

QUELQUES REFLEXIONS THEORIQUES A PROPOS DES CONTRATS D'ETAT

par

Charles LEBEN

Professeur à l'Université de Paris II
Codirecteur de l'Institut des hautes études internationales

Dans une étude précédente publiée dans les *Mélanges offerts à Hubert Thierry*¹, nous avons défendu les thèses suivantes :

a) Comme l'a montré en premier le Professeur P. Mayer, les contrats d'Etat au sens strict du terme sont des contrats qui sont conclus avec une personne privée par l'Etat sujet du droit international (l'Etat souverain), par opposition avec l'Etat-Administration. Les contrats passés par l'Etat-Administration sont des contrats conclus dans l'ordre juridique interne de l'Etat et sont soumis au droit interne (par exemple, droit des contrats administratifs là où cette catégorie existe). En revanche, les contrats conclus par l'Etat souverain sont conclus en dehors de son ordre juridique. A nos yeux, et contrairement à la présentation faite par P. Mayer, ces contrats sont conclus dans l'ordre juridique du droit international public.

b) Les contrats d'Etat constituent une nouvelle catégorie d'actes juridiques internationaux. Ils sont régis, à ce titre, par le droit international selon diverses modalités dont la plus courante à l'heure actuelle est énoncée dans la deuxième phrase de l'article 42 §1 de la

¹ Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 247-280.

Convention de Washington créant le Cirdi : droit de l'Etat contractant combiné avec les principes du droit international en la matière².

c) Il découle de cette conception, dont on a essayé de montrer qu'elle rendait compte de la pratique contractuelle et de la jurisprudence arbitrale, que les personnes privées (en pratique les entreprises) ont acquis, dans ce domaine des contrats d'Etat³, une personnalité internationale limitée, mais réelle. Celle-ci peut être déduite du fait que les personnes privées peuvent se prévaloir de droits (ou être soumis à des obligations) énoncés dans un acte international (un contrat d'Etat ou un traité bilatéral, voire multilatéral, de protection et de promotion des investissements) et ont la capacité d'attirer leur partenaire étatique devant un tribunal arbitral international. La combinaison de ces deux éléments (disposer de droits ou être soumis à des obligations définis dans un acte international et possibilité de saisine d'un tribunal international) permet de conclure à l'existence d'une personnalité internationale⁴.

2 Pour une analyse exhaustive de l'article 42 §1, voir le commentaire en cours de la Convention de Washington par Ch. SCHREUER, *ICSID Review/Foreign Investment Law Journal*, 1997, n. 2, pp. 398-500.

3 Les contrats d'Etat sont le plus souvent des contrats d'investissement. Mais tous les contrats d'investissement ne sont pas nécessairement des contrats d'Etat et on peut imaginer des contrats d'Etat dans d'autres domaines, comme des contrats de prêt internationaux. V. « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, p. 249, n° 6.

4 J. Combacau défend une conception plus large de la notion de sujet de droit. C'est ainsi qu'il écrit : « Dire d'un individu ou d'un être collectif qu'il reçoit d'un ordre juridique la qualité de personne ou de sujet c'est, et c'est seulement, affirmer que cet ordre se tient pour apte à le doter de droits et d'obligations... ». Et il ajoute : « ... la personnalité ne doit pas être confondue avec la capacité d'agir qui n'en est qu'un accident, variable dans son existence comme dans son étendue », J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 308. Une telle position avait déjà été défendue par H. Lauterpacht qui écrivait : « Important as is the recognition of the procedural capacity of aliens - and of individuals generally - before international tribunals, there is no reason to exaggerate its bearing on the questions of the subjects of international law. The two questions are not identical. [...] There is a clear distinction between procedural capacity and the quality of subject of law », « The Subjects of the Law of Nations », *Law Quarterly Review*, 1947, pp. 438-460, p. 455. L'article est continué dans la même revue : 1948, pp. 97-119. On comprend l'argumentation de ces auteurs. Cependant, on doit bien constater que la personnalité internationale des sujets internes n'a été vraiment prise au sérieux et défendue par la doctrine qu'à partir du moment où ces sujets ont bénéficié d'une capacité processuelle leur donnant accès à des organes propres à l'ordre international, pour reprendre le vocabulaire de J. Combacau (pp. 318-319). On notera à cet égard que, s'agissant d'actions juridictionnelles, l'auteur cite le domaine de la protection des droits de l'homme « mais aussi [celui] du traitement des investissements étrangers et du droit de la fonction publique internationale » (p. 319).

Nous nous permettons de renvoyer le lecteur à l'article cité *supra*, note 1, pour le détail de notre démonstration (ou tentative de démonstration) de ces thèses. Nous souhaiterions ici, continuer et préciser nos réflexions sur ce sujet des contrats d'Etat en tenant compte des remarques et des critiques qui nous ont été faites à la suite de la publication de notre étude⁵. Nous voudrions aussi prendre en compte les objections formulées dans deux thèses, l'une antérieure à notre article, mais dont nous n'avions pas eu connaissance lors de notre rédaction, et l'autre soutenue très récemment⁶.

1. LE CONCEPT D'ETAT DANS LA NOTION DE CONTRAT D'ETAT

Toute la thèse du contrat d'Etat *stricto sensu*, telle que l'a présentée P. Mayer et telle que nous la reprenons, repose sur la distinction entre des contrats conclus par l'Etat-Administration et ceux conclus par l'Etat sujet de droit international. Cette distinction renvoie à deux passages de la *Théorie pure du droit* où Kelsen introduit, à côté d'une notion large de l'Etat, qui est l'Etat souverain du droit international, une notion étroite qui renvoie à « l'Etat en tant qu'appareil bureaucratique de fonctionnaires avec à sa tête le gouvernement »⁷.

5 Nos remerciements vont tout particulièrement au Professeur P. Mayer, dont les remarques incisives nous ont amené à reformuler certaines de nos affirmations.

6 V. L.L. EL-ZEIN, *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, 2 vol., thèse Paris I, 1996 ; S. LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, 2 vol., thèse Paris I, mars 1999 (directeur de thèse P. Mayer). Nous n'avions pas non plus connaissance des textes de J.-M. JACQUET, « Contrat d'Etat », *J.-Cl. Droit international*, fascicule 565-60 (1998) et D. BERLIN, « Contrats d'Etat », *Répertoire Dalloz de droit international* (1998). Chacun de ces deux textes envisage le problème de l'accession au niveau du droit international du contrat d'Etat. D. Berlin considère qu'il s'agit là d'une impossibilité (*op. cit.*, n° 6 à 26) tout en notant une « lente genèse d'un régime international » (n° 27 à 53). J.-M. Jacquet considère quant à lui que les objections faites à l'internationalisation du contrat d'Etat peuvent être surmontées (*op. cit.*, n° 25-28). V. également l'intéressante thèse de M. AUDIT, *Les contrats transnationaux entre personnes publiques*, Paris I, 1999.

7 V. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., traduction Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 354 et p. 388. La distinction entre l'Etat personnification de l'ordre juridique total et l'Etat *stricto sensu*, en tant qu'appareil d'organes étatiques et d'agents publics, se trouve déjà dans « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *RDP*, 1926, pp. 561-646, § 14, pp. 575-576. V. aussi M. Troper, « A côté du concept formel d'Etat, qui joue un rôle décisif dans la solution des problèmes de sa théorie générale, on peut distinguer un second concept matériel plus étroit d'Etat, qui cependant présuppose le premier », « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'Etat », in *La pensée politique de Hans Kelsen, Cahiers de philosophie politique et juridique*, Centre de publications de l'Université de Caen, 1990, n° 17,

Avant de revenir sur la signification exacte de cette distinction chez Kelsen, il faut maintenant introduire la thèse très talentueuse soutenue récemment par Mme Sophie Lemaire sur *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*⁸, qui pourrait aboutir à minimiser, voire à réduire à néant, l'idée de contrats d'Etat comme contrats conclus avec l'Etat sujet de droit international. Résumons les points essentiels de cette thèse, du moins ceux qui concernent notre propos.

1.1. La double personnalité de l'Etat chez Anzilotti

S. Lemaire part d'une position théorique qui est celle d'Anzilotti et que l'on trouve exprimée dans son cours de droit international, selon laquelle « le terme "Etat" au sens où il désigne [...] le sujet d'un ordre juridique étatique, détermine un sujet qui diffère du tout au tout de l'Etat en tant que sujet de droit international ». En particulier, lorsque des lois nationales s'appliquent à des Etats étrangers (par exemple si l'Etat étranger acquiert des biens ou passe des contrats), « le mot Etat désigne un sujet juridique différent de celui auquel se réfère le même mot en droit international ». La science juridique, ajoute Anzilotti, « ne peut pas ne pas voir deux sujets différents là où le langage commun semble en désigner un seul »⁹.

L'auteur va consacrer tout un chapitre préliminaire (pp. 12 à 74) à défendre, contre toutes les objections possibles, cette opinion d'Anzilotti sur la double personnalité interne et internationale de l'Etat. Dans quel but ? Il s'agit pour elle de montrer que la doctrine, qui n'a pas fait cette distinction, a pu sans s'en rendre compte, confondre des contrats passés par l'Etat personne de droit interne avec ceux passés avec l'Etat personne de droit international. Et, en tout cas, cette même doctrine a pu exagérer « le rôle joué par l'Etat sujet de droit des gens au détriment de celui de l'Etat-Administration, personne de droit public interne. » (p. 6). L'auteur ajoute :

pp. 99-118, p. 110, n. 25. Et pour une étude critique des difficultés soulevées par le concept étroit de l'Etat (comme ensemble d'organes) chez Kelsen, v. pp. 111-117. Cet article est repris dans : M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF (Léviathan), 1994, pp. 143-160.

⁸ S. LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, op. cit.

⁹ D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, t. 1, Paris, Sirey, 1929, traduction Gidel, reprise Université Panthéon-Assas (Paris 2), collection « Les introuvables », 1999, pp 53-54 et v. aussi p. 405 : [contrairement au traité] « la loi a en vue des manières de se comporter d'entités soumises à l'autorité du législateur, y compris l'Etat lui-même, le mot "Etat" indiquant alors un sujet différent de l'Etat sujet du droit international ».

« En supposant avérée cette hypothèse selon laquelle une part au moins des contrats étatiques internationaux a été imputée à l'Etat personne internationale en lieu et place de son homonyme sujet de droit interne, d'importantes conséquences en résulteraient » (p. 6). En particulier : « Une telle démonstration bouleverserait, tout d'abord le sens des débats relatifs aux contrats d'Etat. L'imputation de ces accords à l'Etat sujet de droit interne donnerait lieu à des analyses éloignées de celles qui restent jusqu'à présent fondées sur la participation de l'Etat souverain international. Il ne s'agirait plus de réfléchir à la relation unissant l'Etat et son cocontractant sujet de droit privé par référence aux traités conclus entre Etats personnes de droit des gens » (p. 7). Et encore : « Imputer les contrats étatiques internationaux, ou au moins une part d'entre eux, à l'Administration conduirait plus naturellement à rapprocher ces conventions des accords passés entre simples sujets de droit interne. International, le contrat d'Etat pourrait, en l'absence aujourd'hui d'un véritable droit administratif international, être confronté aux contrats internationaux conclus entre personnes privées. Sachant, en outre, qu'il engage l'Etat-Administration, il serait justifié de le comparer aux contrats internes passés par ce même sujet » (p. 7)¹⁰.

Nous avons cité longuement les hypothèses de départ de S. Lemaire pour bien faire comprendre le défi que ces hypothèses, si elles étaient vérifiées, présenteraient à une conception du contrat d'Etat telle que nous l'avons développée. Certes, l'auteur reste prudent : elle ne nie pas l'existence possible de contrats conclus avec l'Etat souverain du droit international. Mais elle va s'employer à montrer que, dans la plupart des cas sans doute, c'est l'Etat-Administration qui est en cause. C'est donc une théorie des contrats internationaux de l'Administration qu'il est nécessaire de développer, c'est elle qui présente l'intérêt doctrinal majeur et non pas une théorie des contrats d'Etat sur lesquels elle laisse planer, implicitement, un doute quant à l'importance réelle, voire, à la limite, quant à leur existence.

Dans cette présentation de S. Lemaire, dont nous répétons les grandes qualités, nous ne sommes nullement gênés par l'attention portée aux contrats internationaux conclus par des personnes publiques internes. En revanche, nous ne pouvons accepter l'idée de base sur laquelle repose toute la thèse, à savoir la double personnalité interne et internationale de l'Etat¹¹ et nous devons repousser

¹⁰ V. aussi p. 123 où S. Lemaire réaffirme que la « très grande majorité des contrats d'Etat » sont en fait conclus avec l'Administration interne et que cela doit entraîner « un bouleversement fondamental de la majeure partie des études ayant trait à ces contrats, généralement fondées sur le principe de leur conclusion par l'Etat, souverain international ».

¹¹ Il faut d'ailleurs remarquer un certain flottement dans la terminologie utilisée par l'auteur. A plusieurs reprises, elle parle des deux faces de l'Etat. Par exemple : l'Etat est « un Janus, un être à deux visages » (p. 73). V. aussi p. 31 où

l'argument selon lequel la distinction présentée par Kelsen, dans le passage cité *supra*, équivaut à la doctrine d'Anzilotti¹².

1.2. Rejet par Kelsen de la théorie de la double personnalité de l'Etat présentée par Anzilotti

Kelsen à plusieurs reprises a dénoncé la thèse d'Anzilotti. Déjà dans un article de 1936, « La transformation du droit international en droit interne », Kelsen rejetait « la trop fameuse théorie du double aspect ou de la double nature de l'Etat, *Zwei-Seiten-Theorie* »¹³. Si on

elle cite Carré de Malberg parlant des « deux faces » interne et externe de l'Etat (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, reprise CNRS, 1969, p. 71 n° 26. Mais Carré de Malberg écrit très précisément ceci : « Ainsi la souveraineté a deux faces. Et toutefois il ne faut pas voir dans la souveraineté intérieure et extérieure deux souverainetés distinctes ». Et dans sa longue discussion sur la personnalité de l'Etat (pp. 35-51), il ne fait jamais allusion à une double personnalité de l'Etat au sens où l'entend Anzilotti. Donc deux faces ne signifient pas deux personnes différentes. On le voit encore dans une autre citation qu'elle donne de J. Combacau : « la souveraineté [...] comporte deux aspects, dans lesquels la doctrine publiciste classique a clairement vu les deux faces du même objet Etat etc.. (« Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 49-50, c'est nous qui soulignons). V. aussi St. RIALS, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Éléments d'une critique de la notion usuelle de "souveraineté externe" », *Archives de philosophie du droit*, 1987, pp. 189-218.

12 S. Lemaire ne le dit pas expressément de cette façon, mais, dans le chapitre préliminaire intitulé La double personnalité interne et internationale de l'Etat, elle examine dans la section 1 tous les auteurs qui se sont prononcés pour « le principe d'une double personnalité de l'Etat » et elle cite Anzilotti (p. 19), Kelsen (p. 24 et en fait dès la page 19 par le rappel de P. Mayer distinguant l'Etat souverain du droit des gens de l'Etat-Administration).

13 KELSEN, « La transformation du droit international en droit interne », *RGDIP*, 1936, pp. 5-49, p. 22. Théorie défendue aussi par Jellinek, V. C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, éd. Kimé, 1997, p. 106. Dans son cours de La Haye de 1926, Kelsen réagit de la façon suivante à la théorie des deux souverainetés de l'Etat : « Doctrine absolument inacceptable, parce que contradictoire en soi. Elle ne traduit pas une simple atténuation de la souveraineté de l'Etat ; elle recèle une contradiction entre le principe de cette souveraineté et un principe opposé ». L'Etat serait puissance suprême à l'intérieur mais seulement puissance indépendante, égale aux autres Etats, à l'extérieur. Mais ceci n'est possible que si on admet « l'existence au-dessus de tous les Etats d'un ordre juridique qui les coordonne et vis-à-vis duquel chacun d'eux n'est qu'un ordre partiel délégué. Ceci implique que l'Etat cesse d'être un ordre suprême même à l'intérieur. Il dépend dans sa totalité du droit international qui lui est supérieur dans sa totalité. « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926/IV, p. 260.

maintient, en effet, à la fois que l'Etat a une double personnalité juridique (interne et internationale) et qu'il s'agit bien du même et seul Etat, il faudrait admettre qu'il existe une substance de l'Etat indépendante de sa personnalité juridique, ce qui, pour Kelsen, est théoriquement exclu. En effet :

« L'Etat n'existe [...] pour la théorie du droit, qu'en tant que sujet du droit (ou en tant qu'ordre juridique [...]). Et si, dans une théorie juridique, deux sujets de droit différents sont qualifiés l'un et l'autre d' "Etat", ce ne peuvent être que deux Etats différents. La suppression de l'identité de l'Etat en tant que sujet à la fois de l'ordre juridique international et de l'ordre juridique interne n'est, à vrai dire, qu'une conséquence inévitable de la conception dualiste selon laquelle le droit international et le droit interne de l'Etat seraient deux systèmes de normes absolument différents et isolés l'un par rapport à l'autre. Mais cette conséquence à laquelle aboutit logiquement la conception dualiste en fait précisément apparaître l'absurdité »¹⁴.

De même encore, dans la *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Kelsen revient sur ce problème en écrivant :

« Si nulle relation n'unissait le droit international au droit étatique [thèse dualiste], l'Etat en tant que sujet du droit international représenterait une entité totalement distincte de l'Etat comme substratum du droit étatique. Du point de vue juridique, il existerait alors deux Etats différents sous le même nom, deux France, deux Etats-Unis, etc. La France du droit étatique et la France du droit international, etc. »¹⁵.

On pourrait même imaginer, pourquoi pas, que ces deux France puissent contracter entre elles... Toutes conséquences qu'il est difficile de prendre au sérieux. Certes, un Etat possède à la fois une personnalité internationale et une personnalité interne, mais simplement dans le sens où on dit qu'une personne humaine est à la fois un sujet moral, c'est-à-dire qu'elle est le destinataire de normes morales, et un sujet juridique, car elle est aussi le destinataire de normes de droit.

1.3. La double théorie de l'Etat chez Kelsen

Il est donc bien clair que Kelsen répudie totalement toute idée de double personnalité, interne et internationale, de l'Etat. Quelle est alors la signification de la distinction faite par Kelsen entre l'Etat, au

14 « La transformation du droit international en droit interne », *op. cit.*, p. 23.

15 KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, traduction B. Laroche et V. Faure, Paris/Bruyelles, LGDJ/Bruylant, 1997, p. 422.

sens étroit du terme, « en tant qu'appareil bureaucratique de fonctionnaires, avec à sa tête le gouvernement », et l'Etat au sens large du terme¹⁶ ? Il faut partir de l'identification faite par Kelsen entre l'Etat et son ordre juridique. Il n'y a pas d'un côté un *substratum* préexistant qui serait l'Etat et qui donnerait naissance à un ordre juridique. L'ordre juridique est l'Etat lui-même, ou dit autrement, l'Etat est la personnification de l'ordre juridique. Il n'est pas composé de trois éléments (peuple, territoire, puissance publique), comme l'affirme la théorie traditionnelle, mais l'ordre juridique étatique se définit par ses sphères de validité personnelle et territoriale ainsi que par sa centralisation et son efficacité¹⁷.

