaloir des nouvelles dispositions ».

(35) Convention Cameroun-Société sucrière du Cameroun, art. 2 : « ...Toutes dispositions plus favorables qui pourraient être prises dans la législation de la République fédérale du Cameroun seraient applicables à la Société... ».

Si la pratique ne se décourage pas, en dépit de certaines désillusions, à recourir aussi fréquemment aux clauses de stabilisation ou d'intangibilité, les juristes sont en effet profondément divisés quant à leur valeur juridique. Renonciation effective et valable de l'Etat à exercer certains attributs de sa souveraineté pour certains, ces stipulations ne sauraient, pour d'autres, avoir la moindre portée juridique, l'Etat ne pouvant jamais renoncer à l'exercice de sa souveraineté. Le problème est ardu, car il met en cause les principes les plus fondamentaux du droit : l'autonomie de la volonté et la règle *Pacta sunt servanda*, d'un côté, les attributs de la souveraineté de l'Etat, de l'autre. L'Etat s'est certes engagé à ne pas user de ses prérogatives de souveraineté, mais que vaut cet engagement si l'on doit admettre que la souveraineté implique précisément que son titulaire ne peut pas y renoncer ? Il s'agit là, comme on l'a écrit, d'une « branche du droit encore en cours de formation et qui a sans doute besoin de clarification » (36). L'absence de toute jurisprudence encourage la controverse (37), et celle-ci n'est malheureusement pas des plus claires : quelque péremptoire qu'elles puissent parfois être, les opinions émises par la plupart des auteurs le sont en effet de manière rapide, pour ne pas dire superficielle : quelques lignes comportant des affirmations plutôt que des démonstrations, voilà à peu près tout ce que l'on trouve sur le problème dans la littérature pourtant abondante consacrée aux contrats passés par les Etats avec des étrangers. Aux innombrables difficultés qui hérissent la matière on ne prétend pas — faut-il le souligner ? — apporter des réponses complètes et définitives. L'ambition du présent essai se borne, plus modestement, à tenter de démêler quelque peu l'écheveau apparemment inextricable des arguments et contre-arguments en vue de sérier les questions et d'essayer d'y voir un peu plus clair, sinon sur les solutions, du moins sur les problèmes (38).

A) Les rapports entre les investisseurs étrangers et le droit national de l'Etat hôte se nouent à des niveaux différents, et il convient avant tout de situer correctement celui auquel se placent les clauses de protection.

Il existe un premier problème, qui est celui de savoir si un Etat a la faculté, au regard du droit international, de porter atteinte

(36) Cattan, *op. cit.*, p. 49.

(37) On verra que certaines sentences parfois citées (*Aramco*, *Lena Goldfields*) sont sans pertinence.

(38) Les pages quelque peu hâtives consacrées au problème à la fin de notre cours précité de l'Académie de droit international de La Haye (pp. 229 à 234) sont insuffisantes et demandaient à être reprises.

aux biens et aux droits acquis des étrangers indépendamment de l'existence d'un lien contractuel entre l'Etat et l'étranger intéressé. Il s'agit là d'un problème d'ordre général relatif aux pouvoirs de l'Etat vis-à-vis des biens et droits des étrangers.

Le problème se précise lorsque l'étranger est lié à l'Etat par une relation contractuelle : il s'agit alors de savoir si, à supposer même que l'Etat puisse, au regard du droit international, porter atteinte aux biens et droits des étrangers, cette faculté ne se trouve pas affectée par l'existence au profit de l'étranger en cause de droits contractuels. En d'autres termes, la souveraineté de l'Etat se trouve-t-elle limitée dès lors que ce dernier est lié par des engagements contractuels, ou bien de tels engagements doivent-ils céder le pas devant la souveraineté de l'Etat ? La question, on le voit, n'est plus seulement de savoir si le droit international autorise l'Etat à porter atteinte aux biens et droits de l'étranger, mais, plus précisément, celui des incidences, sur cette faculté, de l'existence d'un engagement contractuel envers l'étranger. La situation n'est évidemment pas la même dans les deux cas, car dans le second s'ajoute, au problème général de la protection des biens et droits des étrangers, celui des rapports entre la souveraineté de l'Etat et le respect des obligations que ce dernier a pu assumer par voie de contrat. C'est à ce niveau que se pose la question de savoir si la souveraineté de l'Etat doit s'effacer devant ses engagements contractuels ou si, au contraire, l'Etat détient un pouvoir inhérent — que ce soit par le jeu d'une clause tacite ou par tout autre mécanisme — de faire prévaloir les intérêts généraux dont il a la charge sur les droits contractuels qu'il a pu consentir à des étrangers (39). C'est là une question abondamment discutée en doctrine, surtout depuis que les Etats se sont lancés nombreux sur la voie de la nationalisation (40).

La question se complique davantage encore lorsque l'investisseur étranger est titulaire non seulement d'un contrat, mais d'un contrat par lequel l'Etat d'accueil a expressément renoncé à certaines prérogatives de souveraineté. Le problème n'est dès lors plus celui des pouvoirs souverains de l'Etat face à ses engagements

(39) Voir, par exemple, la distinction faite par M. Garcia Amador entre la protection internationale des droits acquis et l'expropriation en général, d'une part, et la protection des droits contractuels, d'autre part (3<sup>e</sup> Rapport sur la responsabilité des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1957, II, p. 132) ; 4<sup>e</sup> Rapport, *ibid.*, 1959, II, p. 1). La distinction est également faite clairement par M. Paul de Visscher, « Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez », *R.G.D.J.P.*, 1958, p. 436.

