

# L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE CONTRAT D'ÉTAT

par

**Charles LEBEN**

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)  
Directeur de l'Institut des Hautes Etudes Internationales*

## RÉSUMÉ

A l'opposé des contrats administratifs marqués par la prééminence de la partie étatique, les contrats d'Etat se caractérisent par la volonté d'établir, autant que faire se peut, une égalité juridique entre un Etat et son partenaire privé étranger. Ceci n'est possible que si le contrat échappe à l'ordre juridique de l'Etat contractant et à ses tribunaux. L'analyse montre que c'est l'Etat personne de droit international qui s'engage dans un tel contrat et il le fait dans l'ordre juridique international. Le droit applicable peut être le droit international, ou des principes communs au droit interne et au droit international, ou les principes généraux de droit ou le droit de l'Etat contractant à condition d'être stabilisé. Le règlement des litiges est confié à des instances arbitrales internationales et en particulier au CIRDI. La jurisprudence des tribunaux CIRDI confirme le rôle joué par le droit international comme droit régissant les contrats d'Etat et le vaste réseau des traités bilatéraux de protection des investissements vient définitivement insérer les litiges nés de contrats d'Etat dans l'ordre juridique international.

## SUMMARY

*Unlike administrative contracts in which the state is the preponderant party, state contracts try as far as possible to place the state and its private foreign partner on an equal legal footing. This can only be done if the contract lies outside the control of the legal order of the contracting state and its courts. It is the state as a subject of international law which enters into such contracts and it does so within the confines of the international legal order. The applicable law may be either international law, or principles common to both municipal law and international law, or again the general principles of law, or even the domestic law of the contracting state provided it is stabilized. Dispute settlement must be assigned to international arbitration tri-*

*bunals, notably the ICSID. The case history of ICSID tribunals confirms the role played by international law as the law governing state contracts and the extensive corpus of bilateral treaties for the protection of investments brings disputes arising from state contracts very definitely within the ambit of the international legal order.*

Qu'est-ce qu'un contrat d'Etat ? Les avis divergent, mais une chose est sûre, il n'y a pas de contrat d'Etat dans la nature et donc pas de possibilité de se référer à une réalité pour savoir ce que serait « véritablement » un contrat d'Etat. Nous sommes en présence d'une notion juridique, inventée à un certain moment par la doctrine, pour rendre compte dans le monde du droit d'une certaine pratique (1). Si on cherche à savoir quels sont les contrats que la doctrine désigne par l'expression contrat d'Etat, (i.e. si on recherche l'usage linguistique qui est fait de l'expression) on fait les constatations suivantes.

Il s'agit, bien évidemment, d'un contrat où l'une des parties est un Etat. L'une des parties, et non les deux, sinon nous aurions à faire, à un contrat entre Etats, question que l'on écarte, en général, de ce sujet et qui soulève des interrogations particulières, comme la possibilité même pour les Etats de conclure des contrats entre eux et non des traités (2).

(1) Pour un aperçu de la doctrine, v. dans une bibliographie très fournie, B. Audit *L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988 ; Berlin (D.), « Contrats d'Etat », *Répertoire Dalloz de droit international*, Paris, Dalloz, 1998 ; A. Giardina, « *State contracts : national versus international law ?* » *Italian YBIL*, 1980-1981, p. 147-170, J. N. Hyde, « *Economic Development Agreements* », *RADI*, 1962/I, p. 266-374 ; J.-M. Jaquet, « Contrats d'Etat », *J.-Cl. Droit international*, 1998, p. 565-60 ; J.-F. Lalive, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *RCADI*, 1983/III, p. 9-283 ; L. Lankarani El Zein, *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; Ch. Leben, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, p. 247-280 ; Ph. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985 ; F. A. Mann, *Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1973 ; F. A. Mann, *Further Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990 ; P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif des Etats », *JDI*, 1986, p. 5-78 ; E. Paasivirta, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Disputes*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1990 ; P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *RCADI*, 1969/III, p. 94-240 et les articles de ce dernier réunis dans *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000, p. 303-423.

(2) V. J. Verhoeven, « Traités ou contrats entre Etats ? Sur les conflits de lois en droit des gens », *JDI*, 1984, p. 5-36 ; M. Audit, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris, LGDJ, 2002, p. 61-92, et sur un cas concret, G. Margou, « La sentence arbitrale relative à la convention d'utilisation du tunnel sous la manche par la SNCF et *British rail* », *AFDI*, 1997, p. 810-842.

Donc l'une des parties au contrat d'Etat est l'Etat (V. *infra* le problème des émanations de l'Etat) et l'autre partie est une ou plusieurs personnes privées, dans la pratique, des entreprises.

