

SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT ET RÈGLEMENT DU LITIGE. RÉGIME JURIDIQUE DU CONTRAT D'ÉTAT

par

Philippe KAHN

*Directeur de recherche au C.N.R.S.
(C.R.E.D.I.M.I. - Dijon)*

Dans le cadre qui vient d'être délimité par Joe Verhoeven, l'exposé qui va suivre va tenter de donner quelques indications sur le régime concret que les contrats d'Etat se voient attribuer par les tribunaux arbitraux, et s'agissant d'une matière très évolutive, il sera limité à l'examen des sentences très récentes, d'autant plus que la plupart des sentences anciennes ont été abondamment commentées (1). On peut déjà affirmer qu'il n'y a pas un régime unique des contrats où l'Etat est partie, directement ou indirectement par les organismes qui dépendent de lui, mais plusieurs régimes en fonction de la nature des contrats et des activités en cause. La pluralité de régimes avait été mentionnée et discutée par l'Institut de droit international lors de l'examen du rapport du Professeur Van Hecke sur « Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère » présenté à la session d'Oslo de 1977, sans d'ailleurs que la résolution

(1) V. notamment Jean-Flavien Lalive, « Contrats entre Etats et entreprises étatiques et personnes privées, développements récents ». Académie de Droit international, *Recueil des Cours* (1983.III), p. 9 ; Philippe Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises privées* (Economica, 1985).

finale en ait tiré vraiment les conséquences (2). Deux raisons principales l'expliquent : dans de multiples contrats, notamment dans les simples opérations d'échange (contrats à court terme), la nature des contractants est sans influence — ou a peu d'influence — sur le régime du contrat car l'opération ne s'imprime pas assez profondément dans le tissu économique de l'Etat contractant pour qu'il y ait conflit entre les intérêts étatiques généraux et les intérêts liés à la sphère contractuelle ; par ailleurs dans de nombreux systèmes juridiques, les opérations du commerce international sont confiées à des entreprises publiques certes, mais qui fonctionnent *mutatis mutandis* en la forme des entreprises privées et, statutairement comme en fait, leur personnalité est suffisamment isolée de l'Etat dont elles relèvent pour que le problème de la souveraineté de l'Etat ne constitue pour elles qu'un arrière-plan assez semblable à celui qui existe pour des entreprises privées analogues. Et d'ailleurs la lecture de sentences arbitrales banalisées rend souvent délicat le décryptage de la nature exacte des parties, tant les règles générales du droit du commerce international sont suivies (3).

Cependant, dans un certain nombre de contrats, dont la plupart sont des contrats de longue durée, l'Etat apparaît pleinement. Mais apparaît-il dans la majesté de sa souveraineté ou seulement comme co-détenteur d'un pouvoir partagé avec un contractant par hypothèse étranger et personne privée ? En d'autres termes, le contrat d'Etat international sera-t-il un contrat à domination étatique, un contrat proche d'un contrat commercial de droit commun, un contrat spécifique ?

La réalité est trop complexe pour être rendue par une interrogation en trois questions aussi simples, et la lecture des sentences publiées conduit à une vision plus floue que le choix entre trois approches, d'autant plus que la plupart des sentences ont été rendues dans un climat politique difficile, celui des nationalisations que l'on pourrait considérer aussi comme un droit transitoire. On ne peut espérer faire des constructions juridiques solides en les fondant sur des comportements de temps de crise, encore que la crise permette de faire apparaître les positions extrêmes. En revanche, il ne serait pas surprenant que sur le

(2) Institut de Droit international, *Annuaire*, Session d'Athènes 1979, vol. 58, tome II, p. 192.

(3) Voir par exemple C.C.I. dans affaire 1434 rendue en 1975 : *Clunet*, 1976.978, obs. Derains, où pourtant il s'agissait d'une opération de développement.

fondement des expériences actuelles, les arbitres dégagent dans les années à venir une figure contractuelle qui se rapprocherait de la notion d'un contrat international spécifique (4) sur la nature duquel on ne voudrait pas encore prendre position.

Dans l'immédiat, pour faire l'analyse du traitement des contrats où intervient l'Etat, une première difficulté résulte du discours lui-même. Les Etats, ou leurs émanations, invoquent généralement leur souveraineté devant les arbitres non seulement pour échapper à la juridiction arbitrale, mais aussi pour échapper au régime des contrats internationaux entre personnes privées, notamment aux règles de la responsabilité contractuelle et à toute sanction juridictionnelle de leur comportement. Mais s'agit-il dans tous les cas d'une politique juridique au sens de Guy de Lacharrière (5) ou d'une simple politique procédurale qui consiste à accumuler les arguments, même les plus mauvais et à grossir démesurément la portée des thèses avancées, notamment celle de l'Etat tabou pour les intérêts privés. On trouve en parallèle et selon la même logique l'oubli systématique par les entreprises privées des contraintes propres à l'Etat. L'exagération est un des stéréotypes du contentieux. Le filtre des arbitres constitue alors un élément irremplaçable d'appréciation.

La deuxième difficulté est moins spectaculaire mais elle est plus sérieuse. Elle est ancienne et elle est apparue très clairement aussi bien dans le forum politique que dans le forum judiciaire, c'est celle de la qualification des opérations qui justifieraient un régime dérogatoire de celui des opérations habituelles du commerce international (6). Ce qui est fondamentalement une opération engageant l'avenir pour un pays en développement est une banale opération industrielle pour un Etat déjà très industrialisé. Et la meilleure technique contractuelle ne permet pas d'appréhender l'avenir avec assez de certitude pour qu'un Etat, dans la préservation des intérêts supérieurs dont il a la charge, ne soit pas contraint à reconsidérer ses engagements, avec ou

(4) Outre les travaux de Prosper Weil (et pour un état récent de sa pensée, « Droit international et contrats d'Etat », *Mélanges Reuter*, p. 549), on se reportera à l'étude de A. Fatouros, « *The Administrative Contract in Transnational Transactions : Reflections on the uses of comparison* », *Mélanges Rheinstein*, Mohr, Tubingen, p. 259-274.