(40) Voir notamment Fouilloux, *La nationalisation et le droit international public*, Paris, 1962, pp. 273 et s.

contractuels, mais, plus précisément, celui des pouvoirs de l'Etat face à un contrat par lequel il s'est expressément engagé à ne pas exercer certains attributs de sa souveraineté. Les rapports entre cette situation et la précédente doivent être bien compris. Si l'on admet que l'Etat ne dispose d'aucun pouvoir souverain vis-à-vis d'un contrat passé avec un étranger (thèse de la *sanctity of contracts*), il va de soi que la question des effets des clauses de stabilisation est réglée du même coup : avec ou sans ces clauses, le contrat l'emporte toujours alors sur la souveraineté (41). Si, au contraire, on admet la thèse, sinon de la mutabilité essentielle des contrats entre Etats et étrangers, du moins celle de leur mutabilité dans certaines conditions et sous certaines réserves (42), la question des incidences des clauses de stabilisation revêt toute son importance et prend toute sa valeur : en admettant même, dans un cas déterminé, que l'Etat ait la faculté de porter atteinte aux droits contractuels de l'investisseur, la question surgit alors de savoir si la présence dans le contrat d'une clause de stabilisation ou d'intangibilité n'a pas pour effet précisément de paralyser cette faculté qui pourrait s'exercer en l'absence d'une telle clause. En dépit de sa spécificité, ce problème est malheureusement confondu trop souvent avec le précédent, ce qui ne contribue guère à la clarté du débat. Un exemple remarquable de cette confusion est fourni par l'article 5 du projet de résolution soumis par Albert de La Pradelle à l'Institut du droit international, dans sa session de Sienne, en 1952. Aux termes de cet article : « La nationalisation, acte unilatéral de souveraineté, doit respecter les engagements valablement conclus, soit par traité soit par contrat » : or ni dans ce texte ni dans la controverse qu'il a suscitée à l'Institut et qui a conduit à son rejet, la distinction n'a été faite clairement entre ce que l'on pourrait appeler la situation contractuelle simple et la situation contractuelle renforcée, c'est-à-dire celle où le contrat comporte une clause de stabilisation ou d'intangibilité (43).

Il faut enfin envisager le cas où les biens et droits de l'investisseur — que ce dernier soit ou non lié par un contrat à l'Etat

(41) Tel est le sens du passage souvent cité de la sentence *Aramco* selon lequel « rien ne s'oppose à ce qu'un Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, se lie irrévocablement par les clauses d'une concession et attribue à un concessionnaire des droits irrévocables » (*Revue critique de droit international privé*, 1963, p. 315). En ce sens cette affirmation est d'ailleurs sans doute inexacte, ou du moins trop absolue, car la théorie de l'intangibilité absolue des contrats ne saurait, semble-t-il, être admise (voir à ce sujet Weil, *op. cit.*, pp. 212 et s.).

(42) Cf. Weil, *op. cit.*, pp. 214 et s.

(43) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1952, II, pp. 305 et s.

d'accueil — se trouvent couverts par un véritable traité international passé entre son Etat national et l'Etat hôte. Dans cette situation le « traité de couverture » (*umbrella agreement*) transforme l'obligation de respecter le contrat en obligation internationale *stricto sensu*, et le problème des rapports entre l'engagement contractuel de l'Etat hôte et sa souveraineté interne cesse de se poser ou, plus exactement, se trouve *ipso facto* réglé en faveur de la primauté de l'engagement contractuel devenu engagement international (44).

Le problème des effets des clauses de protection se situe bien entendu au troisième des quatre niveaux que l'on vient de distinguer. On laissera donc de côté ici le problème de savoir si la souveraineté interne de l'Etat fait obstacle à ce qu'il prenne des mesures pouvant porter atteinte aux droits, même contractuels, de l'investisseur étranger : pour les besoins du raisonnement, on considérera comme admis que l'Etat dispose de cette faculté dans certaines circonstances et sous certaines réserves (45). La question posée se ramène exclusivement à celle de savoir si ce pouvoir, que l'on considérera comme admis dans certaines limites, se voit affecté de quelque manière par la présence dans le contrat d'une clause de stabilisation ou d'intangibilité.

B) Ainsi défini, le problème posé met en jeu les rapports de hiérarchie entre l'engagement contractuel incorporé dans la clause de protection et le droit national de l'Etat hôte. Rien d'étonnant dès lors à ce que ce problème présente des aspects différents selon l'ordre juridique auquel le contrat se rattache et dans lequel il puise ses racines. Sans même pousser l'analyse plus avant, il semble en effet évident que les solutions ne peuvent pas être les mêmes pour un contrat rattaché à l'ordre juridique national et un contrat rattaché à l'ordre juridique international. Qu'on nous entende bien : ce qui est évoqué ici, ce n'est pas le droit matériel applicable au contrat mais l'ordre juridique dans lequel il s'insère, où il puise sa validité et qui détermine les règles de fond applicables. Un contrat rattaché au droit interne de l'Etat contractant peut être soumis, sur tel de ses aspects, à des règles émanant d'un autre système juridique : il suffit de supposer que ce droit interne autorise les parties à choisir les règles applicables à leur contrat et que ce choix se soit porté, en tout ou en partie, sur le droit international ou les principes généraux du droit. A l'inverse on peut imaginer un contrat « internationalisé » — c'est-à-dire rattaché à

(44) Sur ce problème, voir Weil, *op. cit.*, pp. 130 et s.