## 1) Contrats d'Etat et contrats administratifs

Le contrat d'Etat, étant ainsi perçu, dans une première approche, comme contrat entre un Etat et une personne privée, se pose immédiatement la question du contrat administratif — dans les ordres juridiques qui le connaissent — qui, lui aussi, peut être décrit de la même façon. Cependant, pour une majorité de la doctrine, le contrat d'Etat n'est pas un contrat administratif et la notion a été inventée précisément pour rendre compte d'un type de relation contractuelle qui présente des traits qui lui sont propres (3). Sans entrer dans le détail des discussions, ce qui distingue essentiellement les deux types de contrats est que le contrat administratif se caractérise par la prééminence reconnue à la partie étatique, alors que les contrats dans lesquels la doctrine reconnaît des contrats d'Etat, sont marqués par le refus de cette prééminence ou, du moins, par son atténuation. La partie étatique ne bénéficie pas de privilèges exorbitants, au contraire, des clauses contractuelles cherchent à assurer l'égalité juridique entre l'Etat et la personne privée afin de mettre celle-ci à l'abri des revirements de celui-là. On peut citer parmi ces clauses les clauses compromissaires qui font échapper les différends éventuels aux tribunaux de l'Etat, les clauses de stabilisation qui font échapper le contrat aux changements de législation de la partie étatique, les clauses de droit applicable qui font échapper le contrat au droit de l'Etat cocontractant, et qui renvoient dans certains cas au droit international (sous une forme ou une autre) ou aux principes généraux de droit.

## 2) Contrats d'Etat et contrats conclus par l'Etat

Mais, les clauses que l'on vient de citer, comme typiques des contrats d'Etat, selon la doctrine, ne se rencontrent pas en fait dans tous les contrats conclus entre un Etat et des personnes

(3) Sur les rapports entre les deux théories du contrat d'Etat et du contrat administratif, v. P. Weil, « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », in *Ecrits de droit international*, op. cit., p. 303-323.

privées étrangères. En particulier, on ne les rencontre pas dans les contrats commerciaux ordinaires comme, par exemple, les contrats de vente de marchandises. Certes ceux-ci peuvent comporter des clauses compromissaires mais les autres éléments spécifiques d'un contrat d'Etat, et tout spécialement, les clauses de stabilisation et de droit applicable renvoyant, sous une forme ou une autre, au droit international ou aux principes généraux de droit, sont absents. C'est pourquoi, une majorité d'auteurs excluent de la catégorie des contrats d'Etat les contrats commerciaux ordinaires conclus par les Etats. Cela ne signifie pas que ces contrats ne soulèvent aucune des questions que l'on rencontre dans les contrats d'Etat : les problèmes posés par les immunités souveraines des Etats, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de l'exécution des sentences arbitrales, sont les mêmes (4). Il n'en reste pas moins que ces contrats obéissent, plus ou moins, aux mêmes règles que des contrats commerciaux entre partenaires privés.

Cependant, on rencontre parfois les clauses typiques des contrats d'Etat (stabilisation, renvoi au droit international ou aux principes généraux de droit, clause compromissoire), dans certains types de vente : les ventes d'ensembles industriels, les contrats de génie civil ou encore les marchés de travaux publics. Mais dans ces contrats, il ne s'agit pas seulement de vendre des marchandises, aussi sophistiquées soient-elles : il s'agit de livrer un ensemble en état de marche (usine, centrale électrique, barrage, etc.), d'instruire le personnel local, de transférer de la technologie ; il s'agit, dans certains cas, de gérer, pendant un temps, l'ensemble livré pour le compte du maître de l'ouvrage. En réalité on est ici en présence de ce qu'on appelle une « nouvelle forme d'investissement » et le (ou les) contrats conclus les concernant s'apparentent plus à des contrats d'investissement qu'à des contrats commerciaux ordinaires (vente de marchandises). C'est ainsi que les tribunaux arbitraux CIRDI les ont considérés, soit implicitement dans l'affaire *Klöckner c/*

(4) V. les articles réunis dans la journée du CFA *Les Etats et l'arbitrage international. Hommage à Jean Robert*, *Rev. arb.*, 1985, n° 4 ; K.-H. Böckstiegel, « Les règles de droit applicable aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des Etats ou des entreprises contrôlées par l'Etat », in *CCI Arbitrage international. 60 ans après : regard sur l'avenir*, 1983 ; E. Silva-Romero, « L'arbitrage de la Chambre de commerce internationale et les contrats d'Etat », *Bulletin CCI*, vol. 13, n° 1, 1<sup>er</sup> semestre 2002.

*Cameroun* (1983), soit explicitement dans l'affaire *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Royaume du Maroc* (2001) (5).

### 3) Contrats d'Etat et contrats d'investissement

Or, c'est très précisément à propos de contrats d'investissement que la notion de contrat d'Etat s'est développée, même si l'expression est apparue à propos d'une autre catégorie de contrats, les emprunts internationaux (emprunts d'un Etat auprès de créanciers à l'étranger) (6). Mais c'est bien à propos des investissements que la notion est devenue familière, et en particulier à propos des investissements pétroliers (V. les litiges apparus entre Etats et concessionnaires pétroliers et les sentences fameuses des années 50/60 : *Abu Dhabi, Qatar, Sapphire, Aramco*) (7).

Cela signifie-t-il que tous les contrats d'investissement conclus entre un Etat et une entreprise étrangère sont des contrats d'Etat ? La réponse est négative et la doctrine a cherché à définir les conditions que devaient remplir les contrats d'investissement pour pouvoir être qualifiés de la sorte. On a pensé ainsi que certains contrats d'investissement, par leur importance et

(5) Dans l'affaire *Klöckner c/ République unie du Cameroun et Socame*, (sentence du 21 octobre 1983, *JDI*, 1984, p. 409-440 ; J. Paulsson, « Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : la sentence arbitrale *Klöckner c/ Cameroun* », *Rev. arb.*, 1984.19) le litige est apparu à propos d'un contrat de vente d'une usine de fabrication d'engrais. Il y avait une clause compromissoire renvoyant au CIRDI et personne n'a contesté la compétence du Centre. En revanche le problème a été expressément posé dans l'affaire *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Royaume du Maroc*, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, *JDI*, 2002, p. 196-216, avec commentaire E. Gaillard. Le Maroc contestait la compétence du CIRDI en arguant qu'un contrat de génie civil ne tombait pas dans la catégorie des investissements visés à l'article 25 de la Convention de Washington. Le tribunal arbitral, s'est néanmoins reconnu compétent.