(5) Guy de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Economica, Paris, 1983.

(6) Voir un exemple parmi tant d'autres dans Trib. gr. inst. Paris, 1^{re} Ch., réf. 29 novembre 1972, *Clunet*, 1973.227 (affaire du cuivre chilien).

sans le consentement de son co-contractant. Le rééchelonnement de la dette extérieure des Etats qui entraîne une adaptation de contrats bancaires pourtant très stricts et très élaborés montre bien qu'aucun contrat élaboré dans une certaine perspective ne résiste vraiment à une grande crise. Comment donc procéder pour réduire les divergences de qualification et établir le régime juridique adéquat de certains contrats auxquels l'Etat est partie ?

Notre propos sera non de faire un bilan exhaustif des solutions arbitrales dans tous les litiges où un Etat ou une entreprise publique ont pu apparaître, mais plutôt de dégager, à l'occasion de contrats où la raison d'Etat a un rôle à jouer, les tendances présentes. Ces contrats, ce sont surtout des contrats de moyenne et de longue durée. Les questions les plus importantes traitées actuellement dans le cadre arbitral tournent autour de l'information des contractants et des modifications du contrat, y compris de sa rupture. C'est en tout cas à leur sujet que les sentences les plus récentes ont été rendues.

I. — L'INFORMATION DES CONTRACTANTS

Le problème est double : est-ce que l'Etat parce qu'il est souverain doit être présumé avoir la capacité technique de conclure et de suivre les contrats qu'il a conclus ? Est-ce que la règle « nul n'est censé ignorer la loi » est transposable au plan international et s'impose au contractant privé ? Sur l'un et l'autre point, dans des sentences récentes, les arbitres ont été amenés à prendre position. Le petit nombre des décisions oblige certes à une grande prudence dans les conclusions à tirer mais leur existence même fournit des éléments de réflexion.

1) L'information de l'Etat

En droit privé — et c'est un postulat du libéralisme — les parties majeures ont toutes la même aptitude à conclure des contrats (7). Le principal correctif est apporté par la théorie

(7) J. Ghestin, « Le principe de l'égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé » in *L'Egalité*, sous la direction de Ch. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 30.

des vices du consentement et de la lésion. Ce postulat n'est peut-être plus aussi admis depuis que les travaux sur le contrat d'adhésion ont montré que les grandes sociétés disposaient d'un pouvoir dont elles usaient. Certains contrats ont donc été réglementés et des obligations d'information ont été imposées aux contractants sous forme de clauses lisibles et apparentes, d'étiquetage, etc. Sous l'aspect qui nous intéresse ici, il est clair que l'information des contractants, sans toucher au pouvoir de décision de chacun d'entre eux pendant les pourparlers ou en cours d'exécution du contrat, constitue un élément important de l'équilibre contractuel.

Le postulat du droit privé a pris une ampleur encore plus grande dans les rapports internationaux de droit public où l'égalité souveraine des Etats est devenue un dogme (8). Et s'il est un dogme entre les Etats, *a fortiori* ne devrait-il pas pouvoir être contesté, dans les rapports entre Etat et personne privée, le corollaire de la souveraineté, sous réserve de la fraude, devant être la pleine capacité technique de l'Etat à conclure des contrats avec une personne privée, fût-elle une grande société ou un professionnel.

C'est pourtant une toute autre approche qui a été suivie par le tribunal arbitral dans l'affaire *Cameroun-Klökner*. Il s'agit d'un arbitrage C.I.R.D.I. et l'affaire, bien qu'elle soit connue (9), mérite qu'on s'y arrête en raison des motivations du tribunal et en raison de l'annulation de la sentence par un Comité *ad hoc* désigné dans les conditions prévues par l'article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 (10). Elle est très significative des difficultés spécifiques des rapports entre un Etat et une entreprise privée étrangère engagés dans des rapports à long terme, dans ce qu'on a appelé à un certain moment des accords de développement économique. Malgré son annulation, la sentence pourrait bien avoir une influence doctrinale considérable.

(8) J.-P. Colin, « L'égalité juridique entre les Etats ou d'un principe qui signifie son contraire », *ibid.*, p. 219.

(9) Sentence C.I.R.D.I., 21 octobre 1983, *Clunet*, 1984.409. Commentaire de Jan Paulsson sous le titre : « Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : la sentence arbitrale Cameroun c/ Klökner », *Rev. arb.*, 1984.19.

(10) C.I.R.D.I., Comité *ad hoc* Affaire Cameroun c/ Klökner, décision du 3 mai 1985.

Il faut rappeler quelques éléments de fait indispensables à la compréhension de la solution. Le Cameroun s'était lancé dans un vaste projet de construction d'une usine d'engrais complète (azote, potasse, phosphate) sur la suggestion de Klöckner, non sans hésitation d'ailleurs, et après une étude de faisabilité faite par la firme allemande. Les pourparlers ont été assez longs et tumultueux, mais finalement un accord-cadre a été conclu prévoyant notamment la constitution d'une entreprise conjointe dans laquelle Klöckner serait majoritaire, un achat clé en main à Klöckner par l'entreprise conjointe des installations et équipements, la conclusion d'un contrat de gestion entre l'entreprise conjointe et Klöckner, la signature d'une convention d'établissement entre le Gouvernement camerounais et l'entreprise conjointe. Enfin le Gouvernement camerounais garantissait le paiement de l'usine. Ce projet se situe, au moment où il est entrepris, dans une économie mondiale où les hydrocarbures sont bon marché, et où la révolution verte apparaît comme un instrument fondamental du développement. C'est un projet comme il y en a eu des quantités dans les pays en développement et dans un cadre juridique sans originalité. En très peu de temps la situation se détériore car l'usine ne fonctionne pas bien dans sa réalité mécanique — mais ce n'est par notre propos — et surtout elle ne fonctionne pas bien dans sa réalité économique en tant qu'entreprise et projet de développement. Les griefs énoncés par le Gouvernement camerounais, attrait devant le tribunal arbitral comme garant des sommes impayées (une partie du prix), étaient nombreux, un des principaux était une information insuffisante par Klöckner lors des pourparlers sur les perspectives, réelles, puis une occultation, en cours d'exécution, des difficultés qui surgissaient, ce qui aurait permis alors au Gouvernement de renoncer au projet avant que les choses ne soient trop engagées.