(45) *Ibid.*, pp. 214 et s.



l'ordre juridique international — dont certains aspects seraient régis par des règles émanant du droit national de l'Etat contractant : là encore il suffit de supposer que le droit international des contrats autorise les parties à déterminer les règles régissant leurs rapports et qu'elles aient opté sur certains points en faveur de règles de droit national. Quoi qu'il en soit, on peut s'étonner que les auteurs qui se sont penchés sur le problème des clauses de protection aient généralement négligé cette ligne de clivage pourtant fondamentale (46), qui constitue sans doute la clé du problème et permet seule de dégager les éléments directeurs d'une solution. On ne reviendra pas ici sur le problème général du rattachement des contrats d'investissement à l'ordre juridique de l'Etat contractant ou au droit international : il suffira de rappeler qu'une certaine tendance se dessine en faveur de l'internationalisation de certains de ces contrats, tant et si bien qu'il existe aujourd'hui tout à la fois des *State contracts* relevant d'un ordre juridique national et des *State contracts* rattachés à l'ordre juridique international (47). Quelle est la portée des clauses de stabilisation et d'intangibilité dans chacun de ces cas ? Telle est en définitive la question ici posée.

C) Prenons d'abord la situation d'un contrat enraciné dans le droit national de l'Etat contractant. Nous supposons que ce contrat est régi par les règles de ce droit national, puisque aussi bien c'est dans cette hypothèse seulement que le problème peut surgir des effets, soit d'un changement de législation, soit d'un recours aux prérogatives contractuelles prévues par ce droit. Nous supposons également que, selon le droit interne applicable, la loi nouvelle peut l'emporter sur les contrats conclus par l'Etat, fût-ce avec ses propres ressortissants, et que l'Etat peut modifier dans certaines conditions les contrats qu'il a conclus, car si le droit interne applicable prévoit la primauté du contrat interne sur la loi nouvelle ou sur toute prérogative de souveraineté, il va de soi que cette primauté bénéficiera au contrat passé avec un étranger. La question se trouve dès lors étroitement circonscrite : lorsque le droit national applicable à un contrat d'investissement consacre la primauté des prérogatives de souveraineté sur les engagements contractuels de l'Etat, quelle incidence doit-on reconnaître à des clauses par lesquelles l'Etat renonce à exercer telle ou telle de ses prérogatives ?

(46) La distinction a cependant été esquissée par Mann, « *State Contracts and State Responsibility* », *A.J.I.L.*, 1960, p. 588.

(47) Sur l'ensemble de la question, voir notre cours précité à l'Académie de La Haye, avec la bibliographie.

a) Dans les relations *inter partes*, l'effet de la clause de protection sera celui que lui reconnaît le droit national applicable. La soumission du contrat au droit de l'Etat hôte ne s'arrête en effet pas devant la clause de protection, en ce sens que toutes les stipulations du contrat seraient gouvernées par ce droit à la seule exception de la clause de protection. Celle-ci, comme toutes les autres stipulations du contrat, dépend du droit national, et son effet sera celui que ce dernier lui reconnaît. De même que le droit national peut autoriser l'application de la loi nouvelle et habiliter l'Etat à modifier ou dissoudre le lien contractuel (48), de même il lui appartient de déterminer si la clause de stabilisation peut geler ou cristalliser ce lien ou s'il convient, au contraire, de la réputer non écrite. Affirmer le contraire, comme le fait M. Schwarzenberger (49), c'est en réalité extraire d'un contrat relevant dans son ensemble du droit interne la seule clause de stabilisation : l'on voit mal pourquoi ce serait là la seule stipulation contractuelle échappant au droit régissant l'ensemble du contrat.

La portée *inter partes* de la clause de protection variera donc d'un système juridique à l'autre : l'affirmation du mémoire iranien dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, selon laquelle « une assemblée législative ne peut lier les assemblées suivantes » (50), vaut sans doute dans la plupart des pays, mais pourra s'appliquer différemment selon le pays intéressé. En droit français, où la question paraît ne pas s'être posée en jurisprudence, les auteurs sont divisés sur la valeur d'une clause par laquelle l'Etat renoncerait à son pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale ; quant à la renonciation de l'Etat à appliquer des lois ou règlements nouveaux, il s'agit là d'une hypothèse qui ne paraît pas avoir jamais été envisagée. Quoi qu'il en soit, c'est au droit national applicable dans chaque cas qu'il appartiendra de déterminer les effets *inter partes* d'une clause de protection lorsqu'il s'agit d'un contrat soumis à ce droit national, et aucune réponse générale ne peut être donnée à ce problème.

(48) Le droit national applicable « not merely sustains, but, because it sustains, may also modify or dissolve the contractual bond », a dit Lord Radcliffe (cité par Mann, *op. cit.*, p. 581).

(49) Schwarzenberger, « *The Protection of British Property Abroad* », *Current Legal Problems*, 1952, p. 313 : « If, in a concession which, otherwise, is subject to the municipal law of the grantor, the latter promises the grantee immunity from interference by future legislation, such a promise crystallises the relations between the parties on the basis of the municipal law of the grantor as it existed at the time when the concession was granted ».