(6) C'est à propos de tels contrats que F.-A. Mann, a utilisé l'expression *state contract*, v. « *The law governing state contracts* », *BYBIL*, 1944, p. 11 repris in F.-A. Mann, *Studies in International Law*, *op. cit.*, p. 178-210. Mais v. *infra* la contribution de M. Kamto qui a repéré l'expression « contrat d'Etat » chez G. Jèze, dans un cours à La Haye de 1925, également à propos d'emprunts publics. V. aussi G. R. Delaume, « Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle », *RBDI*, 1968, p. 336-364.

(7) V. P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *op. cit.*, p. 164 et s.

leur finalité, avaient une nature spécifique. Il s'agit de ce qu'on a appelé (dans les années 60/70) les accords de développement économique. La notion renvoie à des contrats d'investissement dans lesquels des obligations spéciales pèsent sur l'entreprise étrangère, qui participe ainsi au développement de l'Etat d'accueil : construction de routes, de voies ferrées, d'écoles, électrification, etc.

C'est parce que ces contrats seraient tout à fait spécifiques qu'ils bénéficieraient d'un régime particulier, celui du contrat d'Etat. Cependant le critère d'identification de ces contrats, participer au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement, est des plus vagues : à la limite cela peut couvrir tous les accords d'investissement et si l'on veut désigner seulement certains accords, il faut proposer des critères plus précis, et si possible juridiques, permettant de distinguer les accords de développement économique ou contrats d'Etat, des autres contrats d'investissement. Et on retombe sur le problème général.

#### 4) Contrats d'Etat, contrats conclus par l'Etat personne de droit international, contrats conclus *jure gestionis* par l'Etat

Bien d'autres analyses ont été proposées pour caractériser les contrats d'Etat. Mais, à notre avis, c'est P. Mayer, dans son article retentissant publié au *Clunet* de 1986 (« La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat »), qui a dégagé une analyse juridique permettant de comprendre la spécificité des contrats d'Etat. P. Mayer, on le sait, part d'une analyse théorique qui distingue l'Etat personne du droit international (l'Etat au sens du droit international) et l'Etat personne de droit interne (l'Etat au sens du droit interne) (8). Celui-ci est ce qu'on appelle l'Administration (en anglais *Government*) auquel a à faire le contrat

(8) P. Mayer prend comme point de départ la double définition de l'Etat présentée par Kelsen. A côté du concept général d'Etat qui s'identifie avec l'ordre juridique total et qui règle la conduite de la totalité des individus présents sur un territoire, Kelsen présente un concept restreint de l'Etat comme ordre juridique partiel « comprenant les individus ayant la qualité de fonctionnaires de l'Etat [...] : c'est l'Etat en tant qu'appareil bureaucratique de fonctionnaires, avec à sa tête le gouvernement », *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 353-354. Mais Kelsen, cependant, refuse tout dédoublement de la personnalité de l'Etat. Pour une discussion de la position kelsénienne, v. Ch. Leben, « L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne », in *Mélanges G. Arangio Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2003, p. 755-791.

administratif alors que celui-là est l'Etat sujet du droit international (en anglais *State*). Il caractérise alors le contrat d'Etat, dans un sens restreint du terme, par deux traits : i) il s'agit d'un contrat conclu entre l'Etat souverain, *i.e.* l'Etat sujet de droit international, et une entreprise étrangère, et ii) il s'agit d'un contrat conclu *en dehors* de l'ordre juridique de l'Etat co-contractant (cette deuxième caractéristique découle en fait de la première). En revanche les contrats conclus au sein de l'ordre juridique étatique sont conclus avec l'Etat au sens du droit interne, ou Administration, et sont régis par le droit de l'Etat, par exemple le droit administratif là où il existe.

On arrive donc à une notion de contrat d'Etat, dans un sens restreint de l'expression, comme contrat conclu par une personne privée (entreprise) avec un Etat en tant que sujet de droit international (*i.e.* l'Etat en tant que personne du droit international). Ceci permet de distinguer les contrats d'Etat des contrats internes de droit privé conclus par l'Etat agissant *jure gestionis*. Ces contrats sont ceux passés par l'Etat de la même façon qu'une personne ordinaire, ce qui n'est pas le cas de l'Etat partie à un contrat d'Etat. L'Etat agit, ici, non pas en tant que personne ordinaire, mais en tant que personne de droit international et le contrat comporte bien des clauses exorbitantes (par exemple, les clauses de stabilisation) mais ce ne sont pas les mêmes que celles du contrat administratif et leur finalité est toute autre.

Il va de soi que le contrat d'Etat n'est pas nécessairement un contrat d'investissement mais n'importe quel contrat conclu avec l'Etat au sens du droit international (9). On a ici un critère juridique permettant de discriminer entre contrats conclus par des Etats avec des entreprises étrangères : contrats conclus au sein de l'ordre juridique du contractant étatique (contrats administratifs ou contrats de droit privé ordinaires) (10), et contrats conclus en dehors de cet ordre juridique (contrats d'Etat).

