

**UNIVERSITE DE BOURGOGNE - CNRS  
FACULTE DE DROIT - INSTITUT DE RELATIONS INTERNATIONALES**

# **L'EXPLOITATION COMMERCIALE DE L'ESPACE**

**DROIT POSITIF, DROIT PROSPECTIF**

**Sous la direction de Philippe KAHN**

**TRAVAUX DU CENTRE DE RECHERCHE  
SUR LE DROIT DES MARCHES ET DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX**

**VOLUME 15**

Ouvrage publié avec le concours du Ministère de la Recherche et de la Technologie,  
de la Délégation Générale à l'Espace et du Conseil Régional de Bourgogne

**itec**

1992

# SITUATIONS D'UN DROIT COMMERCIAL SPATIAL

par

**Philippe KAHN**

Directeur de recherche au CNRS - CREDIMI

L'histoire de la conquête de l'espace extra-atmosphérique débute dans une atmosphère d'aventure et de surprise le 4 octobre 1957 avec le premier engin spatial et le 10 juillet 1962 voit la mise sur orbite du premier satellite à vocation commerciale. Mais il faut reconnaître que malgré cette précocité d'une vision commerciale de l'exploitation de l'espace, celle-ci a été dominée par les approches militaire et scientifique. En outre si une exploitation commerciale est certaine, elle n'est pas aussi rapide que les prophètes des sixties ne l'avaient prévu. Sur le plan juridique, on est donc dans une phase de transition.

En effet, compte tenu des enjeux, un dispositif de droit international public impressionnant a été élaboré rapidement avec la conclusion des traités internationaux que l'on sait. Mais il concerne les rapports des Etats entre eux et organise une police de l'espace plus ou moins acceptée par l'ensemble de la communauté internationale plus qu'il ne régit les rapports des opérateurs privés. Mais, ce faisant, il a préparé les esprits à l'idée que l'espace extra-atmosphérique pourrait présenter une originalité justifiant une certaine spécificité du droit devant régir son exploitation commerciale.

Encore faut-il délimiter exactement ce qu'on entend par exploitation commerciale dans l'espace. Il ne s'agit pas d'établir la frontière entre espace atmosphérique et espace extra-atmosphérique, espace atmosphérique juridicisé et espace extra-atmosphérique en quête de statut. La limite ne peut être fixée qu'arbitrairement sur le fondement d'un consensus international et elle sera contestée au fur et à mesure que les progrès techniques banaliseront les trajets et les séjours en altitude. L'évolution des limites des différents espaces maritimes se reproduiront vraisemblablement dans l'espace pour les mêmes raisons et avec les mêmes controverses ; la question reste toujours la même : jusqu'où peuvent s'exercer les souverainetés étatiques dans leur accep-



tion traditionnelle ? Ce qui est l'objet de nos recherches c'est de distinguer dans les multiples opérations dont les effets se font sentir dans ou à partir de l'espace extra-atmosphérique, celles qui se déroulent dans l'espace et pour lesquelles il faut déterminer si elles doivent se voir soumises à un régime juridique original ou si le droit commun est suffisant pour assurer sécurité et efficacité.

En effet, et les auteurs le reconnaissent généralement, actuellement les activités commerciales spatiales sont tournées vers la terre et seules véritablement quelques activités scientifiques, prélude sans doute à une très lointaine exploitation commerciale, sont extra-terrestres. Certaines de ces activités sont véritablement localisées sur la terre, ainsi la fabrication des fusées, navettes et satellites ; pour d'autres activités, l'espace extra-atmosphérique est un relais ou un lieu d'accueil, mais leurs effets se feront sentir sur la terre.

Sans entrer, malgré leur importance, dans les controverses consistant à déplacer la frontière en deçà ou en delà de telle activité (1), on peut poser comme règle (*prima facie*) que les opérations se déroulant à terre en amont ou en aval des opérations se déroulant dans l'espace extra-atmosphérique sont des opérations terrestres soumises au même régime juridique que les opérations analogues de production ou de service se déroulant sur la terre dans leur intégralité. L'industrie des fusées ou des satellites soulève des problèmes de conception ou de fabrication qui sont le lot de toute fabrication industrielle. L'apport spécifique de l'espace se trouve dans la nouveauté des problèmes à résoudre, dans des exigences de qualité et de sécurité exceptionnelles mais ces problèmes sont analogues dans des branches entièrement nouvelles comme le nucléaire et se retrouvent en dimensions réduites dans les secteurs industriels plus anciens pour leurs parties innovantes (transports, pharmacie, etc.).

En revanche on peut, pour les besoins de la réflexion et sans en tirer déjà de conséquences définitives, considérer que les activités qui se déroulent entièrement dans l'espace, même si elles profitent à la terre, relèvent d'une autre logique et pourraient être soumises à des règles juridiques spécifiques.

On remarquera au passage que les opérateurs du commerce spatial sans idée préconçue arrivent à des solutions analogues aussi bien sur la définition de l'espace extra-atmosphérique que sur ce qui relève des opérations spatiales. En effet dans les contrats de lancement de satellites, le moment où l'on passe du terrestre au spatial est clairement indiqué et correspond à celui où, après mise à feu des moteurs, l'ouverture des crochets libère le lanceur. La rupture avec la terre est consommée et l'on entre dans la phase spatiale de l'opération bien que pendant un certain temps l'engin soit encore dans l'espace atmosphérique, quelle que soit sa définition.