Le reproche est assez étonnant. En effet comme l'ont d'ailleurs relevé les arbitres à l'occasion d'une autre demande du Gouvernement camerounais « Il n'y a pas de justification pour mettre à la charge du demandeur (Klöckner) les pertes encourues par le Gouvernement dans une *joint venture* où les deux parties ont participé ou ont dû *participer à yeux ouverts et en pleine connaissance de cause*. On pourrait difficilement accepter qu'un Etat, ayant accès à plusieurs sources d'assistance technique *puisse alléguer valablement le droit à être compensé par le fait d'avoir été induit en erreur par une compagnie privée* qui lui propose un contrat déterminé. Si tel

avait été le cas, il y aurait aussi une responsabilité concurrente de la part du Gouvernement, ce qui exclut la demande reconventionnelle ».

Pourtant, sur l'information elle-même, les arbitres ont cru pouvoir affirmer (à la majorité, il est vrai) que, dans des projets complexes, le fournisseur principal des prestations en nature est soumis à une obligation spécifique d'information permanente même si son partenaire est un Etat — ayant en tant que tel des moyens d'information par d'autres voies :

« Nous présumons que le principe suivant lequel une personne qui s'engage dans des rapports contractuels intimes fondés sur la confiance, doit traiter avec son collègue de façon franche, loyale et candide, est un principe de base du droit français, comme il l'est en fait des Codes des nations dont nous avons connaissance. C'est là le critère qui s'applique dans les rapports entre partenaires dans de simples associations n'importe où. La règle est particulièrement appropriée dans les entreprises internationales plus complexes, comme celle-ci.

Nous n'avons pas établi qu'il y a un droit qui s'applique à de tels contrats. Nous n'avons pas l'intention d'appliquer des principes juridiques nouveaux ou exceptionnels à des opérations clés en mains uniquement parce qu'ils concernent des projets qui affectent le développement économique et social d'un pays déterminé. Mais nous sommes convaincus qu'il est particulièrement important que les règles universelles qui exigent la franchise et la loyauté dans les rapports entre partenaires soient suivies dans des cas comme celui-ci, où une société multinationale cherche et volontairement s'engage à fournir l'ensemble global de factibilité, d'analyse, de conception, de gestion, de passation de marchés, de construction et de commercialisation pour une installation industrielle, et obtient en échange l'accord du Gouvernement à payer cette usine, qu'elle soit rentable ou non. »

On voit bien la difficulté majeure qu'il y a à faire apparaître un Etat souverain qui utilise les attributs de sa souveraineté en accordant des droits d'établissement et en même temps à lui donner un statut qui se rapproche beaucoup de celui du consommateur puisque dans de nombreux systèmes juridiques, y compris dans le droit français applicable à l'affaire, il bénéficie d'une protection très poussée de son consentement. Le tribunal arbitral a essayé de tourner la difficulté en insistant sur l'idée qu'il ne s'agissait pas d'une règle spéciale, mais d'une

règle du droit français (11) et des Codes des nations. Il n'a pas été suivi sur ce point par le Comité *ad hoc* qui n'a pas trouvé dans la sentence les justifications suffisantes de l'existence d'une telle règle en droit français.

Le droit français connaît dans une certaine mesure une obligation d'information (12). Mais la théorie a été construite pour des contractants privés ne disposant pas des moyens d'information de leur partenaire. Elle ne paraît pas *prima facie* être transposable aux Etats demandeurs d'information, sauf à étendre considérablement l'obligation d'information et à en faire en quelque sorte une obligation sous-entendue dans le contrat, comme la jurisprudence avait découvert une obligation de sécurité dans le contrat de transport, et l'Etat en bénéficie comme tout contractant. C'est semble-t-il la position — formelle — du tribunal arbitral, dont toute la démonstration a consisté à affirmer l'existence d'une règle générale (présomption d'un principe de base du droit français) qui ne distinguerait pas selon la personne du contractant. Si l'on peut reconnaître qu'il existe en effet dans le droit français un fort mouvement en ce sens, il n'a pas encore le caractère de généralité reconnu par le tribunal. En réalité ce n'est qu'un habillage et il nous paraît certain que le tribunal a voulu poser une règle nouvelle, qu'il aurait mieux valu énoncer clairement, et qui serait que, dans certains contrats — les contrats de développement entre autres — il existe au profit de l'Etat une obligation particulière d'information. Et si l'on ne veut pas introduire la notion de contrat de développement, il suffit de constater que les contrats industriels de longue durée, quels que soient les partenaires, exigent un régime approprié pour tenir compte de l'effet perturbateur du temps.

Les précautions prises par le tribunal arbitral pour essayer de démontrer qu'il n'applique pas une règle nouvelle ne sont pas convaincantes, et nous croyons que d'une exigence de bonne foi qui, elle, existe bien, il a tiré un principe qui est, à notre avis,

(11) Le droit français n'était pas applicable directement mais comme inspirateur du droit camerounais, ce qui n'est pas sans poser des problèmes assez délicats de détermination du contenu exact du droit camerounais. Depuis la réunification du Cameroun, le droit anglais inspire aussi le droit camerounais.

(12) Pour le droit français, v. J. Ghestin, *Traité de droit civil*, II, *Le contrat*, n° 455-508 ; I. de Lamberterie et C. Wallaert, *Rev. int. dr. Comp.*, 1982 (3). *Add.*, Cass. civ., 1^{re}, 3 juillet 1985 (Salesse c/ Mouyssel et Storme) ; et surtout : cass. civ. 1^{re}, 23 avril 19885, D, 1985.588, note Dion.

tout à fait adapté au type de relations qui naissent de ces grands projets. Et le partenaire étranger ne peut être surpris car les négociations sont toujours longues et les objectifs de l'Etat contractant, au moins sous la forme d'un plan masse, sont toujours précisés.