Pourquoi faire sortir le contrat de l'ordre juridique étatique ? A l'évidence pour faire échapper le contrat à la maîtrise de

(9) A côté du contrat d'Etat, contrat conclu avec l'Etat personne de droit international, il peut exister des contrats conclus avec une organisation internationale. On peut donner comme exemple les contrats de prêt conclus par la BIRD ou la BERD, v. Ch. Leben, « Retour sur la notion de contrat d'Etat... », *op. cit.*, p. 261-263.

(10) Contrats ordinaires pour les Etats qui ne connaissent pas de régime particulier s'appliquant aux contrats passés avec l'administration.

l'Etat partenaire contractuel. Celui-ci, par l'intermédiaire de ses organes, réglementaire, législatif voire constitutionnel, domine tout l'environnement juridique dans lequel se situent, d'ordinaire, ses contrats avec des tiers, en général, et avec des entreprises étrangères, en particulier. Celles-ci doivent donc faire face, et cela est bien connu, à un aléa de souveraineté (on parle aussi de risque politique) qu'elles cherchent à réduire en faisant échapper leurs contrats à l'ordre juridique de leur partenaire étatique. Ceci s'accompagne nécessairement d'une procédure de règlement des litiges soustraite aux tribunaux de celui-ci et confiée à des tribunaux arbitraux.

##### 5) Caractéristiques d'un contrat d'Etat (au sens restreint de l'expression)

Comment reconnaît-on que le contrat a été conclu en dehors de l'ordre étatique de l'Etat co-contractant et qu'il s'agit donc d'un contrat d'Etat ? C'est là, évidemment, le point le plus délicat de la théorie du contrat d'Etat. La pratique contractuelle dessine une sorte d'éventail. A l'une des extrémités on rencontre des contrats conclus avec un Etat, pour lesquels le droit applicable est purement et simplement celui de cet Etat, et les juridictions compétentes, également, celles de cet Etat. On est clairement en présence de contrats administratifs, ou de contrats ordinaires, pour les ordres qui ne connaissent pas cette catégorie, ou de contrats de droit privé conclus par l'Etat agissant *jure gestionis*. A l'autre extrémité, on rencontre des contrats avec un Etat où le droit applicable est le droit international, sous une forme ou une autre, et les juridictions compétentes des juridictions arbitrales elles-mêmes internationales, parce que mises en place par un traité international. On pense, naturellement, aux tribunaux CIRDI.

Entre ces deux extrêmes, on trouve des situations intermédiaires pour lesquelles on doit se demander, chaque fois, si les relations contractuelles se situent à l'intérieur de l'ordre juridique de l'Etat contractant ou non. Ainsi : le fait que le tribunal arbitral compétent n'a pas été créé sur la base d'un traité est-il un élément de différenciation ? Ou, autrement formulé, est-ce que seuls les tribunaux arbitraux créés sur la base d'un traité (tribunaux CIRDI, tribunal des différends irano-américains) sont des tribunaux arbitraux internationaux ? La réponse, selon nous, est négative : il faut et il suffit que le droit applicable à

l'arbitrage soit le droit international, droit auquel se sont référés les arbitres, par exemple dans les sentences *Aramco*, *Texaco*, *Liamco* et *Aminoil* (11).

En revanche, quelles que soient les autres clauses présentes dans le contrat, l'existence d'une clause donnant compétence aux tribunaux de l'Etat insère le contrat dans l'ordre juridique de celui-ci. En effet, les tribunaux étatiques ne pourront jamais faire prévaloir les dispositions contractuelles sur des dispositions législatives (et *a fortiori* constitutionnelles) de l'Etat. Or toute la finalité de la construction juridique du contrat d'Etat est de maintenir les engagements contractuels de l'Etat, quelles que soient les modifications ultérieures de sa politique juridique, ce qui ne peut être réalisé que si c'est l'Etat, au sens du droit international, qui contracte.

##### 6) Droit applicable au contrat d'Etat

S'agissant du droit applicable, il est fréquent qu'un contrat d'investissement ne comporte pas de références au droit international ou aux principes généraux de droit, mais au droit interne stabilisé du partenaire étatique. Il existe diverses variétés de clauses de stabilisation comme l'ont montré les études doctrinales (12). La stabilisation peut porter sur la totalité du

(11) Pour la sentence *Aramco*, v. *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 277 (« Le Tribunal arbitral, considérant que l'arbitrage est soumis aux règles du droit des gens pour la raison qu'une des parties est un Etat ») et p. 305 (« Il en résulte que l'institution de l'arbitrage ne peut que relever directement du droit des gens »). Pour *Texaco*, v. le § 16 de la sentence reproduite in *ILM*, 1978, p. 9 (« ... it is appropriate for the Tribunal to declare that this arbitration (...) is governed by international law... »). Pour *Liamco*, la formule est un peu plus complexe : « ... 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 » (*Rev. arb.*, 1980.147 et aussi B. Stern, *Rev. arb.*, 1980.3, spéc., p. 10). Il s'agit du fameux projet élaboré par G. Scelle pour l'arbitrage inter-étatique et qui ne fut jamais adopté (V. *AFDI*, 1958, p. 441). V. à ce propos les remarques de Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman : « Il ne saurait [...] y avoir une définition de l'internationalité de l'arbitrage à partir de son seul régime juridique. Bien au contraire, c'est ce dernier qui, souvent, découle de son caractère international », *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 54, n° 97.

