

**QUELQUES REFLEXIONS
A PROPOS D'UN TEXTE INEDIT
DE MICHEL VIRALLY**

par

Ahmed S. EL-KOSHERI

Vice-Recteur de l'Université Senghor (Alexandrie)

1. — Nombreux sont ceux qui ont pu profiter des écrits publiés par l'illustre Professeur français dont le rayonnement intellectuel et l'autorité doctrinale sont reconnus partout dans le monde entier.

2. — De même, les initiés ayant acquis le goût d'admirer la lecture des décisions rendues par le Juge Virally, quand il présidait l'une des trois chambres qui composent l'*Iran-USA Claims Tribunal*, n'oublieront jamais les leçons d'impartialité exemplaire, de finesse dans l'analyse juridique et d'intégrité aussi bien scientifique que morale représentant les traits caractéristiques de la contribution léguée par le regretté Président-Juge dans l'accomplissement d'une tâche presque impossible.

3. — Mais l'exploration d'une troisième dimension reste à entreprendre afin de mieux apprécier l'ampleur de l'œuvre de Michel Virally; à savoir la distinction avec laquelle un Maître-Consultant accomplit la tâche d'accorder une *Legal Opinion* sollicitée par l'une des Parties engagées dans un important arbitrage transnational sans la moindre complaisance, notamment sous sa forme la plus répandue qui consiste dans l'omission volontaire de certains aspects non favorables à la thèse soutenue par la partie au profit de laquelle la consultation est émise.

4. — C'est précisément pour illustrer cette troisième dimension très peu connue que les pages suivantes lui sont consacrées afin de démontrer comment un consultant qui se respecte a donné l'exemple aux autres. Il s'agit de reproduire dans une première section les quelques passages les plus représentatifs du modèle établi par Michel Virally dans sa consultation dont le texte intégral a été versé dans le dossier de l'Arbitrage *Koweit/Aminoil* (Annexe VIII de la Réplique soumise par Aminoil datée du 27 avril 1981, vol. III, texte

original en français avec traduction anglaise, document qui est resté jusqu'à maintenant inédit (1).

Ensuite, dans le cadre d'une deuxième section, nous essayerons de tracer les grandes lignes des manifestations multiples qui marquent concrètement l'influence exercée par la consultation donnée par Michel Virally, non seulement au profit de la Partie qui l'a demandée, sur le Tribunal Arbitral auquel elle était destinée, mais encore en rendant un service inappréciable à la Partie adverse.

I. — LA CONSULTATION VIRALLY

5. — Pour se placer dans le contexte de l'Arbitrage en question, il est important de tenir compte du fait qu'Aminoil réclamait une somme colossale (presque 3 milliards de dollars) dont la grande majorité en tant que compensation pour le *lucrum cessans* subi à cause d'une résiliation anticipée, traitée comme un acte illicite, de la concession pétrolière accordée en 1948 par le Sheikh de Koweït pour une durée de 60 ans. Dans sa réponse aux réclamations d'Aminoil, le Gouvernement koweïtien soutenait au contraire la légalité de son action, en invoquant, *inter alia*, ses droits souverains confirmés par les différentes résolutions des Nations Unies qui justifient les mesures prises pour récupérer le contrôle par l'Etat national sur les ressources naturelles en jouissant de certaines prérogatives dont l'exercice est censé toujours légitime, nonobstant les clauses contractuelles incluses dans les concessions de type « colonial ».

6. — Dans la perspective de la troisième et dernière phase des plaidoiries écrites, Aminoil décida de faire appel au professeur Virally pour s'appuyer sur son autorité en vue de réfuter les arguments avancés par les avocats et les consultants agissant pour le Koweït.

D'après la lettre adressée le 15 janvier 1981 au professeur Michel Virally lui demandant une *legal opinion*, Aminoil avait souligné comme sujet à traiter :

"The significance and the scope of the so-called "New International Economic Order" (NIEO) with regard to this dispute, specifically with respect to the "mutability" of the Concession Agreement between the two parties and the validity of the Decree Law of September 19, 1977 terminating the said Agreement".

7. — Dans la première partie de sa consultation consacrée à la « signification juridique du Nouvel Ordre Economique International », le professeur Virally commença par tracer les diverses étapes des efforts accomplis dans le domaine du renforcement de la « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » à partir

(1) Il est à noter, cependant, que la totalité de la documentation relative à l'Arbitrage en question — y compris la Consultation Virally — se trouve déposée à la Bibliothèque de la Harvard Law School.



de la quatrième Conférence des pays non-alignés tenue à Alger le 5 au 9 septembre 1973 jusqu'à la « Charte des droits et devoirs économiques des Etats » adoptée par la résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, en passant par les résolutions 3171 (XXVIII), 3201 et 3202 (S.VI) relatives à la « Déclaration » et au « Programme d'action pour l'instauration d'un Nouvel Ordre Economique International ».