(50) Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, *Mém.*, p. 289.

b) Toute différente est la question de l'effet de la clause dans le cadre des relations interétatiques créées par le contrat, c'est-à-dire des relations entre l'Etat hôte et l'Etat national de l'investisseur (51). La possibilité reconnue à un Etat donné par son droit national d'exercer ses prérogatives législatives ou constitutionnelles à l'égard des contrats qu'il a conclus avec des nationaux ou des étrangers ne préjuge en rien de la licéité internationale de son action. Au regard du droit international, chacun le sait, le droit national ne constitue qu'un simple fait, et l'exercice, parfaitement régulier au regard du droit interne, d'une compétence donnée peut constituer un acte internationalement illicite de nature à engager la responsabilité internationale de l'Etat en cause.

Or il semble bien que tel soit le cas ici. Alors même que le droit national applicable au contrat ne reconnaît aucune valeur à une clause par laquelle l'Etat renoncerait à des prérogatives considérées comme « inaliénables », la méconnaissance de telles clauses de protection, quelque régulière qu'elle puisse être sur le plan interne, n'en constitue pas moins, nous semble-t-il, un acte internationalement illicite. Cela est vrai, bien sûr, si l'on admet que l'inexécution par un Etat d'un engagement contractuel peut, même si elle est licite au regard du droit national, engager *per se* la responsabilité internationale de l'Etat (52). Mais cela demeurerait vrai alors même qu'avec la plupart des auteurs on considérerait qu'un simple *breach of contract* ne peut jamais engager la responsabilité internationale de l'Etat et que celle-ci suppose, outre la violation du contrat, l'existence d'un *tort*, c'est-à-dire d'un délit distinct de la violation même du contrat. Une sentence évoque à cet égard l'« outrage », la « mauvaise foi », la « négligence intentionnelle » (53) ; un auteur considère qu'il y a *tort* chaque fois que l'Etat sort de son rôle de contractant et déçoit les expectatives de l'autre partie par l'emploi de ses prérogatives de souveraineté (54) : or, comment ne pas voir une atteinte à la bonne foi et une déception de l'expectative du cocontractant dans le fait qu'un Etat qui s'est engagé expressément à ne pas appliquer la loi nouvelle ou à ne pas user de ses prérogatives contractuelles vienne brutalement dire à son cocontractant que cet engagement ne vaut rien d'après le droit

(51) Sur la distinction entre les relations *inter partes* et les relations interétatiques à l'occasion d'un contrat d'investissement, voir Weil, *op. cit.*, p. 123.

(52) *Ibid.*, pp. 133 et s.

(53) *Affaire Neer, Recueil des sentences arbitrales*, t. IV, p. 61.

(54) Dunn, *The Protection of Nationals*, 1932, p. 1631.

interne ? Si le concept d'acte « arbitraire », utilisé le plus souvent pour définir le délit distinct, a un sens, c'est bien dans une situation de ce genre qu'il doit recevoir application.

Cette responsabilité internationale de l'Etat suppose toutefois que l'Etat national de l'investisseur prenne fait et cause pour ce dernier et fasse jouer la protection diplomatique. L'efficacité de la clause de stabilisation ou d'intangibilité demeure dès lors doublement limitée lorsqu'il s'agit d'un contrat rattaché à l'ordre national de l'Etat hôte : d'abord, parce que sur le plan des relations *inter partes* — le plus important pour l'investisseur — elle est fonction de la portée de la clause d'après le droit national de cet Etat et qu'elle ne joue vraiment que sur le plan des relations interétatiques ; ensuite, parce que sur ce dernier plan lui-même, elle est subordonnée à la mise en jeu de la protection diplomatique.

Aussi n'est-ce guère que dans les contrats dits « internationalisés » que les clauses de protection pourront déployer leurs pleins effets.

D) L'hypothèse d'une protection contre les compétences de droit interne d'un Etat dans le cas d'un contrat « internationalisé » peut, à première vue, paraître relever du paradoxe : dès lors qu'il s'agit d'un contrat relevant de l'ordre juridique international, n'est-il pas par là-même soustrait à toute emprise de l'ordre national de l'Etat contractant ? L'internationalisation des contrats n'a-t-elle pas précisément pour raison d'être la soustraction du lien contractuel aux avatars du droit interne de l'Etat ?

La situation est à vrai dire moins simple qu'il ne paraît. L'internationalisation, on l'a vu, signifie seulement que le contrat trouve son enracinement dans l'ordre international, mais n'exclut pas l'application de certaines règles de droit national. L'internationalisation ne prive en effet pas les parties de déterminer librement les règles de droit qu'elles souhaitent voir gouverner leur contrat : le droit international des contrats consacre en cette matière le principe de l'autonomie de la volonté ; or il arrive fréquemment que, pour tout ou partie de leurs relations, les contractants se réfèrent à des règles de droit national, ce qui est assez compréhensible dès lors que le droit international ne comporte encore que des règles assez rudimentaires en matière de contrats tandis que dans les droits nationaux ce chapitre est en général fortement élaboré. Le droit national ne s'applique pas alors en lui-même, mais en tant que droit de renvoi. La présence dans le contrat d'une stipulation renvoyant au droit national de l'Etat hôte ne signifie donc pas forcément que l'internationalisation soit écartée : si cette inter-

nationalisation résulte des autres caractères du contrat — et tel est le cas de la plupart des accords de développement économique — le contrat n'en sera pas moins internationalisé, le droit national étant alors applicable comme droit de renvoi sur le fondement du choix des parties tel que l'autorise le droit international applicable en matière contractuelle. C'est dans cette situation précise que le problème de la valeur des clauses de stabilisation ou d'intangibilité va se poser. Nous supposons donc qu'en principe l'Etat contractant dispose, dans le cadre du droit international des contrats, de certains pouvoirs à l'égard de ces contrats (55), et nous nous demanderons dans quelle mesure la présence d'une clause de stabilisation ou d'intangibilité va affecter l'exercice de ces pouvoirs.