(12) V. P. Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *Ecrits de droit international*, op. cit., p. 303-323 ; N. David, « Les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien », *JDI*, 1986, p. 79-107 ; T.W. Walde, « *Stabilizing international investment commitments : International law versus contract interpretation* », *Texas international Law journal*, 1996, p. 215-267.

droit de l'Etat ou sur certaines de ses branches seulement (droit fiscal, droit douanier, droit des sociétés, droit du travail etc.). Elle peut porter sur la durée totale d'existence de l'investissement ou sur une période plus courte, elle peut être accompagnée ou non d'une clause d'intangibilité interdisant à l'Etat de modifier unilatéralement le contrat. Il peut exister aussi, mais plus rarement, une clause interdisant explicitement la nationalisation de l'investissement ou, du moins, une nationalisation sans paiement d'une indemnité appropriée (13).

P. Mayer a montré dans l'article déjà cité, que ces clauses, loin de signifier que le contrat est soumis au droit interne de l'Etat avec quelques modifications, ont pour effet, au contraire, de faire sortir le contrat de l'ordre juridique de l'Etat (14). Ou, du moins, c'est ainsi qu'il faut les interpréter si l'on désire donner effet aux engagements de l'Etat. Car, si on devait considérer que les engagements de stabilisation sont souscrits au sein même de l'ordre juridique de l'Etat, ils seraient purement et simplement potestatifs. Pour qu'ils soient de vrais engagements, dont le non-respect pourra être sanctionné devant une juridiction arbitrale, il faut qu'ils aient été contractés en dehors de l'ordre juridique national et par le seul sujet qui peut effectivement promettre une telle stabilisation, à savoir l'Etat sujet de droit international. Le droit national stabilisé n'est plus du tout le droit national, il est un corps de règles incorporé au contrat et qui échappe à l'action unilatérale de celui-ci. Les contrats qui comportent de telles clauses ne sont pas conclus au sein des ordres juridiques étatiques.

Mais alors, au sein de quel ordre sont-ils conclus ? P. Mayer apporte à la question de l'ordre juridique dont dépend le contrat d'Etat, une réponse étonnante. Pour lui, les rapports contractuels entre l'Etat et l'entreprise étrangère ne sont en fait soumis à aucun ordre juridique. Le contrat d'Etat est un contrat sans loi, et il appartiendrait, selon lui, aux arbitres d'inventer des règles propres aux rapports transnationaux en s'inspirant des principes généraux de droit et en les adaptant aux particularités des contrats d'Etat (15).

(13) D'après ce que nous avons pu voir lors de nos recherches sur les contrats pétroliers, il est fréquent que, sous la rubrique « stabilisation », le contrat ne contienne pas du tout une telle clause mais une clause de renégociation du contrat, ce qui est en est l'exact contraire.

(14) V. « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat... », *op. cit.*, p. 34-36.

(15) V. « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat... », *op. cit.*, p. 25. Il s'agit bien d'un contrat strictement sans loi et non d'un contrat régi par la *lex mercatoria*.

Nous considérons, au contraire, que l'Etat qui contracte en dehors de son ordre juridique, c'est-à-dire l'Etat au sens du droit international, contracte au sein de l'ordre juridique du droit international public. Ceux qui, comme P. Mayer s'opposent à cette solution, le font essentiellement sur la base d'une conception du droit international public qui exclut toute possibilité pour les particuliers d'y accéder en tant que sujets, *i.e.* en tant que destinataires directs de droits et d'obligations énoncés par des instruments internationaux. On ajoute à cela que le droit international public ne comporterait pas, ou peu, de règles d'un vrai droit international des contrats. Ces arguments doivent être rejetés (16).

S'agissant de la place des individus en droit international public, c'est vouloir ignorer toute l'évolution du droit international au XX<sup>e</sup> siècle pour considérer encore, sur un mode hégélien, ou dualiste, que le droit international ne peut régir que les Etats eux-mêmes. En outre si on admet que dans un litige portant sur un contrat d'Etat, c'est l'Etat au sens du droit international qui est attrait devant une juridiction arbitrale internationale (ce qui est au moins le cas lorsqu'il s'agit d'un tribunal CIRDI), il ne peut l'être qu'au sein de l'ordre juridique international. Et de fait, certains contrats comportent expressément une référence au droit international comme droit applicable au fond du litige entre l'Etat et l'entreprise étrangère. Il faut préciser que si ces clauses ne sont pas les plus fréquentes elles ne sont pas non plus rares et on les rencontre effectivement dans la pratique contractuelle actuelle.

Ceci peut être vérifié dans la collection de plusieurs centaines de contrats pétroliers publiés par la société américaine Barrows. Une recherche menée en 1998 puis en 2002, confirme, sans la moindre hésitation, que le droit international est visé, sous des formes diverses, dans les clauses de droit applicable. Il est clair que certains Etats n'acceptent pas ce type de référence. C'est vrai, en particulier, des Etats du Moyen Orient, d'Afrique du Nord, d'Amérique latine ou des Etats d'Europe occidentale (Royaume-Uni et Norvège). Il est clair que la référence au droit internatio-

(16) Pour une étude plus détaillée de cette question v. Ch. Leben, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, *supra*, n° 1 et aussi « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>e</sup> siècle*, Paris, CREDIMI, Litec, 2000, p. 119-175.

nal est obtenue auprès d'Etats qui ont un *bargaining power* plus faible : Etats d'Afrique noire, d'Europe de l'Est, d'Asie du sud-est (mais nous avons vu, aussi, un contrat avec la Chine populaire). Mais ce fait ne délégitime pas pour autant la technique ou alors il faut aussi refuser, par exemple dans les prêts bancaires, la prise d'une hypothèque parce qu'elle n'est demandée qu'aux emprunteurs qui n'ont pas une surface financière suffisante.