Le fondement du pouvoir du tribunal serait dans l'article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965, alinéa 2, qui unit, à défaut de volonté des parties, le droit de l'Etat contractant aux principes du droit applicables en la matière par une copule *et* dont la signification fait l'objet de discussions pour le moment sans sanction (13). Les principes de droit applicables en la matière sont l'objet également d'une grande incertitude quant à leur signification dans la Convention : principes généraux du droit tels qu'ils sont appliqués par la Cour internationale de justice (art. 38 du statut) ; c'est l'opinion des administrateurs de la Banque mondiale ; principes généraux y compris ceux du droit civil ; principes généraux y compris les usages du droit commercial international (14). Or, dans une interprétation qui voit dans le « *et* » la reconnaissance d'une application simultanée et complémentaire de deux sources de droit et dans les principes de droit, plus que les principes admis par le statut de la C.I.J., la reconnaissance d'une obligation d'information dans ces contrats d'Etat soumis au droit français ne semble pas être d'une audace aventureuse.

Le Comité *ad hoc* reprenant la jurisprudence de la Cour internationale de justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* a dit le droit plutôt qu'il ne l'a fait, en ne retenant que l'interprétation la plus restrictive de l'article 42. C'est une interprétation qui n'était pas nécessaire et qui conduit à limiter le rôle créateur de l'arbitrage international et peut-être aussi son rôle conciliateur entre des intérêts complexes. Si un droit international des contrats d'Etat doit exister, cela ne pourra se faire qu'en dégageant des règles propres à assurer les missions de l'Etat et l'obligation d'information paraît être une des moins contraignantes et des plus efficaces. Cette obligation ne devrait

(13) V. B. Goldman : « Le droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D. du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Pédone, Paris, 1969, p. 133 et s.

(14) B. Oppetit : « Arbitrage et contrats d'Etat, l'arbitrage *Framatome et autre c/ Atomic Energy Organization of Iran* », *Clunet*, 1984, p. 37.

être introduite que dans certains contrats et dans des limites à déterminer dont il ne faut pas se cacher qu'il s'agit d'un problème délicat, car l'objectif n'est pas de transférer au contractant étranger la responsabilité de choix qui relève de l'Etat, ni d'introduire une sorte de garantie de la conjoncture par le contractant privé. La limite est en tout cas la connaissance des paramètres existant au moment de la conclusion du contrat et non l'appréhension d'un futur aléatoire ; l'objectif, de trouver le moyen de concilier l'intérêt de l'Etat et l'équilibre des rapports entre parties à un contrat.

La sentence *Cameroun-Klöckner*, quel que soit le sort de l'affaire et les hésitations que l'on peut avoir sur la justification légale de la solution retenue, aura eu le grand mérite de démontrer que dans les contrats de développement, ou si l'on préfère une terminologie plus neutre et plus compréhensive, dans les accords industriels, l'Etat doit être vécu concrètement et recevoir le traitement juridique approprié (15). On est sans doute plus près du contrat transnational que du contrat internationalisé. D'autant plus que la règle de l'information peut facilement être bilatéralisée si l'on met en parallèle d'autres sentences.

2) L'information du contractant étranger

En effet plusieurs tribunaux arbitraux ont été amenés à examiner quelle était l'incidence sur la validité ou le fonctionnement de contrats conclus entre personnes privées et publiques lorsque les mécanismes — souvent compliqués — de passation de contrats d'Etat n'avaient pas été utilisés. On retrouve ici l'irritant problème des autorisations administratives mais dans un cadre beaucoup plus limité puisque la partie étatique au contrat — ou l'entreprise publique — est l'auteur de la réglementation ou doit parfaitement la connaître de par son statut. Quand les procédures réglementaires n'ont pas été suivies, il y a irrégularité à l'intérieur même du système étatique, mais cette irrégularité doit-elle avoir des conséquences sur le contractant étranger ?

(15) Sur la privatisation du contrat d'Etat, v. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Economica, Paris, 1985. Adde, Rapport Vedel, Colloque de droit minier, Aix-en-Provence 1958, cité par Ahmed El Kosheri, Colloque sur l'arbitrage organisé par les Chambres de commerce euro-arabes, Port El Kantaoui (Sousse), 24-27 septembre 1985.

Une sentence C.C.I. rendue en 1981 (16) dans un litige opposant une entreprise française à un Etat africain avait rejeté l'exception de nullité du contrat invoquée par le Gouvernement africain, au motif que le contrat n'avait pas reçu la ratification législative, mais c'était plutôt parce que, d'après le tribunal, cette procédure ne s'imposait pas. En revanche, la sentence C.C.I. rendue le 30 avril 1982 dans l'affaire *Framatome c/ Atomic Energy Organization of Iran* (A.E.O.I.), est sans ambiguïté (17). Des irrégularités ayant été commises, ce que le tribunal reconnaît, il interdit à la partie étatique responsable de ces irrégularités de les invoquer, d'autant plus qu'il y a eu un commencement d'exécution.

Les commentateurs (Y. Derains, B. Oppetit) s'accordent pour interpréter ces sentences comme voulant dire que les procédures d'habilitation et d'autorisation des agents de l'Etat ou des entreprises publiques ne sont opposables au contractant étranger dans un contrat international que « si l'organisme d'Etat a précisé contractuellement ces autorisations ou approbations » (Derains, *Clunet*, 1982, p. 977). Cette position paraît très raisonnable — elle pourrait se justifier par plusieurs principes dont le plus sûr est le devoir de loyauté, souligné par le tribunal arbitral de l'affaire *Cameroun c/ Klöckner*, qui doit animer des parties à des contrats aussi complexes que les contrats d'Etat industriels.

On aurait ainsi une obligation double : pour l'Etat ou ses agents, informer son contractant des particularités du système applicable à l'administration locale ; pour le contractant étranger, fournir une information détaillée sur les choix techniques et sur l'environnement économique. Si les solutions retenues par les quelques sentences citées se répétaient, on verrait apparaître un véritable contrat de partenariat dans le sens proposé par plusieurs auteurs à l'occasion de ce genre d'opération (18), c'est-à-

(16) *Clunet*, 1982, 971, obs. Derains.