Pour les contrats rattachés au droit national de l'Etat hôte aucune distinction n'était à faire selon que l'on se trouvait en présence d'une clause de stabilisation ou d'une clause d'intangibilité, et la ligne de clivage passait entre les relations *inter partes* et les relations interétatiques. La situation est toute différente dans le cas des contrats internationalisés. La distinction entre relations *inter partes* et relations interétatiques s'estompe alors, puisque les unes et les autres relèvent directement de l'ordre international. C'est une distinction entre clauses de stabilisation et clauses d'intangibilité qui apparaît alors, puisque aussi bien le problème de la hiérarchie entre l'engagement contractuel et la souveraineté de l'Etat ne se posera pas dans les mêmes termes selon que l'Etat s'engage à geler le droit applicable au contrat ou qu'il renonce à ses prérogatives de puissance publique en matière contractuelle.

a) Le plein effet des clauses de stabilisation proprement dites ne saurait à vrai dire faire difficulté. L'application d'une législation nationale trouvant sa source dans le choix des parties tel que l'autorise l'ordre juridique international, il est loisible aux contractants de choisir telle partie de cette législation dont ils souhaitent l'application (le droit minier ou le droit du travail, par exemple) ou la législation telle qu'elle existe à une date déterminée (par exemple à la date de la conclusion du contrat). Tout se passe alors comme si les contractants avaient, dans le cadre de l'autonomie de leur volonté, incorporé dans leur convention un certain nombre de règles empruntées à la législation nationale de l'Etat hôte : peu importe que cette incorporation ait eu lieu par voie de renvoi au droit national ou par voie de reproduction des règles visées ; c'est dans

(55) Voir Weil, *op. cit.*, pp. 214 et s.

la volonté des parties que l'application de ces règles trouve son fondement direct. Si les parties se sont référées à la législation nationale de l'Etat hôte sans affecter cette référence d'une clause de stabilisation, on peut raisonnablement penser qu'elles ont entendu se référer à cette législation telle qu'elle évolue au jour le jour, et l'on comprend que les changements législatifs internes soient alors applicables à l'investisseur. L'insertion dans le contrat d'une clause de stabilisation a pour objet et pour effet d'écartier cette présomption et de limiter l'application des règles nationales à celles qui existaient au jour de la conclusion du contrat ; les parties sont en effet libres de choisir ces règles-là comme elles pourraient opter en faveur de règles empruntées à la législation passée ou de toutes autres règles de droit à leur convenance. Le problème de l'incidence de la compétence législative de l'Etat ne se pose tout simplement pas en pareille hypothèse, le contrat échappant, par définition même, à l'ordre juridique national de cet Etat. La clause de stabilisation n'implique dans ce cas aucune renonciation de l'Etat hôte à l'exercice de sa compétence législative, celle-ci étant hors de cause s'agissant d'un contrat qui relève de l'ordre international. La clause de stabilisation lie alors l'Etat au titre de règle de fond adoptée par les parties dans le cadre d'un contrat relevant de l'ordre juridique international, et l'application de cette clause ne porte en rien atteinte à la plénitude de la compétence législative de l'Etat.

Le caractère obligatoire de la clause de stabilisation nous paraît dès lors difficilement contestable. Si l'Etat méconnaît cette clause au nom de l'inaliénabilité de sa compétence législative — laquelle, on le répète, demeure intacte parce qu'elle est étrangère à un contrat internationalisé — il engage sa responsabilité tant envers l'investisseur que, le cas échéant, envers l'Etat national de ce dernier.

b) Plus délicat est le problème de la valeur des clauses d'intangibilité, par lesquelles l'Etat hôte renonce à son pouvoir de modification unilatérale et à son pouvoir de résiliation unilatérale du contrat. Là encore le débat doit être cerné avec précision. S'agissant, par définition, d'un contrat internationalisé, l'exercice de ces prérogatives contractuelles ne trouve pas son fondement dans l'ordre juridique national de l'Etat, et la question de savoir si l'Etat peut renoncer à de telles prérogatives en vertu de son droit interne est dépourvue de pertinence. Le fondement de ces prérogatives de souveraineté de l'Etat vis-à-vis de ses cocontractants se trouve ici dans l'ordre international, ces prérogatives constituant l'une des règles matérielles du droit international des contrats. L'existence

d'une règle de droit international autorisant l'Etat à modifier unilatéralement les droits et obligations de son cocontractant, voire à mettre fin prématurément au contrat, demeure à vrai dire l'objet de controverses. On peut cependant penser que l'insertion dans un contrat d'une clause d'intangibilité confirme *a contrario* la reconnaissance par les parties qu'en l'absence d'une telle clause l'Etat disposerait d'un pouvoir de modification et de résiliation unilatérale. La fréquence des clauses d'intangibilité constitue ainsi, on peut le noter au passage, un indice en faveur, sinon de la thèse de la mutabilité illimitée du contrat internationalisé, du moins d'une conception nuancée reconnaissant à l'Etat le pouvoir de modification et de résiliation sous certaines conditions et dans certaines limites. Sans revenir sur ce problème, que nous avons examiné ailleurs (56), nous considérerons donc comme acquis que le droit international des contrats autorise l'Etat, du moins dans certains cas, à porter atteinte aux droits et obligations du cocontractant sans son consentement, et nous nous demanderons si ce même droit international des contrats autorise l'Etat à renoncer valablement aux prérogatives qu'il lui reconnaît ainsi. Telle est la position du problème en ce qui concerne les clauses d'intangibilité insérées dans un contrat internationalisé.