En l'état actuel de l'exploitation commerciale de l'espace, cinq types d'opérations sont statistiquement effectuées en nombre suffisam-

(1) Se référer par exemple aux discussions sur la télévision directe et la télévision point à point.

ment grand pour que le juriste qui raisonne en courbe de Gauss puisse s'interroger. Il s'agit :

- d'un service accessoire, le transport et la mise en place des engins spatiaux,
- de trois services effectués à titre principal, la télécommunication, la télévision, l'imagerie,
- d'une opération industrielle, la fabrication de produits en micro-gravité.

Il y a, au premier abord, peu de points communs entre toutes ces opérations et chacune d'entre elles sera examinée ultérieurement (2) afin de déterminer si un régime juridique approprié est nécessaire. Mais toutes présentent au moins deux points communs, dont il faut mesurer entre autre l'incidence sur l'intérêt et la possibilité d'élaborer un droit commercial spatial. Le premier point essentiel est bien évidemment l'existence de l'espace, le deuxième point, plus familier, est constitué par l'aspect haute technologie que présentent toutes les opérations.

## I. LES DONNÉES COMMUNES

Depuis trente ans les frontières de l'intervention humaine dans l'espace ont sans cesse reculé à la fois sur un plan quantitatif (envoi d'engins de plus en plus loin avec des missions de plus en plus complexes) et sur un plan qualitatif avec l'utilisation de satellites de plus en plus performants et avec la réalisation proche de véritables stations spatiales. Elle a donné lieu avec une rapidité étonnante à une organisation juridique dans le cadre des rapports entre Etats et l'on peut parler sans excès de langage d'un véritable droit international public de l'espace (3). A cette occasion des concepts nouveaux ont été élaborés dont l'un est, nous semble-t-il, capital à condition d'en tirer toutes les conséquences.

Ce concept procède du Traité du 27 janvier 1967 sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, traité plus simplement appelé Traité sur l'espace. Il pose en effet un principe que l'espace n'appartient à personne, c'est-à-dire à aucun Etat et n'appartiendra à personne quel que soit son mode d'utilisation. A cette notion négative s'ajoute une notion positive d'utilisation dans l'intérêt de l'humanité, notions qui seront juridicisées dans le Traité de 1979 régissant les activités des Etats sur la lune et les autres corps célestes avec l'appel au concept de patrimoine commun de l'humanité, exprimé dans une terminologie ambiguë - le Traité utilise

(2) Voir les différents rapports sur la gestion des risques et les propriétés.

(3) Cf. Simone COURTEIX, *Le droit de l'espace*, Paris, Documentation française, documents d'étude, 1990, Pierre-Marie MARTIN, *Le droit de l'espace*, Paris, Que sais-je ? PUF, 1991, Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE (sous la direction), *Droit de l'espace, aspects récents*, Paris, Pedone, 1988.



l'expression apanage de l'humanité – dont on a voulu tirer des conséquences : apanage avait une signification plus restreinte que patrimoine commun.

Le concept est utilisé actuellement à propos de la mer, de l'espace, de l'environnement, des biens culturels et de l'Antarctique (4). Il est invoqué à de nombreux propos et notamment en matière de technologie, d'information... Il signifie que certaines richesses devraient être soumises à un régime d'exploitation ou de protection spécial dans l'intérêt de l'humanité tout entière, et il s'oppose à ce point de vue à l'initiative individuelle de chacun des Etats pour soi. Il symbolise, à travers des régimes différenciés, une nouvelle vision des rapports de souveraineté, et provoque l'aménagement des conflits de souverainetés étatiques en permettant dans certains domaines une gestion collective. Gestion collective dont la justification se trouve dans une finalité que les Etats peuvent difficilement atteindre seuls et en tout cas pacifiquement. Mais le concept de patrimoine commun de l'humanité tel qu'il est utilisé ne débouche pas immédiatement sur des règles de droit qui seraient applicables aux opérations commerciales d'exploitation de l'espace. D'ailleurs les traités postérieurs à celui de 1967 et qui portent sur des questions particulières (responsabilité, aide aux astronautes, etc.) conservent une approche interétatique : ainsi, dans le Traité du 22 mars 1972 sur la responsabilité, le recours des particuliers s'exerce obligatoirement par le détour (et le contrôle) de la protection diplomatique et l'immatriculation des engins spatiaux (Traité du 14 janvier 1975) s'apparente à une mesure de police (5). On devra donc examiner dans quelle mesure et à quelles conditions cette notion de patrimoine commun de l'humanité, concept du droit international public, est susceptible de fournir les éléments de régulation des opérations commerciales spatiales.