(17) Texte de la sentence : *Clunet*, 1984, p. 58, Commentaire par Bruno Oppetit, *ibid.*, p. 37. Cpr. E. Gaillard, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Rev. arb.*, 1985.41.

(18) J. Touscoz et J. d'Herbès (sous la direction de), *Les contrats internationaux de coopération industrielle et le nouvel ordre économique international*, P.U.F., Paris, 1980 ; M. Bouhacène, *Droit international de la coopération industrielle*, Publisud, Paris, 1982 ; M. Salem et M. A. Sanson-Hermitte, *Les contrats clé en main et les contrats produit en main*, Litec, Paris, 1979.

dire comme un instrument juridique essentiel du droit du développement ou du droit international économique dans la perspective d'un nouvel ordre économique international. Sans aller aussi loin, on pourrait y voir tout simplement une des caractéristiques des contrats de longue durée qui conduisent à une certaine atténuation des antagonismes au profit d'une collaboration entre les parties. Ces nouvelles règles doivent tenir compte de la qualité des parties en cause, donc de la qualité de personne étatique.

Il y aurait, si ces analyses étaient reçues, une rupture (relative, beaucoup de problèmes restent communs) entre le droit arbitral des nationalisations, contentieux encore plus pathologique que le contentieux commercial qui est déjà une pathologie du contrat, et le droit arbitral du contrat d'Etat qui se rapprocherait plus du droit commun des contrats commerciaux internationaux sans fondre, ni se confondre avec lui.

II. — LES MODIFICATIONS AU CONTRAT

C'est le problème qui a été le plus souvent exposé devant les arbitres, et il est sans doute un des plus caractéristiques des rapports entre Etat et personnes privées. Outre les exigences de rapports ordinaires entre contractants ordinaires, l'Etat peut intervenir dans la vie du contrat à de multiples titres : en empêchant son exécution, en modifiant les conditions d'exécution, en supprimant le secteur d'activité.

Les circonstances de fait sont diverses, on s'en doute, mais également les circonstances de droit. Joe Verhoeven a déjà exposé les systèmes de droit applicable possibles et déjà appliqués, et les conséquences que le rattachement à un droit national, au droit international, au droit transnational entraînait. De même, dans la mesure où le problème est de mieux en mieux connu, sont introduites des clauses contractuelles qui tendent à modifier la toile de fond, et il en existe une grande variété. On les examinera sous trois aspects qui peuvent se recouper d'ailleurs, le fait du prince, la stabilisation, l'adaptation.

1) Le fait du prince

C'est un cas courant, qui se rencontre dans tous les contrats : achat, vente, service, investissement. Malgré la volonté du

contractant étatique, service public ou entreprise publique d'exécuter le contrat, une décision de l'autorité compétente survenue en cours d'exécution l'interrompt. Le contractant public invoque alors le fait du prince pour être exonéré.

Dans l'affaire qui a donné lieu à la sentence C.C.I. du 25 avril 1985 et qui opposait la Sofidif à deux organismes en charge du nucléaire en Iran, les parties iraniennes avaient justifié l'inexécution de leurs engagements (enlèvement d'uranium enrichi, financement des installations d'enrichissement), par la décision du nouveau Gouvernement iranien de réexaminer sa politique nucléaire en raison des événements qui s'étaient déroulés à partir de 1978 et qui avaient entraîné une perturbation considérable dans l'économie, y compris l'interruption de la construction de plusieurs centrales nucléaires (19).

A cette occasion, les entités iraniennes ont développé la thèse qu'il existerait une notion spéciale de force majeure applicable aux entreprises publiques lorsque l'empêchement provient d'un fait du prince de l'Etat dont elles relèvent. D'après elles, la décision devrait, pour constituer un cas de force majeure, être une décision politique de souveraineté nationale, elle ne devrait pas avoir été prise en faveur de l'Etat décideur ou dans l'intérêt de ses entreprises contractantes, ses effets devraient être les mêmes qu'à l'égard d'une entreprise privée (20). On voit l'intérêt d'une telle théorie : mesure de politique générale impersonnelle dont subissent les conséquences, si elles sont dans le même type de rapports juridiques, aussi bien les entreprises privées que les entreprises publiques.

On peut mettre en parallèle pour éprouver la thèse iranienne les cas où l'utilisation (ou la non-utilisation) par l'Etat de ses pouvoirs souverains, conduit à une violation manifeste du contrat : par exemple quand un Etat s'est engagé à accorder au contractant étranger un régime fiscal favorable et qu'il ne l'a pas fait ; quand un Etat s'est engagé à limiter l'importation de produits concurrents et qu'il ne l'a pas fait ; quand un Etat impose un prix de vente du produit à un prix inférieur au prix de revient ; lorsque le contentieux élevé à la suite de ces mesures conduit le

(19) D'autres procédures arbitrales ont été engagées au sujet de ces centrales (v. *Clunet*, 1984, p. 58) et ont abouti à des sentences au fond (C.C.I., affaire 3896, 25 juillet 1985).

(20) On reconnaîtra une partie des idées exprimées par Bockstiegel, *Arbitration and State Enterprises, a survey on the national and international State of Law and Practice*, Kluwer, 1981, p. 34 et s.