L'analyse conduite par le professeur Virally démontra que les éléments juridiques qui figurent parmi les dispositions de ces deux dernières Résolutions (3201 et 3202) « relèvent davantage de la *lex ferenda* que la *lex lata* : du droit à établir plutôt que du droit déjà établi » (§ 11).

8. — Quant à la « Charte » (Résolution 3281), le professeur Virally établit le critère fondamental en précisant :

« Une règle énoncée dans la Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats (...) ne peut être considérée comme faisant partie du droit positif que dans deux hypothèses :

— Soit parce qu'elle était déjà en vigueur en tant que règle coutumière (ou en tant que règle conventionnelle, mais elle ne vaut alors qu'à l'égard des Etats parties à la Convention considérée) ;

— Soit parce qu'elle constituait une règle de droit international coutumier en voie de formation et que l'accord général dont elle a bénéficié lors de l'adoption de la résolution qui l'énonce a parachevé ou « cristallisé » cette coutume.

Bien entendu, l'adoption par consensus ou par un très large accord d'une règle ou d'un principe nouveau peut aussi constituer le point de départ d'un processus coutumier ou accélérer son aboutissement » (§ 15).

9. — A la lumière du critère en question, le professeur Virally déclare impossible « de porter un jugement d'ensemble sur la valeur juridique des principes énoncés par la Charte », en insistant sur la nécessité :

« d'examiner séparément chacune de ses dispositions à la lumière de la situation de droit international préexistant et des conditions de son adoption ainsi que, peut-on ajouter, de la pratique ultérieure des Etats » (§ 16).

10. — Avec son honnêteté intellectuelle universellement reconnue, le professeur Virally applique le test en question à l'article 2 de la « Charte » relatif à la « souveraineté permanente sur les ressources naturelles ».

En ce qui concerne le premier paragraphe de l'article 2, qui pose le principe selon lequel il appartient à chaque Etat le droit inaliénable de disposer pleinement et librement de ces richesses et ressources, la conclusion fut la suivante :

« On peut dire aujourd'hui que le principe (...) est universellement accepté et fait donc certainement partie du droit international positif. Les désaccords ne portent pas sur le principe, mais sur les conséquences qui peuvent en être tirées (§ 22).

11. — L'application du même test à propos de l'alinéa (c) du paragraphe 2 de l'article 2, qui porte sur le droit de nationaliser, aboutit à constater que :

« L'accord existe, ici encore, sur l'existence du droit de nationaliser. Cet accord n'est d'ailleurs que le reflet de la pratique des Etats (§ 25).

Le professeur Virally démontra ensuite (§ 26-38) que les désaccords substantiels entre les partisans et les adversaires d'une vision « tiers-mondiste » en faveur d'une nouvelle étape dans le développement progressif du droit international ne concernent que les conditions d'exercice du droit de nationaliser, l'exigence d'une indemnisation et son ampleur, le droit applicable à la nationalisation (compétence exclusive du droit interne ou soumission au droit international), et les voies de recours en cas de contestation (arbitrabilité).

12. — En guise de conclusion à l'analyse consacrée aux textes proposés par les uns et les autres, aux idées exprimées durant les débats aux Nations Unies, aussi bien qu'à l'évolution générale de la pratique, le professeur Virally précisa :

— « Il est permis de dire que l'idée d'un nouvel ordre économique international n'a pas apporté des modifications fondamentales dans le droit international en matière de souveraineté permanente sur les ressources naturelles et de nationalisation (...) Elle a, bien plutôt, confirmé et continué une évolution qui s'était marquée bien avant 1974.

— Elle a consolidé la reconnaissance de la souveraineté permanente sur les richesses et ressources naturelles comme un des principes fondamentaux du droit international contemporain.

— Elle a également confirmé les droits les plus marquants qui dérivent de cette souveraineté : le droit pour chaque Etat de déterminer souverainement sa politique de développement et les modes d'exploitation de ses ressources naturelles qui lui paraissent les plus appropriés en vue de son développement, ainsi que le droit de nationaliser.

— C'est la pratique, en particulier, qui a mis en lumière que le droit international continuait à être invoqué par les Etats, de façon très générale, pour justifier les nationalisations auxquelles ils procèdent et les modalités des compensations qu'ils ont retenues » (§ 39).