La deuxième donnée est technique : toutes les opérations se déroulant dans l'espace relèvent d'un secteur où dominent des technologies nouvelles en évolution permanente et très sophistiquées. Il en résulte qu'elles demeurent sous l'empire de l'aléatoire. L'aléatoire est une des spécificités de la recherche scientifique, mais c'est aussi une contrainte des applications des techniques de pointe dans leur phase de développement. Or les droits nationaux sont construits sur des moyennes et des probabilités (courbes de Gauss) qui ne prennent pas en compte cette notion d'aléa. Il n'est besoin que de rappeler à quel point les radiocommunications satellitaires modifient le paysage télévisuel et que la bataille des normes pour la télévision à haute définition qui sera diffusée par satellites touche à la fois l'industrie des matériels et l'industrie ou l'art des programmes... Il en résulte que le contenu et l'étendue des obligations assumées dans les contrats spatiaux, leur régime juridique et notamment les excuses en cas d'inexécution, les modifications nécessaires en cas de changement dans les techniques ne sont pas soumis à

(4) Charles-Alexandre KISS, « La nature de patrimoine commun de l'humanité », Rec. cours La Haye, Tome 175, pp. 103-256.

(5) Sur l'incidence de ces traités sur le droit commercial, v. rapport suivant de Mahmoud Salem.

des règles juridiques adaptées dans la plupart des cas. En effet les droits nationaux restent relativement étrangers à l'incidence des technologies de pointe sur le droit des contrats. Il ne s'agit pas d'une situation nouvelle. Les grandes avancées technologiques ont toutes été marquées par une sorte de silence juridique qui se prolonge jusqu'à ce que les autorités compétentes aient pu évaluer les mesures à prendre avec suffisamment d'informations, c'est-à-dire jusqu'à ce que les nouvelles technologies soient passées du stade de l'innovation aventureuse à celui de la banalisation quotidienne.

Pour la période on peut faire des rapprochements avec l'industrie nucléaire et celle des bio-technologies. Pour une période plus ancienne, on rappellera la célèbre découverte par la jurisprudence française en 1896 de la responsabilité du fait des choses dans l'article 1384, al. 1<sup>er</sup> du Code civil, et les interprétations ultérieures de cet article ponctuant innovation et assimilation du progrès technique par les populations civiles.

Les opérateurs doivent donc accomplir leurs activités dans un espace sans souveraineté bien établie, où donc leur rattachement à un Etat déterminé ne garantit pas que le droit de cet Etat soit applicable et il entre en conflit avec celui des opérateurs co-contractants qui relèvent d'autres Etats. Et en tout état de cause, les règles juridiques nationales sont insuffisantes ou inadaptées aux situations réelles qui sont en quelque sorte des situations prototypes. Et pourtant de nombreux contrats sont conclus.

A ces deux données principales s'ajoutent deux données supplémentaires qui non seulement ne modifient pas fondamentalement cette première constatation mais encore ajoutent à l'incertitude présente et à la nécessité de trouver des solutions praticables.

Tout d'abord, et incidemment on en a déjà fait mention, les services accomplis à partir de l'espace sont de plus en plus nombreux et diversifiés. Cette diversification amplifie les effets de données précédentes en introduisant un élément de complexité supplémentaire : quantité et diversité induisent une différenciation des règles juridiques à établir.

Ensuite l'accélération et l'amplification de l'exploitation commerciale de l'espace introduit de nouveaux acteurs à côté des opérations proprement dites et notamment les financiers et les auteurs. Or les banquiers manifestent une audace limitée en ce sens qu'ils aiment s'entourer de garanties et notamment connaître non seulement les règles de droit qui s'appliqueront à leurs propres interventions, mais aussi celles qui régissent les opérations qu'ils financent puisque celles-ci ne peuvent être complètement isolées de celles-là. Les auteurs, eux, ont à cœur de préserver leurs droits moraux et pécuniaires menacés par des systèmes d'exploitation de plus en plus difficiles à contrôler pour des raisons liées aux structures économiques et techniques de l'espace et pour des raisons de structuration juridique du même espace.

On comprend donc à partir de ces quelques éléments l'embarras des opérateurs pour déterminer les règles de droit qui vont régir leurs



activités d'autant plus qu'il leur faut à la fois organiser le présent et anticiper un avenir relativement lointain et en tout cas très incertain.

## II. L'ORGANISATION DES CONTRATS PAR LES PARTIES

Dans la documentation utilisée et dont il faut reconnaître qu'elle est restreinte mais cependant assez significative de la réalité, on ne note pas à première lecture d'originalité très grande par rapport aux contrats internationaux *terrestres*. Toutefois sur la ligne du temps, on peut relever des distinctions dont on essaiera de tirer parti.