Cet ordre juridique est l'ordre juridique étatique total. Au sein de celui-ci, Kelsen distingue un ordre juridique partiel, qui est l'Etat au sens étroit du terme, à savoir « l'appareil bureaucratique de fonctionnaires, avec à sa tête le gouvernement ». Cet Etat « est la personnification de l'ordre juridique partiel qui ne règle que les fonctions des individus ayant la qualité de fonctionnaires publics ». Mais comme le note bien M. Troper, ce concept matériel plus étroit de l'Etat présuppose forcément le concept formel de l'Etat en tant qu'ordre juridique total¹⁸. Et en effet, précise Kelsen, « l'attribution de ces fonctions [bureaucratiques] à l'Etat signifie qu'on les rapporte à l'unité de l'ordre juridique partiel. Mais par là même on les rapporte en même temps à l'unité de l'ordre juridique total où cet ordre partiel est compris. L'attribution à l'Etat au sens étroit implique l'attribution à l'Etat au sens large »¹⁹. Autrement dit, toute action de l'Etat au sens étroit du terme est *ipso facto* également une action de l'Etat au sens large du terme.

Par conséquent, lorsque Kelsen distingue l'Etat sujet du droit international qui n'est autre que l'ordre juridique étatique total se déployant dans ses sphères de validité et l'Etat-Administration, il ne parle que d'emboîtements d'ordres juridiques, tout comme l'ordre

16 *Théorie pure du droit*, op. cit. p. 354 et p. 388. S. Lemaire a mal compris ces passages de Kelsen. V. par exemple, p. 28 où elle indique que Kelsen souscrit à l'idée que l'Etat se compose de trois éléments, « le peuple, le territoire et la puissance publique qui est exercée par un gouvernement d'un Etat indépendant ». Mais dans cette citation de la p. 380 de la *Théorie pure*, Kelsen écrit qu'il s'agit là de « la théorie de l'Etat traditionnelle », tandis que lui ne les conçoit « que comme des données concernant la validité et les domaines de validité d'un ordre juridique », ce qui est tout à fait autre chose. En particulier pour Kelsen, l'Etat n'est pas la « personnification de la nation ». V. la réfutation de cette thèse (réfutation implicite, car Kelsen ne la nomme pas mais c'est bien de cela qu'il s'agit), *Théorie pure*, p. 380-381, lorsqu'il traite du « peuple de l'Etat ».

17 *Ibid.*, pp. 380-383.

18 *Op. cit.*, supra, n. 7.

19 *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 354.

juridique total de l'Etat s'emboîte lui-même dans l'ordre juridique international pour former un ordre juridique universel et unique²⁰ :

« L'identité de l'Etat comme sujet du droit international et sujet du droit étatique signifie qu'en dernière analyse, l'ordre juridique international qui oblige et autorise l'Etat et l'ordre étatique – qui désigne des individus qui, en leur qualité d'organes de l'Etat, remplissent ses obligations internationales et exercent ses droits fondamentaux – forment un seul et même ordre juridique universel »²¹.

S. Lemaire pressent le problème lorsqu'elle note que « ... on ne peut nier qu'organiquement les plus hautes instances étatiques, les ministres, représentent l'Etat, sujet de droit international, en même temps qu'ils appartiennent à l'Administration ». Et en effet comment imaginer que la France qui a conclu, par l'intermédiaire de ces organes, un traité avec un pays étranger ne soit pas la même personne qui exécute le traité par l'intermédiaire de ces mêmes organes dans son ordre juridique interne ?

Mais puisque l'Etat, sujet de droit international et l'Etat-Administration ne sont décidément pas deux personnes, comment imaginer leurs rapports ? Sur le mode de la « corporation » en droit interne répond Kelsen. Par corporation, il faut entendre une personne morale comme une association ou une société. La corporation est en effet et d'abord constituée conformément aux lois de l'Etat qui en règle le fonctionnement, en désigne les organes, etc. et constitue à son égard un ordre juridique total. Mais en même temps, elle est régie par ses statuts qui sont la base de son ordre juridique partiel interne. Ainsi donc, « de même que pour les corporations soumises à l'ordre juridique étatique, on peut distinguer également en ce qui concerne l'Etat, en tant que corporation soumise au droit international, des obligations et des droits externes, et des obligations et des droits internes ; les premiers sont établis par le droit international, les seconds sont établis par l'ordre juridique étatique »²².

Cette présentation de la théorie kelsénienne de l'Etat nous semble répondre aux difficultés recensées par S. Lemaire dans son chapitre préliminaire. En tout cas, la théorie de la double personnalité de l'Etat ne nous semble pas défendable. S'agissant alors des contrats, quelles sont les conséquences de ces analyses ? Il est bien clair tout d'abord qu'un contrat peut être conclu *au sein* de l'ordre juridique étatique total, par un particulier (national ou étranger) avec l'Etat

20 *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 416.

21 *Ibid.*, p. 423.

22 *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 384.

personnification de l'ordre juridique partiel (l'Etat-Administration)²³. Ce contrat, qu'on l'appelle administratif (et éventuellement contrat administratif international) ou non, est régi par les règles de l'Etat.

Mais il est tout aussi clair, à nos yeux, que le contrat peut être conclu, par un particulier avec l'Etat au sens du droit international, *i.e.* l'ordre juridique étatique total. Et dans ce cas, notre proposition que ce contrat est régi par le droit international public sort renforcée, car c'est seulement aux yeux de ce droit que l'Etat peut être appréhendé en tant que sujet du droit international. Seul l'ordre juridique international connaît pleinement cet être spécial qu'est l'Etat souverain et seul il est susceptible de produire un régime juridique qui puisse régir les contrats conclus par cet être avec des personnes privées. Si donc on admet qu'un contrat est conclu avec cet être-là (l'Etat souverain), l'opération ne peut se situer qu'au sein de l'ordre juridique du droit international public et non au sein d'un *vacuum*, comme le défend P. Mayer²⁴.

2. L'INDIVIDU EN TANT QUE SUJET DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

L'une des caractéristiques importantes, à nos yeux, de la théorie du contrat d'Etat est qu'elle confirme, dans le domaine du droit international économique, la possibilité pour les particuliers (personnes physiques ou morales) d'être des sujets à capacité limitée du droit international, ainsi qu'on le constate déjà dans d'autres

²³ Encore faut-il noter que l'Etat-Administration, au sens de Kelsen, ne correspond pas à « l'administration » au sens du droit administratif français. Le législateur et les tribunaux eux-mêmes sont aussi des organes de cet ordre juridique partiel dénommé Etat-Administration. On peut suggérer que cet ordre juridique partiel est celui constitué par l'ensemble des normes secondaires au sens hartien du terme, dans la mesure où ces normes secondaires commandent le fonctionnement de « l'appareil d'Etat » : production et modification des normes primaires et application de celles-ci par l'intermédiaire de l'administration et des tribunaux.

²⁴ S. Lemaire présente encore un argument (p. 157) tenant à la comparaison entre Etats et organisations internationales. Tout comme les Etats, les organisations internationales disposeraient d'une double personnalité : personne internationale sujet du droit des gens et personnalité interne au sein de leur propre ordre juridique. Or, selon deux auteurs qu'elle cite (S. Bastid et Glavanis), les contrats avec des personnes privées seraient toujours passés par l'organisation en tant que personne interne. Nous avons montré dans notre étude citée *supra* que ce n'était pas toujours le cas et que, de façon remarquable, certaines organisations (comme la BERD) semblent bien prévoir la possibilité de contrats entre l'organisation, sujet de droit international, et un cocontractant privé (V. pp. 261-263, n° 34-39).

domaines comme le droit international des droits de l'homme ou le droit international pénal.

Dans ces deux cas, on constate soit que l'individu dispose de droits qui lui ont été attribués par une convention internationale et qu'il peut faire valoir ces droits devant une juridiction internationale et contre l'Etat qui ne les aurait pas respectés (on aura compris que l'on raisonne ici sur l'exemple de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme); soit à l'inverse, qu'il est destinataire d'obligations du droit international pénal et que la violation de celles-ci peut le conduire à être jugé par des tribunaux internationaux, comme ceux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda aujourd'hui et demain, peut-être, par une Cour pénale internationale issue de la Convention de Rome de 1998²⁵.

2.1. Définition du sujet de droit international

Dans un vrai contrat d'Etat, *i.e.* un contrat passé par une personne privée avec un Etat sujet du droit international, nous constatons que grâce à la clause compromissoire, et tout particulièrement celle faisant référence au Cirdi, la société en litige avec son cocontractant étatique peut échapper aux juridictions internes et attirer l'Etat devant une juridiction arbitrale internationale²⁶.

A partir de là, et en ayant aussi à l'esprit les exemples tirés du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international, nous avons donné la définition suivante du sujet de droit international : « Toute personne capable d'entrer en litige

²⁵ Sur la Cour pénale internationale, v. J.-F. DOBELLE, « La Convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », *AFDI*, 1998, pp. 356-369 ; Ph. WECKEL, « La Cour pénale internationale, présentation générale », *RGDIP*, 1998, pp. 983-993 ; le débat sur la Cour pénale internationale dans la *RGDIP*, 1999, pp. 7-45, avec les textes de L. Condorelli, J.-A. Carillo-Salcedo et S. Sur. Pour une étude générale, v. R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public. De la sanction pénale des individus par les juridictions internationales*, thèse Paris II, 2000. Cet auteur, cependant, défend une interprétation restrictive de la responsabilité pénale de l'individu qui n'existerait que lorsque la personne agit en qualité d'organe étatique *de jure* ou *de facto*. Pour une opinion contraire, v. par exemple H. Lauterpacht, « A soldier who, for the satisfaction of private gain or lust, is guilty of murder or plunder in occupied territory or, generally, in the theatre of operations, is guilty of a war crime *jure gentium* ». Et ce n'est que dans un deuxième temps que Lauterpacht examine le cas des individus agissant en tant qu'organe de l'Etat, « The Subjects of the Law of Nations », *Law Quarterly Review*, 1948, p. 106.

²⁶ « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, pp. 264-272.

directement avec un autre sujet du droit international en tant que tel et, éventuellement, d'attirer ce sujet devant une juridiction internationale (sous réserve du consentement donné par celui-ci sous une forme ou une autre)²⁷.

On a remarqué, à juste titre, que la définition présupposait en fait l'existence de « vrais » sujets du droit international, ou des sujets « naturels », pour lesquels le problème de la personnalité internationale ne se pose pas, c'est-à-dire en clair les Etats. Et c'est seulement en ayant ce présupposé que nous pouvons déduire que ceux qui peuvent attirer ces « vrais » sujets devant une juridiction internationale (ou être attirés par eux) seraient eux aussi des sujets du droit international. Notre définition ne valant pas pour tous les sujets de la même façon perdrait ainsi sa pertinence.

La critique est juste, mais sa conclusion ne l'est pas. Tout internationaliste sait que l'ordre juridique international ne connaît qu'une seule catégorie de sujets « primaires » ou « originaires » ou « pléniers » ou « spécifiques », à savoir les Etats. Ceux-ci possèdent, *ab initio* et sans nécessité d'aucune habilitation préalable, tous les droits et toutes les compétences reconnus par le droit des gens et sont soumis à toutes les obligations du droit international général. Les organisations interétatiques ne sont que des sujets « dérivés » dont l'étendue des compétences, des droits et des obligations dépend de leur acte constitutif. Il n'y aurait aucune incohérence à penser que l'individu pourrait lui aussi, sous certaines conditions, être un sujet dérivé du droit international. Parlant plus spécialement des accords entre Etats et personnes privées, J.-P. Jacqué notait déjà en 1972 : « Admettre que l'individu puisse, dans le cadre des relations contractuelles, être reconnu comme sujet de droit, à capacité limitée, ne nécessite pas l'introduction de concepts nouveaux en droit international »²⁸.

²⁷ *Ibid.*, p. 266, n° 48. Il faudrait en fait ajouter (pour prendre en compte le droit international pénal) : « Toute personne capable d'attirer un sujet de droit international devant un tribunal international ou susceptible d'être attirée par lui devant un tribunal international ».

²⁸ J.-P. JACQUE, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, pp. 282-283. Même opinion chez J.A. BARBERIS : « Etant donné que les accords quasi internationaux [ce que nous appelons contrats d'Etat] font partie du droit des gens, il en résulte, et c'est une conséquence logique, que les parties contractantes sont titulaires de droits et d'obligations sur le plan international. Cela signifie donc que les personnes privées qui concluent des accords quasi internationaux avec les Etats ou avec d'autres entités internationales acquièrent, de ce fait, la qualité de sujets du droit des gens », « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *Rec. cours La Haye*, 1983/I, pp. 145-304, p. 206.

On pourrait même aller plus loin en considérant que tout ordre juridique connaît d'une part des sujets primaires, à savoir ceux qui sont nécessaires à l'existence de cet ordre, et des sujets « secondaires » ou « dérivés » qui n'apparaissent que dans un deuxième temps. Ainsi, le droit interne a pour sujets primaires les individus et le droit international, les Etats. Mais cela n'empêche aucunement que des sujets « secondaires », « dérivés », puissent tout à fait être accueillis dans un ordre construit en premier lieu autour de sujets primaires. C'est le cas, en droit interne des personnes morales par rapport aux personnes physiques. Il y a donc là aussi, et comme en droit international, une hétérogénéité des sujets de droit.

De sorte que nous n'éprouvons aucune gêne à préciser la définition donnée *supra* de la façon suivante : les personnes privées peuvent être considérées comme des sujets à capacité limitée du droit international, à partir du moment où a) il est montré que, dans un domaine précis, elles peuvent entrer en litige directement avec un sujet primaire du droit international (*i.e.* un Etat), ou avec un sujet dérivé dont la personnalité est déjà reconnue par le droit international général (les organisations interétatiques) et b) peuvent attirer l'un ou l'autre de ces sujets devant une juridiction internationale (toujours sous la réserve du consentement) ou être attirées par lui²⁹.

2.2. Sujets du droit international et « communautés juridiques » du droit international

Kelsen va même plus loin dans la différenciation des sujets du droit international. Dans sa « Contribution à la théorie du traité international », il présente une distinction originale, entre les sujets du droit international et les *communautés juridiques* aptes à participer à la conclusion de traités³⁰. En ce qui concerne les particuliers, Kelsen réaffirme qu'ils sont des sujets du droit international dans la mesure

²⁹ Cette précision nous amène à reprendre à notre compte une expression utilisée par F. Rigaux, « Des dieux et des héros - Réflexions sur une sentence arbitrale », *Rev. crit. DIP*, 1978, pp. 435-459, p. 446 : ce sont les Etats qui donnent la « carte de membre du club » international aux particuliers (et dans une moindre mesure les organisations interétatiques). Mais alors que F. Rigaux trouvait cette situation intolérable, nous n'y voyons que la conséquence d'une évolution du droit international que l'on peut regretter (ce n'est pas notre cas), mais qu'on ne peut nier.

³⁰ KELSEN, « Contribution à la théorie du traité international », *Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts/ Revue internationale de la théorie du droit*, 1936, pp. 253-292, pp. 261-262, § 13. V. aussi les longs développements sur les sujets du droit international dans le *Rec. cours La Haye*, 1932/IV, pp. 141-172 et, sous une forme plus résumée, dans le *Rec. cours La Haye*, 1953/III, pp. 93-97. V. aussi H. Lauterpacht. V. « Règles générales du droit de la paix », *Rec. cours La Haye*, 1937/IV, pp. 215-243 et partic. pp. 240-243.

où ils sont les destinataires d'obligations ou de droits internationaux et qu'ils ont également reçu la faculté de plaider devant des tribunaux internationaux³¹. Mais pour autant les individus n'ont pas la capacité de conclure un traité avec un Etat. En effet, de la même façon que le droit international coutumier ne s'attache qu'à la pratique des Etats, « le droit international conventionnel (des traités) n'est, lui aussi, créé que par les Etats ou par les communautés juridiques qui, au cours de l'évolution du droit des gens, ont obtenu, à côté des Etats, la capacité de créer du droit international... »³². Parmi ces communautés juridiques, Kelsen cite l'Eglise catholique, certaines Unions d'Etats, comme la Société des Nations, et certaines entités, comme les dominions britanniques³³.

Il y aurait donc, d'une part, les *communautés juridiques* qui seraient à la fois des sujets du droit international et qui pourraient participer à la création du droit sous forme de traités (on remarquera que les organisations internationales n'y sont pas encore mentionnées à titre général, mais seulement sous l'espèce de la Société des Nations); et, d'autre part, des sujets du droit international, personnes privées (physiques ou morales), qui n'auraient pas encore ce statut de communauté juridique du droit international à part entière. Mais à cela il faut ajouter les précisions suivantes : dans l'article sur la théorie de la coutume, Kelsen note que lorsque des particuliers se voient accorder par traité la possibilité de plaider contre des Etats devant un tribunal international, ils participent nécessairement à la création de la norme individuelle de droit international que posera le tribunal. Par là, ils participent à la création du droit jurisprudentiel international même s'ils « ne sont pas, ou pas encore, organes de création du droit

31 « Contribution à la théorie du traité international », *op. cit.*, p. 261, § 13. V. aussi « Théorie du droit international coutumier », *Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts/ Revue internationale de la théorie du droit*, 1939, pp. 253-274, § 22. Cependant sur le fait que la capacité internationale des individus au point de vue de la procédure n'est pas pour certains auteurs une condition nécessaire à l'acquisition de la personnalité internationale, V. *supra*, note 4.

32 « Contribution à la théorie du traité international », *op. cit.*, p. 261, § 13. 33 On peut aussi penser au statut actuel de la région administrative spéciale de Hong Kong qui peut participer à des organisations internationales, comme l'OMC par exemple, signer des accords commerciaux internationaux ou renouveler et amender les accords de services aériens allant vers la région administrative ou même en conclure de nouveaux. V. L. FOCSANEANU, « La déclaration conjointe du gouvernement de la République populaire de Chine et du gouvernement du Royaume-Uni sur la question de Hong Kong, signée à Pékin, le 19 décembre 1984 », *RGDIP*, 1987, pp. 479-532, pp. 494-497. Sur le problème du *jus contractus* des entités infraétatiques, v. Ph. GAUTIER, *Essai sur la définition des traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 102 et s. pour les communautés et régions en Belgique.

international [...] coutumier [ou...] contractuel » (souligné par nous)³⁴.

On voit l'importance de l'affirmation « pas encore ». Et de fait, dans l'étude sur la théorie du traité international, Kelsen précise : « Le fait que les traités internationaux ne sont conclus que par des Etats ou des communautés juridiques qui leur sont assimilées à cet égard, n'est pas une limitation qui résulte de l'essence du droit des gens, mais simplement de l'état actuel du droit des gens positif, de sa constitution actuelle. Rien ne s'oppose à ce que cet état de choses change par voie de coutume, c'est-à-dire que le cercle des sujets capables de créer le droit international conventionnel se rétrécisse ou - ce qui est plus vraisemblable - s'élargisse, par le fait que par exemple des minorités nationales ou religieuses acquièrent le droit de figurer comme parties à des traités »³⁵.

