

Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci

Charles LEBEN

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

1. Parmi les domaines où la question de l'évolution du droit international s'est posée dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, celui des contrats passés par les Etats avec des personnes privées est sans doute un de ceux où les enjeux et, par voie de conséquence, les controverses ont été les plus virulentes. Ce type de relation juridique a soulevé au moins deux catégories de questions distinctes, même si des liens existent entre eux : celui des immunités souveraines des Etats et celui des contrats dits d'Etat. Sur les premières l'importante évolution subie par le droit international, abandon de la théorie de l'immunité absolue, adoption de la théorie de l'immunité relative, n'est plus guère contestée et seule la détermination exacte de celle-ci soulève encore des questions¹.

2. En revanche s'agissant des "contrats d'Etat" et malgré un travail doctrinal considérable sur le sujet, il semble qu'un consensus général ne se soit toujours pas dégagé comme en témoignent les polémiques qui réapparaissent très régulièrement². Ces polémiques tournent toujours et encore sur la pertinence du droit international public à régir ce type de contrats. Il paraît évident que les divergences proviennent essentiellement de la conception que chacun se fait de la nature du droit international public, de ses sujets, des relations qu'il est susceptible de régir, et de sa possibilité d'évolution - sur tous ces points - par rapport à un schéma "classique" prévalant au moins jusque vers 1945. C'est une vision clairement "évolutionniste" que l'on voudrait défendre ici, à la fois parce que notre

¹ Pour un point récent sur la question, v. M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités de l'Etat*, Paris. Pedone, 1996.

² V. l'un des derniers articles de R. B. Lillich, "The Law Governing Disputes under Economic Development Agreements : Reexamining in the Concept of Internationalization", in Richard B. Lillich et C. N. Brower (Eds), *International Arbitration in the 21st Century : Towards "judicialization" and Uniformity"?*, Irvington (NY), Transnational Publishers, 1994, pp. 61-114. L'auteur discute le refus de D. Bowett d'accepter l'application du droit international et des principes généraux de droit aux accords de développement économique, V. D. W. Bowet, "State contracts with aliens : contemporary developments on compensation for termination or breach", *BYBIL* 1988, pp. 49-74., sp. pp. 51-52. Nous n'avons pas connaissance, en écrivant cet article, de la thèse de L. Lankarani El-Zein, *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, thèse Paris I, 1996, 2 vol. mult. On y trouvera une critique virulente des positions doctrinales cherchant à rattacher les contrats d'Etat à l'ordre juridique international.

postulat de base est que le droit international, comme tout droit, est susceptible d'évoluer avec la "société" dont il est l'expression et qu'il nous semble possible de montrer que l'observation de la pratique internationale confirme une telle position.

3. Cette étude, comme on l'a dit, ne concerne pas un domaine neuf mais au contraire un domaine très largement exploré par la doctrine et, tout particulièrement, la doctrine de langue française³. A l'intérieur de celle-ci les travaux de Prosper Weil et de Pierre Mayer ont constitué des étapes majeures de la compréhension du phénomène des contrats d'Etat⁴. Mais ces travaux, comme on le sait, loin de converger se contredisent. Pourtant, sans que l'on veuille ici se livrer à un travail scolastique d'harmonisation des opinions des "autorités", il nous paraît possible de défendre l'idée que si la définition donnée du contrat d'Etat par P. Mayer a fourni la base conceptuelle solide qui manquait encore à la théorie, elle n'exclut pas mais, au contraire, vient renforcer l'intuition majeure de P. Weil de la soumission de ces contrats au droit international public. Elle permet effectivement de concevoir le contrat d'Etat comme un véritable nouvel acte juridique du droit international. Une telle affirmation se heurte à des objections sérieuses qu'il faudra examiner.

I - Le contrat d'Etat nouvel acte juridique international

A) Le contrat d'Etat comme contrat passé par un Etat en tant que sujet du droit international public

1) La prise de conscience progressive d'une nouvelle catégorie de contrats conclus par les Etats

4. La première constatation qui doit être faite concerne la dimension historique de la question. On ne peut comprendre les hésitations des tribunaux arbitraux et la diversité des opinions doctrinales, si on ne prend pas en compte le fait qu'il s'agissait d'appréhender un phénomène apparu dans une période récente et qui se développait en même temps qu'il faisait l'objet des premières tentatives de systématisation. Les principales sentences arbitrales sur lesquelles les auteurs vont raisonner pour diagnostiquer l'apparition d'une nouvelle catégorie de contrats concernent des concessions pétrolières au

Moyen-Orient dans les années 50/60⁵. Les sentences libyennes (Texaco, Lianco, BP), la sentence Aminoil, sans compter l'expansion de la jurisprudence du CIRDI, sont postérieures aux premières grandes études, de Mann, de Verdross, de Wengler, de Weil, pour ne citer que quelques noms⁶. C'est dire que ces auteurs ont travaillé à la fois sur une pratique encore faible et avec un recul historique minimal par rapport à un phénomène qui était en voie de développement seulement.

5. Si presque tous ces auteurs se sont accordés pour constater que la pratique semblait produire des contrats qui n'étaient ni des contrats de droit interne ni des contrats internationaux comme en concluent des personnes privées entre elles, de même qu'ils se sont accordés pour reconnaître que tous les contrats passés entre un Etat et une personne privée ne sont pas des "contrats d'Etat", ils se sont trouvés bien en peine de fournir un critère de distinction purement juridique qui permettrait de distinguer ceux-ci des contrats ordinaires conclus par l'Etat.

6. On sait que les contrats d'Etat sont en général des contrats d'investissement mais cela ne signifie pas que tous les contrats d'investissement soient des contrats d'Etat ni qu'il ne puisse y avoir de contrats d'Etat en dehors du domaine des investissements (l'article de Mann qui semble avoir inventé l'expression portait sur la question des emprunts internationaux)⁷. On sait que ces contrats contiennent des références, sous des formes variées, au droit international public. Mais F. A. Mann avait défendu l'idée, dès 1944, que le principe d'autonomie de la volonté permettait à un Etat et une personne privée d'adopter le droit international public comme droit applicable au contrat sur la base des techniques du droit international privé⁸.

7. On a parlé aussi des contrats d'Etat comme des accords de développement économique⁹, sans qu'on puisse disposer d'un critère objectif

⁵ V. G. Cohen-Jonathan, *Les concessions en droit international public*, Paris, thèse, 1966 (dactyl.).

⁶ Mann, *Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1973 ; Verdross, "Quasi-international agreements and international economic transactions", *Yearbook of World Affairs*, 1964, pp. 230-247 ; Wengler, "Les accords entre Etats et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international ?", *RGDIP*, 1972, pp. 313-345. Sur les sentences libyennes v. B. Stern, "Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international", *Rev. Arb.* 1980, pp. 3-43. Sur la sentence Aminoil v. Ph. Kahn, "Contrats d'Etat et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982", *Clunet*, 1982, pp. 844-909 ; G. Burdeau, "Droit international et contrats d'Etats. La sentence Aminoil c. Koweït du 24 mars 1982", *AFDI*, 1982, pp. 454-470.

⁷ F. A. Mann, "The Law Governing State Contracts", *BYBIL*, 1944, pp. 11 et s., texte repris in *Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 179-210. Dans le même domaine v. aussi Delaume, "Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique", *Clunet* 1968, pp. 336-364.

⁸ Mann, *op. cit. supra*, n.7 pp. 190-191. Il ajoutait cependant : "In absence of an express reference a State contract should be regarded as internationalized, if it is so rooted in international law as to render it impossible to assume that the parties intended to be governed by a national system of law." (p. 194). Il donnait comme exemple les obligations souscrites par l'Allemagne sur la base du plan Young de paiement des réparations prévues par le traité de Versailles.

⁹ V. J. N. Hyde, "Economic Development Agreements", *RCADI*, 1962/I, pp. 266-374 ; St. I.

³ Pour une bibliographie générale sur les contrats d'Etat, v. N. G. Ziadé, "References on State Contracts", *FILJ*, 1988, n°1, pp. 212-241. Adde E. Paasivirta, *Participation of states in international contracts and arbitral disputes*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1990. D'autres références postérieures à 1988 seront données dans le cours de cet article.

⁴ Pour les idées de P. Weil, v. en particulier "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", *RCADI*, 1969/III, pp. 94-240 et "Droit international et contrats d'Etat", in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, 549-582 ainsi que les contributions aux *Mélanges Ch. Rousseau et B. Goldman* et "Le droit international en quête de son identité", *RCADI* 1992/VI, pp. 95-99. Pour les écrits de P. Mayer, v. "Le mythe de l'ordre juridique de base" (ou *Grundlegung*), in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 199-216 ainsi que "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat", *Clunet*, 1986, pp. 5-78.

permettant de savoir à quel moment et sous quelles conditions un contrat d'investissement pouvait acquérir cette qualification. Même la conception la plus élaborée de cette notion, celle fournie par P. Weil, n'échappe pas à cette critique. Distinguant les *contrats internationalisés*, dont l'ordre juridique de base est le droit interne et la *proper law* le droit international, des *contrats de droit international* dont, à la fois, l'ordre juridique de base et la *proper law* sont le droit international, il caractérise ces contrats comme ayant "leur centre de gravité (...) dans l'orbite internationale" Il ajoute "...que ce ne sont pas tous les contrats d'Etat que l'on devra ainsi considérer comme relevant de l'ordre juridique international mais seulement ceux d'entre eux qui s'intègrent effectivement par des liens objectifs d'ordre juridique ou politico-économique, aux relations entre Etats, c'est-à-dire essentiellement - mais non exclusivement - les accords de développement économique ou contrats d'investissement."¹⁰

8. Mais l'auteur reconnaît lui-même que "cette distinction entre contrats d'Etat ordinaires et contrats d'Etat de fondement international échappe à tout critère objectif et facilement saisissable..."¹¹. Elle repose en outre sur

Pogany, "Economic Development Agreements", *FILJ* 1992, pp. 1-20.

¹⁰ P. Weil, "Droit international et contrats d'Etat", *op. cit. supra* n.4, p. 580. Il aurait été difficile de trouver un exemple correspondant mieux au critère du contrat s'intégrant par des liens objectifs aux relations entre Etats que les divers contrats conclus dans l'affaire Eurodif : en février 1974 les ministres des finances de la France (M. Giscard d'Estaing) et de l'Iran signaient à Paris un accord-cadre sur la coopération franco-iranienne. La France devait construire cinq des vingt-cinq centrales nucléaires iraniennes, fournir de l'uranium enrichi, bâtir une usine de liquéfaction de gaz, un complexe sidérurgique etc. En juin 1974 le Chah d'Iran, en visite officielle en France signait avec le gouvernement français un accord de coopération pour l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire. En décembre 1974, le premier ministre français, M. Chirac, signa à Téhéran un nouvel accord précisant l'étendu de la coopération des deux pays dans le domaine nucléaire. Il y était prévu, entre bien d'autres choses, la constitution d'une société de droit français, la Sofidif, détenue à 60% par le Commissariat à l'énergie atomique français (CEA) et à 40% par l'Organisation de l'énergie atomique iranienne (OEAI). Par la suite la CEA devait céder 25% de sa participation dans Eurodif (société produisant de l'uranium enrichi) à Sofidif, permettant ainsi l'entrée indirecte de l'Iran dans le capital de la société. Diverses conventions furent conclues entre la Sofidif et Eurodif, qui étaient régies par le droit français, avec une clause compromissoire CCI. L'accord prévoyait encore un prêt de un milliard de dollars du gouvernement iranien au CEA français, accord régi par le droit iranien avec une clause compromissoire CCI. Outre le prêt consenti à la CEA l'Iran accorda, lors d'un accord de juillet 1977, un autre prêt de 943 millions de dollars à Eurodif. L'accord était régi par le droit iranien avec une clause compromissoire CCI. De l'énorme contentieux qui devait suivre la révolution iranienne et durer douze ans, on ne dira rien si ce n'est que lorsqu'un des aspects de l'affaire arriva devant la Cour de cassation, l'avocat général Gulphe nota : "on se trouve à la limite du droit international privé et du droit international public et il [est] permis de se demander si ces accords devaient relever de l'un ou l'autre." (Cas. civ. 14 mars 1984, *JCP* 1984, II, 20205, concl. Gulphe, note Synvet ; V. aussi Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 2ème éd. 1992, pp. 514-526). Et cependant tout le contentieux, aussi bien devant les instances arbitrales que devant les juridictions françaises fut traité comme un contentieux de droit privé avec application d'un droit interne. Ce qui montre bien que ce n'est pas l'intégration par des liens objectifs d'ordre politico-économique, aux relations entre Etats, qui transforme un contrat passé par un Etat avec des personnes étrangères en contrat d'Etat mais uniquement des critères juridiques permettant de reconnaître que le contrat a été conclu par l'Etat en tant que sujet du droit international.

¹¹ *ibid.* p. 581.

la distinction entre l'ordre juridique de base du contrat (*Grundlegung*) et le droit applicable au contrat qui fera l'objet d'une critique radicale¹².