Enfin, le professeur Virally trouva nécessaire de souligner que :

« l'observation de la pratique montre :

(i) Que l'obligation de compenser reste très généralement reconvenue ; et

(ii) Que l'étendue et les modalités de cette obligation continuent de relever d'un examen de leur conformité avec les exigences du droit international (§ 40).

13. — La deuxième partie de la consultation fut consacrée à la « mutabilité du contrat de concession » en commençant par préciser la « nature » du contrat en question.

Pour le professeur Virally, il s'agit d'un accord dont l'objet est :
« d'instituer un mode particulier d'exploitation des ressources naturelles. Il a été conclu par le Koweït dans l'exercice de sa souveraineté permanente sur ses ressources naturelles » (§ 52).

Donc, selon le professeur Virally, le point de départ dans la qualification du contrat est l'appartenance de la concession pétrolière au droit public.

14. — Toutefois, pour marquer l'originalité de ces concessions pétrolières par rapport aux autres contrats de droit public, le professeur Virally poursuivit l'analyse en précisant la nécessité de tenir compte de la particularité qui caractérise ce type de contrats. Il s'agit essentiellement de la dualité dans les intérêts financiers en présence. D'un côté, la concession pétrolière est un moyen qui assure à l'Etat de tirer les revenus destinés à « financer une politique de développement poursuivie dans l'intérêt du peuple tout entier ».

De l'autre côté, la concession doit permettre à l'entreprise concessionnaire de retirer des profits dont une part doit permettre à celle-ci « de rentabiliser ses investissements, tout en faisant face aux besoins d'investissements nouveaux nécessaires au développement de l'exploitation et à ses autres obligations financières ».

Par conséquent, l'un des traits caractéristiques des concessions de ressources naturelles est la présence d'un mécanisme financier qui réalise un « partage équilibré » des bénéfices de l'exploitation (§ 35).

15. — Pourtant, d'après le professeur Virally, il faut noter que le mécanisme « mis en place au moment de l'établissement de la concession ne doit pas nécessairement rester immuable ».

Il indiqua à ce propos :

« De fait, il est incontestable que l'ensemble des concessions pétrolières existantes ont connu sur ce plan une évolution très marquée, sous la pression du changement des circonstances environnant l'exploitation du pétrole, notamment, l'accession à la pleine indépendance de tous les Etats producteurs de pétrole, les changements intervenus dans les conditions d'exploitation technique, l'évolution du marché du gaz et des produits pétroliers, et en particulier des prix de ces produits, l'évolution des prix des produits industriels, les variations monétaires. Tous ces changements ont profondément modifié les conditions économiques et financières de l'exploitation et se sont, tout naturellement, reflétés dans l'évolution du droit, évolution qui s'est trouvée elle-même facilitée (...) par la pénétration de l'idée de développement dans le droit international » (§ 56).

16. — La généralité de l'évolution en question permet au professeur Virally de constater que :

« Les solutions imaginées par certains Etats ou par certaines compagnies ont été rapidement connues et imitées. Ces convergences ont conduit à parler d'un « droit commun » des concessions pétrolières. »

Cependant, le professeur Virally fit observer à cet égard que le terme droit commun reflète une simple « approximation » étant donné qu'en effet :

« dans ce mouvement d'ensemble, chaque contrat conserve sa particularité et continue à gouverner par ses clauses propres les relations juridiques entre ses parties, sans être remplacé ou modifié, par ce pseudo-droit commun qui le dominerait » (§ 57).

17. — Pratiquement, la généralisation de l'évolution se produisait par la voie indirecte de l'insertion dans presque toutes les concessions pétrolières modernes des clauses prévoyant un mécanisme de renégociation dont le déclenchement fut lié à l'avènement des circonstances qui aboutissent ailleurs dans la région à des nouveaux arrangements financiers convenus par d'autres concessionnaires.

Le professeur Virally entreprit l'analyse juridique du mécanisme en question en abordant la signification de l'article 9 dont l'introduction en 1961 avait placé la concession de 1948 en ligne avec les autres contrats plus récents.

18. — Après avoir éliminé les concepts jugés non appropriés relatifs à l'analyse de l'article en question (§ 69-82), le professeur Virally déclara qu'il s'agit tout simplement d'une « clause d'adaptation du contrat » ayant pour but l'engagement d'un processus de consultation en vue d'aboutir à un accord modificatif. Ainsi, il précisa :

« la seule obligation qui en résulte pour Aminoil est d'engager des consultations avec le Gouvernement, lorsque se réalise la situation envisagée par l'article 9, afin d'examiner si une modification de l'accord serait équitable. Il en résulte implicitement, s'il apparaît qu'il est en effet équitable de modifier l'accord, une obligation de négocier les modifications qui s'imposeraient afin d'adapter les relations contractuelles entre les deux parties aux exigences de l'équité (§ 83).