Le point de départ est implicite : la liberté des parties (autonomie de la volonté) à construire leurs relations juridiques et à choisir le système de droit applicable dès lors que le contrat est international. Or, une première difficulté est de déterminer si un contrat spatial est par nature international, même si tous les contractants relèvent d'un même Etat ou si, par transposition avec le droit commun, le contrat n'est international que lorsque ces contractants relèvent à terre de plusieurs Etats. Adopter dès le départ la deuxième position conduit à réduire l'espace extra-atmosphérique à un bien indivis entre les Etats qui disposeraient chacun pour son compte d'un droit de jouissance à caractère national. Cette interprétation ne semble pas exactement en accord avec ce qui paraît se dégager des différents traités et elle est très conservatrice par rapport à l'imaginaire spatial. La première interprétation paraît plus cohérente, car il ne semble pas y avoir sur le plan matériel de grosses différences suivant que les opérateurs relèvent d'un même Etat ou de plusieurs, et surtout les services accomplis à partir de l'espace sont servis indifféremment à tout demandeur et il n'y a pas vraiment de justification à établir des différences. La difficulté est plutôt terminologique. En effet on a longtemps utilisé l'expression droit international (privé) pour des situations qui avaient des liens avec plusieurs Etats et assimilé la méthode des conflits de lois à une méthode de règlement de conflits de souverainetés. Depuis quelques années, la mondialisation de l'économie a été accompagnée de mise en place de systèmes de droit matériel régissant au fond quantités d'opérations commerciales. Et l'on parle plus volontiers de droit transnational. Quelle expression faudra-t-il employer pour un droit qui aurait ses racines dans l'espace ? Entre-t-il dans la sphère du droit transnational qui atténue la référence aux Etats ? Est-ce un droit spatial tout simplement, ce qui en ferait une branche nouvelle et complètement autonome par rapport aux autres branches du droit mais sans marquer de différence entre un droit spatial interne et un droit spatial international, et maintiendrait la primauté du système traditionnel étatique ? Faudra-t-il parler d'un droit transpatial qui marquerait à la fois la spécificité des techniques spatiales et la mondialisation de l'espace extra-atmosphérique ?

La pratique actuelle est très incertaine.

On peut déjà noter des pratiques archaïques chez certains contractants notamment de l'industrie militaire et très présents dans la fabrication des fusées, des navettes, des satellites et dans le transport et la mise en place des satellites. Ils constituent souvent des « complexes industriels nationaux ». Opérant sous une forme juridique conduisant à l'application du droit privé à leurs activités et contractant avec des opérateurs de statut privé, leurs contrats restent très orientés par une gestion administrative ou de droit public.

Ainsi les contrats sont toujours soumis au droit du pays dont ils relèvent, et surtout ils sont constitués dans un ordre hiérarchique descendant par un cahier des clauses administratives particulières, par un cahier des clauses techniques particulières, par un cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels passés au nom de l'Etat et enfin, en dernière position, les propositions de l'industriel. Le système est bouclé par une clause de juridiction qui désigne comme juge du contrat le juge d'Etat local et le juge administratif quand les contractants sont français (6).

Cette pratique n'est pas propre au spatial car on la trouve dans tous les domaines où les Etats sont très présents même s'ils se manifestent par des agences ou des établissements ayant des statuts de droit privé. On peut citer à titre d'exemple dans le nucléaire une clause empruntée à un contrat de fournitures conclu entre la Cogema et une entreprise purement privée où les documents applicables sont, outre la commande (contrat concret), un cahier des clauses et conditions générales de la Cogema applicable aux marchés de fournitures, un cahier des conditions techniques, un cahier des conditions de construction, et d'autres documents moins importants mais très généraux. Ces énumérations subissent quelques modifications lorsque le co-contractant est étranger à l'Etat dont relève l'appelant d'offre. Notamment la clause de juridiction désigne un tribunal arbitral pour régler les différends éventuels.

Ce système d'encadrement juridique présente deux inconvénients principaux, l'un d'ordre philosophique, l'autre d'ordre pratique.

Le renvoi constant à des textes issus de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire à des textes issus du droit public, est en contradiction avec les conséquences que l'on peut tirer de la reconnaissance à l'espace de la qualification de patrimoine commun de l'humanité : la liberté d'exploitation et la coopération internationale ne peuvent être facilement mises en œuvre dans un tel contexte juridique.

En effet, et c'est l'inconvénient d'ordre pratique, l'expérience montre que l'acharnement des grands établissements publics à utiliser des conditions générales administratives élaborées dans un autre contexte aboutit à des situations très conflictuelles et très onéreuses en raison de leur inadaptation. Ces textes imposent aux co-contractants fournisseurs de produits ou de services un très grand nombre d'obligations de

(6) On peut d'ailleurs avoir de sérieux doutes sur l'efficacité d'une clause de désignation des tribunaux administratifs dans ce type de litiges.



résultat, alors que le caractère aléatoire des opérations projetées rend leur accomplissement douteux et donc le résultat stipulé incertain. Or ce caractère aléatoire est parfaitement connu des parties au moment de la conclusion du contrat puisque c'est une des constantes de la période actuelle. A cette difficulté d'exécution déjà importante s'ajoute l'immixtion permanente du maître de l'ouvrage dans son exécution, immixtion qui brouille la connaissance des responsabilités réelles.

Ces remarques ne veulent pas être une critique de l'emboîtement de conditions générales mais plutôt du choix des conditions générales de référence.

En effet, en utilisant la même méthode qui juxtapose un cadre général (les conditions générales) et les contrats spécifiques, on peut aboutir à un système mieux adapté que le précédent aux contraintes spatiales. On prendra pour exemple les opérations de l'Agence spatiale européenne.

Par sa nature même, l'Agence spatiale européenne se situe dans un contexte international puisque agence de plusieurs Etats, ses établissements sont dispersés et qu'elle est tenue de faire appel à des opérateurs de nationalités différentes. Son système de régulation ne peut donc pas avoir la coloration nationale et publique du système précédent. Par ailleurs l'éventail des opérations spatiales qu'elle commandite est très ouvert.