C'est sur ce point précis que la solution est la plus malaisée à dégager. La jurisprudence ne fournit malheureusement guère de secours. La question aurait pu être évoquée dans l'affaire de la *Lena Goldfields*, le contrat passé par cette société avec l'Union soviétique comportant une stipulation par laquelle le gouvernement soviétique s'engageait à n'apporter au contrat aucune modification par ordre, décret ou tout autre acte unilatéral sans l'approbation de la société (57). L'attention des arbitres ne paraît pas s'être portée sur cette disposition ; la sentence, en tout cas, n'en fait pas état, ni pour la reconnaître valable, ni pour la déclarer dépourvue de portée (58). Pas davantage ne peut-on s'appuyer sur le passage de la sentence *R.C.A. c. Chine* reconnaissant qu'un Etat peut valablement « sign away a part of its liberty of action » (59) : il s'agissait en l'espèce non pas de définir la valeur d'une clause d'intangibilité mais de déterminer si l'Etat chinois pouvait être présumé

(56) *Ibid.*, pp. 208 et s.

(57) Clause citée dans la sentence *Aramco*, *op. cit.*, p. 315.

(58) *Annual Digest of International Law Cases*, I, n° 1 et 258. Voir aussi Nussbaum, « The Arbitration Between the Lena Goldfields and the Soviet Government », *Cornell Law Quarterly*, 1950, pp. 31 et s.

(59) *Recueil des sentences arbitrales*, t. III, p. 1627.

avoir accordé à la R.C.A. un privilège d'exclusivité ; la sentence est donc étrangère au problème ici examiné. Aussi peu décisif est le passage souvent cité de la sentence *Aramco*, selon lequel :

« Précisément parce que l'Etat est souverain dans les limites de ses frontières, il possède juridiquement la faculté de conférer des droits qu'il s'interdit lui-même de retirer avant la fin de la concession. Rien ne s'oppose à ce qu'un Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, se lie irrévocablement par les clauses d'une concession et attribue à un concessionnaire des droits irrétracables. » (60)

Prise au pied de la lettre, cette formule paraît confirmer la validité des clauses d'intangibilité (en même temps d'ailleurs que celle des clauses de stabilisation), et l'on comprend que les partisans de cette validité la citent volontiers à l'appui de leur thèse (61). La vérité commande toutefois de reconnaître qu'il n'était nullement question, dans cette affaire, de clauses de protection mais seulement de l'obligation pour l'Etat contractant de respecter les droits acquis conférés au concessionnaire par son contrat ; le débat se situait au niveau des rapports entre le pouvoir souverain de l'Etat et ses engagements contractuels simples, et non pas à celui des rapports entre le pouvoir souverain de l'Etat et sa renonciation contractuelle aux compétences inhérentes à ce pouvoir.

Pour certains auteurs, les clauses d'intangibilité (qu'ils ne distinguent d'ailleurs pas, en général, des clauses de stabilisation) sont dépourvues de toute valeur et doivent en quelque sorte être réputées non écrites, tant et si bien qu'il n'y aurait pas à distinguer entre un contrat comportant une telle clause et celui n'en comportant pas. A l'appui de cette thèse, on invoque en général le principe selon lequel la souveraineté de l'Etat serait « inaliénable », l'Etat ne pouvant renoncer à des prérogatives destinées à assurer à chaque moment la sauvegarde des intérêts supérieurs dont il a la charge. On ajoute que, si l'Etat dispose, en droit international des contrats, du pouvoir de modification et de résiliation unilatérale, on ne voit pas pourquoi ce pouvoir ne pourrait pas s'exercer à l'égard de la clause d'intangibilité aussi bien qu'à l'égard de toute autre stipulation du contrat : l'Etat peut dès lors, en vertu même de ses prérogatives, soit abroger unilatéralement la clause elle-même, soit résilier l'ensemble du contrat, cette résiliation entraînant la chute de la clause en même temps que celle de toutes

(60) *Op. cit.*, p. 315.

(61) Voir par ex. Domke, « Foreign Nationalizations », *AJIL*, 1961, p. 594 (nous avons commis la même erreur d'interprétation dans notre cours précité, p. 234).

les autres : décider autrement reviendrait à conférer à la clause d'intangibilité une force obligatoire particulière, que rien ne justifie (62). Telle est la thèse soutenue notamment par le gouvernement iranien dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company* : l'Iran ayant valablement mis fin à la concession de 1933, « les articles 21 et 22 de la soi-disant concession (63), articles que le mémoire anglais invoque fréquemment pour en affirmer la violation, sont devenus inexistantes au même titre que tous les autres puisque le contrat passé avec l'ex-Compagnie est désormais lettre morte » (64).

Ces arguments sont à vrai dire plus fragiles qu'il n'y paraît à première vue.

La thèse de l'« inaliénabilité » des prérogatives de souveraineté comporte une certaine part de tautologie, toute la question étant précisément de savoir si l'Etat peut ou non renoncer valablement à certains éléments de sa compétence. Cette thèse se fonde au surplus sur une conception quelque peu dépassée de la souveraineté : il y a longtemps que l'on sait que c'est précisément par une manifestation de sa souveraineté que l'Etat peut se lier par un traité ou un contrat, et l'on ne voit pas pourquoi il en irait autrement de l'engagement de l'Etat de renoncer à exercer telle ou telle de ses prérogatives : le principe *Pacta sunt servanda* n'est pas une négation de la souveraineté. L'argument tiré du caractère soi-disant inaliénable de la souveraineté ne dépasse donc guère le stade des explications purement verbales.