### 7) Références au droit international dans la pratique contractuelle

Donnons quelques exemples de la pratique contractuelle récente. La référence au seul droit international, en tant que droit applicable au contrat, est extrêmement rare. On la connaît par quelques exemples du passé. En revanche, on rencontre assez souvent le couplage du droit interne avec le droit international, selon des formules variées. La formulation la plus courante est du type suivant, tiré d'un accord de concession entre Texaco et le Pakistan de 1990 :

« *This Agreement shall be governed by and interpreted in accordance with and shall be given effect under the laws of Pakistan to the extent of such laws and interpretations are consistent with generally accepted standards of International Law including Principles as may have been applied by international tribunals* ».

Ou encore, dans un accord pétrolier de 1986 entre le Népal et la Shell :

« *This Agreement shall be interpreted according the law of Nepal and such principles of International Law as may be applicable* ».

Ce type de rédaction se retrouve dans d'assez nombreux contrats pétroliers et miniers. Ainsi, par exemple dans le contrat Valco au Ghana (usine d'aluminium construite au Ghana par un consortium international de sociétés minières sur la base de l'exploitation de la bauxite ghanéenne, contrat renouvelé en 1985) :

« *This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the law of Ghana and such rules of International Law as may be applicable* ».

Cet article cherche, en outre, à préciser ce qu'il faut entendre par droit international :

« *The term, International Law, as used in this Article should be understood in the sense given to it by Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice, allowance being made for the fact the Article 38 aforesaid was designed to apply to inter-state disputes* ».

Pour donner un exemple en provenance d'Europe de l'Est : accord de prospection et d'exploitation du pétrole offshore entre la Bulgarie et diverses sociétés dont la Texaco, de 1991 :

« *This Agreement and any licence shall be governed by Bulgarian laws and international conventions to which Bulgaria is a party and generally accepted principles of International Law* ».

Ou encore, un contrat conclu par le Vietnam et une société occidentale en 1994 :

« *This contract is governed by the law of the Socialist Republic of Vietnam and by the generally accepted principles of international law in conjunction with international petroleum industry practices* ».

Toutes ces clauses de droit applicable confirment l'usage du droit international dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère — au moins s'agissant des contrats d'investissement — comme la possibilité en est reconnue par différents instruments internationaux et par les résolutions de l'Institut de droit international (17). En outre, tous les contrats comportent des clauses compromissoires faisant référence soit au CIRDI soit, assez souvent, à des arbitrages *ad hoc* constitués selon le règlement de la CNUDCI lorsque l'Etat n'est pas encore partie à la Convention de Washington sur le CIRDI.

Il n'est pas nécessaire ici d'analyser en détail ces clauses pour apprécier comment le droit international s'articule avec le droit interne ou avec des principes généraux de droit. Il suffit de constater que ces clauses, dans la mesure où elles mettent le droit interne sous le contrôle du droit international, retirent à l'Etat le droit de modifier celui-ci de façon à porter atteinte au contrat signé. Toute modification unilatérale adoptée par voie législative ou autre sera refusée par le tribunal arbitral si elle apparaît contraire au principe *pacta sunt servanda* souscrit au niveau du droit international. Le contrat qui contient ces clauses est bien un contrat conclu par l'Etat en dehors de son ordre juridique, et pour nous au sein de l'ordre juridique du droit international.

### 8) Jurisprudence des tribunaux arbitraux CIRDI

L'application du droit international à certains contrats d'investissement est aujourd'hui largement confirmée par la jurispru-

(17) V. aussi l'article 2 de la résolution d'Athènes *Ann. IDI*, 1979, vol. 58/II, p. 194, et article 6 de la résolution adoptée à Saint Jacques de Compostelle en 1989 à propos de l'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères, *Ann. IDI*, 1989, vol. 63/II, p. 330 ; *Rev. arb.*, 1990.931, et comm. Ph. Fouchard.



dence des tribunaux arbitraux du CIRDI. On sait que l'article 42 § 1 de la Convention de Washington de 1965 prévoit que : « le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties ». Et, dans une deuxième phrase que : « 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 ». Avec cet article, on a une confirmation indiscutable de la pertinence de la référence au droit international, comme droit susceptible de régir les contrats d'investissement et éventuellement d'autres contrats d'Etat (18). Un rapport des Administrateurs de la BIRD vient apporter une précision sur l'expression « droit international » de l'article 42. Elle doit être interprétée « au sens de l'article 38 §1 du Statut de la Cour internationale de Justice, compte tenu cependant du fait que cet article 38 est destiné à s'appliquer à des différends étatiques » (19). On peut ajouter que le droit international n'est pas applicable par renvoi du droit interne (par exemple si on considère, avec Mann, que le principe de l'autonomie de la volonté permet aux parties de choisir le droit international). Le droit international est l'ordre juridique dans lequel le contrat d'Etat est inséré et celui-ci apparaît comme un nouvel acte du droit international.