L'Agence a mis au point des conditions générales adaptées à son objet. A partir de là, la méthode appliquée est assez proche de celle de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. Les conditions générales constituent un véritable petit code qui règle les principales questions que l'on rencontre couramment : entrée en vigueur du contrat, langue du contrat, nombre d'originaux, confidentialité, détermination du prix, conditions de paiement, conditions d'exécution des prestations, réception, résolution, droit applicable, etc. Mais ce qui est important pour notre recherche ce sont les clauses 1 et 12 combinées.

En effet les conditions générales ne s'appliquent que si il n'en est pas autrement stipulé dans le contrat spécifique (clause 1). On est donc en présence d'un régime juridique relativement développé dont l'application dépend de la volonté des parties puisque celles-ci peuvent rejeter totalement ou partiellement le texte préparé à l'avance. Cette volonté s'exprimera soit par un rejet exprès des conditions générales, soit par substitution d'un autre texte complet, soit par l'insertion de clauses contradictoires ou incompatibles avec celles des conditions générales.

Ce système adossé à la liberté des parties de choisir les règles qui leur conviennent, doit être complété par la référence faite, dans la clause 23, aux usages du commerce et de l'industrie et à la pratique technique du pays du lieu de conclusion et aux normes techniques modernes exigées par un travail de premier ordre. Il résulte deux conséquences de cette double précision.

Tout d'abord la volonté des parties, soit pour choisir les conditions générales de l'Agence, soit pour élaborer leurs propres règles, n'est pas

isolée du contexte professionnel puisque le contrat sera soumis à des règles tirées des usages. Mais cette seule référence présente deux limites. L'application simple des règles professionnelles est quelquefois trop protectrice de la profession qui se protège, et ces règles peuvent être insuffisantes dans un domaine aussi évolutif sur le plan technique et aussi mouvant sur le plan des opérateurs. Ensuite la référence aux normes professionnelles d'un pays donné, celui du lieu de conclusion, est peu significative dans un domaine où tout ce qui est national est restrictif et où les références sont mondiales.

Ensuite, quels que soient les usages, les contractants, et notamment celui qui fournit la prestation non monétaire, ont l'obligation de prendre en compte les techniques les plus avancées pourvu qu'elles soient fiables et d'assurer une exécution très soignée. Il ne semble pas que le texte impose une obligation de résultat, mais définisse plutôt les moyens à mettre en œuvre pour arriver à un résultat (l'objet du contrat) qui reste malgré tout soumis aux aléas de la haute technologie. Encore faut-il, et c'est le sens de la clause 23, qu'elle soit utilisée au mieux et par des gens compétents. Une autre conséquence de cette référence aux normes techniques modernes est que ces normes ne peuvent être que mondiales. On voit bien alors comment s'établit la hiérarchie des sources entre usages professionnels locaux et normes techniques modernes (mondiales). Une difficulté d'interprétation surgit. Faut-il retenir la technique la plus récente, donc celle contemporaine de l'exécution du contrat ou celle existant au moment de sa conclusion. La logique voudrait que l'on retienne la technique la plus récente. En revanche, les prix rémunérant les prestations sont souvent forfaitaires, et sont fondés sur les éléments connus au moment de la conclusion. C'est une difficulté permanente des contrats de longue durée d'exécution dans un contexte en évolution constante et seules les parties peuvent aménager leurs rapports en conséquence.

On constatera – et cela répond sans doute à une certaine réalité du commerce international dans cette période de mutation de la société internationale – que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises utilise la même méthode : des dispositions régissant l'ensemble de la vente, mais prééminence donnée à la volonté des parties et aux usages. Peut-on alors considérer que l'Agence spatiale européenne a mis en place un système de droit des contrats autonome et indépendant de celui des Etats membres ? La réponse doit être nuancée.

Les conditions générales qui expriment la philosophie juridique de l'Agence n'excluent pas l'application d'un droit national. La clause 12 porte sur le droit applicable mais ne le détermine pas, alors que la clause 23 faisait référence aux usages professionnels du lieu de conclusion du contrat. Elle se limite à laisser le soin aux parties de le désigner dans le contrat lui-même. L'on sait que sur ce point, comme on l'a déjà rappelé, les contractants ont la plus large liberté pour choisir le droit applicable à leur contrat, que cette liberté leur soit reconnue par les droits nationaux ou par des conventions internationales comme les Conventions de La Haye du 15 juin 1955 et du 12 décembre 1986 sur



les conflits de lois en matière de vente, ou la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur le droit applicable aux obligations contractuelles. Cette liberté subit la seule limite de l'ordre public et des lois d'application immédiate. Elle est au centre du débat sur l'existence du pluralisme des ordres juridiques sur lequel nous reviendrons.

Par ailleurs l'autonomie des parties est renforcée par la clause de règlement des différends (clause 13). En effet elle prévoit que tout différend né de l'interprétation ou de l'exécution du contrat devra être soumis à l'arbitrage. Comme pour la détermination de la loi applicable, l'organisation de l'arbitrage est laissée à la volonté des parties sous réserve de quelques règles qu'elles doivent suivre (lieu du siège de l'arbitrage, procédure, caractère obligatoire de la sentence). Toutefois contrairement à la clause de détermination du droit qui ne pose pas de règle de substitution en cas de silence des parties, si elles n'ont pas organisé l'arbitrage, l'arbitrage sera un arbitrage CCI poursuivi conformément au règlement de conciliation et d'arbitrage de sa Cour d'arbitrage. On sait que ce règlement comporte un article 34 qui donne aux arbitres, dans le silence des parties, le pouvoir d'appliquer le droit qu'ils estiment approprié. Et les exemples ne manquent pas d'arbitres qui ont appliqué ce tiers droit connu en France sous le nom de *Lex Mercatoria* sans être désavoués par les juridictions étatiques de contrôle (7).