Tout aussi fragile apparaît à la réflexion l'idée que, la clause d'intangibilité étant une clause contractuelle comme les autres, elle doit être soumise comme les autres au pouvoir de modification ou d'abrogation unilatérale de l'Etat. On connaît la position adoptée par la doctrine et la jurisprudence à propos des clauses compromissoires : il a été prétendu que ces clauses pouvaient être modifiées ou abrogées unilatéralement par l'Etat au même titre que les autres stipulations du contrat, mais il est aujourd'hui admis qu'il s'agit là de clauses absolument intangibles, dont le sort échappe à la mutabilité du reste du contrat. C'est ainsi que, dans l'affaire *Losinger*, où la Yougoslavie avait prétendu que la résiliation du contrat passé avec une société suisse avait entraîné la caducité de la clause compromissoire, le surarbitre saisi déclara : « Il est de

(62) Cf. Fouilloux, *op. cit.*, p. 303. Pour une vue plus nuancée, voir Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors*, 1962, pp. 342 et s.

(63) L'article 21 comporte la clause de stabilisation et d'intangibilité citée *supra*, note 18 ; l'article 22 comporte la clause compromissoire.

(64) Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, *Mémoires*, p. 288.

jurisprudence constante que la résiliation unilatérale d'un contrat reste sans effet à l'égard de la clause compromissoire... » (65). Ainsi qu'on l'a écrit, « un gouvernement engagé par la clause arbitrale ne peut pas se libérer valablement de cette obligation par le fait de sa propre volonté, comme par exemple, par un changement de son droit interne ou par une résiliation unilatérale du contrat ou de la concession (66). La Cour internationale de Justice vient de consacrer avec éclat une solution analogue en ce qui concerne les clauses juridictionnelles insérées dans les traités internationaux (66 bis), et l'on ne voit pas de motif pour ne pas l'étendre aux clauses compromissoires insérées dans les contrats. Or la clause d'intangibilité possède, au même titre que la clause compromissoire, un caractère original : elle ne définit pas un droit ou une obligation particulière, mais recouvre, par son champ d'application, l'ensemble du contrat. Dans les deux cas il est indispensable, si l'on veut que ces clauses aient un sens, qu'elles échappent au sort du reste du contrat : à quoi servirait-il de prévoir que toute difficulté née de l'exécution du contrat sera soumise à arbitrage si, à la première difficulté, l'Etat contractant pouvait se dégager de la clause arbitrale en s'abritant derrière ses prérogatives en matière contractuelle ? A quoi servirait-il de prévoir que l'Etat renonce à exercer certaines prérogatives de souveraineté si, à la première difficulté, il pouvait se dégager de cet engagement en se fondant précisément sur ces mêmes prérogatives ?

On aborde ainsi les raisons véritablement décisives qui conduisent, nous semble-t-il, à reconnaître aux clauses d'intangibilité leur pleine valeur. Ces raisons tournent autour du principe de la bonne foi, principe dont l'importance particulière en cette matière est attestée notamment par la Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, puisque, aux termes de cette Résolution, « les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des Etats souverains... seront respectés de bonne foi ». L'investisseur n'a souscrit au contrat et n'a assumé les charges et risques d'un investissement parfois considérable que dans la conviction que la clause produira son effet. Il peut avoir considéré, notamment, qu'une compensation — corollaire normal

(65) C.P.J.I., série C, n° 78, p. 110.

(66) Jimenez de Aréchaga, « L'arbitrage entre les Etats et les sociétés privées étrangères », *Mélanges Gidel*, Paris, 1961, p. 375. Voir aussi Weil, *op. cit.*, pp. 222-223.

(66 bis) *Appel concernant la compétence de l'O.A.C.I.* (C.I.J., *Recueil*, 1972, pp. 53-54, paragr. 15 b, et pp. 64-65, paragr. 33).

de l'exercice par l'Etat de son pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale — n'est pas suffisante et avoir insisté pour que l'Etat renonce à exercer ce pouvoir fût-ce moyennant compensation. Une telle clause a pu avoir pour lui un caractère déterminant dans sa décision de conclure le contrat (67). En souscrivant à une clause de protection, le gouvernement hôte a ainsi créé au profit de son cocontractant une expectative légitime, qu'il ne saurait décevoir par la suite sans porter atteinte au principe de bonne foi (68). Certains auteurs se réfèrent ici au principe de l'*estoppel*, qui interdirait à l'Etat de prendre une attitude contraire à celle qu'il a prise dans le contrat et sur la foi de laquelle l'investisseur s'est engagé (69). Si les parties insèrent dans leur contrat une telle clause, c'est de toute évidence qu'elles la considèrent comme valable et efficace ; l'Etat qui y souscrirait en pensant qu'elle est sans valeur et qu'il pourrait le moment venu ne pas en tenir compte manquerait à l'obligation de bonne foi. La clause peut d'autant moins être réputée non écrite qu'elle a souvent été insérée après de délicates négociations et avec l'objet précis d'assurer à l'investisseur une protection particulièrement forte (70).