Les hypothèses envisagées par Kelsen ne se sont pas vérifiées, encore que le cas du statut des mouvements de libération nationale ait pu un moment laisser croire qu'ils pouvaient entrer dans le cercle des « communautés juridiques » au sens kelsénien. En revanche, il est maintenant clair que toutes les organisations interétatiques constituent de telles communautés. Des questions commencent à être soulevées à propos de certaines au moins des organisations non gouvernementales et d'ores et déjà une doctrine éminente reconnaît au Comité international de la Croix rouge une personnalité internationale³⁶.

34 « Théorie du droit international coutumier », *op. cit.*, p. 268, § 22.

35 « Contribution à la théorie du traité international », *op. cit.*, p. 262, § 13. Dans le même sens, v. P. WEIL, « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1970, pp. 13 et s., p. 18 : « Ce n'est pas par essence [...] mais en raison de données historiques fluctuantes que le droit international classique ne régit que des relations interétatiques et rien n'interdit d'admettre que son champ d'application puisse s'étendre à d'autres sujets de droit : il a déjà intégré les organisations internationales, et l'on ne voit pas en vertu de quel *a priori* des rapports contractuels "transnationaux" ne pourraient pas tomber à leur tour dans son orbite ». P. Weil semble avoir adopté une position plus restrictive sur la personnalité des individus en droit international, dans son cours de La Haye : « Le droit international en quête de son identité », *Rec. cours La Haye*, 1992/VI, pp. 110-122. V. aussi « Retour sur la notion de contrat d'Etat », *op. cit.*, *supra*, note 1, p. 265 note 48.

36 V. P. REUTER, « La personnalité juridique internationale du Comité international de la Croix rouge », in *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, pp. 205-214. Reuter note que « la possibilité de conclure des accords soumis à des règles de droit international public est la pierre de touche d'une personnalité juridique internationale » (p. 214), et constate qu'effectivement certains des accords conclus par le CICR avec des Etats ont été assimilés par les Etats en cause à des traités internationaux. Il en va de même pour des accords conclus avec des organisations

Quant aux particuliers, si la Cour internationale de justice a exclu, dans son arrêt *Anglo-iranian Oil Co*, qu'ils puissent conclure des traités avec les Etats³⁷, il semble bien, comme nous avons essayé de le montrer dans notre étude précédente, qu'ils peuvent passer des conventions régies, selon des modalités différentes, par le droit international avec des partenaires étatiques. Ces *contrats d'Etat*, pour les appeler par leur nom, constitueraient ainsi une nouvelle catégorie d'actes juridiques internationaux vis-à-vis desquels les individus seraient tout à la fois sujets du droit international et « communautés juridiques » aptes à créer du droit par la voie conventionnelle-contractuelle et, donc, pas seulement par leur participation à la fonction judiciaire³⁸.

On a aussi objecté que si l'individu est dans certains cas sujet du droit international, il serait dans cette position particulière tantôt sujet de droit interne et tantôt sujet du droit international. Nous ne voyons, pour notre part, aucune impossibilité ou inconséquence à cela.

Supposons des entreprises constituant des ententes sur le marché français. Elles peuvent tomber sous le coup de la réglementation française du droit de la concurrence sans tomber aussi sous le coup du droit communautaire (par exemple si leur effet sur le marché concerné est faible et n'affecte pas le commerce entre Etats membres). Mais si ces mêmes entreprises accroissent leurs activités et rendent plus difficile l'accès au marché national et ceci d'une manière

intergouvernementales (p. 213). Le statut international particulier du CICR a récemment été reconnu par une décision du 1er octobre 1999 de la troisième chambre de première instance du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie. V. « Chronique des faits internationaux », *RGDIP*, 1999, p. 984. V. aussi, R. SOGNO-BEZZA, *La personnalité juridique du Comité international de la Croix rouge*, thèse Paris, 1974, pp. 202-223.

37 V. Affaire de l'*Anglo-iranian Oil Co*, arrêt du 22 juillet 1952, *Recueil CJI*, 1952, p. 112 : « La Cour ne saurait admettre l'opinion suivant laquelle le contrat signé par le Gouvernement de l'Iran et l'*Anglo-Persian Oil Company* aurait un caractère double. Ce contrat n'est rien de plus qu'un contrat de concession entre un gouvernement et une société privée étrangère ».

38 Pour la défense de cette thèse, v. Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, pp. 247-280.

qui n'est plus insignifiante, elles seront appréhendées également par le droit communautaire³⁹.

Qu'y a-t-il d'étonnant à cela⁴⁰ ? Qu'y a-t-il d'étonnant à ce que des personnes soient à la fois sujets d'un droit interne, d'un droit régional comme celui des Communautés européennes et du droit international public, voire d'un ordre juridique transnational, comme les sportifs appartenant à une fédération sportive nationale et internationale⁴¹ ? Cette multi-appartenance peut créer des difficultés, mais elle exprime la réalité des choses⁴².

39 V. L. DUBOIS et Cl. BLUMANN, *Droit communautaire matériel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 348, pp. 360 et s.

40 On a également voulu voir dans toute la discussion sur le sujet du droit international une particularité (voire une bizarrerie) du droit international, car l'expression « sujet de droit » ne serait pas employée en droit interne. Mais qu'est-ce qu'un sujet ? C'est une *personne* au regard d'un ordre juridique qui lui reconnaît des droits, lui impose des obligations et lui permet d'agir devant les organes d'application du droit. Dans l'ordre interne, les sujets sont *presque* évidents : il s'agit (depuis que l'esclavage est aboli) de toutes les personnes physiques (sous réserve du cas des personnes n'ayant pas la capacité d'action comme les incapables, par exemple). Il s'agit aussi des personnes morales. Mais lorsqu'il s'est agi d'appréhender les personnes morales, on sait qu'un long débat a opposé les tenants de la fiction de la personnalité morale à l'école de la réalité de cette personnalité. V. M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 1995, pp. 84 et s. ; B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963. Et finalement, quel était le fond du problème ? Les personnes morales sont-elles vraiment des personnes indépendantes de leurs membres ? Autrement dit, les personnes morales sont-elles de vrais sujets du droit interne ? Une fois que l'on a répondu oui, la qualité de sujet de droit a disparu sous la qualification de « personnes physiques ou morales ». Sur toute cette question, v. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, Paris, LGDJ, 1924, 2 t. (par ex. t. 1, p. 7 où l'auteur note qu'au sens juridique du terme la personne morale « n'est autre chose qu'un sujet de droit »).

41 Pour une défense du pluralisme des ordres juridiques dont dépendent les individus, v. F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *Rec. cours La Haye*, 1989/I, pp. 9-408. V. aussi G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique. Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, Paris, LGDJ, 1990.

42 Par exemple dans l'affaire *Bosman*, l'opposition entre des mesures nationales visant à dissuader des footballeurs à quitter leur pays d'origine et le droit communautaire condamnant toute entrave à la liberté professionnelle, même si elles ne sont pas discriminatoires, CJCE 15 décembre 1995, C 415/93, *Rec.* pp. I-4921. SUR « L'ordre juridique transnational du football professionnel », v. F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *op. cit.*, pp. 283-291.

2.3. Les objections soulevées par la doctrine dualiste

En fait, et comme nous l'avons déjà écrit, l'obstacle majeur de ceux qui refusent d'accepter que l'individu puisse, sous certaines conditions, être sujet du droit international est à rechercher dans la conception dualiste selon laquelle le droit international et le droit interne sont deux mondes étanches régnant chacun sur des sujets différents. Il nous semble que l'évolution du droit international milite contre une telle conception des rapports de système, même si le dualisme connaît encore et toujours des défenseurs de talent.

C'est le cas, selon nous, du Professeur P. Mayer et nous avons discuté de ses thèses dans l'article cité *supra*⁴³. On voudrait juste retenir ici une remarque faite par S. Lemaire. Elle rappelle l'interrogation de son directeur de thèse se demandant : « Comment la société internationale pourrait-elle destiner des normes à des personnes sur lesquelles elle n'a aucun pouvoir, non seulement en pratique, mais de par la structure même de l'ordonnement juridique ? »⁴⁴. A cela, elle surenchérit en notant : « ... il nous apparaît que la même question pourrait être posée dans l'hypothèse, diamétralement opposée, de la soumission des sujets de droit international (sous-entendu les « vrais » sujets, les Etats) aux règles de l'ordre interne. En effet, comment l'ordre juridique interne pourrait-il destiner des normes à des personnes internationales sur lesquelles il n'a aucun pouvoir, non seulement en pratique, mais encore de par la structure même de son ordonnancement ? »⁴⁵.

Les deux questions nous paraissent typiques de la conception dualiste des rapports de système et elles nous paraissent également fausses. Si l'on prend, par exemple, les règles de droit interne sur les immunités des Etats, qu'elles soient formulées par le législateur ou par la jurisprudence. Et si l'on prend en considération l'évolution de ces dernières décennies qui ont amené plusieurs Etats à passer d'une conception absolue des immunités souveraines à une conception restreinte, on voit bien des règles de droit interne qui sont destinées à s'appliquer chaque fois que se présentera devant la juridiction interne un Etat se réclamant de ses prérogatives souveraines, telles que reconnues traditionnellement en droit international⁴⁶.

⁴³ « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, pp. 277 et s.

⁴⁴ P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », *Clunet*, 1986, pp. 5-78, p. 21

⁴⁵ S. LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, p. 97.

⁴⁶ Sur ces questions, v. M. COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités de l'Etat*, Paris, Pedone, 1996 ; I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles,

Inversement, s'agissant des normes de droit international destinées à des individus, on peut naturellement évoquer le vrai pouvoir de contrainte qui apparaît avec le fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux, mais aussi tous les cas où les tribunaux internes de l'Etat acceptent d'appliquer la norme internationale, conventionnelle ou coutumière en tant que telle (sans transformation du droit international en droit interne). Ce système est poussé à ses conséquences extrêmes par le droit communautaire où la Cour de Luxembourg veille à ce que les juridictions nationales donnent une efficacité maximale à la norme communautaire au détriment de la norme nationale. Or, et nous l'avons souvent soutenu, le droit communautaire n'est pas une espèce essentiellement différente du droit international. Il s'agit d'un droit international (régional) auquel les Etats ont donné les moyens d'une plus grande efficacité sans qu'aucun de ces moyens ne soit inimaginable pour le droit international « classique ». Mais bien évidemment, dans une optique moniste du droit des gens.

2.4. Rapports entre la personne privée et son Etat national du point de vue du droit international

Mme Lankarani El-Zein soutient, pour le critiquer, que l'octroi d'une personnalité internationale limitée au cocontractant, dans un contrat internationalisé, aurait pour conséquence de donner naissance à « deux sujets de droit international distincts sur le plan international, le cocontractant privé et son Etat national [...] créerait une obligation internationale en faveur de ces deux sujets à la fois... »⁴⁷. En effet, comme le note P. Weil :

« Dès lors qu'un contrat est internationalisé (...) cette circonstance produit également des effets quant à l'appréciation de l'acte illicite sur le plan de la responsabilité internationale classique entre Etats, puisque aussi bien ce sera par une seule et même démarche juridique que sera appréciée la conformité de l'action litigieuse par rapport aux obligations nées du contrat et par rapport à celles issues du droit international général, et que le même acte pourra engager tout à la fois la responsabilité internationale de l'Etat vis-à-vis de l'autre

Bruylant, 1998. En outre, à suivre le raisonnement de S. Lemaire, il serait tout à fait inconcevable que des juges nationaux soient amenés à se prononcer sur la licéité internationale d'un acte d'un Etat étranger. C'est pourtant une hypothèse qui se produit assez régulièrement, v. P. WEIL, « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des Etats étrangers », *AFDI*, 1977, pp. 9-52 où l'auteur note en particulier : « Loin d'être étanches l'un vis-à-vis de l'autre ou à l'égard de l'ordre international, les ordres juridiques nationaux collaborent constamment avec l'ordre international... » (p. 44).

⁴⁷ L.L. EL-ZEIN, *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, p. 152.

*Etat et sa responsabilité [internationale] contractuelle à l'égard de son cocontractant*⁴⁸.

Il faut cependant préciser que cette situation n'est pas susceptible de se produire à tout coup. Si le litige ne porte que sur l'inexécution du contrat invoquée par le partenaire privé, l'Etat national de celui-ci ne pourra intervenir, car il est généralement admis qu'une telle inexécution n'est pas un délit au regard du droit international général (c'est d'ailleurs une des raisons de l'invention du contrat internationalisé et de l'arbitrage transnational que de permettre au particulier de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'Etat devant une instance juridictionnelle tierce par rapport à celui-ci)⁴⁹. Si, en revanche, le litige porte sur une expropriation sans indemnité conforme au droit international, il y aura bien la possibilité pour l'Etat national de la personne privée d'intervenir, par l'exercice de la protection diplomatique. Mais là aussi, l'existence de clauses compromissaires ne permettra à l'Etat national de l'entreprise d'intervenir que si l'Etat d'accueil refuse de se prêter au règlement arbitral. C'est ce qui est prévu, en particulier, dans l'article 27 §1 de la Convention de Washington :

*« Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend »*⁵⁰.

Toutes les conventions bi ou multilatérales qui prévoient le règlement des différends entre l'Etat d'accueil et l'investisseur par un arbitrage Cirdi impliquent le respect de cet article 27 §1 de la Convention de Washington, que ce soit de façon implicite ou explicite⁵¹.

48 P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Rec. cours La Haye*, 1969/III, pp. 94-240, pp. 157-158.

49 V. S.M. SCHWEBEL, « On Whether the Breach by State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. III, pp. 401-413 ; P. WEIL, *op. cit.*, pp. 133-147.

50 Pour le commentaire de cet article, v. Ch. SCHREUER, *ICSID Review/Foreign Investment Law Journal*, 1997, n. 1, pp. 205-211 et également J.V. CHILLIDA, *El centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI)*, Madrid, Ciencias jurídicas/Mc Graw Hill, 1998, pp. 151-156. Pour une étude en français du Cirdi, v. S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage international pour le règlement des différends*, thèse Dijon, 1988.

51 V. par exemple l'article 8 §6 d'une convention de protection et de promotion des investissements conclue par le Chili en 1994 : « Once a dispute has

2.5. Sur l'inégalité entre l'Etat et la personne privée

Un autre argument de L. Lankarani El-Zein, et qui a été souvent présenté, est que par le statut juridique de droit international accordé à la partie privée dans la théorie du contrat d'Etat acte juridique international, celle-ci n'aurait que des droits et aucune obligation dans la sphère internationale. Ainsi « le droit international public viendrait à reconnaître qu'un acte contractuel, célébré sous son égide, consacrerait l'inégalité juridique des parties devant l'acte... » Seul l'Etat aurait à supporter les conséquences en droit international du principe *pacta sunt servanda*⁵². Pour arriver à cette conclusion, l'auteur s'appuie sur le paragraphe 47 de la sentence Texaco qui consacrerait, selon elle, le fait que seule la personne privée aurait des « capacités internationales spécifiques ». Elle bénéficierait donc de droits internationaux sans pour autant être soumise, à des obligations internationales. Mais elle fait dire à la sentence quelque chose qu'elle ne dit nullement. L'arbitre, dans ce paragraphe, cherche avant tout à montrer que le cocontractant privé a effectivement des capacités internationales spécifiques. Mais il ne discute tout simplement pas des obligations internationales de celui-ci, ce qui ne signifie pas qu'elles sont inexistantes. L'arbitre ne fait que constater qu'à « la différence de l'Etat, la personne privée n'a qu'une capacité limitée et sa qualité de sujet de droit international ne lui permet que de faire-

been submitted to the competent tribunal or international arbitration in accordance with this Article, neither Contracting Party shall pursue the dispute through diplomatic channels unless the other Contracting Party has failed to abide or comply with any judgement, award, order or other determination made by the competent international or local tribunal in question », texte dans UNCTAD, *International Investment Instruments : A Compendium*, vol. III, New York et Genève, 1996, p. 147. De même, dans un contrat traité bilatéral conclu par la Suisse, art. 9 : « Neither Contracting Party shall pursue through diplomatic channels a dispute submitted to the Centre [Cirdi], unless [...] b) the other Contracting Party does not abide and comply with the award rendered by an arbitral tribunal » (*op. cit.*, p. 181). S'agissant de l'Alena, l'article 1136 institue le règlement par arbitrage (Cirdi ou arbitrage *ad hoc* sur règlement Cnudci) d'un litige entre un Etat partie et un investisseur national d'un autre Etat partie. Le paragraphe 5 de cet article prévoit que si un Etat partie n'exécute pas la sentence arbitrale, l'Etat national de l'investisseur peut demander la constitution d'un panel de l'article 2008 pour régler le litige entre les deux Etats. Pour le texte de l'Alena, v. *ILM*, 1993, n. 3, pp. 605 et s.

52 *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international...*, *op. cit.*, p. 159.

valoir, dans le champ du droit international, les droits qu'elle tient du contrat »⁵³.

Plus pratiquement, on a dénoncé le fait que les clauses compromissaires contenues dans les contrats d'Etat permettaient au cocontractant privé de traîner un Etat devant une juridiction arbitrale alors que l'inverse se produisait rarement. Il faut pourtant bien admettre que l'Etat et la personne privée sont placés sur un pied d'égalité s'agissant de la saisine d'un tribunal arbitral. Ainsi, l'article 36 §1 de la Convention de Washington prévoit expressément la procédure à suivre pour « un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant qui désire entamer une procédure d'arbitrage... » (c'est nous qui soulignons). Et il en va de même dans les arbitrages *ad hoc*.

Si, dans la pratique, c'est souvent l'Etat qui est déféré devant la juridiction arbitrale et non l'inverse, c'est soit parce que l'Etat a agi d'une certaine façon contestée par son cocontractant (modification unilatérale du contrat, par exemple), soit parce qu'il n'a pas agi comme attendu, par exemple en se refusant de régler le prix du contrat⁵⁴. Son partenaire doit donc prendre l'initiative, mais rien n'interdirait que ce soit l'Etat qui saisisse en premier la juridiction arbitrale en mettant en cause la responsabilité contractuelle du partenaire privé.

Le problème, dit-on, est plus grave lorsqu'il s'agit d'un arbitrage sans qu'il existe au préalable un lien contractuel entre l'entreprise et le pays d'accueil de l'investissement (*arbitration without privity*)⁵⁵. On sait qu'une telle possibilité a été reconnue dans les arbitrages du Cirdi AAPL c/ Sri Lanka (ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990)⁵⁶ et SPP c/ Egypte (ARB/84/3, sentence sur le fond du 20 mai 1992)⁵⁷. On a noté

53 Sentence Texaco-Calasiatic c/ Gouvernement libyen, *Clunet*, 1977, pp. 351-389, p. 361.

54 V. par exemple l'affaire Klöckner c/ République unie du Cameroun et SOCAM, (ARB/81/2, sentence du 21 octobre 1983), *Clunet*, 1984, pp. 409-440. Le Cameroun refusant de payer les travaux exécutés par Klöckner, accusé de l'avoir trompé, a amené celui-ci à saisir le Cirdi.