Avec beaucoup de prudence, on soutiendrait volontiers que dans le cadre de l'Agence, le droit appliqué aux contrats est un droit matériel autonome composé des conditions générales qui s'imposent dans la plupart des cas comme modèle privilégié, en raison de leurs qualités techniques dans cette période instable et de leur rôle d'instrument d'unification. Mais le modèle est complété par le recours aux usages et aux pratiques les plus avancées, et il est modifiable en tant que de besoin et éventuellement jusqu'au rejet total par les parties qui élaborent elles-mêmes leurs propres règles. La référence à un droit national ou à un tiers droit n'est plus qu'une référence résiduelle pour combler des lacunes ou imposer le respect de l'ordre public.

Une agence nationale comme la NASA conduit à des remarques analogues sinon que le droit appliqué est le droit d'un Etat américain et les réglementations fédérales, et que l'American Arbitration Association se substitue à la CCI.

D'ailleurs l'ensemble des agences internationales utilisent la même méthode de contournement des droits nationaux et aboutissent aux mêmes résultats. Les différences essentielles proviennent de la plus ou moins grande liberté des parties de modifier ou non le modèle réglementaire. Il suffit de citer les célèbres *loans agreements* de la Banque mondiale.

Si l'on examine les contrats passés par les opérateurs relevant à titre principal du droit privé et en dehors de l'influence d'une agence,

(7) Jan PAULSSON, « La *Lex mercatoria* dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1990, pp. 55-100, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1984 (Affaire Norsolor), *JDI*, 1985, p. 679, Paris 15 juillet 1989 (Affaire Compania Valenciana), *JDI*, 1990, p. 430, note B. Goldman confirmé Cass. Civ. 22 octobre 1991, *JDI*, 1992, n° 1, p. 177, note B. Goldman.

on rencontre toutes les formules habituelles du commerce international sans que l'on puisse véritablement dégager des indications qui permettraient d'établir des typologies et partant des directives. Tout au plus peut-on remarquer que les stipulations contractuelles reconstituent un schéma assez proche de celui mis en œuvre par les agences.

En effet elles s'appuient sur un contrat-cadre ou un instrument contractuel intitulé termes et conditions générales, ou conditions générales, complété par des annexes le plus souvent financières et techniques. Il est presque toujours précisé que les annexes font partie intégrante du contrat, mais que les conditions générales priment les annexes. Ces dernières sont parfois hiérarchisées. Le schéma peut se compliquer par un emboîtement de conditions générales diverses et de contrats d'application, hiérarchisés ou non mais le principe reste le même.

Le droit applicable est toujours stipulé. Il se présente le plus souvent comme le droit national de l'une des parties sans que l'on puisse vraiment établir une directive générale en faveur de l'une des parties. On remarque cependant que dans le service de transport c'est plutôt le droit du transporteur qui est stipulé. Mais on est dans une période où le marché est plutôt en faveur des transporteurs. En revanche dans un contrat récent de services, portant sur les mobiles, le droit applicable est celui de l'acheteur « du service » et ce n'est pas un contrat isolé. Ce qui semble plus frappant que le choix fait, c'est plutôt l'absence d'interrogation sur les motifs et les conséquences du choix. Ce manque de curiosité peut relever de plusieurs explications : la confirmation du caractère très accessoire du rôle joué par le droit applicable dans une configuration contractuelle très développée ; un jugement de valeur sur le peu de spécificité des opérations spatiales, jugement de valeur qui renvoie aux routines habituelles en matière de contrat international. C'est sans doute le sens qu'il faut donner à la clause de droit applicable d'un contrat portant sur la commercialisation de données, qui stipule que l'accord sera régi et interprété conformément aux dispositions (stipulations) du document (et les textes contractuels emboîtés) et que le droit (national) désigné s'appliquera aux points non spécifiés dans l'accord. La clause de règlement des différends vient renforcer l'autonomie du contrat par rapport aux droits nationaux. Ce procédé de règlement des différends est original, en tout cas peu usité sous une forme aussi complexe. En effet les parties ont choisi un arbitrage *ad hoc* avec trois arbitres siégeant dans un pays européen qui ne sera celui d'aucun d'entre elles, la langue anglaise, langue d'aucune des parties sera la langue de l'arbitrage (langue véhiculaire). L'autorité de désignation des arbitres en cas de défaillance des parties sera le secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et le droit applicable à la procédure sera constitué par le règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Il y a bien – volontairement ou non – sortie d'un cadre national puisque la législation choisie (droit d'une des parties) est réduite à un rôle de figurant, celui de législation de secours en cas de lacune, que l'interprétation (de bonne foi) du contrat et de ses annexes ne suffirait pas à combler. La clause d'arbitrage, si elle ne se réfère pas à une



institution spécifique du commerce international (CCI-AAA) est entièrement internationalisée et conduit au cantonnement de l'ordre juridique étatique choisi à un rôle d'accessoire complémentaire. Les arbitres n'auront que peu de difficultés à donner à la volonté des parties, si clairement exprimée, toute son ampleur.