2) La notion de contrat d'Etat présentée par P. Mayer

9. L'apport essentiel de P. Mayer a été de fournir un critère purement juridique permettant de distinguer les contrats passés par les Etats des *contrats d'Etat* au sens strict du terme. Les premiers sont conclus *dans l'ordre juridique de l'Etat* et avec l'Etat tel qu'il se présente dans son ordre juridique, c'est-à-dire l'Etat-Administration, tandis que les seconds sont conclus par l'Etat sujet de droit international public *dans un ordre juridique extérieur à celui-ci*. La reconnaissance des contrats d'Etat *stricto sensu* met en jeu des critères purement juridiques : existence d'une clause compromissoire, neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat par adjonction de clauses de stabilisation au droit de l'Etat, si celui-ci est applicable, intégration du contrat dans un traité international, éventuellement, et sous certaines conditions, internationalisation du droit applicable¹³.

10. Mais pour des raisons sur lesquelles on reviendra P. Mayer refuse de considérer que cet ordre extérieur qui régit le contrat passé par un Etat en tant que sujet du droit international avec une personne privée puisse être l'ordre juridique du droit international public. A la place il présente une version renouvelée et sophistiquée de la théorie du contrat sans loi (V. *infra* n°74). Cette deuxième partie de la construction théorique de P. Mayer est hautement paradoxale et peu convaincante à nos yeux. En revanche, il nous semble plus logique de déduire du fait que, dans un contrat d'Etat, c'est l'Etat en tant que sujet du droit international qui contracte, que l'ordre juridique au sein duquel le contrat est conclu soit bel et bien l'ordre juridique du droit international public. Mais il faut pour cela accepter que le droit international ait pu évoluer de façon à permettre l'apparition d'une nouvelle catégorie d'actes juridiques, les contrats d'Etat. Ceci ne s'est pas produit du jour au lendemain mais est le résultat d'un processus historique qui a conduit à faire passer certains contrats conclus par les Etats avec des personnes privées de l'orbite du droit interne (y compris ses règles de conflits de lois) à l'orbite du droit international.

B) Le contrat d'Etat : un contrat régi par l'ordre juridique international

10. Le caractère paradoxal de ce qui est annoncé ici est évident : les contrats dont il est question en général (contrats d'investissement pour la plupart), se présentent comme des contrats internationaux au sens du droit international privé, avec une clause de droit applicable qui peut faire référence au droit international ou à des principes généraux mais qui très souvent,

¹² P. Mayer, "Le mythe de "l'ordre juridique de base" (ou *Grundlegung*), *op. cit. supra* n.4.

¹³ P. Mayer, "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat", *op. cit. supra* n.4, pp. 29-39.

désigne le droit national de l'Etat contractant comme droit applicable et parfois aussi, ne comporte aucune clause d'*electio juris*. Dans ces conditions il est difficile d'échapper aux raisonnements du droit international privé même en les compliquant par l'introduction de la distinction de l'ordre juridique de base et du droit applicable.

11. Il est clair également que les parties en signant de tels contrats n'ont pas eu conscience de participer à la création d'une nouvelle catégorie d'actes du droit international. Le phénomène s'est déroulé d'une façon empirique et sur plusieurs décennies : la partie privée recherchant des garanties juridiques, principalement contre l'aléa législatif de son partenaire étatique et celui-ci accordant des garanties plus ou moins importantes selon ses capacités de négociation.

12. Mais nous pouvons avoir aujourd'hui une *compréhension rétrospective* du phénomène qui nous conduit à soutenir que là où il apparaît que les contrats étaient conclus entre l'Etat, sujet de droit international, et une personne privée il est possible de dire, avec le recul, que ces contrats possaient les premiers jalons d'un droit des contrats régis par le droit international public ou *droit international des contrats*. L'analyse se précisera avec les éléments fournis par le développement de la jurisprudence CIRDI. On en donnera également une illustration dans un domaine qui met en rapport une organisation internationale, et non pas un Etat, avec une personne privée.

1) Interprétation des clauses de choix du droit applicable dans les contrats entre un Etat et une personne privée

13. On raisonnera d'abord sur ces clauses qui ne font aucune référence au droit international ou à des principes généraux de droit. Si celles-ci prévoient comme droit applicable, le droit de l'Etat contractant, sans autre précision, il s'agit, en principe, de contrat régi par le droit interne même si, dans certains arbitrages anciens, l'arbitre international, insatisfait par cette solution, a fait appel à des principes de droit extérieurs pour aboutir à une solution plus satisfaisante à ses yeux¹⁴.

14. Mais en réalité, l'examen des contrats d'investissement que l'on peut connaître, soit par leur publication dans des revues spécialisées dans le

¹⁴ V. par exemple l'arbitrage entre l'Arabie Saoudite et l'Aramco du 23 août 1958, où l'article IV de la Convention d'arbitrage prévoyait l'application du droit de l'Arabie Saoudite pour une partie des questions mais où l'arbitre a considéré que ce droit devait être "interprété ou complété par les principes généraux du droit, les usages suivis dans l'industrie pétrolière et les données de la science juridique pure...". V. texte de la sentence in *Rev. crit. dr. int. priv.* 1963, pp. 272-363. En l'absence de choix d'un droit applicable, l'arbitre dans la sentence *Abu Dhabi*, ayant recherché la *proper law* du contrat, trouva le droit d'Abu Dhabi mais le rejeta en arguant du fait que "[it] would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments", sentence du 28 août 1951, *ICLQ*, 1952, pp. 247-261, p. 251.

domaine pétrolier et minier surtout¹⁵, soit par les contentieux auxquels ils ont donné lieu, montrent que le droit de l'Etat contractant n'est presque jamais choisi tel quel mais se trouve assorti de clauses de stabilisation et d'intangibilité ou combiné de diverses manières avec des principes généraux de droit ou des principes de droit international. Quelle que soit la solution choisie, elle peut-être interprétée dans le cadre d'une théorie qui conçoit le contrat d'Etat comme un acte juridique du droit international.

a) Choix d'un droit national stabilisé

15. Comme l'a montré un travail récent consacré à l'histoire des contrats miniers dans le domaine de la bauxite, les grandes entreprises minières européennes recherchaient dès les années 50 des formules juridiques qui leur permettraient de minimiser le risque politique encouru dans les contrats passés avec des Etats dont l'indépendance était anticipée¹⁶. Ces formules vont aboutir à la délocalisation du contrat, tout d'abord en ce qui concerne le règlement des litiges avec l'Etat d'accueil, règlement qui sera confié à des instances arbitrales. Ce point était évident aux yeux de tous. En revanche, il n'est pas apparu immédiatement aux yeux des protagonistes, que le choix du droit de l'Etat mais stabilisé, concourait tout autant à la délocalisation en neutralisant le pouvoir normatif de l'Etat, comme l'a montré P. Mayer. Dans ces conditions, en effet, ce n'est pas, en vérité, le droit de l'Etat qui est la *lex contractus*, mais un ensemble de règles coïncidant avec le droit de l'Etat à un moment donné et incorporé dans le contrat. Celui-ci est alors à l'abri, d'un point de vue juridique qui sera celui de l'arbitre, des changements de politique de l'Etat contractant. Non pas que l'Etat ne pourra pas changer sa législation mais s'il applique ce changement au contrat comportant la clause de gel, il devra en répondre devant la juridiction arbitrale et, éventuellement, indemniser son co-contractant¹⁷.

¹⁵ V. les publications de The Barrows Company (New York), *Basic Oil Laws & Concession Contracts*. Pour un recueil de textes plus anciens v. P. Fischer et Th. Wälde, *A Collection of International Concessions and Related Instruments. Contemporary Series*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 4 vol. 1984-1986.

¹⁶ V. P. H. Ganem, *Stratégies contractuelles des firmes aux fins de "sécurisation" d'investissements internationaux et volontarisme politique des Etats comme force créatrices de droit dans les rapports transnationaux*. Thèse, Paris X, 1994, 3 vol. mult. (à paraître éd. Bruylant/Feduci). Dans le premier volume se trouve reproduite une consultation demandée par la société Pechiney à P. Reuter, portant sur les garanties juridiques qu'une société pouvait obtenir d'un Etat africain pour assurer le maintien des conditions de rentabilité de son entreprise, v. pp. 100-116. Les conclusions de l'éminent publiciste étaient très réservées, comme celles du doyen Vedel exprimées en 1961 dans un rapport sur l'arbitrage entre gouvernements et personnes privées v. *Rev. arb.* 1961, pp. 110-132. On pourra mesurer l'évolution des esprits en les comparant au texte de la sentence *Aminoil* où le tribunal arbitral était présidé par le même P. Reuter.

¹⁷ Nous partageons sur cette question les analyses de P. Mayer, "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat", *op. cit. supra* n.4, pp. 34-36. Pour une étude générale, on se rapportera à P. Weil, "Les clauses de stabilisation et d'intangibilité insérés dans les accords de développement économique", *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 301-328 ; N. David, "Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien", *Clunet* 1986, pp. 79-107 ; Paasivirta, *Participation of states in international contracts*, *op. cit. supra* n.3, pp. 51-196. V. aussi F. V. Garcia Amador, "State responsibility in case of 'stabilization'

16. Une telle situation d'extériorité du contrat par rapport à l'ordre juridique de l'Etat est caractéristique du contrat d'Etat *stricto sensu*. Mais quel est l'ordre juridique dans lequel le contrat est conclu ? On peut très bien soutenir, dès maintenant, que cela peut-être l'ordre juridique du droit international public. En effet si on fait l'hypothèse d'un droit international des contrats, celui-ci comportera comme première règle, le principe d'autonomie de la volonté des parties. Avec cette réserve, cependant, que cette volonté *ne fasse pas clairement échapper le contrat à l'ordre juridique international*. Ce serait le cas si les parties choisissaient *purement et simplement* un droit interne comme droit applicable. Mais s'ils choisissent un droit interne comme système de référence stabilisé et donc incorporé dans le contrat, ceci est compatible avec la première règle du droit international des contrats.

b) Choix d'un droit applicable faisant référence à des principes généraux de droit ou au droit international

17. De la même façon, ce qui importe ici pour notre raisonnement, ce n'est pas le sens exact à donner à telle combinaison du droit national avec des principes généraux de droit ou avec des principes de droit international. Ce qui compte c'est qu'une telle disposition combinée avec une clause compromissoire, permet de qualifier le contrat entre les parties de contrat d'Etat. En effet la principale conséquence de cette combinaison est également de neutraliser le pouvoir normatif de l'Etat. Celui-ci ne pourra intervenir sur le contrat d'une façon contraire à des principes généraux qui lui échappent et dont la violation sera sanctionnée par les arbitres en cas de différend. Il est encore plus facile de concevoir dans ce cas, que l'ordre juridique du contrat d'Etat est l'ordre du droit international public qui contient ces principes tels qu'ils sont formulés au fur et à mesure par les arbitres. On peut certes concevoir qu'il s'agisse d'un autre ordre, transnational par exemple, mais on expliquera *infra* n°62 les raisons qui militent en faveur de l'ordre juridique international.

18. On s'est demandé à plusieurs reprises si la mention du droit international et/ou des principes généraux de droit n'appartenait pas au passé et si on n'assistait pas à l'heure actuelle à une "relocalisation" des contrats. Personne n'ayant connaissance de la totalité des contrats passés par les Etats on ne peut avoir qu'une vision partielle de la réalité. L'examen, très limité, auquel nous nous sommes livrés d'une importante collection de contrats pétroliers de la fin des années 80 et du début des années 90 nous a conduit à faire les constatations suivantes¹⁸. Il est bien clair que certains Etats n'acceptent pas de renoncer à l'application de leur droit national même s'ils consentent à des procédures d'arbitrage. C'est le cas de la plupart des Etats

d'Amérique latine (du moins sur la période observée), de l'Inde, du Yémen, de l'Afrique du nord... et des pays de l'Europe occidentale (Norvège, Royaume Uni)¹⁹. De ce point de vue il est indéniable que la référence au droit international et aux principes généraux est le signe d'un rapport de force favorable aux sociétés pétrolières. Ceci ne doit pas être considéré *a priori* comme une situation immorale d'abus du droit. Comme dans toute relation économique, dans les sociétés internes comme dans la société internationale, les contractants ne sont pas tous sur un même pied d'égalité et on demandera à certains des garanties qu'on ne demandera pas à d'autres.

19. Il faut faire aussi attention au fait que certaines références au droit national doivent faire l'objet d'une lecture particulière du fait qu'elles s'accompagnent de clauses de stabilisation (V. *supra* n°15). Ceci dit, il n'est guère difficile de trouver dans les contrats pétroliers récents (mais il faudrait pouvoir faire une enquête semblable pour d'autres types de contrats d'investissement) des références au droit international. Donnons en quelques exemples.

20. Dans un contrat entre le Ghana et un groupe de sociétés pétrolières dont la Shell, conclu le 26 juillet 1988, article 26.1 :

*"This Agreement (...) shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Republic of Ghana consistent with such rules of international law as may be applicable including rules and principles as have been applied by international tribunals"*²⁰

Une clause du même type se rencontre dans un contrat de concession entre le gouvernement somalien et la société Comoco du 17 juin 1986, (article 27) et dans un contrat d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures passé entre la République du Zaïre et la société Amoco Zaïre le 30 mai 1987, (article 20).