55 V. J. PAULSSON, « Arbitration without privity », *ICSID Review/Foreign Investment Law Journal*, 1995 n° 2, pp. 232-257.

56 V. E. GAILLARD, « Chronique », *Clunet*, 1992, pp. 216-232 et *ICSID Review/Foreign Investment Law Journal*, 1991, pp. 526-597.

57 V. E. GAILLARD, « Chronique », *Clunet*, 1994, pp. 229-247 ; G. DELAUME, « L'affaire du plateau des pyramides et le Cirdi. Considérations sur le droit applicable », *Rev. arb.*, 1994, pp. 39-94. Certains commentateurs se sont étonnés de cette jurisprudence Cirdi. Elle découle pourtant d'une lecture assez simple de l'article 25. P. Reuter, ayant à présenter la compétence du Cirdi lors d'un colloque tenu en 1968, envisage explicitement ce cas. C'est ainsi qu'il écrivait : « La grande liberté donnée par la Convention permet d'envisager toutes sortes de consentements. La plus simple serait une clause compromissaire dans

que cette jurisprudence aboutissait à ce que les Etats d'accueil de l'investissement, qui ont conclu des traités bilatéraux de protection des investissements (et il en existait en décembre 1997 plus de 1500)⁵⁸ prévoyant l'acceptation de l'arbitrage Cirdi, se trouvaient à la merci d'une saisine unilatérale du Cirdi par des entreprises qu'eux-mêmes ne pourraient attirer devant le tribunal d'arbitrage, faute de l'existence d'un lien contractuel⁵⁹.

Mais l'Etat se trouve-t-il, dans cette hypothèse, en position de faiblesse ? Nullement. Dans le cas où l'Etat reproche quelque chose à un investisseur donné, il lui suffit d'agir unilatéralement, en saisissant ses propres tribunaux. Comme le note pertinemment J-M. Jacquet : « S'il est exact que le déclenchement de la procédure n'est à la disposition que d'une seule partie (l'investisseur) [...] il reste que l'Etat ne sera guère à plaindre s'il est conduit à saisir ses propres tribunaux,

un "accord d'investissement" ; mais il peut y en avoir bien d'autres ; par exemple un Etat promulgue dans une loi la règle suivant laquelle certains accords d'investissements [...] comporteront de plein droit compétence du Centre pour connaître de certains litiges qui en dériveraient : le jour où un particulier ressortissant d'un Etat contractant conclut un tel accord [...] il donne son consentement qui va rejoindre celui que l'Etat a donné auparavant. En modifiant légèrement le précédent exemple, on peut imaginer un traité bilatéral par lequel deux Etats donnent leur consentement à l'avance à la compétence du centre à l'égard de leurs nationaux ; le consentement des nationaux sera donné comme dans l'exemple précédent », *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Travaux du CREDIMI, Paris, Pedone, 1969, p. 14. Il y a néanmoins dans le texte de Reuter une ambiguïté, car il n'est pas clair s'il vise uniquement un accord d'investissement conclu avec l'Etat d'accueil ou s'il vise également un accord d'investissement où l'Etat n'est pas partie. Nous ne pensons pas que le raisonnement de P. Reuter aurait été différent dans ce cas.

58 V. Ch. LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements », in *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Journées d'étude de la SFDI, Paris, Pedone, 1999, pp. 7-32, p. 9.

59 V. G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Rev. arb.*, 1995, pp. 3-37, p. 15.

dont au demeurant l'investisseur ne pourrait se plaindre s'il a de lui-même renoncé à saisir le Cirdi »⁶⁰.

Par conséquent, l'Etat peut donc toujours, soit directement saisir le Cirdi (sur la base d'une clause compromissaire), soit indirectement, en prenant unilatéralement des mesures qui pousseront l'investisseur à se tourner vers le Cirdi. C'est le schéma qui a été suivi dans l'affaire Klöckner⁶¹.

3. LA SAISINE D'UNE JURIDICTION INTERNATIONALE PAR LA PERSONNE PRIVEE

L'élément central dans notre conception du contrat d'Etat, comme acte international, et de l'individu, comme sujet à capacité limitée du droit international, est la possibilité pour celui-ci de saisir unilatéralement une juridiction internationale pour trancher son litige

60 J.-M. JACQUET, « Contrat d'Etat », *op. cit.* Il faut rappeler en outre, que selon l'article 26 de la Convention de Washington : « Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés ». On est dans ce cas en présence d'un mécanisme comparable à celui de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais si cette condition n'a pas été stipulée expressément « [le] consentement des parties à l'arbitrage dans la présente Convention est [...], considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours ». Si donc un Etat, qui n'a pas fait inscrire, dans la clause compromissaire ou dans le traité bilatéral de protection des investissements, l'obligation d'épuiser les recours internes, saisit ses propres tribunaux, l'investisseur saisira le Cirdi qui réaffirmera l'exclusivité de sa compétence. L'arbitrage pourra être mis en place et aller jusqu'à son terme même si l'Etat s'y oppose (v. les articles 37 à 40 sur la constitution du tribunal, l'article 45 § 2 sur la procédure en l'absence d'une partie, etc.). La question est plus complexe lorsque les textes offrent un choix aux parties entre une procédure nationale et l'arbitrage Cirdi. Selon le libellé des clauses, le Cirdi pourra être saisi comme instance d'appel des décisions nationales ou, au contraire, on pourra considérer que l'investisseur ayant opté pour une procédure nationale a renoncé à toute action devant le Cirdi. V. Ch. SCHREUER, « Commentaire de l'article 26 de la Convention de Washington », *ICSID Review/Foreign Investment Law Journal*, 1997, n. 1, pp. 154-203, pp. 170-175.

61 V. *supra*, note 4. Ce point avait été relevé très tôt par P. Reuter qui, en présentant le mécanisme Cirdi lors d'un colloque tenu à Dijon en 1968, notait : « ... la Convention protège non seulement l'investisseur mais elle protège l'Etat ; l'Etat peut-être demandeur et on peut être à peu près certain d'un point de vue de technique procédurale que le jour où un particulier mettrait en marche la protection prévue dans la convention [de Washington], et déclencherait par exemple un arbitrage, l'Etat attaqué présenterait immédiatement une demande reconventionnelle », Introduction générale, in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, *op. cit.*, p. 7.

avec l'Etat⁶². Ce qui soulève le problème délicat de savoir ce qu'est exactement une juridiction internationale.

3.1. Rejet de la pétition de principe qu'un individu ne peut jamais saisir une juridiction internationale

La possibilité d'accès des particuliers à des juridictions internationales a été accordée principalement lors de la constitution de tribunaux arbitraux mixtes, chargés de régler les litiges entre particuliers et les Etats, même si des exemples remontant au XIXe siècle existent également⁶³. Inversement, la possibilité pour des tribunaux internationaux de juger des particuliers, sur la base du droit international, a été reconnue dans toute son ampleur, lors de la constitution des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo. Dans les deux cas (tribunaux arbitraux mixtes et tribunaux militaires internationaux), le caractère international de ces juridictions a été mis en doute par la doctrine internationaliste d'inspiration dualiste pour laquelle l'individu ne peut jamais accéder à la sphère du droit international public.

C'est ainsi que Anzilotti, dans son *Cours de droit international*, écrit :

« Quant aux tribunaux arbitraux mixtes institués par les récents traités de paix, ce sont des organes juridictionnels communs à deux Etats et non pas des organes juridictionnels internationaux [...]. Les dispositions des traités en question, qui accordent à l'individu le droit de recourir aux tribunaux arbitraux mixtes et établissent les règles applicables par ces tribunaux sont devenues des normes internes de chacun des Etats contractants, grâce à l'approbation régulière et à la publication du traité dans les modalités exigées par la constitution, et composent un droit interne uniforme dont la réalisation uniforme est garantie par l'existence de l'organe juridictionnel commun »⁶⁴.

62 Il n'est pas utile pour notre raisonnement d'envisager la situation inverse, i.e. la possibilité, en droit international pénal, de déférer un particulier devant un tribunal international. V. *supra*, 2.1.

63 V. S. SEFERIADES, « Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales », *Rec. cours La Haye*, 1935/I, pp. 5-120 ; F.A. Von Der HEYDTE, « L'individu et les tribunaux internationaux », *Rec. cours La Haye*, 1962/III, pp. 297-357, pp. 313-319.

64 D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, *op. cit.*, pp. 135-136. Lauterpacht rejette cette analyse. Dans « The Subjects of the Law of Nations » (*op. cit.*, p. 452), il écrit : « These explanations cannot be accepted as expressing the correct legal position. Although the claimants could avail themselves of the assistance of the agents appointed by their governments, there was nothing to prevent them from pursuing their claims unaided ». V. aussi LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, Londres.

Une partie de la doctrine italienne d'après-guerre a continué à refuser de qualifier les tribunaux militaires internationaux de juridictions internationales et les considéraient comme des tribunaux de nature interne institués par l'autorité suprême qu'exerçaient les Alliés sur les territoires allemands et japonais⁶⁵.

Une telle position n'est pas tenable au regard du développement que connaît le droit international ni en ce qui concerne les tribunaux pénaux internationaux ni en ce qui concerne les litiges pécuniaires entre les Etats et les personnes privées sans même parler des procédures internationales pour la protection des droits de l'homme. Sauf à recourir à des constructions juridiques quelque peu extravagantes, on doit reconnaître que la position prise par Kelsen dès les années vingt, reconnaissant la possibilité pour le droit international de mettre directement à la charge des personnes privées des obligations et d'investir celles-ci de droits qu'elles peuvent faire valoir devant des tribunaux internationaux, traduit effectivement l'état du droit international positif⁶⁶.

3.2. Les tribunaux « mixtes » peuvent-ils être considérés comme des juridictions internationales ? Cas des tribunaux Cirdi

C'est la question à laquelle il faut maintenant répondre, une fois admis que les particuliers peuvent avoir accès à de telles

Stevens, 1950, p. 65, n. 10 où il s'en prend aux *dogmatic statements* d'Anzilotti « *out of date [...] with the recent developments and trends of international law...* ».

65 V. les auteurs cités par R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat* en droit international public, *op. cit.*, p. 346, n. 5. Pour l'opinion contraire, v. Balladore-Pallieri : « On ne peut en aucun cas dire que le tribunal de Nuremberg (et le tribunal de Tokyo) aient été des tribunaux extraordinaires de la France, des Etats-Unis, de la Grande-Bretagne et de l'Union soviétique, insérés dans les ordres internes de ces Etats, et qu'au nom de ces ordres internes ils prononçaient des condamnations. Tout ceci serait une construction de pure fantaisie. Les quatre Etats précités ont au contraire déclaré remplir une fonction internationale, dans l'intérêt de toutes les Nations Unies, et ils ont fait tirer directement de l'acte international qu'ils avaient conclu la constitution des tribunaux. », *Diritto internazionale pubblico*, Milan, Giuffrè, 1962, p. 221, cité et traduit par R. Maison, *op. cit.*, p. 347 n. 7.

66 V. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 394-396 et Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, pp. 264-266. Ce n'est donc pas « la conception positiviste du droit international » comme droit exclusivement interétatique qui est responsable du refus d'accorder la qualification de tribunaux internationaux à ceux qui sont accessibles aux particuliers, comme l'écrit L. CAVARE, « La notion de juridiction internationale », *AFDI*, 1956, pp. 496-509, p. 506, mais uniquement la branche dualiste du positivisme.

juridictions. On rappelle que l'on désigne actuellement par les expressions tribunaux « mixtes » ou tribunaux « transnationaux » ces juridictions constituées pour trancher des litiges entre Etats et particuliers, principalement dans le domaine des investissements internationaux⁶⁷.

Pour répondre à la question posée (s'agit-il de juridictions internationales ?), on raisonnera d'abord sur le cas des tribunaux Cirdi afin de suivre la méthode consistant à commencer par les cas les plus faciles pour aborder ensuite ceux qui le sont moins⁶⁸. En effet, dans le cas des tribunaux Cirdi, on est en présence a) de tribunaux constitués sur la base d'un traité international, b) dont la procédure est elle-même prévue par ce traité, c) de tribunaux qui appliquent le droit international, d) de tribunaux qui traitent de questions internationales et e) qui disposent de procédures de recours spécifiques établies par traité.

a) Des tribunaux créés sur la base d'un traité

Il semble qu'il puisse exister des tribunaux constitués par traité et qui pourtant sont des juridictions internes. C'est le cas, essentiellement, dans l'hypothèse d'un traité mettant en place une fédération. Comme l'écrit Von der Heydte : « Presque toutes les constitutions [...] fédérales nous apparaissent d'abord comme étant des traités de droit international public. Mais dès que [...] la fédération [a été réalisée], le traité qui était jusqu'alors un élément du droit international public change de nature »⁶⁹. Un exemple récent d'une telle opération est fourni par la réunification de l'Allemagne

67 V. St. J. TOOPE, *Mixed International Arbitration. Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1990.

68 On ne traitera pas ici du tribunal des différends irano-américain par manque de place. Mais nous partageons totalement l'avis de Michel Virally qui y voit « une institution tout à fait classique et bien connues des internationalistes [...], l'arbitrage de droit international public », du même type que les tribunaux arbitraux mixtes constitués après les conflits de la Première et de la Seconde Guerres mondiales. V. CEDIN, *Le tribunal des différends irano-américains*, Université Paris X, 1985, p. 50. Un avis différent est donné par Ph. FOUCHARD, « La nature juridique de l'arbitrage du Tribunal des différends irano-américains », pp. 27-48 qui penche pour une institution *sui generis*.

69 Von der HEYDTE, « L'individu et les tribunaux internationaux », *op. cit.*, p. 309. L'auteur raisonne à la fois sur les « constitutions fédérales et confédérales », mais c'est là une erreur. Il n'y a pas de Constitution (au sens interne du terme) dans une confédération car celle-ci ne constitue pas un Etat. Le traité fondateur de la confédération reste un traité. V. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, *op. cit.*, *supra*, note 15, pp. 365-372. En revanche le traité fondateur d'une fédération lui se transforme en constitution interne du nouvel Etat. V. L. LE FUR, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, thèse Paris, 1896, reprise Université Panthéon-Assas, Paris II, 2000, pp. 564-589 et plus récemment Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, t.1, p. 429.

réalisée par le traité du 31 août 1990 entre la RFA et la RDA, traité entré en vigueur le 3 octobre 1990, qui emporte des effets internationaux en tant que traité (disparition de la RDA en tant qu'Etat souverain) et qui est en même temps un texte à valeur constitutionnelle pour la RFA⁷⁰. Un autre exemple, un peu plus complexe, est celui de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine, énoncée à l'Annexe 4 de l'Accord-cadre négocié à Dayton et signé à Paris le 14 décembre 1995, qui prévoit dans son article VI.1 la mise en place d'une Cour constitutionnelle⁷¹.

Cependant, en dehors de ces cas très spécifiques (et il est possible qu'on puisse en trouver d'autres), il existe une forte présomption qu'une juridiction créée par traité soit effectivement une juridiction internationale. C'est ce que pensait Ch. Rousseau qui écrivait : « Le critère véritable de la nature d'un tribunal [est] d'ordre formel et résid[e] [...] dans l'acte qui est à la source de sa création et de ses pouvoirs : c'est l'existence d'un traité international qui constitue à cet égard le critère décisif⁷² ». C'est là aussi l'opinion de F. Rigaux qui en conclut que les seules instances arbitrales « mixtes », mais internationales, sont celles du Cirdi et le tribunal des différends irano-américains⁷³.

On pourrait arrêter là notre enquête. Il est intéressant cependant de passer en revue d'autres critères qui viennent confirmer encore la qualification de juridiction internationale et qui pourraient servir dans l'hypothèse où l'on ne se trouverait pas devant un tribunal créé par traité.

b) Une procédure arbitrale régie par le droit international

Là aussi, dans le cas du Cirdi, la situation est claire. La majeure partie de la procédure est inscrite dans la Convention de Washington : la voie à suivre pour entamer une procédure d'arbitrage (art. 36), la constitution du tribunal (art. 37-40), les pouvoirs et les fonctions du tribunal (art. 41-47), l'établissement de la sentence (art. 48-49), l'interprétation, la révision et l'annulation de la sentence (art. 50-52), le remplacement et la récusation des arbitres (art. 56-58). L'article 44 prévoit en outre que la procédure d'arbitrage est menée selon les dispositions prévues par le traité « et, sauf accord contraire des parties au Règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont

70 V. M. FROMONT, « Les techniques juridiques utilisées pour l'unification de l'Allemagne », *Rev. fr. de dr. const.* 1991, n° 8, pp. 579-596. Tout ce numéro de la revue est d'ailleurs à lire.

71 V. R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, op. cit., p. 347 note 6.

72 Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1983, t. V p. 382.

73 F. RIGAUX, « Contrats d'Etat et arbitrage transnational », *Rivista di diritto internazionale*, 1984, pp. 489-505, p. 502.

consenti à l'arbitrage⁷⁴ ». Si une question apparaît qui n'est réglée par aucun texte, « elle est tranchée par le tribunal. »

Il n'est guère nécessaire d'en dire plus, si ce n'est que le droit applicable à la clause compromissoire Cirdi est bien le droit international, en l'occurrence le droit posé par le Traité de Washington⁷⁵.

En ce qui concerne le tribunal des différends irano-américains, c'est le règlement d'arbitrage de la Cnudci qui a été adopté avec un certain nombre de modifications⁷⁶. Même si ce texte peut tout aussi bien être adopté dans un arbitrage commercial international entre parties privées, il n'empêche qu'il s'agit d'un texte élaboré dans une enceinte internationale et qu'il n'a pas la nature d'un texte de droit interne. Adopté par un tribunal arbitral constitué par traité, le règlement a pleinement la nature d'un texte de droit international.

c) Un tribunal appliquant le droit international

Pour certains « [u]ne juridiction internationale applique le droit international. Il y a là un critère qui reste essentiel. Si elle statue à partir du droit interne (sauf l'hypothèse où la référence à des règles de droit interne s'explique pour démontrer l'existence d'un principe général de droit), elle n'est pas une juridiction internationale »⁷⁷. Cette affirmation est loin de faire l'unanimité et d'autres auteurs soutiennent qu'il est « impossible de refuser le caractère international à un tribunal pour la seule raison qu'il met en œuvre certaines règles du droit interne »⁷⁸. On peut remarquer, en sens inverse, que le fait pour des tribunaux internes d'appliquer du droit international, pratique tout à fait courante, n'en fait nullement des juridictions internationales⁷⁹.

74 Le Cirdi a adopté, le 26 septembre 1984, un Règlement d'introduction des instances et un Règlement d'arbitrage, v. les textes in *J.-Cl. Droit international*, fasc. 588, 2e cahier.

75 Pour P. Mayer, le caractère international d'un tribunal arbitral dépend du droit applicable à la clause compromissoire. V. « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », op. cit., p. 32.