Gouvernement en cause à dissoudre la société et à saisir ses biens sociaux, il y a responsabilité de l'Etat et il doit l'assumer (21). Dans une affaire analogue mettant en cause le même Etat (22), le tribunal arbitral constitué également dans le cadre de la Convention de Washington a motivé de façon encore plus précise la reconnaissance de responsabilité à laquelle il arrive en conclusion :

« D'autre part, le Gouvernement, qui n'était d'ailleurs pas étranger à la production des difficultés économiques rencontrées par la société, n'était pas juridiquement habilité, du point de vue du droit commercial, à agir de façon aussi radicale à l'égard de la société. Le Gouvernement, s'il entendait protéger ses intérêts en tant qu'actionnaire, se devait de respecter les procédures légales qui s'imposent à celui-ci et qui, en matière, comportent soit une convocation de l'assemblée générale extraordinaire de la société par le conseil d'administration, soit la saisine de l'autorité judiciaire de la société par le conseil d'administration, soit la saisine de l'autorité judiciaire aux fins d'obtenir la dissolution de la société (article 1871 du Code civil). »

Le tribunal arbitral, dans l'affaire *Sofidif*, a reconnu sans difficulté l'existence d'une situation particulièrement difficile, n'excluant pas finalement la nécessité d'un changement de politique qui est en quelque sorte hors de l'appréciation du tribunal arbitral. Mais, et c'est le motif déterminant :

« Le changement de la politique énergétique iranienne a en effet été décidé par le Gouvernement ; une telle circonstance n'échappait donc pas au contrôle de l'Etat iranien dont les défenderesses n'étaient que des organes. »

Et le tribunal, après avoir rappelé l'arrêt *Air France* de la Cour de cassation (23), explicite sa pensée :

« En réalité, à l'égard des tiers, l'entreprise à statut — *a fortiori* l'établissement public — et l'Etat ne représentent qu'une seule entité juridique, et l'intervention de la puissance publique, qui est liée organiquement au fonctionnement normal de l'entreprise ou de l'établissement, ne constitue pas une cause étrangère. »

(21) Sentence C.I.R.D.I. du 8 août 1980 (Société Benvenuti et Bonfant c/ Gouvernement de la République populaire du Congo).

(22) *Agip Spa c/ Gouvernement de la République populaire du Congo*; *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1981.863.

(23) Cass. civ., 15 avril 1970, D, 1971.107.

Dans le litige qui a opposé le Gouvernement égyptien et une entreprise publique de tourisme à une société de Hong-Kong et à une de ses filiales, et qui a été tranché par une sentence C.C.I., le problème s'est posé dans des termes un peu analogues sinon qu'il s'agissait d'un investissement étranger en Egypte, la construction d'une cité touristique sur le plateau des Pyramides et le projet devait être exécuté par une entreprise conjointe composée d'une entreprise égyptienne publique et de l'investisseur étranger. Devant l'ampleur des protestations locales et internationales, le Gouvernement égyptien était revenu sur sa décision de construire le complexe touristique. Le motif était cette fois non pas la révision d'une politique énergétique, mais la préservation d'un site et de monuments appartenant au patrimoine commun de l'humanité (Convention de l'Unesco de 1972).

Devant le tribunal arbitral s'est posée la question de savoir si la décision du Gouvernement égyptien constituait le fait du prince exonérateur de responsabilité pour l'entreprise publique égyptienne. Le tribunal arbitral a eu une réponse ambiguë. Il s'est demandé si les liens extrêmement étroits entre le Gouvernement et l'entreprise publique permettaient d'appliquer la théorie de la force majeure et de nouveau l'arrêt *Air France* de la Cour de cassation a nourri la réflexion. Puis l'examen des obligations de l'entreprise publique (faire de son mieux pour obtenir du gouvernement un bon comportement), l'autonomie de la personne morale et quelques autres considérations conduisent le tribunal à ne pas rendre l'entreprise publique responsable de la rupture de contrat. Toutefois le tribunal ajoute que d'autres considérations auraient pu être retenues si le Gouvernement égyptien n'avait pas été partie à l'accord annulé (24).

Ces deux sentences manifestent bien la tendance actuelle, d'ailleurs contraire à la jurisprudence longtemps dominante *Jordan Investment* et *Rollimpex* et qui, derrière le voile de la personnalité juridique, cherche à faire apparaître la réalité des relations. On pourrait y ajouter bien d'autres témoignages de cette tendance, que ce soit en matière d'immunité de juridiction, de nationalisation (25), etc.

(24) La Cour de Paris a jugé que le Gouvernement égyptien n'était pas partie à l'accord et annulé en conséquence la sentence C.C.I. du 16 février 1983, Paris, 1^{re} Ch. suppl., 12 juillet 1984, *Clunet*, 1985.129, note Goldman ; à paraître in *Rev. arb.*, 1986.

(25) V. P. Lagarde, « Une notion ambivalente : l'émanation de l'Etat nationalisant », *Mélanges Colliard*, Pédone, Paris, 1984, p. 539-558.

Il n'est pas dans l'objet de cette communication de porter un jugement de valeur mais seulement d'indiquer les évolutions et de faire peut-être une ou deux remarques complémentaires. Le droit commercial a vécu pendant tout un siècle sur l'idée que chaque entité ayant la personnalité juridique était autonome, quels que soient les liens qu'elle pourrait avoir avec d'autres entités. Ce postulat n'a pas résisté aux périodes de crise, et chaque guerre a vu apparaître le critère du contrôle en matière de nationalité. Mais maintenant, avec la connaissance que l'on a de l'entreprise multinationale, on a vu des cas assez nombreux où les arbitres ont considéré le groupe et non chaque entité (26). Il n'est pas étonnant que les structures de l'Etat commerçant (effet de taille), se développant selon les mêmes techniques formelles que celles des entreprises multinationales, les tribunaux arbitraux aient le même type de démarche. Mais comparaison n'est pas raison. Il reste plusieurs différences essentielles. En effet, les responsabilités de l'Etat sont autrement plus vastes que celles d'une société commerciale. Aux compétences générales de l'Etat répondent dans tous les systèmes juridiques les compétences spéciales des entités revêtues de la personnalité juridique. Il semble difficile d'apprécier selon les mêmes critères les conséquences que l'on peut attacher à l'appartenance à un même groupe commercial et celles que l'on peut attacher au rattachement à un même Etat. Et les arbitres sont dans une situation très délicate pour le faire : ainsi dans l'affaire *Sofidif-Iran*, les arbitres ont bien saisi la gravité de la situation à laquelle les autorités iraniennes ont dû faire face, mais ils n'en ont tiré aucune conséquence. Le pouvaient-ils d'ailleurs, car le droit commercial international connaît la responsabilité subjective des contractants pour établir les responsabilités en cas d'inexécution d'obligations définies par le contrat. Or, dans les mesures du type de celles qui ont été prises dans les affaires précitées, on est dans un cadre de responsabilité objective (risque, égalité des résidents devant les charges publiques) etc., qui n'existe d'ailleurs pas dans tous les droits. En outre, le seul médiateur efficace reste le service ou l'entreprise publique contractante, surtout quand pour l'activité incriminée ils sont très proches de l'autorité étatique. En réalité la théorie du fait du prince comme théorie de la cause exonératoire n'est pas adaptée à l'Etat lui-même, ni à ses entreprises publiques, sauf dans les mesures de type général et impersonnel comme celles qui relèvent du contrôle des changes