¹⁹ On appréciera à sa juste valeur de droit comparé le *Standard (Model) Petroleum Production Licence* norvégien (*Royal Decree of 1 March 1991, 13th Round*) dont l'article 25 (*Rights and obligations according to legislation*) prévoit : "This licence is also subject to those provisions that are stipulated according to legislation in effect at any time. The rights granted under this licence and the agreement to be entered into in accordance with section 4, shall not restrict the State's general legislation or taxation authority".

²⁰ Lors de la révision du grand contrat Valco (usine d'aluminium construite au Ghana par un consortium international de sociétés minières sur la base de l'exploitation de la bauxite ghanéenne) qui a eu lieu en 1985 on trouve la clause 47 suivante : "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. The parties hereto acknowledge and agree that the legislative competence of Ghana as a sovereign state is defined by its applicable constitutional instruments and can be exercised only within the limits ordained by established rules of International Law. 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". L'accord initial de 1962 prévoyait comme droit applicable le droit ghanéen gelé à la date de signature du contrat. Nous remercions M. Ganem de nous avoir donné le texte de l'article 47 du nouvel accord.

clauses", *Fla. St. U. J. Transn'l Law & Pol'y*, 1993, pp. 23-50.

¹⁸ Il s'agit de la collection des *Basic Oil Laws & Concession Contracts* publiée par la Barrows Company de New York. Cette collection peut-être consultée à l'Institut de droit comparé de Paris jusqu'à 1993, et à l'Institut français du pétrole à Rueil Malmaison.

Dans un contrat de concession daté du 4 décembre 1990, entre le Paraguay et la Phillips Petroleum Company Paraguay, article 31 :

"31.1 *The rights and obligations of the Government and of the Concessionnaire shall be governed by the provisions of this contract and the law approving this contract and by provisions contained in Law (n°X) and regulatory decrees (n°Y) to the extent to which the aforesaid Laws and decrees have not be amended by this contract and by the Law approving this contract and supplemented by the general principles of law as internationally recognised.*

"31.2 *Amendments to such laws and decrees or the enactment of future laws and decrees shall not be applicable to the rights and obligations of the Concessionnaire established in this contract, unless the Government and the Concessionnaire should otherwise determine by mutual agreement in writing.*"

Dans un accord de concession entre Texaco et le Pakistan du 6 novembre 1990, article 29.5 :

"*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*".

Dans un accord pétrolier du 4 mai 1986 entre le Népal et la Shell, article 69 :

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

Dans un accord de prospection et d'exploitation du pétrole offshore entre la Bulgarie et diverses sociétés dont la Texaco, du 24 octobre 1991, article 34.3 :

"*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*".

De même dans le contrat type polonais de 1991 pour l'exploration et l'exploitation du pétrole, article 29.1 :

"*The contract shall be interpreted in accordance with the laws of Poland and in accordance with the principles of International Law and decisions of international tribunals*".

Toutes ces clauses de droit applicable sont accompagnées de clauses compromissaires faisant référence soit au CIRDI soit, assez souvent, à des

arbitrages *ad hoc* constitués selon le règlement de la CNUDCI. On peut noter, sans pouvoir s'y attarder, que dans des cas assez fréquents certaines clauses intitulées "Stabilization" au lieu de prévoir la non application des changements de législation au contrat prévoient que dans cette hypothèse les parties doivent négocier pour rétablir l'équilibre financier du contrat. Si elles ne parviennent pas à un accord le litige est déferé à l'arbitrage.

2) Interprétation de l'article 42 de la Convention de Washington créant le CIRDI

21. Il n'est pas exagéré de dire que la création, par la Convention de Washington du 18 mars 1965 du CIRDI et la réussite de l'institution, au regard du nombre d'Etats ayant ratifié cette convention (137 Etats signataires et 123 ratifications en octobre 1995), au regard du contentieux que le CIRDI a déjà traité et encore plus, peut-être au regard du contentieux qui lui sera soumis dans le futur (V. *infra* n°60), a constitué une véritable révolution dans toute la question des contrats d'Etat. Pour la première fois en effet, des Etats acceptaient dans un traité international que, sous certaines conditions, des contrats conclus par eux puissent être régis par des principes de droit international, et les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur le fait que l'expression "droit international" possède ici le même sens que celui qui est indiqué à l'article 38§1 du statut de la Cour internationale de Justice²¹.

22. Cependant l'article 42§1 de la Convention qui prévoit le droit appliqué par un Tribunal constitué sous l'égide de la Convention de Washington ne fait pas seulement référence au droit international. Il énonce dans une première phrase 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".

23. Dans l'optique qui est la nôtre, l'interprétation de cet article peut-être menée de la façon suivante.

²¹ Le rapport des Administrateurs de la BIRD indique plus précisément que "le terme 'droit international' doit être ici interprété 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", v. G. R. Delaume, "La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats", *Clunet* 1966, pp. 26-49, p.47 n.82 ; A. Broches, "The Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states", *RCADI*, 1972/II, pp. 333-407, p. 391 ; I. Shihata & A. Parra, "Applicable substantive law in disputes between states and private foreign parties : the case of arbitration under the ICSID convention", *FILJ*, 1995, pp. 183-213, p. 193 ; J. A. Vives Chillida, *El Centro internacional de arreglo de diferencias a inversiones (CIADI) y los tratados de promoción y protección de inversiones concluidos por España*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 1996, mult. , pp. 419-428. Nous n'avons pu consulter M. Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

24. La première phrase de l'article 42§1 donne la possibilité aux parties de choisir un droit national purement et simplement pour régir leur contrat. Dans ce cas il est clair que l'on ne se trouve pas en présence d'un contrat d'Etat mais d'un contrat de droit interne pour lequel les parties contractantes ont accepté l'arbitrage CIRDI pour régler leurs litiges, comme elles auraient pu accepter un autre mécanisme d'arbitrage (celui de la CNUDCI par exemple). On notera qu'un tel choix n'a été effectué jusqu'à maintenant que dans un nombre très limité de cas : dans l'affaire *Mobil Oil c/ Nouvelle Zélande* (ARB/87/2) où une clause du contrat prévoyait l'application du droit de ce pays d'accueil et dans l'affaire *Colt industries ...c/ Gouvernement de la République de Corée* (ARB/84/2) où c'était le droit national de l'investisseur qui avait été choisi²². On peut ajouter que, même lorsque les parties n'ont pas prévu de droit applicable dans le contrat mais qu'elles manifestent, pendant la procédure, leur commune acceptation d'un droit interne le tribunal arbitral se rangera à leur choix. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *SOABI c/ Sénégal* (ARB/82/1) où les deux parties ont considéré que le contrat devait être régi par le droit administratif sénégalais²³.

25. Il faut distinguer de cette première hypothèse le cas où les parties choisissent un droit national mais accompagné de clauses de stabilisation car on a vu que dans ce cas le droit national gelé ne jouait qu'un rôle de système de référence. Cette situation existait dans les affaires *MINE c/ Guinée* (ARB/84/4, droit guinéen gelé à la date du contrat d'investissement)²⁴, *Atlantic Triton c/ Guinée* (ARB/84/1, droit guinéen gelé mais avec en outre la possibilité donnée aux arbitres de statuer *ex aequo et bono* sur la base de l'article 42§3)²⁵. Ces contrats ne sont plus des contrats de droit interne mais des contrats d'Etat et à ce titre les arbitres peuvent tout à fait, selon nous, recourir aux principes de droit international²⁶.

26. Toujours dans le cadre de l'article 42§1, première phrase, la jurisprudence CIRDI nous fait connaître des hypothèses où le choix des parties s'est porté sur une combinaison du droit national et de principes de droit international susceptibles d'être appliqués. C'était le cas dans les affaires

²² Ces deux affaires ont été réglées par transaction entre les parties.

²³ V. chronique E. Gaillard in *Clunet* 1990, pp. 193-218 et *ICSID Reports*, vol. II, pp. 190-336. Shihata & Parra, "Applicable substantive law in disputes between states and private foreign parties...", *op. cit. supra* n.17, remarquent (p. 206) que dans l'affaire *Klöckner*, c'est le gouvernement camerounais qui avait réclamé, lors du premier jugement en 1983, que les arbitres ne prennent pas uniquement en considération son droit et notent : "Although the argument failed in that case, it suggests that the reference to international law in the second sentence of the first paragraph of Article 42 of the ICSID Convention, although originally conceived to protect the interests of investors may equally serve the interests of host States."

²⁴ V. chronique E. Gaillard in *Clunet* 1991, pp. 166-172 et *FILJ*, 1990, pp. 95-134.

²⁵ V. chronique E. Gaillard in *Clunet* 1988, pp. 181-188.

²⁶ On notera que le contrat Valco (Master Agreement) de 1962 prévoyait comme droit applicable, dans son article 46, le droit ghanéen gelé à la date de signature du contrat. Le contrat amendé en 1985 prévoit, dans son article 47, le droit ghanéen et les règles de droit international susceptibles d'être appliquées. v. *supra* n.19. Ces deux dispositions sont en fait équivalentes sauf qu'en 1985 on se réfère clairement au droit international ce qui était moins courant en 1962. V. Ganem, *op. cit. supra*, vol III, Annexe 5.

Kaiser Bauxite c/ Jamaïque (ARB/74/2, 3 et 4, avec en outre gel du droit jamaïcain)²⁷ et *AGIP c/ Congo* (ARB/77:1)²⁸. On est alors dans une situation semblable à celle envisagée dans la deuxième phrase de l'article 42§1 dont il faut étudier maintenant la signification.

27. Si on laisse de côté la référence aux règles de conflits de lois qui jusqu'à maintenant n'a joué pratiquement aucun rôle et qui est sans doute une "butte témoin" d'un ancien *dictum* de la CPJI²⁹, le problème qui a été le plus discuté est celui des modalités de la combinaison du droit national et des "principes de droit international en la matière". Ces principes ont été considérés par les arbitres comme jouant tantôt un rôle complémentaire et/ou correctif par rapport au droit national (*Klöckner* ARB/81/2 première décision d'annulation du 3 mai 1985³⁰, *Amco* ARB/81/1, première décision d'annulation du 16 mai 1986³¹), tantôt un rôle principal, le droit national devant toujours être confronté aux requisits du droit international (sentence du 31 mai 1990)³².

28. Ces deux interprétations sont compatibles avec l'analyse du contrat d'Etat que nous défendons ici. Il est clair que l'Etat d'accueil de l'investissement, en acceptant l'intervention du droit international, soit directement dans la clause de droit applicable (art. 42§1, 1ère phrase), soit indirectement par son adhésion à la Convention de Washington sans indication d'un droit applicable (donc recours à l'art. 42§1, 2ème phrase), accepte en même temps un régime particulier pour certains de ses contrats. Pour ces derniers, les règles du droit national ne s'appliquent que sous réserve de leur conformité avec les principes du droit international des investissements tels qu'ils seront reconnus par les arbitres CIRDI. Comme l'a écrit le Secrétaire général du CIRDI, I. Shihata, les travaux préparatoires montrent que la 2ème phrase de l'article 42§1 a été introduite pour autoriser les arbitres à écarter le droit national applicable dans le cas où une action de

²⁷ *ICSID Reports*, vol. I, pp. 296-305.

²⁸ *ICSID Reports*, vol. I, pp. 306-329, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1982, pp. 92-109, note Batiffol.

²⁹ V. CPJI *Emprunts serbes et brésiliens*, arrêt n°14, 1929, série A n°20, p. 41 et arrêt n°15, 1929, série A n°21, p. 41. Le premier tribunal dans l'affaire *Amco c. Indonésie* (sentence du 20 nov. 1984), ayant constaté que les parties n'avaient pas choisi un droit applicable, décida de statuer sur la base de l'article 42§1, 2ème phrase (droit de l'Etat contractant - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière). Mais il remarqua que s'agissant du droit indonésien, il n'était nul besoin d'entrer dans une discussion de ses règles en matière de conflits de lois car il n'y avait aucun doute que c'était bien le droit substantiel indonésien qui était applicable. (V. *ILM* 1985, p. 1023 §148 ; extraits de la sentence in *Clunet*, 1987, pp. 145-163, note Gaillard). Cependant les commentateurs de la Convention ont envisagé que l'utilisation des règles de conflits de lois puisse se révéler utile dans des affaires mettant en jeu des emprunts internationaux et conduisant à l'application du droit du pays du prêteur, v. Delaume, "La Convention pour le règlement des différends..." *op. cit. supra* n.17, p. 46 ; Shihata et Para, *op. cit. supra* n.17, p. 191 n.34 et Vives Chillida, *op. cit. supra* n.17, pp. 409-412. Un tel cas ne s'est encore jamais présenté.

³⁰ V. chronique E. Gaillard in *Clunet* 1987, pp. 163-174 et *ICSID Reports*, vol. II, pp. 95-163.

³¹ *ICSID Reports*, vol. I, pp. 509-542, *ILM* 1986, pp. 1439-1465.

³² V. chronique E. Gaillard in *Clunet* 1991, pp. 173-188 et *ICSID Reports*, vol. I, pp. 569-642.

l'Etat d'accueil, en vertu de ce droit, irait à l'encontre du droit international.³³

29. D'autre part comme l'indique le premier tribunal arbitral dans l'affaire Amco, 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 concernée n'enfreint pas la loi applicable *et les principes de droit international*" (c'est nous qui soulignons)³⁴.