76 V. B. AUDIT, « Le tribunal des différends irano-américains », *Clunet*, 1985, pp. 791-863, p. 800 : sur les quarante et un articles du Règlement adopté « près des deux-tiers ont été repris sans changement » du Règlement de la Cnudci.

77 V. Chr. PHILIP et J.Y. de CARA, « Nature et évolution de la juridiction internationale », in *La juridiction internationale permanente*, colloque SFDI de Lyon, Paris, Pedone, 1987, pp. 3-43.

78 V. L. CAVARE, op. cit., p. 507. Cavaré cite le cas de la Cour de justice de la CECA qui « lorsqu'elle statue sur le recours pour excès de pouvoir [...] fonctionne comme un Tribunal administratif, mais toujours comme une Cour de Justice internationale. Le rôle de juridiction administrative qu'elle remplit ne change rien à sa nature » (p. 507).

79 Le problème se pose différemment en droit communautaire, v. A. BARAV « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge

Quoi qu'il en soit, comment se pose le problème s'agissant des tribunaux arbitraux Cirdi ? On sait que l'article 42 §1 de la Convention de Washington comporte deux phrases renvoyant à deux possibilités quant au droit applicable au litige. Soit (et c'est la première phrase) « le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties », soit (et c'est la deuxième phrase), « faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière. »

Nous avons montré dans notre étude précédente, en nous appuyant aussi bien sur la jurisprudence du Cirdi que sur l'opinion de la doctrine, que la deuxième phrase de l'article 42 §1 impliquait qu'en toute hypothèse le droit national d'un Etat ne pouvait être appliqué que sous réserve de sa conformité avec le droit international public. Autrement dit, l'engagement de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur est régi, en dernière instance, par le droit international. On peut reproduire ici le *dictum* du deuxième tribunal arbitral (présidé par Rosalyn Higgins) dans l'affaire *Amco Asia c/ Indonésie* (ARB/81/1, sentence du 31 mai 1990, qui énonce :

« L'article 42(1) se réfère à l'application du droit de l'Etat d'accueil et du droit international. S'il n'existe aucune disposition pertinente du droit de l'Etat d'accueil sur une question, il convient de rechercher les dispositions pertinentes du droit international. S'il existe des dispositions applicables du droit de l'Etat d'accueil, elles doivent être appréciées au regard du droit international qui prévaut en cas de conflit. Ainsi, le droit international est pleinement applicable et qualifier son rôle de "seulement complémentaire et correctif" est une distinction vaine. En toute hypothèse, le Tribunal estime que sa tâche est d'apprécier toute prétention juridique dans cette affaire d'abord au regard du droit indonésien et ensuite au regard du droit international »⁸⁰.

communautaire », in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 1-20.

80 V. *Clunet*, 1991, pp. 173-188, p. 176. Pour la doctrine, v. A. Broches, qui considère que la relation entre le droit de l'Etat et le droit international est la suivante : « *The Tribunal will first look at the law of the host State and that law will in the first instance be applied to the merits of the dispute. Then the result will be tested against international law. That process will not involve the confirmation or denial of the validity of the host State's law, but may result in not applying it where that law, or action taken under that law, violates international law. In that sense (...) international law is hierarchically superior to national law under article 42 (1)* ».

« The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States », *Rec. cours La Haye*, 1972/II, pp. 333-407, p. 392. V. aussi I. SHIHATA and A. PARRA, « Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties : the Case of Arbitration under the ICSID Convention », *ICSID Review/Foreign Investment Law Journal*, 1995, pp. 183-213, p. 192 et v. le long commentaire de l'article 42 §1 par

Cependant, la première phrase de cet article 42 §1 implique que les parties, ayant la liberté de choisir le droit applicable, peuvent désigner un droit national. Cela s'est effectivement produit dans quelques affaires⁸¹. Le fait qu'un tribunal Cirdi soit ainsi amené à appliquer, parfois, un droit interne n'a, nous l'avons dit, aucune conséquence sur sa nature éventuelle de juridiction internationale. Mais il faut ajouter à cela que même lorsque les parties font un tel choix, le droit interne reste nécessairement sous le contrôle du droit international. Car comment imaginer qu'une instance arbitrale, créée par traité pour offrir aux investisseurs la garantie d'une protection internationale de leurs droits, puisse entériner des dispositions du droit interne clairement contraires au droit international ?

Il suffit, par exemple, de penser au cas d'un contrat d'investissement, régi par le droit d'un Etat X. Celui-ci, par la voie législative, exproprie l'investissement sans verser aucune indemnité comme le prévoit expressément la loi. Un tribunal Cirdi appelé à se prononcer sur le litige qui s'en suit, devrait-il entériner cette confiscation, car statuant sur la base de l'article 42 §1, première phrase de la Convention de Washington ? Une telle réponse priverait celle-ci d'une bonne partie de son intérêt. Mais la doctrine, tout comme la jurisprudence, se sont nettement prononcées contre une telle interprétation. Ainsi, dans la décision du 16 mai 1986 du comité *ad hoc* dans l'affaire *Amco Asia c/ Indonésie* (ARB/81/1), le tribunal arbitral a fait ressortir le fait que « ... l'Etat dont l'investisseur est le ressortissant ne peut exercer son droit de protection diplomatique tant que se déroule la procédure d'arbitrage Cirdi et même au-delà de celle-ci, à l'égard de l'Etat contractant qui se conforme à la sentence Cirdi [...] ne se justifie que dans l'hypothèse où la sentence entérinée n'enfreint pas la loi applicable et les principes de droit international » (c'est nous qui soulignons)⁸².

En fin de compte, même dans le cas de la première phrase de l'article 42 §1, le droit national doit faire l'objet d'un contrôle de conformité vis-à-vis du droit international. Telle était notre conclusion dans les *Mélanges Thierry*. A la doctrine citée dans notre étude, il faut ajouter (nous n'en avons pas connaissance alors) le passage suivant tiré d'une étude de P. Reuter remontant à 1974. Celui-ci, traitant précisément de l'article 42 de la Convention de Washington, écrivait :

Ch. SCHREUER, *ICSID Review/Foreign Investment Law Journal*, 1997, n. 2, pp. 403-487, avec les conclusions tirées de cet examen général, p. 486, § 146.

81 V. « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, p. 258, n° 24.

82 *Clunet*, 1987, p. 176.

« On voit donc – ce qui est logique s'agissant d'un tribunal international [souligné par l'auteur] – que jamais le droit de l'Etat n'est appliqué à titre originaire et sans réserve ; ce qui prime c'est la volonté des parties, mais quand il y a renvoi, en vertu de la Convention de 1965 elle-même, au droit d'un Etat, l'Etat partie au différend, c'est toujours sous la réserve des principes du droit international »⁸³.

P. Reuter ajoute encore que l'accession à la Convention de Washington implique que « les Etats ne font pas d'objection à ce que les règles du droit international viennent compléter, tempérer et au besoin corriger les règles de droit national ».

d) Un tribunal statuant sur un différend juridique d'ordre international

Il existe des tribunaux internationaux qui ne tranchent pas des différends d'ordre international. C'est le cas des différends soumis aux tribunaux administratifs fonctionnant dans le cadre des organisations internationales, comme l'ONU ou l'OIT⁸⁴. Mais d'ordinaire un des critères retenus pour définir un tribunal international est qu'il statue sur des litiges qui se situent dans la sphère de l'ordre juridique international.

De ce point de vue, Michel Virally, lors du colloque de la SFDI sur la *Juridiction internationale permanente*, avait fortement souligné que les tribunaux Cirdi interviennent dans un domaine qui était traditionnellement soumis au contentieux du droit international public. Évoquant « l'arbitrage mixte, qui prend de plus en plus de place dans la société internationale contemporaine », il ajoutait :

« ... Si l'on déplore l'étroitesse de l'action de la Cour internationale de justice, ou même des tribunaux arbitraux inter-gouvernementaux, qui ne s'occupent plus guère de ce qui a, pendant tout le XIXe siècle et une grande

⁸³ P. REUTER, « L'extension du droit international aux dépens du droit national devant le juge international. », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, t. 1 p. 251, texte repris dans P. REUTER, *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, pp. 598-616, p. 609.

⁸⁴ V. L. CAVARE, « La notion de juridiction internationale », *op. cit.*, p. 506. Mais comment expliquer que ces tribunaux administratifs soient effectivement des tribunaux internationaux (V. l'admission de cette qualification par la CIJ dans l'avis consultatif *Jugement du tribunal administratif de l'OIT*, Rec. 1956, p. 97. Sur les juridictions administratives internationales, v. C.F. AMERASINGHE, *The Law of International Civil Service as Applied by International Administrative Tribunals*, Oxford, Clarendon Press, 1988, t. 1, pp. 49 et s.) ? La réponse est, pour nous, que les statuts de ces tribunaux permettent à des personnes privées d'attraire devant eux, unilatéralement, un sujet de droit international (l'organisation) et que le droit appliqué est une branche du droit international.

partie du XXe siècle, été la majeure partie des cas soumis à ces juridictions – je veux parler de ceux qui concernent le traitement des étrangers – c'est parce que la protection diplomatique est de moins en moins utilisée. Puisqu'il n'y a pas exercice de la protection diplomatique, on ne va pas devant une juridiction inter-étatique. Les mêmes affaires sont néanmoins soumises de plus en plus, à des juridictions internationales mais cette fois directement par l'entreprise intéressée, sans qu'elle ait à obtenir l'aval et la prise en charge de sa réclamation par l'Etat. Il y a en réalité reprise de ce qui a été la plus grande partie du contentieux international par des juridictions qui ne répondent pas évidemment à la définition adoptée [par les rapporteurs sur la juridiction internationale permanente] ».

Et Michel Virally après avoir évoqué l'activité du Cirdi, mais aussi des autres centres d'arbitrage, concluait son intervention de la façon suivante :

« On voit les frontières entre la juridiction institutionnelle et les autres s'affaiblir de même qu'on voit s'affaiblir aussi la distinction classique entre la juridiction inter-étatique ou inter-gouvernementale et les autres formes de juridiction. Celles-ci, on ne peut pas le nier aujourd'hui, sont aussi des juridictions internationales parce qu'elles traitent d'affaires internationales, parce qu'elles le font dans des conditions telles que l'action des Etats se trouve très sérieusement limitée et que l'on ne reste jamais dans le cadre d'un droit national »⁸⁵.

e) Un tribunal disposant de voies de recours autonomes

Il faut encore rappeler pour terminer le tableau que le système d'arbitrage Cirdi dispose d'un système autonome, prévu dans la Convention de Washington, aux articles 50 à 52, concernant toutes les voies de recours qu'une partie est susceptible de mettre en œuvre contre une sentence (demande d'interprétation, de révision ou d'annulation)⁸⁶. Ce système est également exclusif et l'article 53 §1 énonce que :

« La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente convention ».

⁸⁵ *La juridiction internationale permanente*, Colloque SFDI de Lyon, Paris, Pedone, 1987, pp. 82-83.

⁸⁶ V. A. BROCHES, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States », *op. cit.* : « As to these matters [remedies against an award and its recognition and enforcement], too, the Convention provides a special regime insulating the proceedings from review by national courts, although calling on these courts in connection with recognition and enforcement » (p. 387).

Chaque Etat partie à la convention se doit de reconnaître et de faire exécuter les sentences Cirdi « comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat » (art. 54). Seul le problème de l'immunité d'exécution des Etats est laissé en suspens par la convention (art. 55)⁸⁷.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il nous paraît très raisonnable de conclure, comme l'avaient déjà fait, semble-t-il, P. Reuter et M. Virally, que les tribunaux Cirdi constituent une forme nouvelle de juridiction internationale, *i.e.* une juridiction de droit international public statuant non pas sur des différends entre Etats, mais entre Etats et personnes privées (en l'occurrence des investisseurs)⁸⁸.

3.3. Les tribunaux « mixtes » peuvent-ils être considérés comme des juridictions internationales ? Cas des tribunaux *ad hoc*

Dans le cas des tribunaux Cirdi, nous venons de montrer qu'il s'agissait de juridictions constituées sur la base d'un traité international, dont la procédure est elle-même, pour l'essentiel, prévue par ce traité, de juridictions qui appliquent le droit international, qui traitent de questions internationales et qui disposent de procédures de recours spécifiques établies par traité.

Quels sont les points qui se trouvent modifiés lorsque l'on se trouve en présence de tribunaux *ad hoc* ? Ils sont au nombre de deux : i) ces tribunaux ne sont pas constitués par traité, mais sur la base de clauses compromissaires contenues dans un contrat, et ii) ils ne disposent pas de procédures de recours spécifiques. Il existe de même deux points communs aux deux situations. Puisque nous parlons ici de tribunaux *ad hoc* ayant eu à se prononcer à propos de litiges concernant des contrats d'investissement, i) ces tribunaux traitent de différends d'ordre international (ils jouent le même rôle de substitut à la protection diplomatique évoqué *supra*, 2.4. pour les juridictions Cirdi) et ii) ont été amenés à appliquer, de façon plus ou moins nette il est vrai, des principes de droit international⁸⁹.

⁸⁷ V. le commentaire des articles 54 et 55 par Ch. SCHREUER, *ICSID Review/Foreign Investment Law Journal*, 1999, n. 1, pp. 71-160.

⁸⁸ On rappellera la citation donnée *supra*, n° 69 de P. Reuter qui parlant d'un tribunal Cirdi pour lequel « jamais le droit de l'Etat n'est appliqué à titre originaire » ajoute « ce qui est logique s'agissant d'un tribunal arbitral international » en soulignant lui-même le qualificatif « international ». Pour M. Virally, v. les citations données *supra*, d).

⁸⁹ V. en particulier les sentences Texaco-Calasiatic (TOPCO) c/ Gt de Libye, sentence du 29 janvier 1977, *Clunet*, 1977, pp. 350-389 ; Libyan American

Si l'on adopte le point de vue défendu par F. Rigaux et Ch. Rousseau, l'absence de constitution de ces tribunaux par traité international suffit pour exclure toute qualification internationale pour ces juridictions⁹⁰. On accepterait volontiers cette façon de voir n'étaient les dispositions assez fréquentes des traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements qui laissent aux parties à un contrat d'investissement le choix entre une clause Cirdi et une ou plusieurs autres possibilités, en particulier une procédure *ad hoc* régie par le règlement arbitral de la Cnudci⁹¹. Doit-on considérer que le choix d'une juridiction arbitrale autre que celle du Cirdi, qui s'explique souvent par le fait qu'un Etat n'est pas encore partie à la Convention de Washington, suffit à établir une telle différence de nature entre des procédures et des sentences qui, par ailleurs, présentent de nombreuses similitudes ?

C'est sans doute l'examen du 5e point caractéristique des arbitrages Cirdi qui donne la réponse à cette question : la procédure applicable à ces arbitrages est une procédure internationale (dans ce cas précis, une procédure établie par le Traité de Washington et les

Oil Co (LIAMCO) c/ Gouvernement de la République arabe libyenne, sentence du 12 avril 1977, *Rev. arb.*, 1980, pp. 132-191 ; B.P. Exploration Company c/ Gouvernement de la République arabe libyenne, sentence du 10 octobre 1973, *Rev. arb.*, 1980, pp. 117-131 ; Gouvernement de l'Etat du Koweït c/ American Independent Oil Co (Aminoil), sentence du 24 mars 1982, *Clunet*, 1982, pp. 869-909.

⁹⁰ F. RIGAUX, « Contrats d'Etat et arbitrage transnational », *op. cit.*, pp. 489-505. p. 502 et in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 269. V. aussi Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 382 : « Le critère véritable de la nature d'un tribunal [est] d'ordre formel et résid[e] non dans le droit appliqué par lui ou dans la qualité des justiciables, mais dans l'acte qui est à la source de sa création et de ses pouvoirs : c'est l'existence d'un traité international qui constitue à cet égard le critère décisif ».

⁹¹ V. l'article 1120 du traité de l'Alena (choix entre un arbitrage Cirdi, un arbitrage selon le règlement du mécanisme supplémentaire du Cirdi et un arbitrage *ad hoc* selon les règles d'arbitrage de la Cnudci). Un choix quasi identique était prévu dans le projet avorté d'Accord multilatéral sur l'investissement de l'OCDE, qui ajoutait encore un choix supplémentaire, avec les règles d'arbitrage de la CCI. Quant à l'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie, il fait également référence au règlement arbitral de la chambre de commerce de Stockholm. V. Fl. POIRAT, « L'article 26 relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées », *RGDIP*, 1998, pp. 45-81, p. 52.

deux règlements d'arbitrage adoptés ultérieurement⁹²). Or, on peut considérer, avec le Professeur P. Mayer, que le caractère international d'un tribunal arbitral dépend du droit applicable à la clause compromissoire⁹³. Si cette procédure est prévue par traité (cas du Cirdi), la condition est évidemment remplie. Mais on peut très bien concevoir, et on peut trouver dans la pratique arbitrale, des cas où la procédure arbitrale est soumise au droit international public non conventionnel. C'est en tout cas ce que les arbitres ont considéré dans plusieurs des sentences pétrolières qui se trouvent à l'origine de la théorie des contrats d'Etat.

Ainsi, dans la sentence Aramco, le tribunal arbitral considéra que :

« Bien qu'il s'agisse, non pas d'un arbitrage entre Etats, mais entre un Etat souverain et une compagnie privée de nationalité américaine [...] il n'y a pas lieu d'appliquer à l'arbitrage comme tel la loi du pays où [le tribunal] siège. Le principe de l'immunité de juridiction des Etats, [...] s'oppose à ce que les autorités judiciaires de l'Etat du siège puissent exercer leur droit de contrôle sur l'arbitrage et s'ingérer dans certains cas dans la procédure arbitrale »⁹⁴. Ceci explique que le Tribunal arbitral ait considéré que cet arbitrage était « soumis au droit des gens pour la raison qu'une des parties est un Etat »⁹⁵.

Dans l'affaire Texaco, l'arbitre unique endosse le raisonnement suivi dans la sentence Aramco, puis, après avoir ajouté certains arguments supplémentaires, conclut :

« Therefore if it is appropriate for the Tribunal to declare that this arbitration [...] is governed by international law, it is because – the parties wanting to remove the arbitration from any national sovereignty – one cannot accept that the institution of arbitration should escape the reach of all legal systems and be somehow suspended in vacuo »⁹⁶.

92 V. *supra*, note 74.

93 V. P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », *op. cit.*, p. 32.

94 Sentence arbitrale rendue dans le différend entre le gouvernement de l'Arabie Saoudite et l'Arabian American Oil Company, 23 août 1958, texte reproduit à la *Rev. crit. DIP*, 1963, pp. 272-363, texte cité p. 305. Le tribunal note encore : « considérant que l'immunité de juridiction assurée par le droit des gens aux Etats étrangers dans le respect de la dignité inhérente à toute possession d'un pouvoir souverain, ne saurait admettre que l'arbitrage auquel participe un Etat souverain peut relever de la loi d'un autre Etat... » (*ibid.*).