(26) Sentence C.C.I., Affaire n° 4131, 982, *Clunet*, 1983.899, obs. Y. Derains.

ou de celui des mouvements de marchandises. Et il est difficile pour les arbitres de tirer des conséquences bien adaptées à des mesures de souveraineté destinées à répondre à des problèmes du type restructuration industrielle ou culturelle d'autant plus qu'ils ne disposent pas de moyens procéduraires adaptés. Tout au plus a-t-on pu voir des arbitres — mais munis de pouvoirs d'amiables compositeurs —, accepter de tenir compte des difficultés d'un Etat (défendeur) à régler ses dettes en raison de la conjoncture internationale en lui accordant des délais de paiement (27).

2) La stabilisation

Les clauses dites de stabilisation méritent un examen particulier, moins en raison de la publicité qu'elles ont reçue dans des sentences maintenant célèbres, mais parce qu'elles constituent un ensemble de clauses qui seraient inconcevables dans un pur contrat de droit privé. En effet par ces clauses, l'Etat s'engage vis-à-vis d'un investisseur privé à maintenir le système juridique existant au moment de la conclusion du contrat, quelle que soit par ailleurs l'évolution de la législation. Le domaine d'élection de ces clauses est celui de la législation fiscale, mais porte fréquemment sur le droit des sociétés, et elles arrivent même dans certains cas à couvrir toute la législation. Ces clauses ont pour objet de garantir à l'investisseur que les espérances de rentabilité ou de sécurité de l'investissement, fondées sur des calculs de coût à partir des éléments connus au moment où l'investissement est accompli (y compris les éléments relatifs à la gestion) ne seront pas déçues ou réduites par des modifications de la réglementation. En effet si beaucoup de systèmes juridiques admettent que le droit applicable à un contrat est celui en vigueur au moment de sa conclusion, ce principe est immédiatement corrigé par celui de l'application immédiate aux contrats des nouvelles réglementations d'ordre public. Et c'est le cas des lois fiscales ou relatives aux sociétés. L'économie de ces clauses s'inscrit directement dans le cadre des techniques d'incitation à investir utilisées par les pouvoirs publics dans de nombreux pays, y compris dans des pays industrialisés (28).

(27) Sentence C.C.I., Affaire 3327, 1981, *Clunet*, 1982.971, obs. Y. Derains.

(28) Vasseur, *Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, Paris, 1959.

Ces clauses ont donné lieu à un important contentieux arbitral et ont fourni la matière à la plupart des études récentes sur le contrat d'Etat parce qu'elles ont été assimilées à des clauses d'engagement à ne pas nationaliser. C'est du moins ce qui ressort des sentences libyennes et notamment de la sentence *Texaco-Calasiatic c/ Libye* (29). En effet, l'arbitre unique, après avoir admis que pour un Etat la décision de procéder à des nationalisations est l'expression de sa souveraineté, y ajoute une importante réserve lorsque le contrat a été soumis au droit national de l'Etat d'accueil conçu comme simple droit de référence applicable à la date d'entrée en vigueur du contrat, et « stabilisé » à cette même date par des clauses spécifiques.

Une bonne partie du débat d'ailleurs a moins porté sur la signification exacte des clauses de stabilisation que sur leur compatibilité avec la souveraineté de l'Etat, notamment dans la conception actuelle de la souveraineté permanente des Etats sur leurs richesses naturelles. En effet, dans la plupart des cas (mais non tous), les clauses incriminées se trouvent dans des contrats organisant la recherche et l'exploitation de telles richesses. C'est avec l'arrière-plan d'une ample polémique, et donc en connaissance de cause, que le tribunal arbitral, qui s'est prononcé dans l'affaire opposant le Koweït à la société Aminoil (30), a dû à son tour se prononcer sur le sens à donner à ces clauses. Dans un premier temps, il a admis, comme les tribunaux arbitraux qui s'étaient prononcés avant lui, que si le droit à nationaliser était un droit souverain de l'Etat, des limitations contractuelles du droit de l'Etat à nationaliser étaient juridiquement possibles. D'une façon générale, dans toutes les

(29) Arbitrage *ad hoc*, sentence du 19 janvier 1977 (California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company c/ Etat libyen), *Clunet*, 1977, p. 367; v. également B. Stern : « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations libyennes devant l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1980.3, et dans le même numéro les « sentences libyennes ». V. F. Rigaux : « Des dieux et des héros, réflexions sur une sentence arbitrale », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978.435; J. Verhoeven, « Droit international des contrats et droit des gens », *Rev. belge dr. int. pub.*, 1978-1979, p. 209; sur l'ensemble des arbitrages pétroliers : J.-F. Lalive, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents », préc. note 1, notamment p. 72-162.

(30) Sentence du 24 mars 1982, *Clunet*, 1982.869. *Adde*, Geneviève Burdeau, « Droit international et contrats d'Etat, la sentence Aminoil du 24 mars 1982 », *A.F.D.I.*, 1982.454.

sentences, l'exercice de la souveraineté va jusqu'à la restriction volontaire à l'exercice de certains des droits qu'on rattache à la notion de souveraineté. Mais, continue le tribunal, cela implique un engagement particulièrement grave qui doit être expressément stipulé.