30. Les contrats conclus par l'Etat et qui tombent, directement ou indirectement sous le régime de cette 2ème phrase, sont donc des contrats où l'engagement de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur est, en dernière instance, régi par des règles de droit international qui l'emportent sur toute autre règle contraire. Il est donc cohérent de considérer que l'engagement ainsi pris par l'Etat est celui de l'Etat sujet de droit international au sein d'un ordre juridique qui est l'ordre juridique international.

31. Le *dictum* le plus clair qui va dans ce sens est celui 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 qualifie 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"³⁵.

32. Il est vrai qu'avec l'affaire *SPP c/ Egypte* (ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992³⁶), le "tropisme" internationaliste du tribunal arbitral l'a fait

³³ Shihata et Parra, *op. cit. supra* p. 192 ; Broches "The Convention on the settlement of investment disputes..." *op. cit. supra* n.17, p. 392, 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)".

³⁴ *Clunet* 1987, p. 173. Le tribunal était présidé par B. Goldman.

³⁵ *Clunet* 1991, pp. 173-188, p. 176. Cette sentence a également été annulée par une décision (inédite) du 17 décembre 1992.

³⁶ V. chronique E. Gaillard in *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 ; P. Rambaud, "L'affaire des Pyramides : suite et fin", *AFDI* 1993, pp. 567-576.

considérer que tout droit national comportait des lacunes et qu'il revenait au droit international de les combler³⁷. On a pu se demander, dans ces conditions, si la première phrase de l'article 42§1 avait toujours un sens et si les parties pouvaient encore décider de ne voir appliquer que le droit interne à leur litige. Cela reste sans aucun doute possible si les parties expriment très clairement leur refus du droit international, sous réserve de ce qui a été dit de l'effet des clauses de stabilisation ainsi que d'une incompatibilité claire du droit national par rapport au droit international³⁸.

33. Mais si aucun choix n'a été opéré, le droit international devient la référence ultime des arbitres. Ceux-ci peuvent décider, comme dans l'affaire *Letco c/ Libéria* (ARB/83/2, sentence du 14 avril 1986³⁹) qu'ils appliqueront le droit de l'Etat d'accueil car il est conforme au droit international. Mais dans ce cas également le contrat doit être considéré comme régi par le droit international, les règles du droit national, ayant été au préalable reçues et approuvées par celui-ci.

3) Une confirmation externe : le droit applicable par les contrats conclus par la BIRD et par la BERD

34. Une étude récente montre que l'évolution que l'on a constatée dans la formation du concept de contrat d'Etat susceptible d'être régi par le droit international s'est produite également s'agissant des rapports entre des banques à caractère juridiquement international, donc des organisations internationales, et leurs emprunteurs personnes privées⁴⁰. Dans le cas de la BIRD, dont les Conditions générales ont été rédigées en 1947, l'article 7.01 [aujourd'hui 10.01] prévoit que :

"Les droits et obligations de la Banque, de l'Entrepreneur et du Garant au titre de l'Accord de prêt et de l'Accord de garantie s'appliquent et ont force obligatoire conformément à leur teneur, nonobstant toute disposition contraire du droit d'un Etat ou d'une de ses subdivisions politiques".

³⁷ V. le §80 de la sentence ainsi que le §84 : "Quand un système juridique interne contient une lacune ou quand le droit international est violé par la seule application du droit interne, le tribunal est tenu, en application de l'article 42 de la Convention de Washington, de faire directement application des règles et des principes pertinents du droit international." (*Clunet*, 1994, p. 231).

³⁸ Nous admettons avec E. Gaillard que le raisonnement du tribunal arbitral dans l'affaire *SPP* est critiquable quand celui-ci affirme (§78) que "... le désaccord des parties sur la question de l'application de l'article 42 a très peu, sinon, aucun intérêt pratique". Mais nous considérons avec A. Broches cité *supra* n.32, qu'en cas de contrariété entre le droit national choisi et le droit international, il revient toujours aux arbitres CIRDI de faire prévaloir celui-ci. Si une telle possibilité n'était pas reconnue c'est tout l'intérêt de la Convention de Washington pour les investisseurs qui serait remise en cause. Mais peut-on imaginer qu'un tribunal CIRDI puisse entériner une solution qui serait clairement contraire au droit international? (V. *contra* les observations critiques de E. Gaillard, *Clunet* 1994, pp. 242-245).

³⁹ V. chronique E. Gaillard in *Clunet* 1988, pp. 166-188 et *ICSID Reports*, vol. II, pp. 343-382.

⁴⁰ J. W. Head, "Evolution of the Governing Law for Loan Agreements of the World Bank and Other Multilateral Development Banks", *AJIL*, 1996, pp. 214-234. BIRD, *Conditions générales applicables aux accords de prêt et de garantie*, Washington, 1985.

35. Dans un commentaire de 1959, le conseiller juridique de la Banque mondiale, A. Broches (dont le rôle dans la rédaction de la Convention de Washington sera primordial), apportait les précisions suivantes : si l'accord de prêt est passé entre la Banque et un Etat membre il s'agit bien évidemment d'un accord international régi par le droit international ; si l'accord est avec une personne privée ou publique, mais qui n'est pas un Etat il ne peut s'agir d'un accord international régi par le droit international. Cependant cet accord, dans lequel un Etat membre donne sa garantie à l'emprunteur non étatique, participe au caractère international des rapports entre la Banque et ses membres ce qui justifie de le mettre à l'abri du droit interne de l'Etat garant⁴¹.

36. Ces contrats sont donc "délocalisés" par rapport au droit de l'Etat dont le ressortissant conclut le contrat de prêt avec la Banque. Ils ne pourront pas être modifiés par l'action unilatérale de l'Etat. Mais quel est le droit qui régit ces contrats? Rien n'est indiqué expressément et ce mutisme, d'après A. Broches, reflète les incertitudes des juristes en 1947, sur les capacités juridiques de la Banque en tant qu'organisation internationale mais aussi, peut-on penser, sur la nature des contrats conclus avec des personnes non étatiques. Comme ces contrats de la BIRD n'ont donné lieu, apparemment, à aucun contentieux la réponse à la question posée est restée sans réponse⁴².

37. Dans les décennies qui vont suivre la rédaction des Conditions générales de la BIRD, va se produire l'évolution que l'on vient de décrire à propos des contrats d'Etat, évolution dans laquelle la Banque mondiale et son conseiller juridique ont joué, comme on l'a dit, un rôle essentiel. Les Conditions générales de la BIRD n'ayant jamais posé problème n'ont pas été modifiées. Mais lorsque une nouvelle génération de juristes est appelée à rédiger les *Standard Terms and Conditions* (S.T.C.) de la nouvelle Banque européenne de reconstruction et de développement, en 1994, ils intègrent tout naturellement les développements qui se sont produits dans les contrats

⁴¹ V. A. Broches, "International legal aspects of the operations of the World Bank", *RCADI* 1959/II, p. 352 : "...the loan agreement is only one element (...) in the dealings on the international level between the Bank and its member, and partakes of the international character of these dealings. This is not the same as saying that the loan agreement itself thereby becomes an international agreement and that it is governed by international law. But it does justify the internationalization of the loan agreement to the extent of insulating it from the effect of municipal law". On ne peut pas ne pas remarquer le caractère embarrassé de l'explication.

⁴² A. Broches évoque bien (*op. cit.* p. 345) l'analogie que l'on pourrait faire avec les contrats d'Etat et leur internationalisation. Mais il précise qu'il faut distinguer ces contrats des "agreements entered into between subjects of international law, which are governed directly, and in all respects, by international law" (c'est nous qui soulignons). Ce qui laisse implicitement la voie ouverte pour que ces contrats soient régis, au moins pour certains de leurs aspects, par le droit international. V. aussi le rapport de N. Valticos sur "Les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées", *Ann. IDI* 1977, vol.57/I, pp. 1-109. M. Valticos montre que, dans l'ensemble les organisations internationales répugnent à préciser dans leur contrat le droit applicable mais font plutôt référence à un droit étatique dans les cas exceptionnels où une *electio juris* est faite (p. 56). Dans le projet de résolution de l'IDI, l'article 1 demande aux organisations internationales d'examiner "l'opportunité de prévoir dans le contrat le système de droit applicable, à savoir, compte tenu des circonstances et de l'objet du contrat, le droit international, les principes généraux du droit, une loi étatique ou une combinaison de ces systèmes..." (pp. 107-108).

d'Etat⁴³. D'une part, l'article 8.04 (a) des S.T.C. prévoit que les litiges portant sur les contrats de prêt feront l'objet d'un arbitrage organisé selon les règles de la CNUDCI.

38. Et d'autre part, l'article 8.04 (b) (v) prévoit expressément que le droit applicable par le tribunal arbitral sera "le droit international public" que le contrat ait été passé avec un Etat ou une personne non étatique. Comme l'écrit l'auteur de l'étude précitée, ce choix du droit applicable a été fait d'abord parce que "it is now well accepted that international law can be chosen as the governing law in contracts involving one or more parties that are not states or subjects of international law that is, entities that are not states or international organisations". Et en second lieu, ajoute-t-il, "the body of 'public international law' is now substantial and extensive enough..."⁴⁴.

39. Et de fait ces contrats de la BERD sont donc des contrats passés par un sujet de droit international en tant que tel avec un particulier, contrats régis *expressis verbis* par le droit international public dans ses trois manifestations du droit conventionnel, du droit coutumier et des principes généraux de droit.

II - Réponses à quelques objections

40. La présentation que l'on vient de faire du contrat d'Etat comme nouvel acte juridique du droit international, soulève, on le sait, un grand nombre d'objections. Il n'est pas possible de les examiner toutes dans le cadre de cette étude. On en sélectionnera deux qui nous paraissent particulièrement importantes.

A) Sur l'impossibilité d'un contrat entre un Etat et un particulier de se situer dans l'ordre juridique international

1) Le caractère strictement inter-étatique du droit international

41. C'est là un argument de principe, répété maintes fois par les opposants à toute théorie de l'internationalisation des contrats d'Etat. Ainsi, P. Mayer justifie son refus de l'application du droit international au contrat d'Etat qu'il conçoit, pourtant, comme un accord entre l'Etat sujet du droit international et une entreprise étrangère, par le fait que le droit international "n'a pour objet que les rapports entre composants de cette société : les Etats et les personnes morales qu'ils créent (organisations internationales)"⁴⁵.

⁴³ Head, *op. cit. supra*, n.36, p. 226.

⁴⁴ *ibid.*, pp. 228-229. Le texte complet de l'article 8.04 (b) (v) se trouve p. 227. Il vise expressément les obligations découlant des traités, de la coutume et des principes généraux de droit.

⁴⁵ "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat", *op. cit. supra* n.4, p. 21.

42. De même F. Rigaux, dans sa célèbre critique de la sentence Texaco, écrit : "En cas de rapport juridique mixte tel un contrat entre un Etat, sujet de droit international et une entreprise privée soumise au droit interne, le statut de la personne privée entraîne le règlement de la situation dans son ordre propre [donc l'ordre interne]". Mais saisissant immédiatement que cette solution ne s'impose pas avec une force logique totale, l'auteur ajoute dans une note : "Sans doute pourrait-on s'étonner que ce ne soit pas le contraire qui se produit, en raison précisément de la prépondérance quasi naturelle du rôle de l'Etat. D'abord [parce] que l'attraction de l'entreprise privée dans l'ordre juridique international proprement dit comporte pour la partie privée un véritable privilège, une garantie exorbitante compte tenu de son statut propre et qu'il n'y a pas lieu de présumer que l'Etat ait eu la volonté d'y consentir à supposer qu'il en ait le pouvoir..."⁴⁶

43. La dernière partie de cette phrase fait écho à un autre argument présenté par F. Rigaux s'opposant à toute reconnaissance de la qualité de sujet international, même avec une capacité juridique limitée, aux personnes privées et ce pour diverses raisons et, entre autres, parce que seule la communauté internationale serait susceptible d'admettre une nouvelle catégorie de sujets. En effet, ajoute-t-il : "L'anarchie est déjà suffisante pour ne pas envisager qu'un seul Etat puisse passer à l'un de ses partenaires, entreprise privée, une carte de membre du club et lui permette de se prévaloir plus tard d'une prétendue limitation de souveraineté"⁴⁷.

44. On peut naturellement se demander sous quelle personnification la "communauté internationale" devrait agir pour accepter une nouvelle catégorie de sujets du droit international : une résolution solennelle de l'Assemblée générale des Nations Unies? Peu vraisemblable. Un traité multilatéral ayant cet objet et qui recueillerait un nombre suffisant d'adhésions pour être censé exprimer la volonté de la communauté internationale? Peu vraisemblable également, présenté de cette façon. Mais on peut prendre le problème d'une autre façon en se demandant qu'elle est au fond la caractéristique propre d'un sujet du droit international pour savoir si, effectivement, les individus en sont définitivement exclus.

2) Qu'est-ce qu'un sujet de droit international ?

45. On peut considérer, comme le fait P. Weil, qu'un sujet de droit international est celui qui est habilité par le droit international à produire des

⁴⁶ F. RIGAUX, "Des dieux et des héros - Réflexions sur une sentence arbitrale", *Rev. crit. dr. int. privé*, 1978, pp. 435-459, p. 446.