Dans un autre contrat conclu entre un opérateur européen et un opérateur localisé en Asie et relatif à un service d'imagerie, la clause de droit applicable désigne les principes juridiques vraiment reconnus et communs aux deux Etats dont relèvent les parties et aux buts poursuivis dans l'accord et, à défaut de principes juridiques et communs, on devra faire appel à des principes appropriés aussi bien pour la procédure que pour la substance de l'accord. La clause de droit applicable est complétée par une clause d'arbitrage pour le règlement de différends.

C'est le contrat le plus ouvertement éloigné d'un accrochage d'un contrat spatial à un droit national et à sa soumission à des principes non définis qui seront en réalité dégagés par les arbitres si un litige survient.

### III. PROPOSITIONS

Au terme de cette brève présentation, quels enseignements peut-on tirer ?

On constate un besoin des opérateurs de minimiser l'emprise des droits nationaux sur leurs contrats, mais ce besoin s'exprime sur des bases fragiles faute d'un appui théorique. Cette fragilité est encore augmentée par le caractère quelque peu sinusoidal du mouvement, dans la mesure où de nombreux opérateurs ont des liens institutionnels forts avec leur Etat. Même s'ils ont revêtu une casaque régime de droit privé, ils gardent (ou on leur impose) la tentation de rester dans un régime de droit public ou dans un esprit de droit public plus sécurisant et nécessairement national.

Par ailleurs, les grands débats juridiques qui ont eu lieu sur le régime des opérations spatiales ont pour l'essentiel porté sur le droit à l'exploitation d'« une richesse » nouvelle, donc sur des conflits réels ou éventuels de souveraineté, avec par exemple la vive controverse sur l'exploitation de l'orbite géostationnaire. Ils ont occulté ce qu'on pourrait appeler le quotidien d'une exploitation commerciale encore un peu mythique, quotidien qui s'exprime dans des contrats ayant pour objet des objectifs plus limités et des difficultés à résoudre plus concrètes que ceux ouverts par les conflits de souveraineté.

Dans la situation présente, il nous semble que, dans un premier temps, la réflexion devrait être menée à partir du concept de patrimoine commun de l'humanité retenu par les conventions internationales sur l'espace, de plus en plus souvent invoqué mais dont les implications dans le domaine du droit commercial n'ont pas encore été tirées.

De très nombreux auteurs – économistes et politistes, quelques juristes – constatent l'internationalisation de la production et des services, ou plus exactement la mondialisation de l'économie (8). Le droit a enregistré cette évolution qui a conduit à reconnaître l'existence des opérateurs travaillant dans cet espace mondial, les sociétés multinationales ou sociétés transnationales dans le système des Nations Unies et une approche nouvelle des sources du droit régissant les opérations. On peut distinguer deux formes de cette approche.

Les Etats, d'abord, délaissant la méthode des conflits de lois ont élaboré des conventions de droit matériel unifiant les règles devant régir certains contrats : les contrats de transport ferroviaire, maritime, aérien, la vente de marchandises ou unifiant les moyens de contrôle sur certaines activités comme l'arbitrage. Ces conventions présentent un compromis plus ou moins heureux entre différentes traditions, différents intérêts et si elles sont souvent imprécises, rigides, elles sont faciles à connaître et conduisent à faire régir de larges pans des relations économiques internationales par un droit transnational unifié se substituant à la multitude des droits nationaux. Même si le mouvement est encore embryonnaire, il démontre l'applicabilité d'un tel système. Une des difficultés principales a été la lenteur du processus permettant de passer de l'idée d'une unification conventionnelle à sa réalisation effective. Pour la vente internationale de marchandises, il a fallu cinquante ans (1930-1980) pour aboutir à une solution acceptable, huit ans supplémentaires pour l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne (11 avril 1980 - 1<sup>er</sup> janvier 1988), quatre années supplémentaires pour qu'elle soit en vigueur entre une trentaine d'Etats, dont certains, il est vrai, sont parmi les plus importants des Etats commerçants. Dans d'autres domaines, le transport, le processus a été plus rapide mais il avait été anticipé par une importante unification *de facto* conduite par les puissantes compagnies de transport.

En effet, et c'est la deuxième forme de mondialisation du droit des contrats, les grandes associations professionnelles ont entrepris une unification des pratiques par l'élaboration de conditions générales et de contrat-type qui fournissent à leurs adhérents des modèles de contrats qui se transforment rapidement en usages s'appliquant automatiquement, sauf volonté contraire des parties. On connaît le « fabuleux destin » du contrat CAF de la London Corn Trade Association devenue Gafta (Grain and Feed Trade Association), les nombreux contrats financiers élaborés par le système bancaire international pour la mise en place des euro-crédits et des euro-obligations ou des swaps, le travail extraordinaire de la Chambre de Commerce Internationale avec les Incoterms et les règles et usances du crédit documentaire. Sous une présentation un peu différente, il faut également citer les codes de conduite élaborés par les organismes professionnels qui jouent un rôle directeur intéressant dans les domaines économiques nouveaux, souvent très médiatisés, mais où la nouveauté et la rapidité des évolutions n'ont pas encore permis aux usages de se fixer.