En d'autres termes, si une renonciation contractuelle au droit de nationaliser est licite, les clauses de stabilisation dont l'objet est autre ne peuvent être interprétées en soi comme des clauses de renonciation. Elles ne sont pas sans effet sur l'appréciation de l'indemnité, car elles sont un des éléments que le contractant étranger a pris en considération dans l'évaluation des risques et du profit (*just rate of return*), mais elles ne sont pas limitatives d'un droit souverain.

L'interprétation donnée par le tribunal dans l'affaire *Aminoil* paraît raisonnable, et elle devrait s'imposer. Deux problèmes restent alors en suspens que l'on se contentera d'énumérer.

Dans le cas où dans un contrat d'Etat, une clause expresse de renonciation à nationaliser se trouverait insérée, quelle serait la sanction d'un manquement? Faut-il admettre avec l'arbitre Dupuy que la restitution *in integrum* puisse être prononcée même si l'on est sceptique sur la possibilité d'exécuter la sanction ou plus simplement en faire une faute grossière justifiant l'allocation des dommages-intérêts les plus élevés que font apparaître les différentes méthodes de calcul. Et dans quelle mesure, en cas de non-respect d'une clause de nationalisation, peut-il exister des excuses? Par exemple si la tendance à l'adaptation du contrat qui se fait jour s'accroissait, est-ce qu'un changement global de politique provoqué par des circonstances nouvelles pourrait constituer l'excuse? C'est toujours la même question que de savoir si le changement est un droit pour l'Etat lorsque la conjoncture a considérablement changé. Les sentences que nous venons d'examiner sur le fait du prince conduiraient à une réponse négative. Est-ce vraiment une réponse appropriée? L'autre problème est plus directement lié au régime des clauses de stabilisation. En effet les clauses sont des clauses qui ne peuvent exister que dans des contrats d'Etat, elles sont exorbitantes du droit commun quel que soit le droit applicable. Les avantages qu'elles procurent ayant été accordés par un Etat souverain, faut-il automatiquement en conclure qu'elles sont valables sans condition de temps ou de domaine? Le contrat d'Etat doit-il être plus rigide, plus immobile que les contrats entre personnes privées?

3) La révision

On ne se situe plus ici dans le cadre strict de la souveraineté que constitue le fait du prince ou les clauses de stabilisation, mais dans la démarche habituelle dans les rapports entre agents économiques privés qui consiste à prévoir qu'un contrat pourra être adapté si les circonstances l'exigent sous forme de clause de révision ou de *hardship*. Sauf à se demander si, même en l'absence d'une clause expresse d'une adaptation, le contrat d'Etat ne doit pas être soumis à un tel régime.

Sur le premier point, il ne semble pas y avoir de particularité notoire. La tendance majoritaire en jurisprudence arbitrale est de ne pas opérer de modification dans un contrat si les parties ne l'ont pas prévue, et il ne semble pas — sous réserve d'une meilleure information — que même parmi les sentences qui ont admis la révision, le fait que l'une des parties soit un Etat ou une entreprise publique ait joué un rôle spécifique. On fera cependant mention de la sentence *Aminoil* (préc.), car le tribunal a longuement examiné l'obligation de négociier qui, relève-t-il, ne constitue pas une obligation d'aboutir à un accord, mais qui peut comporter des exigences précises (31). Le tribunal a reconnu qu'une telle négociation pourrait s'accompagner de pressions, à condition qu'elles ne prennent pas un caractère illicite. Mais la négociation s'inscrivait dans une clause de révision peut-être difficile à appliquer mais réelle.

Tous les éléments convergent pour qu'on puisse constater le blocage de toutes les ouvertures vers une modification spécifique, contrairement à la tendance que l'on peut noter dans les contrats relevant du droit commercial international.

EN GUISE DE CONCLUSION

De l'examen des quelques affaires auquel on vient de procéder, il semble que l'on puisse tirer quelques conclusions hésitantes et ponctuelles.

Tout d'abord, si l'on met à part l'amont (constitution du tribunal arbitral) et l'aval (exécution de la sentence), la dis-

inction entre contrats à court terme et contrats à moyen et long terme semble garder sa valeur ici en ce sens que la participation de l'Etat à un contrat à court terme est indifférente en ce qui concerne le régime juridique du contrat. En revanche, en ce qui concerne les contrats à long terme des problèmes spécifiques ont été posés aux arbitres. Les réponses données tendent à aligner le régime des contrats d'Etat sur le régime des contrats relevant du droit privé. Les tentatives doctrinales (dont on trouve des échos dans plusieurs sentences, les auteurs de théorie étant aussi assez souvent des arbitres) ont surtout porté vers l'internationalisation de certains contrats, soit en raison de leur objet (les contrats de développement économique) soit en raison de certaines de leurs stipulations, notamment les clauses de droit applicable et les clauses de stabilisation. Mais les conséquences que l'on a tirées paraissent plus conduire vers une statufaction du contrat à sa date de conclusion que vers l'établissement d'un régime approprié à un instrument juridique dont il semble cependant qu'il présente quelques particularités : la qualité des contractants, l'objet du contrat, l'environnement. Des deux fonctions que peut remplir un contrat : création de normes, gestion d'une situation (32), la fonction gestion est très sous-estimée. Et ce n'est pas le moindre des paradoxes que de voir la théorie du contrat commercial international s'orienter vers une vision plus globale du rôle du contrat dans l'entreprise et de la nécessité d'une certaine souplesse, théorie de plus en plus acceptée par les tribunaux arbitraux, en même temps que celle du contrat d'Etat se résume à la notion de *sanctity*, et de cristallisation des rapports entre les parties à la date de conclusion du contrat. Quelles qu'en soient les justifications — et elles sont réelles —, la privatisation de l'activité économique internationale de l'Etat par le processus contractuel selon l'expression de Philippe Leboulanger (33), devrait conduire à un nouvel équilibre qui ne nierait pas aussi profondément les prérogatives de la puissance publique dont il faut reconnaître qu'elle en abuse souvent.

(32) Ledouble, *L'entreprise et le contrat*, Librairies techniques, Paris, 1980.

(33) Ph. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Economica, Paris, 1985, n° 7.

(31) Sentence *Aminoil* préc., n° 24.