⁴⁷ *ibid.* p. 445. A cela vient s'ajouter l'argument, invoqué dans plusieurs affaires, que le principe de la souveraineté permanente des Etats sur leurs ressources naturelles les empêcherait d'accorder "par contrat ou par traité des garanties de quelque nature que ce soit à l'encontre de l'exercice de l'autorité publique à l'égard des richesses naturelles" (V. sentence *Aminoil*, du 24 mars 1982, *Clunet* 1982, pp. 869-909, §90 (2), p. 89). L'argument a été rejeté aussi bien dans la sentence *Aminoil* (*ibid.*) que dans la sentence *Texaco*, *Clunet* 1977, pp. 350-389, §80-91). V. sur cette question Paasivirta, *op. cit. supra* n.3, pp. 182-196.

normes de droit international. Et on considérera alors que seuls les Etats, et dans une moindre mesure les organisations intergouvernementales, répondent à la définition⁴⁸. Mais en raisonnant de cette façon on perd de vue la signification générale que possède le concept de sujet de droit dans un ordre juridique quelconque. Un sujet de droit est une personne à qui l'ordre juridique confère des droits et des obligations. Il n'est pas en principe un organe de production du droit, sauf dans la mesure où, comme l'explique Kelsen, il dispose du "pouvoir juridique de faire valoir par une demande en justice l'inexécution d'une obligation juridique, c'est-à-dire, de coopérer à la création de la décision juridictionnelle..."⁴⁹. Le sujet de droit peut donc participer à la création de normes individuelles, il n'est pas producteur de normes générales.

46. En droit international, les Etats sont en situation d'être à la fois les producteurs des normes et les sujets de l'ordre juridique, c'est-à-dire les porteurs des obligations et des droits qu'ils ont eux-mêmes créés. Cela ne signifie pas que cette situation est exclusive de toute autre et qu'il n'est pas possible d'envisager, dans l'ordre juridique international, des sujets de droit au sens du droit interne. Pour cela il suffit de montrer que, dans certains cas, le droit international met directement à la charge de certains individus des obligations et qu'il investit également les individus de droits qu'ils peuvent faire valoir directement devant des tribunaux internationaux. En ce qui concerne la première hypothèse, elle est vérifiée depuis longtemps en droit pénal international, avec le cas du pirate mais surtout avec les conventions ou les décisions internationales qui confient la répression de certaines infractions qu'elles définissent à des tribunaux internationaux (Tribunal de Nuremberg et de Tokyo, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou pour le Rwanda)⁵⁰.

⁴⁸ V. P. Weil, "Le droit international en quête de son identité" *op. cit.* pp. 100-127, spéc. p. 121 : "l'individu protégé [par les droits de l'homme] ... loin d'être le sujet, c'est-à-dire le créateur des normes internationales relatives aux droits de l'homme..." (c'est nous qui soulignons). Et pourtant, si on pense avec P. Weil que "Le droit international des contrats est autant du droit international que le droit international des traités, ou de la mer, ou de la guerre" (*ibid.* p. 98), une entreprise qui conclut un contrat d'Etat, régi par le droit international des contrats, participe à la création de normes internationales autant qu'un Etat ou une organisation qui conclut un traité. Mais P. Weil se refuse absolument à tirer ce type de conclusion, lui qui exprime des réticences même à l'égard de la personnalité internationale des organisations intergouvernementales (v. p. 104).

⁴⁹ Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 224. V. également les analyses de Kelsen sur la notion de droit subjectif (pp. 181-185 et en particulier, p. 182 où Kelsen souligne que le droit subjectif au sens technique se définit comme "le pouvoir juridique de faire valoir l'inexécution d'une obligation juridique". Et de même on se rapportera à ses développements sur "la qualité d'organe" (pp. 200-210), en particulier p. 204 : "... peut-être qualifié d'organe juridique l'individu qui exerce le pouvoir juridique qui lui est conféré en intentant une action en justice, ou en faisant un acte juridique ; et ce pouvoir juridique ; et ce pouvoir peut-être qualifié de compétence...". En fin de compte dans l'ordre juridique interne, sur lequel Kelsen résonne ici, les individus sont des organes de cet ordre, du fait que celui-ci leur confère une "capacité d'action", un pouvoir ; et inversement, si dans l'ordre juridique international on constate que les individus disposent désormais, même dans un domaine restreint, d'une telle capacité d'action, on doit en déduire qu'ils sont désormais des organes de cet ordre qui leur a conféré un pouvoir juridique et donc une compétence.

⁵⁰ Sur la répression internationale des crimes de guerre v. Ch. Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, pp. 179s avec la bibliographie citée. Dans le cas de la Yougoslavie et du Rwanda les tribunaux ont été créés par des décisions du Conseil de sécurité,

47. Quant à la deuxième elle est également ancienne, puisque dans le Traité de Versailles et dans les autres traités de paix qui ont suivi la première guerre mondiale, il était prévu que les ressortissants de puissances alliées pouvaient demander réparation pour les dommages causés par les mesures de guerre extraordinaires prises par l'Allemagne. Pour ce faire des tribunaux d'arbitrage mixtes étaient constitués auprès desquels les particuliers pouvaient intenter une action directement contre l'Allemagne⁵¹. D'autre part il n'est guère nécessaire de s'attarder sur le développement auquel on a assisté après 1945, de la protection internationale des droits de l'homme qui accorde aux individus, au moins dans un cadre régional, des droits, en vertu de conventions internationales, et les moyens de les faire valoir contre les Etats devant des juridictions internationales⁵². La situation exceptionnelle des traités de paix d'après 1918 est aujourd'hui devenue presque banale et Kelsen souligne, avec raison, que "la tendance du droit international [contemporain] à poser des règles d'obligation et d'habilitation directes des individus doit nécessairement se renforcer dans la même mesure que s'accroît sa pénétration dans des matières ou domaines qui antérieurement n'étaient réglés que par le droit étatique"⁵³.

48. On retiendra de ce rappel, que l'on peut considérer comme sujet du droit international toute personne capable d'entrer en litige 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)⁵⁴. A partir de ces prémices il est possible de comprendre comment l'évolution qui s'est produite avec les contrats d'Etat autorise à considérer l'individu comme sujet (limité) du droit international. Mais, à bien y regarder c'est en fait dans tout le domaine du droit de l'investissement international que les particuliers

v. P. Weckel, "L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie", *AFDI* 1993, pp. 232-261 ; M. Mubiala, "Le tribunal international pour le Rwanda : vraie ou fausse copie du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ?", *RGDIP*, 1995, pp. 929-954.

⁵¹ Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, Russel & Russel, 1961, pp. 347-348. L'ouvrage est désormais disponible en français : *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ 1996, pp. 394-395. Kelsen cite encore la Convention du 15 mai 1922 entre l'Allemagne et la Pologne sur la Haute Silésie qui autorisait les particuliers à intenter une action devant un tribunal international pour non respect des engagements pris par un de ces Etats dans ce traité (p. 395). V. aussi Ch. Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1983, t. V, pp. 381-383.

⁵² F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2ème éd. 1995. Ce n'est que dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme que le contrôle juridictionnel par action des individus s'est vraiment imposé. Cependant le système inter-américain connaît un début de mise en œuvre, v. G. Cohen-Jonathan, "Cour inter-américaine des droits de l'homme : l'arrêt Velasquez", *RGDIP*, 1990, pp. 455-471.

⁵³ *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 429.

⁵⁴ V. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 394, qui présente les cas où les individus doivent être considérés comme des "sujets directs du droit international" : "Les individus, écrit-il, détiennent des droits internationaux seulement s'il existe une cour internationale auprès de laquelle ils peuvent comparaître à titre de plaignants". *Mutatis mutandis*, ceci permettrait d'expliquer, par exemple, pourquoi les litiges entre fonctionnaires des organisations internationales et celles-ci peuvent être régis par une branche du droit international, à partir du moment où on considère les Tribunaux administratifs des organisations internationales comme des juridictions internationales (V. P. Weil op. cit. supra, p. 99).

bénéficient de plus en plus, par le biais de traité bi- ou multilatéraux de privilèges d'action directe contre les Etats et accèdent donc à ce même statut de sujet de droit international.

a) La révolution de l'arbitrage mixte

49. C'est d'abord dans les contrats d'Etat que l'on constate un phénomène qui prend, depuis quelques années une ampleur considérable : la subversion de l'impossibilité, affirmée par le droit international classique, sauf les exceptions citées *supra* n°47s, pour un particulier de faire trancher un litige entre celui-ci et un Etat autrement que par les tribunaux internes de cet Etat. En cas d'échec et d'épuisements des voies de recours internes, la seule solution résidait dans le fait pour l'Etat d'origine de l'investisseur à épouser sa cause, par le biais de la protection diplomatique, et à transformer le litige entre un Etat et une personne privée en un litige entre deux Etats.

50. L'arbitrage transnational ou "mixte" a rendu ce procédé quasi obsolète⁵⁵. Toute entreprise qui investit en contractant avec un Etat sait qu'elle dispose d'un instrument juridique qui lui permet d'attirer l'Etat devant une instance juridictionnelle extérieure à celui-ci pour voir trancher directement un litige qui l'oppose à cet Etat. Ce mécanisme est d'abord apparu sur une base purement contractuelle et avec des arbitrages *ad hoc*. On comprend que l'on ait montré de la réticence, voire une franche hostilité, à considérer que les tribunaux arbitraux constitués sur cette base puissent être considérés comme des tribunaux internationaux au même titre que des tribunaux créés par traité, selon les exemples cités *supra* n°47s. Pourtant, si on considère qu'il s'agit de contrats passés par les Etats en tant que sujets du droit international il n'est pas illogique de considérer que le droit applicable à la clause compromissoire ne soit pas un droit national mais le droit international. C'est, en tout cas, ce raisonnement que les arbitres ont suivi

⁵⁵ V. St. J. Toope, *Mixed International Arbitration. Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius Publications Ltd, 1990. Il faut prendre garde à ne pas confondre ce qu'on appelle traditionnellement les tribunaux arbitraux mixtes chargés de liquider des litiges survenus après des conflits militaires (V. *supra* n. 51) avec l'arbitrage mixte au sens contemporain d'arbitrage à propos d'un contrat d'Etat, qu'on nomme également arbitrage transnational. A cet égard, on peut noter que le Tribunal des différends irano-américains ressemble par bien des aspects aux tribunaux arbitraux mixtes, V. J. A. Westberg, *International transactions and claims involving government parties. Case law of the Iran-United States Claims Tribunal*, Washington, International Law Institute, 1991, pp. 11-13. Cependant la nature exacte de ce Tribunal a donné lieu à discussion, v. CEDIN, *Le tribunal des différends irano-américains*, Université Paris X, 1985, les avis de Ph. Fouchard, "La nature juridique de l'arbitrage du Tribunal des différends irano-américains" pp. 27-48, qui penche pour le caractère *sui generis* de l'institution alors que M. Virally y voit "une institution tout à fait classique et bien connue des internationalistes (...), l'arbitrage de droit international public" du même type que les Tribunaux arbitraux mixtes constitués après des conflits (p. 50). Cependant, même si l'énorme jurisprudence engendrée par le contentieux irano-américain, ne concerne que marginalement la question des contrats d'Etat (et principalement pour des problèmes d'expropriation), son influence se fera certainement sentir à l'avenir dans tout le contentieux transnational. V. B. Audit, "Le Tribunal des différends irano-américain (1981-1984)", *Clunet* 1985, pp. 791-863 ; J. R. Crook, "Applicable Law in International Arbitration : The Iran-US Claims Tribunal Experience", *AJIL* 1989, pp. 278-311.

dans les sentences *Aramco*, *Texaco* et *Liamco*⁵⁶. Dans l'arbitrage *Aminoil*, les Parties avaient elles-mêmes donné 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 transnationale qu'il estime applicable". Les arbitres en ont conclu que : "Etant donné la manière dont le Tribunal a été constitué, son caractère international, ou plutôt transnational est évident..."⁵⁷.

51. On reviendra sur l'hésitation du Tribunal entre l'"international" et le "transnational". Ce qu'il faut noter c'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 national⁵⁸. Si on pense, avec P. Mayer que le caractère international d'un tribunal arbitral dépend du droit applicable à la clause compromissoire⁵⁹, on peut soutenir que, même dans ces hypothèses d'arbitrage *ad hoc*, on se trouve dans le schéma du particulier qui peut attirer l'Etat devant une juridiction internationale.

52. Si en revanche, on considère, avec F. Rigaux, que les seules instances arbitrales internationales sont celles instituées par un accord inter-étatique, à l'instar du CIRDI ou du tribunal des différends irano-américain⁶⁰, on remarquera que le succès remporté par la Convention de Washington (123 ratifications d'Etats représentant à peu près toutes les cultures juridiques, à la fin de l'année 1995) aboutit à une véritable consécration de la possibilité d'action directe des investisseurs contre les Etats d'accueil et ce d'autant plus que la clause d'arbitrage CIRDI est devenue d'utilisation fréquente dans les grands contrats d'investissement. On n'ira pas jusqu'à dire que la "communauté internationale" a entériné ce mécanisme, mais pour le moins, qu'il fait partie désormais des techniques courantes et largement acceptées des

⁵⁶ Pour la sentence *Aramco*, v. *Rev. crit. dr. int. priv.*, 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, p. 147 et aussi B. Stern *op. cit. supra*, 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, pp. 441s).