(8) Charles-Albert MICHALET, *Le capitalisme mondial*, Paris, PUF, 1985 (2<sup>e</sup> éd.).



Il résulte de cet ensemble un vaste réseau transnational de règles juridiques élaborées hors de l'influence des Etats dont les unes ont un domaine d'application général telles les règles de la CCI, les autres concernent plus particulièrement telle ou telle branche professionnelle.

Si l'on revient au domaine spécifique de l'espace, que constate-t-on ?

Tout d'abord, la mondialisation par nature des activités se déroulant dans l'espace paraît évidente. Le caractère international et mondial des compagnies de diffusion, le caractère international et mondial des techniques de diffusion et de communication en sont un bon exemple : le médium est libéré par les techniques et il est exploité par des organismes à stratégie mondiale.

Ensuite un consensus, sinon total du moins majoritaire, pour rattacher l'espace à un ordre juridique mondial, ordre flou mais que l'on s'efforce de cerner et d'organiser avec des concepts du type patrimoine commun de l'humanité.

Un débat juridique sur les activités commerciales qui se déroule essentiellement entre les opérateurs parmi lesquels les agences jouent un rôle prépondérant car elles ont, de par leurs responsabilités, une vision plus globale de l'espace.

Un débat qui reste malgré tout assez vague en raison d'un certain nombre de blocages : ainsi, la renonciation à recours occulte la réflexion sur la responsabilité contractuelle. Cette clause de renonciation, justifiée quand l'espace était une aventure totale financée par les Etats, ne pourra sans doute pas être maintenue indéfiniment avec des financements privés et une gestion commerciale privée. Le mauvais fonctionnement des satellites TDF1-TDF2 a bien montré l'arrière-plan économique de l'évolution du système et des analyses juridiques approfondies de ses conséquences permettraient sans doute une avancée importante dans la compréhension d'un droit approprié aux activités spatiales.

Aussi le moment semble-t-il venu d'une réflexion plus organisée sur ce que pourrait être un droit de l'exploitation commerciale de l'espace. Cette réflexion devrait être menée à deux niveaux : les sources et le cadre général de ce droit, son contenu, étant entendu que l'interrogation ne préjuge pas la réponse et notamment l'existence d'une originalité réelle de ce droit.

En ce qui concerne les sources et le cadre général, l'idée fondamentale, à notre avis, serait d'étendre la mondialisation du droit des relations économiques internationales en exploitant le concept de patrimoine commun de l'humanité. A partir de ce patrimoine détaché du droit des Etats particuliers devrait se construire également un droit des opérations faites à partir de ce patrimoine détaché des Etats. Cette revendication n'exclut pas le droit des Etats de contrôler l'activité de leurs ressortissants selon les techniques habituelles, lois de police, ordre public, mais exclut la régulation des opérations commerciales elles-mêmes.

La méthode à suivre devrait être celle qui a été empiriquement suivie par un grand nombre d'opérateurs et qui a fait ses preuves dans

de nombreux secteurs : l'élaboration par une autorité d'un texte de référence général ou d'un texte de référence spécialisé suivant l'activité en cause. Un tel texte s'appliquerait dans le silence des parties ou compléterait des contrats réels. Mais pour arriver à un tel texte de référence, il serait nécessaire de procéder à une étude approfondie et critique des contrats déjà en vigueur, notamment dans les domaines de la télécommunication et de la télévision, secteurs les plus actifs et les plus prometteurs mais aussi moins connus que ceux du transport et de la mise en place des satellites de façon à dégager, s'ils existent, les véritables problèmes spécifiques de l'espace et ceux qui relèvent plus simplement de la théorie générale des contrats internationaux.

En effet le contenu d'un tel texte de référence doit être la régulation matérielle des opérations d'exploitation commerciale de l'espace, donc reposer sur une connaissance contradictoire du milieu. On rappellera ici la méthode qui avait été suivie par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies pour faciliter les relations commerciales entre l'Est et l'Ouest, relations empreintes de méfiance dans les années 1950-1965. Elle avait élaboré des conditions générales de vente spécifiques des principaux secteurs économiques : biens d'équipements, céréales, bois, etc., à partir des documents de la pratique et en faisant travailler ensemble représentants des entreprises exportatrices et importatrices, des pays de l'Est et des pays de l'Ouest. Ces conditions générales, notamment celles portant sur les biens d'équipement eurent un grand succès. Et c'est à partir d'une méthode analogue que la Chambre de Commerce Internationale a élaboré les Incoterms. Il faudrait donc mettre ensemble les représentants d'intérêts différents, sinon contradictoires, sous la conduite d'un secrétariat ou d'une autorité neutre.

Reste à déterminer l'autorité compétente. L'idéal serait sans doute une Agence spatiale mondiale entièrement autonome ou incluse dans le système des Nations Unies. Mais d'autres formules peuvent être envisagées. Le jeu des constructions institutionnelles est infini. Le point essentiel est l'étendue de la compétence de cette Autorité qui devrait être idéalement universelle.

Tout cela peut paraître utopique. Mais au fond pas plus que n'a paru naguère utopique l'envoi d'un homme sur la lune ou d'un engin vers la planète Mars.