L'interprétation donnée par diverses sentences arbitrales de l'articulation du droit international avec le droit de l'Etat contractant, tous deux évoqués à l'article 42 mais aussi, comme nous l'avons vu, dans la plupart des clauses contractuelles renvoyant au droit international, varie (20). Mais l'essentiel est indiscutable : toute modification unilatérale du contrat par l'Etat, que ce soit du fait d'une action de l'administration ou du fait de l'adoption d'une nouvelle législation remettant en cause les droits contractuels du partenaire privé, sera jugée contraire à

(18) V. l'article 8.04 (b) (v) des *Standard Terms and Conditions* de la BERD qui prévoit que le droit applicable à un contrat passé par la BERD que ce soit avec un Etat ou une personne non étatique sera le droit international public, V.W. Head, « *Evolution of the Governing Law for Loan Agreements of the World Bank and Other Multilateral Development Banks* », *Am. Journ. of Int. Law*, 1996, p. 214-234, p. 227.

(19) Pour une étude de la jurisprudence CIRDI concernant l'application de l'article 42, V. Schreuer (Chr.), *The ICSID convention : a commentary*, p. 549-643 ; I. Shihata & A. Parra, « *Applicable substantive law in disputes between states and private foreign parties : the case of arbitration under the ICSID convention* », *ICSID Rev.*, 1995, p. 183-213.

(20) V. le tableau dressé in *Rev. arb.*, 1994, p. 189-199.

l'engagement pris par cet Etat au niveau du droit international. Certes, la première partie de l'article 42 § 1 permet aux parties de se référer au seul droit de l'Etat contractant et donc de conclure un contrat de type administratif. On l'a vu par exemple dans l'affaire *SOABI c/ Sénégal*. Mais même dans ce cas, on peut se demander s'il est concevable qu'un tribunal CIRDI prête son concours à une action de l'Etat qui serait clairement contraire au droit international (21).

Ce qui vient d'être dit à propos du droit international est également valable lorsque ce sont des principes généraux de droit qui sont visés. Quelle que soit la nature des principes en question, qu'ils renvoient ou non au droit international (de nombreuses clauses se réfèrent aux « *general principles of law as internationally recognised* ») (22), ce qui compte c'est le fait que ces références impliquent que le contrat est sorti de l'ordre juridique de l'Etat contractant et que celui-ci ne le maîtrise plus.

#### 9) Traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements

On peut enfin rappeler que les rapports contractuels entre investisseurs privés et Etats d'accueil sont aujourd'hui « couverts » par un réseau de traités bilatéraux (plus de 2000), conclus entre Etats exportateurs et Etats importateurs d'investissements, traités dans lesquels les Etats s'engagent à respecter les contrats passés avec les investisseurs (23). D'après P. Weil lorsque de tels traités existent, les obligations contractuelles entre l'Etat d'ac-

(21) Pour une partie de la doctrine, v. l'article de M. Kamto *infra*, le droit applicable aux contrats d'Etat serait le droit transnational et non le droit international réservé aux relations inter-étatiques. On peut contester cette approche d'un point de vue doctrinal : V. « Retour sur la notion de contrat d'Etat... » *op. cit.*, *supra*, n. 1, p. 272-276. Plus simplement on remarquera que dans les contrats pétroliers que nous avons pu consulter il n'est *jamais* question de droit transnational alors que les références au droit international sont courantes. En outre, tout ce domaine est actuellement soumis à l'impact des traités bilatéraux de protection des investissements. Les litiges de ce fait sont clairement dans l'orbite du droit international comme le montre la jurisprudence des tribunaux du CIRDI. Mais, étant donné la proximité entre droit de l'investissement et droit des contrats d'Etat il est plus logique de situer ce droit dans le même ordre juridique international plutôt que dans un ordre tiers et plutôt mystérieux.

(22) V. les analyses de P. Weil, « Principes généraux du droit et contrat d'Etat », in *Ecrits de droit international*, *op. cit.*, p. 379-407.

(23) On pourra trouver un échantillon de tels traités, dans la publication de la CNUCED (UNCTAD), *International investment instruments : a compendium*, vol. III, New York, Genève, 1996.



cueil et l'investisseur sont transformées en de véritables obligations internationales au sens du droit international public. P. Mayer pour sa part, maintient que la nature des rapports *inter partes* demeure inchangée et soumise à la *lex contractus* et que seul le rapport inter-étatique est soumis au droit international (24). Mais quelle que soit la théorie retenue, la violation par l'Etat d'accueil de ses obligations contractuelles a pour conséquence une violation directe (version P. Weil) ou indirecte (version P. Mayer) du droit international public. On assiste bien, avec ces traités bilatéraux de protection des investissements (TBI) à une internationalisation des engagements contractuels souscrits par les Etats d'accueil (25).

Tout cela confirme à nos yeux le « climat international » (P. Weil) dans lequel baignent désormais les investissements internationaux. Cela ne signifie pas, encore une fois, que tous les contrats d'investissement sont conclus dans l'ordre juridique international et seraient des contrats d'Etat. Non, la majorité des contrats pétroliers que nous avons pu consulter prévoient que le droit applicable est le droit national non stabilisé. Mais il nous paraît indéniable que certains contrats d'investissement, et dans une proportion non négligeable, sont bien insérés dans l'ordre du droit international public et ce sont ceux-là que nous appelons des contrats d'Etat, au sens strict de l'expression.