⁵⁷ V. sentence *Aminoil*, du 24 mars 1982, reproduit in *Clunet* 1982, pp. 869-909, §§4 et 5, p. 872.

⁵⁸ Il s'agissait bien de l'Etat en sa qualité de puissance souveraine, puisqu'était en cause la possibilité de l'Etat de s'engager, dans un contrat, à ne pas nationaliser. Cette possibilité a été reconnue au §90 de la sentence sous certaines conditions énoncées au §95, v. *Clunet* 1982, pp. 894-895..

⁵⁹ "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat", *op. cit. supra* n.4, p. 32.

⁶⁰ F. Rigaux, "Contrats d'Etat et arbitrage transnational", *Rivista di diritto internazionale*, 1984, pp. 489-505, p. 502 et *Mélanges Goldman*, *op. cit. supra*, p. 269. V. aussi Ch. Rousseau, *op. cit. supra*, n. 51, 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."

relations économiques internationales. En toute hypothèse c'est bien l'Etat sujet du droit international qui est attiré par la personne privée (l'investisseur) devant un tribunal arbitral international constitué sous l'égide de la Convention de Washington⁶¹.

b) La révolution continuée : les traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements

53. La capacité des personnes privées à agir directement contre l'Etat connaît à l'heure actuelle un développement considérable du fait de l'insertion dans une nouvelle génération de traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements conclus entre Etats d'origine et Etats d'accueil des investissements, de clauses permettant à des investisseurs de saisir le CIRDI pour la violation alléguée des obligations souscrites par l'Etat dans le traité. Il n'est donc plus question ici d'un contrat liant l'investisseur avec l'Etat d'accueil mais de la possibilité donnée à des particuliers de faire juger par un tribunal arbitral du respect par l'Etat de ses engagements internationaux.

54. Cette possibilité a été confirmée dans l'affaire *AAPL c/ Sri Lanka* (ARB/87/3)⁶². Dans cette affaire une procédure arbitrale avait été engagée pour la première fois devant le CIRDI, non pas à partir d'une clause compromissoire ou d'un compromis, mais sur la base de l'engagement pris dans le traité de protection des investissements entre les deux Etats d'accueil et d'origine de l'investissement. S'agissant du droit applicable à la réclamation présentée par l'investisseur (une société de Hong Kong) contre le gouvernement sri-lankais, les arbitres décidèrent qu'au vu des arguments échangés entre les parties, ceux-ci s'accordaient à considérer que les dispositions de la convention bilatérale étaient la principale source de droit applicable à la cause étant entendu que la convention renvoyait également à d'autres sources comme le droit international général et d'autres conventions⁶³. Ainsi non seulement l'investisseur agit directement contre l'Etat pour un engagement international de celui-ci mais leur litige est soumis essentiellement au droit international.

55. Or il se trouve qu'un nombre tous les ans plus important de traités bilatéraux de protection, de l'ordre de 300 au minimum, contiennent la même

⁶¹ A. Giardina traitant de l'exécution des sentences du CIRDI, note que "le système du CIRDI a (...) ses connotations particulières qui le rapprochent moins de l'arbitrage commercial international, que de certaines réalisations récentes dans le domaine des juridictions internationales devant lesquelles les individus peuvent être parties. Les exemples sont essentiellement celui de la Cour de justice des Communautés européennes, en ce qui concerne la force exécutoire des sentences comportant une condamnation au paiement d'une somme d'argent et celui du tribunal de la mer qui va être institué par le projet de convention élaboré par la 3ème conférence des Nations Unies sur le droit de la mer." ("L'exécution des sentences du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements", *Rev. crit. dr. int. priv.* 1982, pp. 273-293, p. 276).

⁶² V. chronique E. Gaillard in *Clunet* 1992, pp. 216-232 et *FILJ*, 1991, pp. 526-597.

⁶³ *Clunet* 1992, p. 217.

possibilité, pour un investisseur, de saisir le CIRDI sur la seule base du traité de couverture, dans l'hypothèse où la personne privée se plaint de la violation par l'Etat d'accueil d'un droit conféré par le traité bilatéral de protection des investissements⁶⁴. Mais en outre, on constate qu'il commence à apparaître des traités multilatéraux qui offrent les mêmes facultés aux particuliers. Ainsi le traité sur l'ALENA, dans son chapitre 11 section B ("règlement des différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie") met en place une procédure donnant aux investisseurs la possibilité de demander la constitution d'un tribunal arbitral soit sous l'égide de la Convention de Washington soit sous celui du mécanisme supplémentaire (offert par le CIRDI lorsque des Etats non parties à la Convention sont en cause), soit en se référant au règlement d'arbitrage de la CNUDCI⁶⁵.

56. En ce qui concerne le droit applicable, l'article 1131 §1 se réfère aux dispositions contenues dans le traité de l'ALENA ainsi qu'aux règles pertinentes du droit international sans aucun renvoi au droit interne des Etats⁶⁶. Et de même dans la Charte de l'énergie, convention internationale ouverte à la signature en décembre 1994 et qui a pour ambition de fixer le régime des investissements dans le domaine de l'énergie pour quarante et un Etats d'Europe de l'Ouest et de l'Est mais aussi l'Australie, les Etats-Unis, le Japon, l'article 26 sur le règlement des différends offre à l'investisseur un choix d'action contre l'Etat à qui il reproche de ne pas avoir respecté ses engagements en matière de promotion et de protection des investissements (Titre III de la Charte). L'entreprise peut porter le différend soit devant les tribunaux internes de l'Etat, soit avoir recours aux mécanismes de règlement des litiges antérieurement prévus par les parties, soit utiliser ceux prévus par la Charte elle-même. Dans ce cas le différend peut-être porté devant le CIRDI (arbitrage ou mécanisme supplémentaire), ou devant un arbitrage *ad hoc*

⁶⁴ Le chiffre de 300 traités est donné par Shihata & Parra, "Applicable substantive law in disputes between states and private foreign parties : the case of arbitration under the ICSID convention", *op. cit. supra*, n.15, qui estiment que sur les 700 traités bilatéraux de protection des investissements il y en a environ 300 qui comportent des clauses permettant à un investisseur de saisir le CIRDI (pp. 185-186). Ils notent encore (p. 209) que les Etats-Unis concluent un nombre croissant de traités bilatéraux qui tous prévoient la possibilité des investisseurs de recourir à un arbitrage CIRDI ou à d'autres formules d'arbitrage dans l'hypothèse où ils estiment que des droits conférés par le traité ne sont pas respectés par l'Etat. Ceci est vrai également pour la France. V. les exemples données par P. Juillard, "Chronique" *AFDI* 1994, p. 735 et 1995, pp. 607-609 ; de même pour l'Espagne, v. Vives Chillida, *op. cit.*, pp. 92s ; V. aussi A. Escobar, "Introductory note on bilateral investment treaties recently concluded by Latin American States", *FILJL*, 1996, pp. 86-93, avec le texte de 14 traités récents, pp. 95-220 ainsi que le traité-type utilisé par l'Allemagne, pp. 221-232. E. Gaillard dans sa chronique de jurisprudence du CIRDI évalue à 350 le nombre de traités bilatéraux faisant référence au Centre, *Clunet* 1996, p. 274.

⁶⁵ Article 1120 de l'ALENA, texte in *ILM*, 1993, p. 643. Sur cette question v. G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", *Rev. arb.*, 1995, pp. 3-37, pp. 20 et s. Sur le mécanisme supplémentaire du CIRDI, v. P. Rambaud, "Note sur l'extension du système CIRDI", *AFDI*, 1983, pp. 290-299 ; A. Broches, "L'évolution du CIRDI", *Rev. arb.*, 1979, pp. 323-337.

⁶⁶ "A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law", *ILM*, 1993, p. 645.

suivant le règlement CNUDCI, soit devant le Centre d'arbitrage de la Chambre d'arbitrage de Stockholm (art. 26§4)⁶⁷.

57. On notera que la Charte s'appliquant de la même façon à tous les Etats il ne serait pas impossible, dans l'hypothèse où elle entrerait en vigueur, de voir des investisseurs australiens ou américains porter un litige avec le gouvernement français, par exemple, devant un tribunal arbitral du CIRDI... Le droit applicable au litige, tel que prévu par l'article 26(6) est formulé exactement comme l'article 1131 de l'ALENA : le traité et les règles pertinentes du droit international. Des dispositions du même type se rencontrent dans un traité sur la protection réciproque des investissements au sein du MERCOSUR⁶⁸. De même dans l'Accord multilatéral sur les investissements, en négociation au sein de l'OCDE, et dont la conclusion finale a été repoussée pour le printemps 1998, il est question également d'insérer des dispositions du même type sur le règlement des différends⁶⁹.

58. Enfin pour en revenir à un traité bilatéral très spécifique, à savoir le traité franco-britannique sur le tunnel sous la manche et son exploitation par des sociétés concessionnaires, l'article 19§1(b) donne compétence à un tribunal arbitral dont la constitution est prévue au traité, pour régler "les différends entre les Gouvernements et les Concessionnaires relatifs à la concession". Le droit applicable est prévu à l'article 19§6 : "Pour régler les différends relatifs à la Concession, il est fait application des dispositions pertinentes du Traité et de la Concession. Il peut, s'il y a lieu, être fait application des règles de droit français ou de droit anglais lorsque le recours à ces règles est commandé par l'exécution d'obligations spécifiques de droit français ou anglais. Il peut, en outre être fait application des principes pertinents du droit international et, si les parties au différend en sont d'accord, du principe d'équité"⁷⁰.

⁶⁷ V. P. Juillard, "Chronique" *AFDI*, 1994, pp. 736-742, p. 741 n. 42 ; Th. Wälde, "International investment under the 1994 Energy Charter", *JWT*, 1995, pp. 5-72, pp. 47-50, et du même auteur : "Investment arbitration under the Energy Charter Treaty - From dispute settlement to treaty implementation", *Arbitration International*, 1996, pp. 429-465, pp. 457s sur le droit applicable.

⁶⁸ *Colonia Protocol on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments within Mercosur*, cité par E. Gaillard, *Clunet* 1996, p. 274. Dans un tout autre domaine v. l'article 187 de la Convention de Montego Bay et l'Annexe VI à la Convention sur le statut du Tribunal international du droit de la mer, art. 20§2, qui donne accès au Tribunal aux entités autres que les Etats parties. Dans ce cas le droit applicable prévu par l'art. 293§1 de la Convention est constitué par les "dispositions de la présente Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celles-ci".

⁶⁹ V. Th. L. Brewer, "Mécanismes internationaux de règlement des différends dans le domaine de l'investissement : accords, institutions et questions en suspens", in OCDE, *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Paris, 1996, pp. 89-98 et v. le rapport du Groupe de travail D, pp. 163-167.

⁷⁰ Traité concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe transmanche. *JORF* du 16 juin 1987 et *RGDIP*, 1987, pp. 1395-1398. V. R. Goy, "Le tunnel sous la Manche", *AFDI*, 1986, pp. 741-759 ; G. Marcou, R. Vickerman, Y. Luchaire, *Le Tunnel sous la Manche entre Etats et Marchés*, Presses Universitaires de Lille, Villeneuve d'Ascq, 1992.

59. Il ressort de l'ensemble de ces données que non seulement les personnes privées (investisseurs) possèdent, de plus en plus, la capacité d'agir directement contre un Etat en tant que sujet du droit international sur la base d'un contrat d'Etat mais aussi sur la base de traités qui leur confèrent directement cette capacité. En outre dans les deux cas l'application du droit international à ce type de litiges tend à se banaliser. Enfin, si l'on pense aux nombreux traités qui prévoient la possibilité de saisine du CIRDI on peut pronostiquer pour l'avenir un développement important de la jurisprudence *AAPL/Sri Lanka*⁷¹.

60. Dans ces conditions, on ne voit aucune raison pour persister à refuser de voir ce qu'est la réalité du droit international actuel, à savoir que par des moyens totalement différents de ceux utilisés dans le domaine des droits de l'homme, les personnes privées, ont acquis dans l'institution juridique des contrats d'Etat, et, plus généralement, dans le domaine du droit des investissements, une personnalité juridique internationale (limitée) du fait de leur *capacité à agir directement contre l'Etat* pour la défense de leurs droits et ce devant des instances internationales⁷².

B) Sur la préférence donnée au droit international public par rapport au droit transnational pour régir les contrats d'Etat

61. De nombreux auteurs qui acceptent la spécificité du contrat d'Etat rejettent en même temps la possibilité de le voir régi par le droit international public, soit parce qu'ils n'envisagent pas que celui-ci puissent s'appliquer vraiment dans des rapports mixtes, soit parce qu'ils le considèrent comme ne contenant pas de règles suffisamment précises dans le domaine des contrats ou, le plus souvent, pour les deux raisons à la fois. Ils proposent que cette catégorie nouvelle de contrats soient régis par un tiers ordre juridique dénommé souvent droit transnational. Mais cette expression recouvre des notions différentes et il faut ici distinguer le droit transnational synonyme de *lex mercatoria*, de la conception d'un droit transnational comme droit spécifique aux rapports mixtes Etats/personnes privées, et de la théorie particulière des principes de droit transnational chez P. Mayer.