95 *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 277 et même conclusion p. 305 : « Il en résulte que l'institution de l'arbitrage comme tel ne peut que relever du droit des gens... ».

96 Texaco Calasiatic v/ The Libyan Arab Republic, *ILM*, 1978, § 16.

Dans la sentence arbitrale Liamco, la formule adoptée fait également échapper la procédure à un droit national puisque le Tribunal arbitral a décidé que :

« ...L'arbitre, dans la procédure qu'il suivra, devra être guidé, dans la mesure du possible, par les principes généraux contenus dans le projet de convention sur la procédure arbitrale, élaboré par la Commission du droit international des Nations Unies en 1958 »⁹⁷.

Dans les trois sentences libyennes, Aramco, Liamco et BP, seule cette dernière a vu l'arbitre reprendre la solution adoptée, auparavant dans l'arbitrage Sapphire et appliquer le droit national du siège de l'arbitrage pour régir la procédure⁹⁸. A cela, il faut ajouter la sentence Aminoil, du 24 mars 1982, qui souligne bien que, même si la procédure d'arbitrage est soumise à toutes les dispositions impératives du lieu de l'arbitrage (*i.e.* Paris),

« ... cela n'entraîne en aucune façon une soumission générale à la loi du siège du tribunal fixé à Paris ». En réalité, les parties ont elles-mêmes conféré au Tribunal le pouvoir « de décider de la procédure applicable à l'arbitrage sur le fondement de la justice naturelle et des principes de la procédure arbitrale transnationale qu'il estime applicable ». Et les arbitres d'ajouter : « Etant donné la manière dont le tribunal a été constitué, son caractère international, ou plutôt transnational, est évident »⁹⁹.

Indépendamment de l'hésitation entre l'« international » et le « transnational », ce qu'il faut retenir est que le tribunal n'a pas écarté la possibilité pour un Etat dans sa qualité de puissance souveraine de voir son différend avec une entreprise soumise au jugement d'une instance arbitrale non régie par un droit national¹⁰⁰.

97 Sentence arbitrale Libyan American Oil Company (LIAMCO) c/ gouvernement de la République arabe libyenne, *Rev. arb.*, 1980, pp. 132-191, p. 147. Il s'agit du fameux projet de règlement d'arbitrage élaboré par G. Scelle pour l'arbitrage interétatique et qui ne fut jamais adopté. V. *AFDI*, 1958, pp. 441 et s.

98 Pour l'étude de ces trois affaires v. B. STERN, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1980, pp. 3-43, p. 10. V. aussi, Sapphire c. NIOC, sentence du 15 mars 1963, *ASDI*, 1962, pp. 273-292, observations de J.-F. LALIVE, « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée », *ASDI*, 1962, pp. 293-302.

99 Sentence Aminoil c/ Koweït, *Clunet*, 1982, pp. 869-909, § 3 à § 5, pp. 871-872.

100 V. Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, p. 268, n° 51 et *supra*, note 59. La raison pour laquelle on doit considérer que c'est l'Etat en sa qualité souveraine qui était en cause dans cette affaire est qu'il s'agissait de la possibilité pour l'Etat de s'engager

Qualifier d'internationales les juridictions *ad hoc* fonctionnant selon une procédure régie par le droit international, lorsqu'elles appliquent des principes de droit international à des litiges qui appartiennent à la sphère de l'ordre juridique international, apparaît donc tout à fait soutenable et même logique. Car si l'on se souvient que notre discussion porte uniquement sur des contrats d'Etat au sens strict du terme, *i.e.* des contrats où l'on considère que c'est l'Etat souverain du droit international qui s'est engagé à l'égard de son partenaire privé, il paraît normal de faire échapper l'arbitrage à un droit interne, que ce soit celui de l'Etat du siège de l'arbitrage ou d'un autre Etat.

On terminera ce point par une prophétie (genre éminemment dangereux). La participation de plus en plus importante des Etats à la Convention de Washington (131 ratifications et 147 signatures au 1er mars 2000, avec l'accession ces dernières années de pays comme la Chine, l'Arabie Saoudite, et plusieurs pays d'Amérique latine et d'Europe centrale et orientale, etc.)¹⁰¹, l'insertion dans les plus de 1500 traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements de clauses d'arbitrage renvoyant presque toujours - semble-t-il - à l'arbitrage Cirdi au moins comme un des arbitrages possibles), entraînera que la très grande majorité des litiges concernant les investissements seront portés devant les instances de la Convention de Washington, pour lesquelles la qualification d'internationale porte le moins à contestation¹⁰².

4. DE L'INCAPACITE DES PRINCIPES GENERAUX DE DROIT A INTERNATIONALISER LES CONTRATS D'ETAT

4.1. La thèse de Mme Lankarani El-Zein

Dans la thèse, très critique, qu'elle a consacrée à l'internationalisation des contrats d'Etat¹⁰³, Mme Lankarani El-Zein développe, entre autres, le raisonnement suivant.

Les contrats d'Etat, au sens de contrat d'investissement, et les litiges portant sur les contrats d'Etat appartiennent au domaine réservé

à ne pas nationaliser, possibilité reconnue par le Tribunal sous certaines conditions énoncées au § 95, v. *Clunet*, 1982, pp. 894-895.

¹⁰¹ *Rev. arb.*, 2000, n° 1, p. 167.

¹⁰² Le Professeur D. Berlin tout en soutenant « l'impossible accession du contrat d'Etat à l'échelon du droit international » souligne l'importance du changement apporté, au niveau du droit international, par « l'instauration d'un forum arbitral approprié : le Cirdi », « Les contrats d'Etat », *op. cit.*, n° 46 et s.

¹⁰³ *V. supra*, note 6.

de l'Etat, *i.e.* au domaine qui, du point de vue du droit international, est laissé à la compétence normative de chaque Etat. A chaque fois qu'il a été question d'internationaliser les contrats d'Etat (et donc les différends qui s'y rapportent), cela a été fait par le biais du recours aux principes généraux de droit international, dans le sens où cette notion est visée dans l'article 38 §1c) du statut de la Cour internationale de justice, en tant que troisième source du droit international public applicable par la CIJ¹⁰⁴. Mais rétorque notre auteur :

104 Cette troisième source de droit applicable par la CIJ a été acceptée avec une grande réticence par divers auteurs positivistes. Kelsen ne la mentionne même pas dans la première édition de ses *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952. Dans la seconde édition (éditée par R.W. Tucker), Holt, Rinehart and Winston, Inc. 1966, pp. 539-540, il écrit : « *As to the "general principles of law recognized by civilized nations" (clause [c]), it is doubtful whether such principles of the civilized nations exist at all, especially in view of the ideological antagonism which separates the communist from the capitalist, and the autocratic from the democratic legal systems* ». Il est intéressant de noter que ce doute kelsénien sur la possibilité de formuler des principes généraux de droit était à la même époque partagé, et pour les mêmes raisons, par une partie de la doctrine soviétique, en particulier Tunkin. V. B. VITANYL, « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », *RGDIP*, 1982, pp. 48-116, pp. 56-57. Kelsen ajoute que le recours aux principes généraux de droit suppose que le juge ait perçu des lacunes dans le droit international existant et qu'il ait décidé de les combler en formulant de son propre chef un tel principe. Mais dit Kelsen, « *it is, however, doubtful whether the framers of the statute really intended to confer upon the Court such an extraordinary power* » (p. 540). Puis il rappelle que l'article 38 §1 indique que « la Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis... » et en déduit que les principes généraux ne sont applicables que s'ils font partie du droit conventionnel ou du droit coutumier. Et il conclut que la clause c) de l'article 38 §1 visant les principes généraux de droit est tout simplement superflue. Voilà une belle illustration d'un raisonnement contraire à la maxime d'interprétation *ut res magis valeat quam pereat* : au lieu de faire produire un sens à l'article interprété, il le détruit. Une autre raison de l'opposition du courant kelsénien aux principes généraux en tant que source autonome est livrée par P. Guggenheim. Celui-ci remarque, qu'à supposer que l'alinéa c) de l'art. 38 §1 ait été introduit pour remédier aux lacunes du droit international et pour éviter le *non liquet* : « Vu l'inexistence de lacunes dans le droit des gens basé sur le droit coutumier et le droit conventionnel, tous les litiges soumis à la juridiction internationale peuvent être résolus. Il n'y a donc pas de place pour le *non liquet* », *Traité de droit international public*, Genève, Librairie de l'Université, Georg & Cie, 1953, t. I, p. 150. La même idée se retrouve chez Anzilotti, *Cours de droit international, op. cit.*, p. 119. Cependant, P. Guggenheim reconnaît un intérêt juridico-politique à la troisième source. En effet, « l'application exclusive du droit conventionnel et du droit coutumier aurait pour conséquence que beaucoup de différends devraient être tranchés dans le sens de la non-existence d'un devoir juridique d'une obligation. Or le recours aux principes généraux du droit permet souvent de présumer l'existence d'un devoir juridique en lieu et place d'un pouvoir discrétionnaire » (*ibid.*). Une fois admis l'intérêt des principes, Guggenheim va chercher à montrer qu'en fait, le fondement de la validité des principes généraux peut être trouvée

« Avant de pouvoir prétendre à l'internationalisation d'une matière par le biais de l'extraction des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, il faut interroger en amont le système du droit des gens sur la question de savoir si, ou comment, cette troisième source du droit international peut étendre le domaine de la compétence normative du droit international aux dépens du droit interne »¹⁰⁵. Et elle ajoute : « Le choix volontaire du droit international pas plus que le choix volontaire de tout autre droit ne suffit à affecter la nature de l'acte juridique contractuel »¹⁰⁶.

Sur ce dernier point, il est possible de la suivre. En effet, dès le début de la doctrine de l'internationalisation du contrat d'Etat, F. A. Mann avait soutenu que l'Etat et son cocontractant pouvaient choisir comme droit applicable le droit international tout comme pourrait le faire, sur la base de l'autonomie de la volonté, deux personnes privées si elles y trouvaient un intérêt quelconque¹⁰⁷. Il est clair que, dans cette dernière hypothèse, le choix fait par ces personnes privées ne changerait pas, effectivement, la nature de leur lien contractuel.

En est-il de même lorsque l'une des parties au contrat, régi par le droit international ou, pour suivre le raisonnement de l'auteur, par les principes généraux de droit international, est un Etat ? Mme Lankarani El-Zein répond positivement, car pour elle le contrat passé par l'Etat entre dans la compétence réservée que lui reconnaît le droit international. Mais en outre, et c'est là un deuxième argument important, si le droit international peut réduire le domaine réservé à la compétence exclusive de l'Etat, il ne peut le faire, selon elle, que par l'intermédiaire des deux premières sources du droit international (les conventions et la coutume) et non par la troisième (les principes généraux de droit).

« ... La troisième source du droit international n'est opérationnelle [c'est-à-dire peut modifier la frontière entre domaine national et domaine

dans le droit conventionnel ou coutumier (p. 152). Il invoque à son appui l'opinion de Lauterpacht qui considérait que « les principes généraux de droit sont des analogies juridiques relevant du droit privé des nations civilisées, analogies adaptées aux besoins du droit des gens et qui ont été incorporées dans le droit coutumier international », *Private Law Sources and Analogies in International Law*, p. 71, cité par Guggenheim, p. 153 n. 1; v. sur tout ce sujet, A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, thèse Paris II, 1974, pp. 373-380.

¹⁰⁵ *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, op. cit., p. 180.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 181.

¹⁰⁷ V. réf. F.A. MANN, « The Law Governing State Contracts », in *Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1972, pp. 179-210.

international] que si la question pour laquelle on constate l'absence du droit conventionnel et coutumier ne relève pas du domaine réservé »¹⁰⁸.

Quelle est la raison d'une telle discrimination entre les deux premières sources du droit international et la troisième, alors même que le droit international ne connaît pas, ou peu, de hiérarchie des sources ? Pourquoi un principe général de droit, au sens du Statut de la CIJ, ne peut-il exister « que pour régler des litiges dont l'objet relève du domaine du droit international, pour régler les questions du droit international ou les matières relevant du droit international »¹⁰⁹.

L'auteur évoque deux raisons. L'une technique : les principes généraux de droit requièrent, de la part du juge international, un travail d'abstraction à partir des droits nationaux, puis un travail de transposition de ces principes dans la structure spécifique du droit international. Tout cela suppose que le juge statue sur un litige qui est lui-même, et clairement, de droit international. D'ailleurs, les principes généraux de droit n'auraient été mentionnés dans le Statut de la Cour que pour éviter au juge « de prononcer le *non liquet*, face à l'inexistence – et/ou l'obscurité – de règles conventionnelles ou coutumières »¹¹⁰.

Autrement dit, les principes généraux de droit ne permettraient au juge international de jouer un rôle législatif (puisqu'il remédie à l'absence ou à l'obscurité des règles coutumières et conventionnelles) que pour des questions qui appartiennent déjà au droit international, mais il ne serait pas habilité à modifier, par le biais de ces principes généraux, la frontière entre les domaines interne et international. En effet, si cela était permis – et voici la deuxième raison (sans doute la plus importante) – cette source prétorienne de création du droit « deviendrait la source principale et la plus expansionniste du droit international »¹¹¹. Ainsi, par le biais de cette source, et selon la volonté arbitraire des juges, « n'importe quel rapport juridique – en

¹⁰⁸ *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, op. cit., p. 206. Ceci suppose qu'il existe une hétérogénéité fondamentale entre les principes généraux de droit et les deux autres sources. Nous avons vu cependant que certains auteurs, et non des moindres, considéraient qu'en réalité les principes généraux trouvaient leur fondement de validité dans des normes coutumières ou conventionnelles du droit des gens. V. *supra*, note 104, A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, op. cit., pp. 373-380 et B. VITANYL, « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », op. cit., pp. 56-64.

¹⁰⁹ *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, op. cit., p. 189.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 186.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 190 et la curieuse note 2, qui va jusqu'à imaginer que les Etats pourraient volontairement creuser « le fossé entre leurs législations internes » pour éviter l'émergence de principes généraux de droit conduisant à la restriction du domaine de leurs compétence réservée...

l'occurrence les contrats d'Etat en question – pourrait tomber dans l'orbite du droit international »¹¹².

4.2. Rejet de cette thèse

La thèse très argumentée de Mme Lankarani El-Zein n'est pourtant pas convaincante selon nous. Elle suppose, tout d'abord, que celle-ci a une connaissance *a priori* des questions qui appartiennent au domaine réservé de l'Etat et qui ne peuvent être soumises qu'au droit interne et des questions qui ressortent de l'ordre juridique international et qui sont régies par le droit international. Mais une telle optique n'est pas acceptable, du moins si on a une conception moniste (avec primauté du droit international) des rapports entre droit international et droit interne¹¹³. Comme le souligne Kelsen :

« Il n'est pas correct de dire qu'une affaire peut-être réglée par le droit international parce qu'elle est une affaire extérieure et qu'une autre peut être réglée par le droit national parce qu'elle est une affaire intérieure. Il faut dire au contraire, qu'une affaire est extérieure quand elle est réglée par le droit international et qu'une autre est intérieure aussi longtemps qu'elle est effectivement réglée par le seul droit national »¹¹⁴.

Il s'en suit, comme le notait P. Reuter, que « ... si certaines matières ne peuvent être réglées par le droit national, l'inverse n'est pas vrai : il n'est pas de question qui ne puisse être soumise à une règle de droit international à raison de son objet »¹¹⁵. Et de même, l'Institut de droit international affirmait dans une résolution de 1954 sur la détermination du domaine réservé et ses effets que « l'étendue

¹¹² *Ibid.*, p. 182.

¹¹³ Même si cette position doctrinale devrait faire l'objet d'un réexamen général au vu des développements récents du droit international dans ses rapports avec le droit interne, elle reste à nos yeux la doctrine la plus fondée pour penser le rôle et la place du droit international.

¹¹⁴ KELSEN, « Théorie du droit international public », *Rec. cours La Haye*, 1953/III, pp. 116-117. V. aussi « Théorie générale du droit international public : problèmes choisis », *Rec. cours La Haye*, 1932/IV, pp. 298-311, sur la détermination du domaine de validité matériel de l'ordre étatique par le droit international.

¹¹⁵ P. REUTER, « L'extension du droit international aux dépens du droit national devant le juge international », *op. cit.*, p. 248. C'est là en fait une opinion qui est commune à un grand nombre d'internationalistes. V. P. WEIL : « Ce n'est pas par essence [...] mais en raison de données historiques fluctuantes que le droit international ne régit que des relations interétatiques, et rien n'interdit d'admettre que son champ d'application puisse s'étendre à d'autres sujets de droit... », « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *EDCE*, 1970, p. 18.

de ce domaine dépend du droit international et varie avec son développement » (art. 1er al. 2)¹¹⁶.

Si nous soutenons cette position, à notre tour, ce n'est pas (ou pas seulement) par un parti pris idéologique, mais parce qu'il nous semble que toute l'évolution des rapports droit interne/droit international depuis un siècle confirme la justesse de cette thèse¹¹⁷.

En fait, Mme Lankarani El-Zein serait prête à accepter ce point de vue (v. p. 184), pourvu que s'agissant du droit international on ne prenne en compte que les normes conventionnelles ou coutumières. On est en présence, en fait, d'une opposition de principe à la production du droit par le juge et d'une conception volontariste du droit international. On veut bien comprendre cette opposition, mais on doit constater qu'elle ne repose sur aucun texte. En tout cas, l'article 38 §1 c) du Statut de la CIJ, tel qu'il est actuellement formulé, n'introduit aucune discrimination entre les trois sources auxquelles la Cour est habilitée à recourir¹¹⁸. A. Pellet, après une étude de la doctrine et de la jurisprudence, en conclut que même si cette troisième source cède en général, devant une norme conventionnelle ou coutumière établie, cela « n'enlève pas pour autant toute importance à l'existence simultanée d'un principe ». En effet, les principes « sont utilisés à titre complémentaire, pour parfaire une argumentation, appuyer les autres raisons invoquées par l'organe du droit international qui les applique – ils aident à emporter la conviction »¹¹⁹.

Cela est vrai dans le cadre du système juridique international global, où le juge est susceptible de rencontrer à la fois des règles conventionnelles, coutumières et des principes généraux. Mais lorsqu'il s'agit du développement d'une nouvelle branche du droit, et

¹¹⁶ V. *AIDI*, 1954, vol. 45, t. II, pp. 299-300.

¹¹⁷ V. cependant pour une opinion exactement opposée (dualisme avec primauté du domaine réservé de l'Etat), G. ARANGIO-RUIZ, « Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne », *Rec. cours La Haye*, 1990/VI, pp. 9-479.

¹¹⁸ Il est vrai que le projet initial prévoyait que : « La Cour applique en ordre successif, etc. ». V. A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, *op. cit.*, p. 411.