Il faudrait encore évoquer le cas où les contrats d'investissement sont conclus non par l'Etat lui-même mais par des entreprises qu'il contrôle. Dans le secteur pétrolier c'est une pratique très courante et une bonne partie des contrats sont conclus avec les sociétés nationales. On ne peut pas, dans ces cas, parler de contrats d'Etat, sauf à montrer que l'émanation n'a fait qu'agir au nom et pour le compte de l'Etat qui est le véritable contractant (26). On peut en effet se poser la question lorsqu'on voit, dans certains contrats pétroliers, que la société nationale promet la stabilisation du régime juridique ou fiscal interne au parte-

(24) Mais pour nous la *lex contractus* du contrat d'Etat est le droit international.

(25) V. Ch. Leben, « L'évolution du droit international des investissements », in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris, Pedone, p. 7-32, p. 19-20. Et sur les TBI, v. « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994/VI, vol. 250, p. 13-215, p. 106-135 ; G. Sacerdoti, « *Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection* », *RCADI*, 1997, vol. 269, p. 255-460.

(26) Sur cette question, v. les analyses de P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat... », *op. cit.*, p. 52-76 ; N. David, « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien » *op. cit.*, p. 88-92.

naire étranger. Il est clair, cependant, que seul l'Etat, peut prendre un tel engagement, ce qui permettrait peut-être de le considérer comme le véritable cocontractant des investisseurs étrangers. Mais même s'il s'agit d'un contrat dont on ne peut douter qu'il ait été conclu avec une société nationale de droit interne distincte de l'Etat, contrat pour lequel le droit applicable est le droit de l'Etat, il reste l'effet des traités bilatéraux de protection des investissements pour donner une couverture internationale à ces rapports contractuels (27).

Subsiste le problème de la teneur encore lacunaire du droit international des contrats. Mais chaque sentence arbitrale publiée (et on pense en particulier aux sentences du CIRDI dont le nombre est en progression constante, y compris celles qui sont rendues dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'ALENA) (28), vient apporter des lumières nouvelles sur ce droit qui n'est plus aussi lacunaire qu'on le dit (29). Quoi qu'il en soit, ce qui compte pour le développement d'un droit, comme le notait Sir Hersch Lauterpacht, c'est l'existence d'une juridiction obligatoire et quelques grands principes généraux (30). Historiquement bien des systèmes juridiques se sont

Rappelons que l'article 25 § 1 de la Convention de Washington prévoit que la compétence du CIRDI « s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant, etc. ».

(27) V. par exemple la récente décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena Hotels Limited c/ République arabe d'Egypte*, du 5 février 2002, *JDI*, 2003, p. 167-191. L'affaire concernait des contrats de bail conclus entre une entreprise publique égyptienne (EHC) et la société Wena, contrats soumis au droit égyptien. Le comité note que « la présente affaire concerne une réclamation non pas du fait des actes d'EHC mais du fait des actions ou omissions de l'Etat que l'investisseur considère comme étant en violation des dispositions de l'IPPA » [le traité de protection des investissements entre le Royaume-Uni et l'Egypte], p. 174. Sur l'importance que revêtent désormais les traités de ce type, v. Horacio A. Grigera Naon, « Les contrats d'Etat : quelques réflexions », *infra*.

(28) V. A. Lemaire, « Le nouveau visage de l'arbitrage entre Etat et investisseur étranger : le chapitre 1 de l'ALENA », *Rev. arb.*, 2001, p. 43-94 ; A. Milanova, « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atouts discrets d'une hégémonie », *JDI*, 2003, p. 87-100.

(29) Pour une première tentative de faire le point sur la question, v. M. El Younsi, *Les règles matérielles du droit des contrats d'Etat à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine*, thèse Paris II, 1994, mult.

(30) « 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 ». H. Lauterpacht, « La théorie des différends non justiciables en droit international », *RCADI*, 1930/IV, p. 539.

formés de cette façon, que ce soit la *common law* en Angleterre ou le droit administratif en France. Cette conjonction se retrouve aujourd'hui dans le droit international des investissements dans ses deux branches, droit conventionnel des investissements et droit contractuel. Personnellement, je parie sur le développement, dans les prochaines décennies, d'un droit international des contrats dont on commence à voir les premiers linéaments (31).

---

(31) L'importance du développement des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements et le fait que la majorité des litiges portés devant le CIRDI l'a été sur le fondement de ces traités et non sur le fondement de clauses compromissaires prévues dans des contrats, amènent une partie de la doctrine à s'interroger sur la survivance même de la notion de contrat d'Etat. Celle-ci n'aurait été, en fin de compte, qu'une figure passagère qui ne serait plus utile aujourd'hui du fait de l'existence d'un vrai droit international des investissements. Nous pensons, cependant, que le droit international de l'investissement n'invalide en rien le besoin d'un droit international des contrats, les problèmes visés par l'un n'étant pas les mêmes que ceux visés par l'autre. On peut se reporter, par exemple, à la décision du comité *ad hoc* du CIRDI dans l'affaire *Wena Hotels Limited c/ République arabe d'Egypte*, cité *supra*, n. 26, pour voir comment s'articule, dans une affaire donnée, ces deux plans.