1) Rejet de la *lex mercatoria*

62. On entend ici par *lex mercatoria* un ensemble de règles et de principes issus des usages du commerce international, tels qu'ils sont formulés par des institutions privées professionnelles ou savantes (V. récemment les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Rome 1994) ainsi que par les arbitres qui acceptent de statuer

⁷¹ V. en ce sens E. Gaillard, *Clunet* 1996, p. 274 et G. Burdeau, *op. cit. supra* n. 65, p. 14.

⁷² La comparaison est également faite par G. Burdeau, *op. cit.*, p. 16 ainsi que Lillich, *op. cit. supra* n.2, pp. 67-68.

au nom de cette *lex mercatoria* appelée également par certains auteurs, droit transnational⁷³.

63. Il existe des raisons tant théoriques que pratiques pour considérer que les contrats d'Etat, tels que nous les avons définis, ne peuvent être des contrats conclus dans l'ordre juridique de la *lex mercatoria*. En effet, puisqu'il s'agit de contrats conclus par les Etats *en tant que sujets du droit international*, il n'est pas concevable qu'ils soient régis par un ordre juridique né de la *societas mercatorum*, i.e. du commerce international entre personnes privées⁷⁴. On constatera que l'article 42§1 de la Convention de Washington ne fait nulle allusion à ce type de droit transnational. Les résolutions d'Athènes (1979) et de Saint Jacques de Compostelle (1989) de l'Institut de droit international y font sans doute référence mais sans utiliser les expressions de *lex mercatoria* ou de droit transnational⁷⁵.

64. Cependant, si l'on observe les clauses de droit applicable dans les contrats d'Etat que l'on peut connaître, on ne trouve guère des références expresses à la *lex mercatoria*, mais, de temps à autre, des formules qui peuvent avoir cette signification.

Ainsi dans le contrat entre l'Etat gabonais, Petrogab et la Swiss Oil Corp. tel qu'il nous est révélé par une sentence de la CCI de 1987, où le droit applicable était : "la loi de la République gabonaise ainsi que les lois et usages du commerce international universellement reconnus"⁷⁶.

De même dans un contrat du 23 juillet 1989 entre le Sultanat d'Oman et une société pétrolière l'article 24.3 comporte la formule ambiguë suivante : "*In construing and interpreting this Agreement, the arbitrators shall apply the generally accepted customs and usages of the international petroleum industry and principles of law generally recognized by the nations of the world.*" (la première partie de la phrase fait penser à la *lex mercatoria* tandis que la deuxième plutôt à des principes de droit international public).

⁷³ Sur la *lex mercatoria*, v. B. Goldman, "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international", *Clunet*, 1979, pp. 475-499 ; E. Gaillard, "Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux de droit", *Clunet*, 1995, pp. 5-30 ; I. Strenger, "La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international", *RCADI*, 1991/III, pp. 211-355 ; A. Giardina, "Les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux", *Clunet*, 1995, pp. 547-584.

⁷⁴ V. dans le même sens P. Weil, "Principes généraux de droit et contrats d'Etat", in *Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 387-414, p. 407 "... il est difficile de se rallier à l'idée que le droit applicable aux contrats d'Etat puisse être assimilé à celui qui régit les rapports entre commerçants privés au point de ne former avec lui qu'un seul et même 'ensemble de règles de droit'".

⁷⁵ V. article 2 de la résolution d'Athènes de l'Institut de droit international, en 1979, à propos du droit applicable aux accords conclus entre un Etat et une personne privée, *Ann. IDI*, 1979, vol.58/II, p. 194, et l'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.

⁷⁶ V. Paris (1ère Ch. suppl.), 16 juin 1988, *Société Swiss Oil c/ Société Petrogab et République du Gabon*, *Rev. arb.*, 1989, pp. 309-327, note Ch. Jarrosson.

Une formule tout aussi ambiguë se trouve dans le contrat type chinois de 1993 pour les contrats d'exploration pétrolière. L'article 28 prévoit que le droit applicable est le droit de la République populaire de Chine, mais ajoute

"Failing the relevant provisions of the laws of the People's Republic of China for the interpretation or implementation of the contract, the principles of the applicable laws widely used in petroleum resources countries acceptable to the parties shall be applicable."

65. Il est certain que la notion de contrat d'Etat étant à la fois une notion qui se construit depuis cinquante ans et une notion qui est loin de faire l'objet d'analyses convergentes dans la doctrine, il n'est guère étonnant de trouver des clauses qui manifestent ce que nous considérons être comme un mélange des genres. Toutefois, dans la plupart des cas ce qui a été pris par les auteurs comme des références à un droit transnational, était la référence aux principes généraux de droit dans lesquels on n'a pas voulu voir, pour des raisons théoriques, des principes du droit international (infra n°70)⁷⁷.

66. On peut d'ailleurs penser que le rôle attribué, dans un premier temps, à la *lex mercatoria* dans les contrats d'Etat vient d'un concours de circonstances historiques. En effet, à peu près à la même époque où des auteurs comme B. Goldman ou Cl. Schmitthoff constataient le développement d'un droit a-national dans le commerce international, paraissaient les premières sentences arbitrales pétrolières où les arbitres recherchaient en dehors du droit de l'Etat contractant des principes pour statuer sur les litiges qui leur étaient soumis. Comme les arbitres justifiaient leur refus du droit de l'Etat d'accueil par le caractère inadéquat de celui-ci (argument que l'on retrouve chez les partisans de la *lex mercatoria* de façon généralisée : caractère inadéquat des droits internes pour les relations commerciales internationales), et qu'ils en appelaient aux usages de la profession (on a parlé de *lex petrolea*) ainsi qu'aux principes généraux de droit qui sont aussi les sources invoquées pour la *lex mercatoria*, les commentateurs ont fait le rapprochement entre les deux phénomènes. Comme par ailleurs aucune distinction n'était opérée entre les contrats passés par les Etats pour des opérations commerciales ordinaires (achat de biens d'équipement ou d'ensembles industriels, contrats de licence etc.) où l'invocation de la *lex mercatoria* pouvait avoir un sens et les contrats d'investissement qui par leurs caractéristiques particulières apparaissent comme des engagements de l'Etat sujet de droit international, les auteurs ont inclus les "contrats d'Etat" dans leurs raisonnements sur la *lex mercatoria*.

⁷⁷ Sur les ambiguïtés des références aux principes généraux de droit, v. P. Weil, "Principes généraux de droit et contrats d'Etat", *op. cit. supra* n. 66. L'auteur note, pp. 408-409, que si la référence aux seuls principes généraux de droit n'est pas nécessairement une référence au droit international, dans certains cas cependant cela peut le constituer si l'on est en présence d'un contrat "enraciné dans l'ordre juridique international". Il suffit, pour nous, de modifier légèrement la formule en disant : s'il s'agit d'un contrat conclu avec l'Etat en tant que sujet de droit international.

67. Et inversement, certains de ces auteurs constatant que les raisons qui avaient poussé les premiers arbitres à se réfugier dans ce qu'ils pensaient être un tiers ordre juridique n'existaient plus du fait de l'adoption dans tous les pays concernés d'un droit moderne et complet, en ont conclu à la mort du contrat d'Etat⁷⁸. Mais il y a là une confusion entre deux phénomènes qui, en réalité, n'étaient pas liés : les premières sentences arbitrales pétrolières manifestaient l'apparition d'un type de contrat nouveau dans lequel c'était l'Etat sujet du droit international qui contractait en dehors de son propre ordre juridique. Et l'ordre juridique qui accueillait ce nouveau type de contrat devait se révéler progressivement comme n'étant autre que le droit international public. L'existence aujourd'hui de droits internes développés n'a aucune conséquence sur cette analyse.

2) Rejet du droit transnational comme droit spécifique aux rapports mixtes

68. Il faut tout d'abord remarquer, à nouveau, que ce droit transnational (distinct de la *lex mercatoria*) n'est pas invoqué pour régir n'importe quel contrat entre un Etat et un particulier mais uniquement ce type de contrat spécifique que l'on isole d'une façon ou d'une autre et que l'on désigne par l'expression contrat d'Etat (*State contract*). Pratiquement c'est à propos des contrats de concessions pétrolières (et aussi pour des contrats d'emprunts internationaux) que des juristes, en doctrine, ont proposé d'appliquer des principes généraux de droit qui se situeraient dans un tiers ordre juridique entre l'ordre interne et l'ordre international⁷⁹.

69. Cette proposition recouvrait en réalité un désir d'internationaliser ces contrats, désir que l'on n'osait pas énoncer jusqu'au bout à cause de l'exclusion de principe des individus de la sphère du droit des gens. Ceci est particulièrement clair dans l'article de Lord McNair de 1957 (un des articles pionniers sur la question) à propos des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. S'agissant des contrats conclus entre un Etat et une entreprise étrangère et qui possèdent certains traits spécifiques comme portant sur l'exploitation à long terme des ressources naturelles d'un pays, l'acquisition de droits de propriété sur des parties importantes du territoire, le bénéfice de certains privilèges à caractère semi-politique comme des exemptions fiscales, etc., il écrit : "... *it is submitted that the legal system appropriate to the type of contract under consideration is not public international law but shares with public international law a common source of recruitment and inspiration, namely, 'the general principles of law*

⁷⁸ V. A. S. El-Kosheri & T. F. Riad, "The law governing a new generation of petroleum agreements : changes in the arbitration process", *FILJ*, 1986, pp. 257-287 ; G. Delaume, "The proper law of State contracts and the *lex mercatoria* : a reappraisal", *FILJ*, 1988, pp. 79-106.

⁷⁹ V. J. F. Lalive, "Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents", *RCADI*, 1983/III, pp. 9-284 (p. 31 pour la définition du droit transnational). D'autres auteurs parlent de droit quasi-international, V. H. Pazarci, "La responsabilité internationale des Etats à l'occasion des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères", *RGDIP*, 1975, pp. 354-421.

recognized by civilized nations"⁸⁰. Et il précise encore qu'il ne peut s'agir que d'un système tiers et non pas "public international law stricto sensu as at present understood, because the contracts do not deal with interstate relations" (c'est nous qui soulignons)⁸¹.

70. En réalité la référence à ce type de principes généraux reconnus par les nations civilisées (dans certains contrats ce dernier adjectif est omis) sera, par la suite, plus généralement considérée comme une référence au droit international public lui-même⁸². De même les auteurs favorables à cette approche du droit transnational proposent-ils d'appliquer le droit international par "analogie". Qu'est-ce à dire, sinon qu'on invite les arbitres à raisonner comme s'ils étaient dans l'ordre juridique international mais que l'on jette un voile pudique sur ce fait en parlant d'un droit transnational pour ne pas avoir à accepter les personnes privées comme destinataires d'un droit international des contrats, certes dans les limbes dans les années 50/60 mais tout autant que le droit transnational des contrats⁸³.

71. Une fois de plus on doit constater que lorsque s'est négociée la Convention de Washington créant le CIRDI les positions des Etats ont été très claires : certains étaient partisans du droit interne et d'autres du droit international. D'un droit transnational spécifique il n'a pas été question, de même qu'il n'en est pas question dans l'article 42§1 de la Convention de Washington, ni dans les traités bilatéraux de protection des investissements ni dans les traités multilatéraux comme l'ALENA ou la Charte de l'Energie.

72. Cependant, il faut ajouter que l'adjectif "transnational" doit être conservé, non pas pour désigner un ordre juridique spécifique aux contrats d'Etat mais pour désigner une *des branches contemporaines du droit international public*. Celui-ci couvre en effet aussi bien des rapports inter-étatiques, que des rapports entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales elles-mêmes que des rapports entre Etats et individus. Il est commode, pour désigner cette branche particulière du droit international public, de dire qu'elle s'applique à des rapports transnationaux.

⁸⁰ McNair, "The general principles of law recognized by civilized nations", *BYBIL*, 1957, pp. 1-19, p. 6.

⁸¹ *ibid.*, p. 19.

⁸² V. rapport van Hecke, *Ann. IDI*, 1977, vol.57/1, p. 195. Le rapporteur note que "Dans l'ensemble les réponses [des membres de la Commission de l'IDI] ont été plus favorables à la notion des principes généraux de droit considérés comme une partie du droit international qu'à la notion des principes généraux considérés comme constituant un tiers ordre juridique qui ne serait ni national ni international."

⁸³ H. Pazarci, "La responsabilité internationale des Etats à raison des contrats conclus entre personnes privées étrangères", *op. cit. supra* n.79, s'il récuse le droit transnational (pp. 387-388), plaide pour un droit "quasi-international". En fait l'idée n'est guère éloignée : on raisonne comme si c'était du droit international tout en disant que cela n'en est pas. On peut revenir à ce propos sur l'hésitation relevée supra n.51 du tribunal arbitral dans l'affaire *Aminoil* sur le caractère "international, ou plutôt transnational" du tribunal. On notera que s'agissant des raisonnements menés sur le fond, le tribunal fait constamment référence au droit international public (V. §§70(1), 78, 90, 101, 142, 157). La seule fois où le tribunal se réfère à un tiers ordre juridique "une *lex petrolea* qui [serait] en quelque sorte une branche particulière d'une *lex mercatoria* générale et universelle" c'est pour le rejeter (§§ 155-156).