La clause d'intangibilité ne saurait donc être regardée comme dépourvue d'effet, et un contrat la comportant doit nécessairement avoir d'autres effets qu'un contrat ne la comportant pas. Telle est la thèse exposée avec force — et à juste titre selon nous — dans le mémoire britannique dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company* (71). Une différence fondamentale doit être faite, selon ce document, entre une concession ordinaire et une concession dans laquelle l'Etat a expressément renoncé à son droit d'exercer le pouvoir d'y mettre fin par une action unilatérale souveraine. Dans le premier cas, on peut admettre que l'Etat dispose du pouvoir de mettre fin unilatéralement à la concession avant son terme moyennant compensation. Dans le second cas, au contraire, l'Etat a renoncé à exercer ce pouvoir et le cocontractant doit pouvoir compter sur le respect de cet engagement :

« In the case of a concession containing no clause in which the grantor State has expressly divested itself of the right of uni-

(67) Cf. affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, *Mémoires*, pp. 87 et s.

(68) Cf. Domke, *op. cit.*, p. 593.

(69) Voir Nwogugu, *op. cit.*, p. 62, avec les références ; cf. Fatouros, *op. cit.*, p. 345.

(70) Tel avait précisément été le cas, selon le mémoire du gouvernement britannique, de la clause de protection dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company* (voir *Mémoires*, pp. 86-87).

(71) *Ibid.*, pp. 87 et s.

lateral termination, there may be even an implied term that the concession may be terminated by lawful nationalization. In the other case, however... where there is an express term that the concession shall not be so terminated, there is clearly no room for the implied term as stated above : *expressum facit cessare tacitum*. »

On ne saurait donc que souscrire à ce qu'écrit à ce sujet le professeur Paul de Visscher :

« ...l'indication d'un terme (dans un contrat de concession) n'a d'autre objet que de procurer au concessionnaire une espérance légitime mais non un droit absolu au maintien de la concession. Il n'en va différemment que par l'effet d'une clause expresse en sens contraire, clause qui, sur le plan international, ne saurait être mise en échec par le principe purement interne de l'inaliénabilité. » (72)

C'est pourquoi, avec de nombreux auteurs (73), nous pensons que la clause d'intangibilité doit recevoir son plein effet dans le cas d'un contrat internationalisé, quelle que puisse être par ailleurs sa valeur au regard du droit national de l'Etat contractant.

\*  
\*\*

Pour sommaires qu'elles soient, les observations qui précèdent permettent de mesurer la portée et les limites des clauses destinées à mettre l'investisseur à l'abri de l'aléa de souveraineté. Qu'il s'agisse de clauses de stabilisation ou de clauses d'intangibilité, leur valeur et leur efficacité sont infiniment plus grandes si l'on se trouve en présence d'un contrat rattaché à l'ordre international que d'un contrat enraciné dans le droit national de l'Etat hôte. Dans ce dernier cas, la valeur des clauses de protection dans les rapports entre les parties dépend du droit national applicable : si celui-ci leur dénie toute valeur, elles n'en auront tout simplement aucune. Leur efficacité ne pourra se déployer alors que sur le plan des rapports interétatiques, ce qui suppose que l'Etat national de l'investisseur prenne fait et cause pour ce dernier vis-à-vis de l'Etat d'accueil ; encore la responsabilité internationale de ce

(72) *Op. cit.*, supra, note 39, p. 439.

(73) Outre Paul De Visscher, on peut notamment citer en ce sens : Verdross, « Protection of Private Property under Quasi-International Agreements », *Ned. Tijds. v. Intern. Recht*, 1959, p. 362 ; Domke, *op. cit.*, pp. 593-594 ; Cohen-Jonathan, *Les concessions en droit international public*, thèse, Paris, 1966 (dactylogr.), p. 499 ; Nwogugu, *op. cit.*, p. 174.

dernier sera-t-elle subordonnée aux difficultés et aux incertitudes qui caractérisent le principe même de la responsabilité contractuelle dans l'état actuel du droit international. Ce n'est guère que si le contrat est « internationalisé » que les clauses de protection pourront sortir leur plein effet, non seulement sur le plan des relations interétatiques, mais aussi, plus directement, sur celui des rapports *inter partes*. La clause de stabilisation législative s'imposera alors en vertu du principe de l'autonomie de la volonté tel que le reconnaît le droit international applicable en matière contractuelle. Quant à la renonciation aux prérogatives contractuelles, elle s'appliquera en vertu de considérations propres, là encore, au droit international des contrats et indépendamment de sa valeur au regard du droit national de l'Etat hôte. C'est dire tout l'intérêt de l'internationalisation des contrats, intérêt qui s'exprime certes ici en faveur de l'investisseur mais dont il ne faut pas oublier qu'il existe également au profit de l'Etat hôte, puisque aussi bien le droit international des contrats reconnaît à l'Etat contractant de très importantes prérogatives de souveraineté à l'égard de ce type de contrats.

Les analyses proposées dans le présent essai peuvent paraître exagérément subtiles : sans doute sont-elles, bien au contraire, trop frustes pour rendre compte d'une pratique multiforme et encore mal connue et d'une problématique complexe et encore mal explorée. Si elles proposent quelques solutions, leur objectif a été plutôt de poser plus clairement quelques-uns des innombrables problèmes en cause. Etape sur la voie d'une réflexion qui reste à approfondir plutôt qu'étude monographique du sujet : telle est, très modestement, l'ambition de cette étude dédiée au maître du droit international dont la rigueur de pensée peut inspirer tout juriste soucieux d'élucider quelque problème complexe de droit international que ce soit.