¹¹⁹ A. PELLET, *ibid.*, pp. 411 et 420. Notons, en passant, qu'à la différence de la CIJ, de nombreux juges internes ou internationaux ne sont pas textuellement habilités à recourir à des principes généraux de droit et le font néanmoins. V. D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux de droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n° 14, pp. 73-86. Pour une vue d'ensemble, portant sur le droit international et le droit communautaire, v. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Editions Paris II (LGDJ diffuseur), 1999, pp. 649-690. Pour le droit public, v. P. AVRIL et M. VERPEAUX, *Les règles et principes non écrits en droit public*, Editions Paris II (LGDJ Diffuseur), 2000.

à moins d'exclure en principe tout développement prétorien du droit, l'histoire juridique, tant en droit interne qu'en droit international, montre qu'à partir du moment où un juge se trouve en situation de statuer, alors que le domaine est encore pauvre en normes primaires, il aura recours presque obligatoirement aux principes généraux de droit. En outre, comme le remarquait Lauterpacht « l'histoire du droit nous enseigne que les tribunaux ont précédé les codes et l'élaboration de règles de droit détaillées ; [En effet] un système juridique élémentaire, avec seulement quelques règles très générales pour guider le juge est complet lorsque les membres de la communauté sont liés par le devoir de soumettre leurs différends à la décision d'un juge »¹²⁰.

Serait-on livré alors au « gouvernement des juges » ou plutôt des arbitres qui, sans apporter aucune démonstration, sans se livrer à ce double travail de comparaison des systèmes nationaux de droit, puis d'adaptation des principes pour une bonne transposition en droit international, « inventeraient » librement des principes dans le seul but de réduire le « domaine réservé » des Etats ?

Il est vrai que l'on n'a jamais vu (ou disons presque jamais pour réserver les exceptions que nous ignorons) un juge, interne ou international, se livrer à de grandes démonstrations pour prouver l'existence d'un principe général dont il affirme purement et simplement l'existence. Mais est-il beaucoup plus fréquent que des juges (ou des arbitres) se livrent à de telles démonstrations pour prouver l'existence d'une pratique suffisante accompagnée d'une *opinio juris* adéquate, et donc pour prouver l'existence d'une règle coutumière internationale ? Et y a-t-il une grande différence entre un juge qui dégage, au terme d'un processus où l'intuition joue un rôle important, une coutume fondée sur des précédents et une *opinio juris* d'une part, et, d'autre part un juge qui dégage un principe général de droit international, du fait de sa présence, pressentie plus que prouvée, dans la plupart des grands systèmes de droit interne¹²¹ ?

120 H. LAUTERPACHT, « La théorie des différends non justiciables en droit international », *Rec. cours La Haye*, 1930/IV, p. 539. C'est ainsi que les principes généraux de droit ont été utilisés par les juridictions internationales administratives internationales pour développer le droit de la fonction publique internationale, v. A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, *op. cit.*, pp. 150-160 ; v. C.F. AMERASINGHE, *The Law of International Civil Service as Applied by International Administrative Tribunals*, Oxford, Clarendon Press, 1988, t. 1, pp. 151-158. Sur le recours aux principes généraux de droit dans le domaine des contrats, v. P. WEIL, « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, *op. cit.*, pp. 387-414 et M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », *ibid.*, pp. 373-385, part. 380-385.

121 V. à ce propos la conclusion de la thèse d'A. Pellet sur les principes généraux de droit : « En théorie il est possible de découvrir et d'appliquer un principe sur la base d'un raisonnement scientifique rigoureux faisant appel aux

Si donc, Mme Lankarani El-Zein veut protéger le domaine réservé de l'Etat de l'arbitraire des arbitres, elle devrait aller plus loin et écarter la possibilité que des normes coutumières, inscrites nulle part, « découvertes » par un arbitre au hasard d'une affaire, puissent réduire ce domaine réservé. Mais pourquoi s'arrêter en si bon chemin ? Les théoriciens réalistes de l'interprétation n'expliquent-ils pas que les juges (ou arbitres) jouissent de la plus grande liberté même vis-à-vis des sources écrites du droit qui ne sont pour eux que des « propositions » qui ne deviendront réellement des normes qu'après leur intervention. Ainsi, tout droit est d'invention prétorienne : *all law is judge law*¹²². La meilleure protection du domaine réservé de l'Etat consisterait donc, en définitive, à exclure toute possibilité à quelque juge que ce soit de se prononcer sur cette question.

Mais supposons, sans aller aussi loin, que l'on n'en veuille qu'aux seuls principes généraux de droit. On doit remarquer alors que, s'agissant du domaine (international ou interne) dans lequel se situe la question des contrats d'Etat et, au-delà la question du droit des investissements internationaux, la délimitation est réglée, même selon les critères de Mme Lankarani El-Zein, largement en faveur de l'ordre juridique international. Quelles conclusions doit-on en effet tirer, des plus de 1 500 traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements (sans compter quelques conventions multilatérales) qui prévoient que les Etats d'accueil s'engagent à régler par arbitrage, en général du Cirdi, les litiges qui les opposent aux investisseurs, qu'il y ait un lien contractuel entre eux ou non¹²³ ?

ressources du droit comparé et au processus de l'analogie. En fait l'apparition d'une telle règle dans l'ordre juridique international résulte d'une transposition empirique : le juriste devine plus qu'il ne prouve la généralité de la norme et ne dispose d'aucun instrument de mesure pour savoir si la société internationale est prête pour accueillir le principe. C'est affaire de sensibilité et d'intuition », *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, *op. cit.*, p. 434.

122 Sur la théorie réaliste de l'interprétation, v. Ch. LEBEN, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, G. Haarscher (éd.), Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 215-235 ; M. TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, n° 138, pp. 518-529 ; HART, « American Jurisprudence through English Eyes : The Nightmare and the Noble Dream », in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 123-144.

123 V. *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre*, SFDI, Paris, Pedone, 1999, avec l'article de D. SMALL, « Règlement des différends entre investisseurs et Etats d'accueil dans un accord multilatéral sur l'investissement », pp. 79-86 et Ch. LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements », *op. cit.*, pp. 7-32.

Pour nous, la réponse ne souffre pas de doute : la question des contrats d'Etat n'appartient plus, depuis un certain temps déjà, au « domaine réservé » de l'Etat et même il n'y a jamais appartenu si on considère le contrat d'Etat au sens strict du terme. En effet, si on définit ce contrat comme celui dans lequel l'Etat personne internationale s'engage à l'égard d'une personne privée, ce contrat ne peut pas faire partie du domaine réservé, car ce serait la négation même de sa raison d'être. Et de fait, si on pense qu'il peut exister une catégorie spéciale de contrats dans lequel l'Etat souverain du droit international souscrit à des obligations envers une personne privée, cela ne peut se faire que si l'Etat sort de son domaine réservé.

5. A PROPOS DES CLAUSES DE STABILISATION DANS LES CONTRATS D'ETAT

L'une des conséquences nécessaires à l'existence des contrats d'Etat, au sens strict, est que le droit applicable ne soit pas purement et simplement le droit de l'Etat contractant. Nous avons essayé de montrer que cela pouvait être le droit international, selon une modalité ou une autre¹²⁴. Dans un grand nombre de cas, cependant, la clause de droit applicable prévoit, non pas le droit international (ou les principes généraux de droit ou les principes de droit international en la matière ou les principes communs au droit interne et au droit international, etc.), mais le droit de l'Etat stabilisé, en tout ou partie. Il y a là, en fait, un indice fort pour la qualification d'un contrat comme contrat d'Etat¹²⁵.

5.1. Les clauses de stabilisation ne seraient pas caractéristiques d'une catégorie nouvelle de contrats

Dans la thèse citée (*supra*, note 6), S. Lemaire cherche à montrer que ces clauses ne sont pas toutes caractéristiques d'une catégorie spécifique de contrats, puis dans un deuxième temps, elle va soutenir la thèse que, même si dans certains cas ces clauses renvoient à une telle catégorie spécifique, leur efficacité est en pratique si réduite qu'il est impossible de construire une catégorie juridique nouvelle de contrats sur des clauses aussi évanescences¹²⁶.

¹²⁴ « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, pp. 251-263.

¹²⁵ V. P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », *op. cit.*, pp. 34-36, n° 41-44.

¹²⁶ V. S. LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, pp. 133-158.

S'agissant des clauses de stabilisation, S. Lemaire part de la distinction présentée, entre autres par P. Weil, entre les clauses qui ont recours à la technique de l'incorporation et celles qui ont recours à la technique de l'inopposabilité¹²⁷. Dans la technique de l'incorporation, les deux parties (l'Etat et la personne privée) conviennent que le droit applicable au contrat est le droit de l'Etat gelé, en tout ou en partie, à une date donnée, le plus souvent à la conclusion du contrat. Reprenant une analyse de P. Mayer, l'auteur soutient que l'incorporation n'est pas une technique spécifique des contrats étudiés et qu'elle est couramment employée dans des contrats entre personnes privées. Par conséquent, et contrairement à certaines analyses, l'Etat qui accepte une telle clause agit comme le ferait une personne privée. Ce n'est pas l'Etat personne internationale, mais l'Etat personne publique de droit interne (l'Administration) qui contracte et on n'est donc pas en présence d'un contrat d'Etat. P. Mayer justifie une telle position en expliquant que, dans un cas pareil, ce n'est pas la compétence législative de l'Etat qui est en cause, mais seulement sa « compétence au sens du droit international privé, c'est-à-dire l'applicabilité par un juge ou un arbitre »¹²⁸.

Nous ne pouvons accepter une telle analyse. Lorsque deux personnes privées adoptent, comme droit applicable à leur contrat, un droit national gelé à une certaine date, il est bien vrai qu'il y a choix d'un système de référence qui est incorporé dans le contrat comme si ce système avait été recopié par les parties dans la clause de droit applicable. Cela peut être n'importe quel système de droit passé ou présent (Code d'Hamourabi, loi des douze Tables, droit suisse, etc.). Un tel mécanisme n'implique rien pour les parties si ce n'est la nécessité de respecter les dispositions juridiques incorporées, et l'obligation pour un arbitre de les appliquer (sous réserve des difficultés éventuelles dues aux lois d'application immédiate).

Mais il en va tout autrement lorsque c'est un Etat qui accepte une clause de gel. Cette clause est-elle vraiment différente d'une clause d'inopposabilité par laquelle l'Etat s'engage à ne pas appliquer certaines dispositions de son droit au contrat conclu avec le partenaire étranger ? Quel est en effet le point important, l'enjeu de toute cette question ? L'Etat peut-il oui ou non utiliser son pouvoir législatif pour

¹²⁷ V. P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les clauses de développement économique », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 301-328, pp. 310 et s. ; S. LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, *op. cit.*, p. 134 ; P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », *op. cit.*, pp. 34-35, n° 41, et contra N. DAVID, « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien », *Clunet*, 1986, pp. 79-107, p. 79.

¹²⁸ P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », *op. cit.*, p. 34, n° 41.

modifier sa position vis-à-vis de son cocontractant ? Il est clair qu'il ne le peut pas lorsqu'il a accepté une clause d'inopposabilité dans le contrat. Mais il ne le peut pas tout autant lorsqu'il a accepté une clause de gel. En effet, du fait de cette clause, l'Etat accepte que ses nouvelles dispositions fiscales, douanières, sociales, etc. ne soient pas applicables (par l'arbitre) au contrat.

Cela signifie donc que l'Etat *accepte de voir sortir* le contrat de son ordre juridique et s'empêche de rendre opposable à son cocontractant toute nouvelle législation qu'il aura adoptée. Où est donc la différence avec une clause d'inopposabilité ? S. Lemaire écrit que les clauses de stabilisation sont des clauses « par lesquelles l'Etat s'engage à ne pas modifier l'environnement législatif du contrat ». Et dans cette partie de son texte, elle renvoie à la fois aux clauses de gel et aux clauses d'inopposabilité¹²⁹. Et à juste titre : les deux catégories de clauses ont ce même effet¹³⁰. Et c'est précisément cet effet qui n'est absolument pas atteint dans une clause de gel entre deux particuliers, car dans ce cas aucun ne se trouve en position de législateur à l'égard du droit applicable. Celui-ci leur est complètement extrinsèque.

Lorsque, au contraire, l'une des parties est un Etat, le problème se pose immédiatement de l'effet sur le contrat de l'action de l'Etat législateur. Celui-ci est-il tenu ou non par la clause de stabilisation acceptée sous une forme ou une autre ? Si on répond oui, alors l'Etat

¹²⁹ *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé, op. cit.*, p. 139.

¹³⁰ Il faut à cet égard dissiper ce qui nous semble être un malentendu. Quel que soit le libellé de la clause de stabilisation, celle-ci ne peut avoir pour effet de neutraliser de façon générale le pouvoir normatif de l'Etat. Elle ne peut avoir pour effet que de le neutraliser vis-à-vis de la seule société qui bénéficie de la clause de stabilisation. Car peu importe à celle-ci que les conditions changent pour les autres (du moins si le changement n'apporte pas des avantages supplémentaires) tant qu'elles ne changent pas pour elle. On peut en trouver une illustration dans la clause suivante, prise dans un contrat minier de 1979 : « Pendant la période d'application de la présente convention, sauf dérogation prévue d'un commun accord, il est garanti à la Société, pour les activités faisant l'objet de la présente convention, la stabilisation des charges fiscales, parafiscales et douanières de toute nature résultant directement des impôts, droits et taxes, redevances, tels qu'ils existent à la date de prise d'effet de la convention, tant dans leur assiette que dans leur taux et leurs modalités de perception et de contrôle [...] Pendant la période d'application de ce régime fiscal stabilisé, la société ne pourra être soumise aux charges fiscales résultant pour l'activité faisant l'objet de la présente convention, des impôts, des droits, taxes ou redevances dont la création résulterait d'une disposition postérieure à la date de départ du régime ainsi déterminé ». On voit bien que l'Etat conserve son pouvoir normatif (et comment pourrait-il en être autrement ?). Simplement ce pouvoir se trouve suspendu (sauf violation du contrat dont l'Etat aurait à rendre compte) à l'égard de la société bénéficiant du régime stabilisé.

qui s'est engagé ne peut être que l'Etat sujet du droit international, car seul celui-ci peut valablement prendre un tel engagement. L'Etat législateur, qui est l'Etat-Administration (V. *supra*, note 23), ne peut le faire, car *lex posterior derogat priori*¹³¹.

5.2. Les clauses de stabilisation n'impliqueraient pas l'internationalisation du contrat d'Etat

Un autre assaut contre l'effet des clauses de stabilisation sur le caractère international du contrat d'Etat est mené par Mme Lankarani El-Zein. En effet, soutient-elle :

« De deux choses l'une : ou bien l'accord est un accord international, auquel cas cette clause [de stabilisation] est superflue, *pacta sunt servanda* l'incluant par définition et d'avance ; ou bien *pacta sunt servanda* est inapplicable, et la clause aura un effet utile, c'est-à-dire constituera une obligation contractuelle dont l'inexécution entraînera des conséquences qui n'auraient pas eu lieu dans les mêmes termes si elle n'était pas introduite dans le contrat. Dans les deux cas, la clause n'a aucun effet sur la localisation de l'ordre d'enracinement du contrat, sur le fondement de sa force obligatoire »¹³².

Nous avouons ne pas comprendre. Quelle est donc l'hypothèse où *pacta sunt servanda* ne serait pas applicable ? Si l'accord n'est pas un accord international, il est soumis à un droit interne et, dans la pratique (s'agissant de contrats d'investissement la plupart du temps),

¹³¹ Une preuve éclatante de cet état des choses est fourni par le contentieux des concessions minières en Australie. Dans ce pays, ce sont les Etats fédérés qui disposent des ressources minières. Ils accordent des concessions qui font l'objet d'une adoption par le législateur local et qui ont donc une valeur législative. Ces concessions comportent souvent des clauses d'intangibilité par lesquelles le législateur local s'engage à ne pas adopter de mesures susceptibles d'avoir des conséquences pour le concessionnaire sans son accord. Comme on peut s'y attendre, le législateur en question est porté (par exemple pour des raisons fiscales) à revenir sur sa promesse. A plusieurs reprises, les cours suprêmes des différents Etats miniers d'Australie ont été amenées à se prononcer sur la force à accorder à ces engagements législatifs. C'est ainsi, par exemple, que la Cour suprême d'Australie méridionale ayant à faire face à ce problème répondit : « *As far as alterations to the provisions of the indenture are concerned, no doubt the parties to the indenture are bound by it, but that does not stop the Parliament of South Australia from amending that indenture or any other indenture, whether given statutory status or not, by amending Act of the Parliament* ». Autrement dit, le législateur, du fait de sa toute puissance, est dans l'impossibilité de s'engager fermement à l'égard d'un partenaire privé. V. pour l'étude de cette question en Australie, Y. NOUVEL, *La souveraineté minière de l'Australie*, thèse Paris 1, 1996, pp. 182-193, citation, pp. 185-186.

¹³² *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international, op. cit.*, p. 157.

au droit de l'Etat d'accueil. Celui-ci comprend, bien évidemment, le principe *pacta sunt servanda*, mais l'Etat est en mesure d'agir, en particulier par la voie législative, sur une clause de stabilisation de façon à annihiler tout effet utile de celle-ci aussi bien devant ses propres tribunaux que devant des juridictions arbitrales. Dans ces conditions, si on considère que la clause de stabilisation n'est pas un indice de l'internationalisation du contrat, le partenaire privé est laissé à la bonne volonté (ou à la bonne foi) du cocontractant étatique. Si on pense, les choses étant ce qu'elles sont, qu'il ne s'agit pas là d'une solution idéale, on se doit d'interpréter l'insertion d'une telle clause comme un indice d'internationalisation du contrat, car c'est le seul moyen de préserver, dans tous les cas, l'effet utile de cette clause. C'est là la première partie du raisonnement. Une fois ceci acquis, la clause aura également pour effet de renforcer les espérances légitimes (*legitimate expectations*) du cocontractant privé et de permettre ainsi, par exemple, la prise en compte du *lucrum cessans* dans le calcul de l'indemnisation¹³³.

5.3. De la validité et de l'efficacité des clauses de stabilisation

Après avoir tenté de neutraliser une partie au moins des clauses de stabilisation (les clauses de gel), S. Lemaire va s'employer à jeter le doute sur la validité juridique de ces clauses. Il lui suffit pour cela de rappeler la controverse doctrinale qui n'est toujours pas éteinte sur ce sujet. Faut-il, comme le pensent P. Weil ou P. Mayer, par exemple, accepter le principe de ces clauses sans quoi l'on « ferait de l'Etat un incapable »¹³⁴, ou faut-il considérer, comme le dédicataire de ces lignes, que du fait de « la primauté sans partage et sans limite de l'Etat, [celui-ci] ne peut aliéner sa souveraineté au profit d'intérêts privés d'une façon générale », position partagée par une bonne partie de la doctrine¹³⁵.

Tous les arguments ont déjà été échangés sur cette question et chacun répond en fonction de ses engagements idéologiques et

133 V. la sentence Aminoil où le tribunal arbitral, tout en affirmant que la clause de stabilisation n'interdisait pas la nationalisation, reconnaît que « les clauses de stabilisation n'étaient pas pour autant dénuées de toutes conséquences, car elles prohibaient toute mesure ayant un caractère de confiscation. Ces clauses ont créé pour le concessionnaire une attente légitime qui devait être prise en considération. Dans ce contexte, ces clauses devaient avoir pour effet d'éliminer les doutes quant au respect de l'équilibre contractuel », § 159, *Clunet*, 1982, p. 905 et v. aussi § 148.