3) Rejet de la théorie de P. Mayer

73. On sait que P. Mayer a présenté dans son article sur la neutralisation du pouvoir normatif une position des plus originales. Tout en considérant que les "rapports transnationaux [et il s'agit des contrats d'Etat *stricto sensu*] appellent des règles propres, il propose "d'appeler principes transnationaux ces règles, tout en rappelant qu'il ne voit pas dans celles-ci "le contenu d'un tiers ordre juridique, mais des propositions juridiques seulement par leur objet, destinées aux arbitres et élaborées par la doctrine et par eux-mêmes"⁸⁴. Ces règles ne sont donc pas issues d'un ordre juridique autonome quelconque et le contrat d'Etat se trouve être un contrat sans loi qui a "pour particularité déroutante, note P. Mayer, de ne trouver son principe de validité que le jour où l'arbitre statue". Encore cette affirmation doit-elle être complétée car la décision de l'arbitre "étant privée, ne peut rien fonder à elle seule, mais [ce sont] les règles étatiques qui reconnaissent à la sentence l'autorité de chose jugée [qui] confèrent indirectement au contrat sa force obligatoire"⁸⁵. Les rapports contractuels entre l'Etat et l'entreprise étrangère ne sont en fait soumis à aucun droit mais il appartient aux arbitres d'inventer les règles propres aux rapports transnationaux en s'inspirant des principes généraux de droit et en les adaptant aux particularités des contrats d'Etat.

74. Bien que l'auteur nous appelle à nous débarrasser des "scrupules théoriques à l'égard du contrat sans loi", on ne peut s'empêcher d'éprouver de vives réticences à l'égard d'une construction dans laquelle le caractère obligatoire du contrat d'Etat ne devient manifeste qu'au moment de l'intervention de l'arbitre ou peut-être même seulement au moment où la sentence, pur *dictum* privé reçoit l'*exequatur* dans un ordre juridique interne. P. Mayer affirme encore : "Ce qui est important est d'avoir un juge et un système de contrainte, extérieurs aux parties. Les règles sont fort utiles, mais lorsqu'il faut de toute façon les inventer, il est indifférent que ce soit au nom d'un ordre juridique, ou de façon autonome"⁸⁶.

75. Cette dernière affirmation est contestable. Car l'invention des règles au nom d'un ordre juridique donne son fondement tant à l'action du juge/arbitre qu'au caractère obligatoire des rapports contractuels sur lequel celui-ci se prononce. S'il est vrai que les règles à appliquer aux contrats d'Etat sont largement dégagées par la voie de la jurisprudence arbitrale, il est plus cohérent d'inscrire ces contrats et cette jurisprudence au sein d'un ordre juridique seul susceptible de donner à l'expression de l'accord entre les parties les caractères d'un contrat obligatoire. On peut même ajouter que les parties en présence, Etats et entreprises, trouveront plus légitimes, et accepteront plus facilement, de voir situer leurs rapports dans un système juridique clairement identifié. Les nombreuses références au droit international que l'on trouve dans les contrats, sous diverses formes, ainsi que le libellé de l'article

⁸⁴ "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat", *op. cit. supra* n. 4, p. 29.

⁸⁵ *ibid.* p. 25.

⁸⁶ *ibid.* p. 25.

42§1, 2ème phrase, expriment bien ce désir des parties contractantes (Etats et entreprises) de se situer dans un ordre juridique bien précis.

76. A cela on oppose, très souvent, l'indigence du droit international des contrats qui se résumerait à quelques vagues principes généraux de droit⁸⁷. Deux remarques peuvent être faites à ce propos. D'une part, on peut rappeler avec H. Lauterpacht que "l'histoire du droit nous enseigne que les tribunaux ont précédé les codes et l'élaboration des règles de droit détaillées". Et, 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"⁸⁸. Or si on considère, par exemple, le système qui découle de la Convention de Washington, on se trouve exactement dans cette situation et il appartient aux tribunaux du CIRDI d'élaborer, de façon prétorienne, les règles du droit international des contrats, puisque c'est bien le droit international qui commande, en dernier lieu l'article 42§1 (V. supra n°30). D'ores et déjà les commentateurs ont pu dégager différentes règles de la jurisprudence de ces tribunaux (*pacta sunt servanda*, respect des droits acquis, prise en compte du changement de circonstances, validité des clauses de stabilisation et même, sous certaines conditions, de non nationalisation, montant et mode de calcul de l'indemnisation en cas de nationalisation, respect de l'équilibre financier du contrat, obligation de négocier et de coopérer de bonne foi, interdiction de se contredire au détriment d'autrui, etc.⁸⁹.

77. Ce ne serait pas la première fois, ni en droit international ni en droit interne que le contenu d'un droit serait développé par l'activité des

tribunaux. Mais en réalité, on n'en est déjà plus là. En effet, le droit des contrats d'Etat se situe à l'intérieur du droit des investissements et les tribunaux arbitraux sont de plus en plus amenés à prendre en considération les dispositions des conventions internationales qui se comptent par centaines. La Banque mondiale s'est d'ailleurs livrée à un exercice de codification officieuse des principes qui découlent du vaste réseau des traités bilatéraux de protection des investissements ainsi que de la jurisprudence arbitrale existante. Le résultat a été la publication, en 1992, des *Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger*, dont le titre IV (Expropriation et modification ou résiliation unilatérale des contrats) peut être considéré comme un fragment important du droit international coutumier des contrats⁹⁰. A cela il faudrait encore ajouter les principes qui découlent des traités multilatéraux (ALENA, Charte de l'Energie, prochain Accord multilatéral sur les investissements de l'OCDE et aussi l'Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce du GATT), pour prendre conscience que la situation est aujourd'hui très différente de celle des années 50/60 où la liberté créatrice des arbitres était presque totale. Il est clair qu'un droit international des contrats est aujourd'hui en voie de consolidation indépendamment de l'invention prétorienne des règles à partir des principes généraux de droit, même si on est encore loin, bien évidemment, d'un ensemble complet de normes internationales.

78. En fin de compte ce qui constitue l'obstacle majeur pour des auteurs comme P. Mayer au rattachement des contrats d'Etat tel qu'il les définit lui-même, c'est une conception du droit international comme droit purement inter-étatique ou pour le dire d'un autre point de vue : le refus de considérer la possibilité pour l'individu d'être un sujet limité du droit international public est l'alpha et l'omega de cette attitude⁹¹. Celle-ci n'a peut-être jamais été mieux évoquée que dans un cours donné à La Haye en 1959 par un auteur italien A. P. Sereni où celui-ci expliquait :

"Each legal system serves the purpose of regulating the status and relations of social entities for which and among which it exists. An attempt at applying international law to private relations would be

⁹⁰ V. texte des Principes directeurs in *AFDI*, 1992, pp. 801-807, avec la chronique de P. Juillard, pp. 779-800. Les études qui ont servi de base au CIRDI pour la formulation de ces Principes sont reproduites dans un numéro spécial de la revue de cette institution : *FILJ*, 1992, n°2.

⁹¹ On notera que dans son article sur la neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat (*op.cit.* supra n. 4), P. Mayer, pour formuler ses principes de droit transnational, ne trouve rien de mieux que de s'inspirer du droit international public. Ainsi, s'agissant de l'acceptation par un Etat d'une clause compromissaire de façon contraire à la législation en vigueur, la meilleure solution lui paraît être celle énoncée par le droit des traités dans l'a.46 de la Convention de Vienne. Et il ajoute : "il n'y a en fait aucune raison pour appliquer une règle différente lorsque le partenaire de l'Etat est non un autre Etat mais une entreprise étrangère (p. 47). Et de même en ce qui concerne les agissements susceptibles d'engager la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat par rapport à un contrat passé avec une de ses émanations, les règles du droit international public lui semblent également appropriées (pp. 60-62). Les règles sont donc transposables mais la coexistence de ces êtres (Etats et personnes privées) dans l'ordre juridique international lui semble impossible (v. p. 77).

⁸⁷ V. J. Combacau in Combacau et Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2ème éd. 1995, p. 322 : "...une condition indispensable fait défaut pour qu'on puisse qualifier de tels contrats d'actes formellement internationaux : c'est l'existence d'un corps de règles internationales où l'on puisse raisonnablement voir un 'droit des contrats' analogues à celui qui proposent les divers droits internes". V. aussi J. Verhoeven, "Droit international des contrats et droit des gens", *RBDI*, 1978/1979, pp. 209-230.

⁸⁸ H. Lauterpacht, "La théorie des différends non justiciables en droit international", *RCADI*, 1930/IV, p. 539.

⁸⁹ M. El Younsi, *Les règles matérielles du droit des contrats d'Etat à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine*, thèse Paris 2, 1994, multigr. V. aussi la chronique d'E. Gaillard sur la sentence *Amco Asia c/ République d'Indonésie*, *Clunet*, 1987, pp. 155-156, où il énumère pas moins de neuf principes du droit international susceptibles d'être dégagés de cette sentence. Mais il est vrai qu'il s'agit pour cet auteur de principes appartenant à la *lex mercatoria*. (V. aussi du même auteur, "Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *Clunet*, 1995, pp. 5-30). On a dit les raisons qui nous font refuser cette appartenance (V. supra n°63). Mais indépendamment de cette question de principe, il n'y aurait aucun empêchement que plusieurs règles déduites des principes généraux du droit se retrouvent à la fois dans le droit international des contrats et dans la *lex mercatoria*. Cette coïncidence est même inévitable puisque dans tous les cas les principes généraux sont abstraits à partir des traits communs aux principaux systèmes juridiques nationaux. Ceci ne signifie pas, pour autant, que ces principes s'appliquent exactement de la même façon dans l'un ou l'autre ordre. Par exemple, la présence de l'Etat dans le contrat d'Etat, peut amener à donner une interprétation différente à un principe applicable également dans les relations entre personnes privées. Sur toutes ces questions v. P. Weil, "Principes généraux du droit et contrats d'Etat", in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 387-414, ainsi que l'approche assez divergente de M. Virally dans le même ouvrage : "Un tiers droit ? Réflexions théoriques", pp. 373-385, spéc. pp. 380 et s.

tantamount to seeking to apply the matrimonial laws of France or England to relations between cats and dogs"⁹².

79. On pourrait certes répliquer que les contrats d'Etat ne sont pas des "*private relations*" mais la phrase assassine de Sereni visait bien les discussions autour du droit applicable aux concessions pétrolières. On est là, en fait, en présence de deux conceptions irréductibles de ce que doit être et peut être le droit international : un droit essentiellement cantonné aux rapports inter-étatiques ou un droit dont l'expansion n'est pas limitée, qui peut couvrir tous les domaines, un droit dont l'individu peut-être un sujet direct, avec la seule réserve, comme le notait Kelsen, que cette possibilité doit rester exceptionnelle sous peine de brouiller la ligne de démarcation entre droit international et droit interne⁹³. Et c'est bien là le phénomène que l'on constate avec ce droit international très particulier qu'est le droit communautaire.

⁹² A. P. Sereni, "International economic institutions and the municipal law of States", *RCADI*, 1959/I, pp. 133-239, p. 210. Que ce soit un auteur italien qui exprime si fortement cette opposition n'étonnera pas si on prend conscience que celle-ci exprime en fin de compte une position doctrinale dualiste. V. Triepel, "Les rapports entre le droit interne et le droit international", *RCADI*, 1923/I, pp. 77-118, partic. p. 80 : "... le droit international public règle les rapports entre des Etats et seulement entre des Etats parfaitement égaux. [...] Le particulier, du point de vue d'une communauté de droit liant les Etats en tant que tels, est incapable d'être investi de droits et de devoirs propres, découlant d'un système juridique de cette communauté [souligné par l'auteur]". On comparera cette affirmation à la prise de position de Kelsen dès son premier cours de La Haye : "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *RCADI*, 1926/IV, pp. 231-331, pp. 283-286 où il soutient que le fait pour le droit international de s'appliquer immédiatement aux Etats et seulement médiatement aux individus "... n'est pas inhérente au droit international [et] ne constitue pas un caractère nécessaire de ses normes..." (p. 284). La démonstration est menée de façon plus ample dans le cours de 1932 : "Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *RCADI*, 1932/IV, pp. 121-349, pp. 141-172, avec la même conclusion : "Le droit international a, en règle générale, pour sujets les Etats, c'est-à-dire des individus d'une façon *médiate* [i.e. les individus dont l'action ou l'inaction seront comptées comme des actions ou inactions de l'Etat puisque celui-ci ne peut agir qu'à travers des individus] - exceptionnellement aussi des individus d'une façon *immédiate*. Il n'est pas contraire à la nature du droit international que ce qui est aujourd'hui une exception devienne un jour la règle" (p. 270, c'est nous qui soulignons). On prendra garde que la notion d'application *médiate* du droit international n'a pas tout à fait le même sens dans le cours de 1926 et dans celui de 1932.

⁹³ *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit. supra n.51, p. 395.