134 P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », *op. cit.*, p. 141.

135 Ph. KAHN, « Contrats d'Etat et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982 [Aminoil] », *Clunet*, 1982, pp. 844-868, p. 850.

théoriques ainsi que de l'analyse qu'il fait de la pratique. On voudrait simplement rappeler ici qu'il est nécessaire de prendre en compte la dimension historique si l'on veut comprendre la façon dont la question du contrat d'Etat est apparue et s'est développée. Cette figure contractuelle est apparue après-guerre à propos d'un petit nombre de contrats pétroliers. La doctrine a très vite essayé de réfléchir sur la signification des particularités que laissaient apparaître ces contrats. Les premiers grands articles et les premières grandes synthèses (celles de F.A. Mann, de P. Weil, de J. F. Lalive) sont antérieurs aux sentences pétrolières des années soixante-dix/quatre-vingt ainsi qu'au très important développement jurisprudentiel dans le cadre du Cirdi¹³⁶.

Or très souvent, on en reste aux arguments développés à cette époque sans prendre en considération ni les évolutions récentes ni les conditions dans lesquelles ces discussions eurent lieu. C'est ainsi, par exemple, que S. Lemaire regrette que l'Institut de droit international, lors de sa session d'Athènes en 1979 et dans sa résolution sur « la loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère », n'ait pas réglé clairement la validité des clauses de gel et ne se soit pas prononcé plus largement sur les clauses de neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat¹³⁷. Mais on ne peut ignorer que les discussions à l'Institut se sont déroulées à l'époque où a eu lieu l'offensive la plus forte de l'idéologie du Nouvel ordre économique international. Et, l'on doit ajouter, à une époque où la jurisprudence arbitrale ne s'était enrichie que des seules trois sentences pétrolières libyennes. Il serait intéressant de voir cette question subir un nouvel examen au sein de cette éminente instance¹³⁸.

136 V. Ch. LEBEN, *op. cit.*, pp. 248-249. Pour J.-F. Lalive, nous pensons à son article : « Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company », *ICLQ*, 1964, pp. 987-1021 et non à son cours de La Haye : « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées », *Rec. cours La Haye*, 1983/III, pp. 9-284.

137 *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, *op. cit.*, p. 142.

138 Nous avons essayé, pour notre part, de procéder à un tel examen nouveau dans l'article « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.* Sur les sentences libyennes, v. B. STERN, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *op. cit.*, pp. 3-43. Pour un examen récent de la portée et la validité des clauses de stabilisation, v. J.-M. JACQUET, « Contrat d'Etat », *op. cit.*, n° 49 et 131-139 et D. BERLIN, « Contrats d'Etat », *op. cit.*, n° 73-74. Avec toutes les nuances nécessaires à chacun des cas, aucun de ces auteurs ne remet en cause la validité et même l'efficacité (maintenir l'équilibre financier du contrat) des clauses de stabilisation. D. Berlin, en outre, souligne bien la dimension historique du problème en montrant la « lente genèse d'un régime international » des contrats d'Etat (n° 27 et s.).

Il faut cependant faire remarquer que, sur les cinq dernières décennies, un très grand nombre de contrats (certainement plusieurs centaines) passés entre des Etats d'accueil et des investisseurs étrangers (pour prendre, non pas la seule figure du contrat d'Etat, mais la plus courante) ont comporté de telles clauses de stabilisation. On en rencontre également dans les contrats pétroliers de la décennie quatre-vingt-dix¹³⁹. Dans ces conditions, il serait étrange que la doctrine invalide (sur le papier) une pratique contractuelle aussi importante et ne prenne pas en considération les besoins de chacun des cocontractants (desir et/ou nécessité des Etats en développement d'attirer des investissements et desir des investisseurs de se prémunir des risques encourus). On peut s'emporter contre l'asymétrie de puissance entre le Nord et le Sud, mais concrètement cela n'a aucun effet. Favoriser le commerce et les investissements en trouvant des formules juridiques permettant à chacun d'y trouver son compte (mais pas nécessairement le compte idéal qui est hors d'atteinte), telle est, nous semble-t-il, la voie à suivre.

Mais poursuivant un travail de démolition très méthodique, S. Lemaire, après avoir mis en doute la validité des clauses de stabilisation, va s'attaquer à leur efficacité, dans l'hypothèse où de telles clauses (ou certaines d'entre elles) seraient restées vivantes (nous voulons dire par là, juridiquement valides) après son offensive précédente. Elle commence, il faut le noter, par simplifier sa tâche en ne prenant, pour défendre sa thèse, que les sentences arbitrales portant sur des contrats qui comportent des clauses d'inopposabilité et qui seules engageraient le législateur¹⁴⁰, à l'exclusion de ceux qui comportent des clauses de gel. Ce qui lui permet d'éliminer des sentences arbitrales importantes en faveur de la validité et de l'efficacité des clauses de stabilisation. Sont ainsi écartées les sentences *Sapphire c/ NIOC, Texaco c/ Libye*, et les arbitrages *Cirdi, Alcoa Minerals, Kaiser Bauxite, Reynolds Jamaica, Klöckner, Letco* et aussi la sentence de l'American Arbitration Association, *Revere Copper and Brass* (4 août 1978)¹⁴¹.

Acceptons ce parti pris et examinons les arguments de l'auteur sur les deux seules sentences arbitrales, comportant des clauses

139 V. Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, p. 253. On constate aussi une tendance à remplacer les clauses de stabilisation par des clauses de renégociation, insérées - ce qui est curieux - dans des clauses qui restent dénommées « clauses de stabilisation ».

140 Mais nous avons vu *supra*, note 130, que l'Etat sous la forme du législateur interne ne peut tout simplement pas s'engager de façon définitive vis-à-vis du partenaire privé. Seul l'Etat, sujet de droit international, peut prendre un tel engagement dans l'ordre juridique international.

141 S. LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé, op. cit.*, pp. 143 et s.

« d'engagement du législateur » (*sic*) : *Agip c/ Congo* (sentence du 30 novembre 1979) et *Aminoil c/ Koweït* (sentence du 24 mars 1982). Dans ces cas, S. Lemaire admet que les tribunaux arbitraux ont bien reconnu la validité de ces clauses, mais leur ont retiré toute efficacité réelle.

En ce qui concerne la sentence *Agip c/ Congo*, la reconnaissance de la validité de la clause de stabilisation a conduit l'arbitre à accorder un franc symbolique pour l'indemnisation du *lucrum cessans*. Or, comme la prise en compte du *lucrum cessans* est la principale conséquence positive qu'une entreprise peut attendre d'une clause de stabilisation, S. Lemaire en tire la conclusion que cet espoir est vain.

Le problème posé aux arbitres était différent dans l'affaire *Aminoil*. Le contrat comportait une clause (art. 17) à vocation très générale, semblait-il, selon laquelle « le Souverain ne dictera aucune loi générale ou spéciale, ni aucune mesure administrative, ni aucun autre acte en vue d'annuler cet Accord... »¹⁴². Le tribunal arbitral a reconnu la pleine validité de la clause, mais a considéré que la nationalisation opérée par le Koweït ne tombait pas sous le coup de cette clause qui ne visait que les actes en vue d'annuler l'accord, mais non pas les actes de nationalisation. Certes reconnaît le tribunal, un Etat peut aussi s'engager à ne pas procéder à des nationalisations, mais étant donné qu'il s'agit d'un « engagement particulièrement grave », il devrait être expressément stipulé¹⁴³.

S. Lemaire commente cette sentence en écrivant :

« [...] Nous pensons qu'une décision qui affirme la validité théorique d'une promesse de non-modification des termes d'un contrat, pour mieux retrancher de son champ d'application la promesse de non-nationalisation en dépit de la généralité des termes de l'engagement, laisse subsister un doute essentiel sur l'efficacité de ce type de promesses »¹⁴⁴.

De ces sentences, on retiendra donc que dans les deux cas les clauses de stabilisation (au sens étroit du terme tel qu'interprété par l'auteur) ont été reconnues valides. Faut-il considérer que ce qui a été accordé à la validité a été retiré à l'efficacité ? Nous ne le pensons pas. On peut, en reprenant l'affaire *Aminoil*, regretter l'interprétation de la clause 17 du contrat qui a été donnée par le tribunal arbitral¹⁴⁵. A tort

142 § 88 de la sentence, *Clunet*, 1982, p. 892.

143 Sentence, § 95, *Clunet*, 1982 p. 894.

144 *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé, op. cit.*, p. 146.

145 V. sur ce point l'opinion dissidente de Sir G. Fitzmaurice, *ILM*, 1982, pp. 1049-1053 et le commentaire sévère de F.A. MANN, « The *Aminoil*

ou à raison, deux des arbitres sur trois ont considéré que la clause ne couvrirait pas la nationalisation. C'est là l'interprétation donnée par l'instance juridictionnelle prévue par le contrat et elle a bien, pour le moins, une valeur égale à l'interprétation donnée par tel ou tel commentateur.

Mais surtout, faut-il, sur le plan théorique et pratique, conclure à l'inefficacité totale de ces clauses ? Nullement. De cette sentence, un juriste tirera a) que les clauses de stabilisation sont valides, b) qu'il semble, selon la jurisprudence Aminoil, qu'elles ne couvrent pas l'hypothèse de la nationalisation. Qu'il est donc nécessaire, dans la négociation d'un contrat, et si on souhaite se prémunir contre cette hypothèse, d'ajouter à la clause de stabilisation une clause de non-nationalisation. De telles clauses existent bien même si elles sont rares et on sait par la sentence Aminoil que, sous certaines conditions, elles sont également valides. Le reste est une question de rédaction du contrat. On ajoutera qu'il n'est pas dit que, dans un futur plus ou moins lointain, un autre tribunal arbitral confirmera nécessairement la distinction entre clause de stabilisation et clause de non-nationalisation.

S. Lemaire dénigre, toujours dans la sentence Aminoil, le *dictum* du tribunal selon lequel les clauses de stabilisation « sont loin d'avoir perdu toute leur valeur et leur efficacité sur ce point puisque (...) elles renforcent la nécessité d'une indemnité adéquate comme condition de la nationalisation » et qu'elles ont pour effet « d'éliminer les doutes quant au respect de l'équilibre contractuel »¹⁴⁶. Mais, d'après elle, il ne s'agit là que d'une répétition d'une règle de droit admise d'indemnisation en cas de nationalisation comme le prévoit la résolution 1803 du 14 décembre 1962 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Il y a dans cette appréciation un manque de perspective historique flagrant. La résolution 1803 avait été suivie dans les années soixante-dix de plusieurs résolutions (celle sur le Nouvel ordre économique international, celle adoptant la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, tout particulièrement) qui remettaient en cause le contenu de la résolution 1803 et proposaient de nouvelles

Arbitration », *BYBIL*, 1982, p. 213, repris in *Further Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 252-263, p. 257. Pour un avis qui est proche de la solution adoptée par la majorité du tribunal arbitral, v. la consultation donnée par M. Virally dans cette affaire et rapportée par A. S. EL-KOSHERI, « Quelques réflexions à propos d'un texte inédit de Michel Virally », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, 1991, pp. 297-321, p. 306.

¹⁴⁶ Sentence Aminoil, § 96 et 159 ; S. LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, op. cit., p. 146.

règles laissant, en particulier, les conditions de l'indemnisation à l'appréciation de l'Etat nationalisant¹⁴⁷. Et ce sont précisément les sentences arbitrales des années soixante-dix/quatre-vingt (les trois sentences libyennes et tout particulièrement Texaco, la sentence Aminoil, Agip et plusieurs sentences du tribunal des différends irano-américains) qui vont réaffirmer le maintien de la règle de droit contenu dans la résolution 1803. Le passage cité de la sentence Aminoil n'est donc pas une simple redite d'une règle bien assise, mais au contraire la réaffirmation du caractère positif d'une règle largement contestée à cette époque¹⁴⁸.

Mais si une clause de stabilisation renforce la nécessité d'une indemnisation adéquate, que dire de l'attribution d'un franc symbolique dans la sentence Agip c/ Congo ? Il s'agit là aussi d'un choix de l'arbitre en fonction des données de l'espèce qui ne retient en aucune façon sur la validité de la clause de stabilisation. Pour prendre une comparaison, on sait que dans certaines affaires de diffamation les plaignants ne réclament ou ne se voient attribuer qu'un franc symbolique. Cela n'a naturellement aucune implication sur l'existence de l'infraction elle-même ni sur la réalité de la diffamation en l'espèce. Autrement dit, si pour des raisons de politique judiciaire, l'arbitre unique dans cette affaire n'a pas voulu aller plus loin dans la prise en compte du *lucrum cessans*, cela ne signifie aucunement qu'il en sera toujours ainsi dans l'avenir pour d'autres affaires.

Quoi qu'il en soit, un point est très clair : pour que des arbitres puissent reconnaître aux clauses de stabilisation un certain effet dans le dédommagement, ces clauses doivent être valides. Elles doivent,

¹⁴⁷ Pour la mise en perspective de cette histoire, v. D. CARREAU et P. JULLIARD, *Droit international économique*, 4e éd., Paris, LGDJ, pp. 461-463 et pp. 489-493. V. aussi l'avis de M. Virally dans la consultation citée *supra*, note 145, pp. 298-300. On trouvera également une synthèse de l'évolution du droit en la matière dans J.-M. JACQUET, « Contrat d'Etat », op. cit., n° 123-139.

¹⁴⁸ Texaco-Calasiatic (TOPCO) c/ Gouvernement de Libye, sentence du 29 janvier 1977, *Clunet*, 1977, pp. 350-389 ; Libyan American Oil Co (LIAMCO) c/ Gouvernement de la République arabe libyenne, sentence du 12 avril 1977, *Rev. arb.*, 1980, pp. 132-191 ; B.P. Exploration Company c/ Gouvernement de la République arabe libyenne, sentence du 10 octobre 1973, *Rev. arb.*, 1980, pp. 117-131 ; Gouvernement de l'Etat du Koweït c/ American independent Oil Co (Aminoil), sentence du 24 mars 1982, *Clunet*, 1982, pp. 869-909 ; AGIP s.p.a. c/ Gouvernement de la République populaire du Congo, sentence du 30 novembre 1979, *Rev. crit. DIP*, 1982, pp. 92-109 ; v. aussi les sentences du tribunal irano-américain sur la question des nationalisations, en particulier, Amoco International Finance Corporation v. Islamic Republic of Iran, *ILM*, 1978, p. 15. Sur ces sentences, v. J.A. WESTBERG, *International Transactions and Claims Involving Government Parties. Case Law of the Iran-United States Claims Tribunal*, Washington D.C., International Law Institute, 1991, pp. 101-147.

par conséquent, être consenties par une instance apte à faire une telle promesse et incapable de revenir sur cette promesse *sans qu'il s'en suive certaines conséquences juridiques*. S. Lemaire considère que si les clauses de stabilisation n'ont pour effet, en fin de compte, que de garantir le respect de l'équation financière du contrat (et non pas d'empêcher l'Etat d'agir, mais qui peut empêcher un Etat d'agir?), elles ne peuvent pas être utilisées comme argument pour prouver la présence de l'Etat sujet du droit international. En effet, « une telle obligation [maintenir l'équation financière du contrat] peut être celle de tout contractant » et suggère plutôt la participation de l'Etat-Administration, personne de droit public interne.

Mais, il est pourtant évident que si c'est l'Etat-Administration, le législateur par exemple, qui accorde une telle garantie, il est en mesure de revenir sur cette garantie comme il le veut et quand il le veut et sans subir aucune conséquence financière s'il le désire ainsi. Il vote une nouvelle loi modifiant les conditions d'exécution du contrat et prévoit qu'aucune indemnité ne sera payée¹⁴⁹. Si l'on souhaite que ces clauses de stabilisation soient mises à l'abri d'une intervention *sans conséquences financières* de la personne étatique, le contrat d'Etat doit être conclu en dehors de l'ordre juridique étatique et, pour nous, dans l'ordre juridique international. La présence de ces clauses constitue une présomption en ce sens.

S. Lemaire ajoute à tous ces arguments une constatation tirée de la pratique des traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements. On y constate en effet « la présence fréquente (...) de clauses par lesquelles l'Etat, siège de l'investissement, s'engage vis-à-vis de l'Etat d'origine de la personne privée cocontractante, à ne pas modifier sa législation ou à ne pas opposer certaines modifications aux contrats conclus »¹⁵⁰. Elle en déduit que les engagements pris par les Etats dans le contrat sont pris par la personne publique de droit interne, alors que c'est seulement dans le cadre des traités que l'Etat personne de droit international intervient.

Mais le phénomène qu'elle signale peut donner lieu à une toute autre interprétation. Le fait que les centaines de traités bilatéraux (on parlait en 1997 de 1 507 traités) confirment le mécanisme de stabilisation inscrit dans les contrats peut tout aussi bien constituer une reconnaissance, une consécration et une reprise, au niveau du droit conventionnel, d'une pratique contractuelle largement répandue et dont la validité faisait déjà l'objet d'une règle coutumière du droit international des contrats.

¹⁴⁹ V. Y. NOUVEL, *La souveraineté minière de l'Australie*, op. cit.

¹⁵⁰ *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, op. cit., p. 154.

Cette coutume n'est pas née avec la conclusion (accélérée dans les années quatre-vingt-dix) des traités bilatéraux, mais bien avec la pratique des contrats d'Etat où l'Etat intervient en tant que sujet de droit international. La seule raison de s'opposer à une telle analyse est, encore et toujours, le refus de considérer que la personne privée puisse entrer dans la sphère de l'ordre juridique international. On le voit bien dans l'approbation sans réserve accordée par F. Rigaux et d'autres membres de l'Institut de droit international à la pratique de la stabilisation par traité¹⁵¹ et leur refus de la validité de telles clauses dans les contrats. Et pourtant le résultat est en fin de compte le même, ou plutôt, il est plus radical lorsqu'un traité a été conclu puisqu'il couvre tous les contrats même ceux qui ne contiennent pas une clause de stabilisation et mieux encore, il couvre même des situations où il n'existe aucun contrat entre l'Etat et l'investisseur¹⁵².

Ce qui est donc en cause, ce n'est pas tant la protection des Etats d'accueil, Etats en développement, contre des pratiques juridiques qui leur seraient défavorables. Il s'agit en fait de la défense d'une position idéologique fondamentalement allergique, de façon générale, à la présence dans la sphère du droit international public des personnes privées.

¹⁵¹ V. F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *Rec. cours La Haye*, 1989/I, pp. 229-230, n° 165.

¹⁵² V. le tournant constitué par la sentence arbitrale déjà citée, AAPL c/ Sri Lanka (ARB/87/3) du Cirdi, *Clunet*, 1992, pp. 216-232 et *ICSID Review/Foreign Investment Law Journal*, 1991, pp. 526-597.