19. — Une référence particulièrement intéressante à l'Arrêt de la C.I.J. dans les affaires du *Plateau Continental de la Mer du Nord* fut ajoutée ensuite, en précisant que l'obligation de négocier signifiait que :

« les parties sont tenues d'engager une négociation en vue de réaliser un accord et non simplement de procéder à une négociation formelle (...); les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification » (*Recueil*, 1969, p. 47).

Le professeur Virally expliqua en marge de cette citation que :

« Ces principes, formulés au sujet d'une négociation entre Etats, peuvent être facilement transposés à une négociation entre une entreprise et un Etat. Ils valent également, *mutatis mutandis*, pour les consultations initiales, destinées à établir si une modification de l'accord serait équitable » (§ 84).

20. — A la fin de la deuxième partie de sa consultation, le professeur Virally aborda un autre aspect d'un grand intérêt d'ordre théorique ; à savoir la valeur juridique des Résolutions de l'OPEP vis-à-vis des sociétés pétrolières opérant dans les Etats membres de cette Organisation.

D'après le professeur Virally, les Résolutions de l'OPEP « ne sont pas directement applicables dans l'ordre interne des Etats membres et ne peuvent donc atteindre les particuliers » (§ 92).

Pour faire face à cette limitation juridique, l'OPEP n'a pu atteindre les compagnies concessionnaires qu'à travers la technique de « négociations multilatérales » qui aboutirent à la conclusion des Accords de Téhéran (1971), de Genève I (1972) et Genève II (1973).

21. — Quant à la « Formule Abu Dhabi », le professeur Virally conclut qu'en se ralliant aux directives de l'OPEP adoptées dans ce domaine à Vienne en décembre 1974, le Gouvernement koweïtien ne s'acquittait pas d'une obligation juridique. Par conséquent, il est certain que :

« la décision n'était pas immédiatement obligatoire en droit koweïtien. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle dut faire l'objet de négociations avec les compagnies intéressées, en vue de modifier les termes des contrats les liant à l'Etat » (§ 98).

22. — Dans la troisième et dernière partie de sa consultation (§ 100-128), le professeur Virally discuta « la validité du décret-loi du 19 septembre 1977 » mettant fin à la concession accordée en 1948 à Aminoil et transférant à l'Etat tous les biens et intérêts de la compagnie en relation avec la concession.

23. — Avec une finesse d'esprit remarquable, le professeur Virally aborda l'interprétation de ce texte législatif en commençant par souligner la subtile distinction entre trois possibilités :

— « ou bien l'Etat a agi dans l'exercice du droit qui lui appartient en tant que partie étatique au contrat de concession d'y mettre fin unilatéralement, les biens de l'entreprise lui faisant alors retour comme il a été prévu à l'article 11 du contrat de 1948 » ;

— « ou bien l'Etat a agi dans l'exercice de son droit de nationaliser une entreprise exploitant une ressource naturelle sur son territoire, cette nationalisation entraînant, *ipso facto*, la terminaison de la concession » ;

— « on pourrait encore admettre que l'Etat a exercé simultanément ces deux droits dans un seul acte, bien que cela soulève certaines difficultés en raison de l'hétérogénéité des deux opérations qui en résultent » (§ 101).

24. — En soulignant « l'hésitation sur la nature juridique de l'opération » qui avait marqué le langage utilisé par le Gouvernement koweïtien dans l'élaboration de ses arguments, soit dans le Mémoire, ou dans le Contre-Mémoire, et partagé par certains consultants auxquels le Gouvernement s'est adressé pour obtenir des *legal opinions*, le professeur Virally attira l'attention sur les dangers de maintenir

une telle attitude ambivalente qui risque de causer un dégât certain pour le déroulement harmonieux de l'arbitrage. D'après l'avertissement lancé par le professeur Virally à cet égard :

« Il semble difficile de rester dans cette incertitude. La nécessité de trancher ne vient pas seulement de ce que les bases juridiques et les conditions de validité de l'opération sont très différentes suivant qu'on opte pour une opération ou pour une autre, mais aussi de ce que les conséquences de chacune d'entre elles, au point de vue de la nature et de l'étendue du droit à indemnisation ou à compensation pour la compagnie, diffèrent considérablement suivant qu'on se trouve dans le cadre de l'une ou de l'autre hypothèse » (§ 104).

25. — Dans le contexte de la première possibilité d'une « résiliation » ou « résolution » de l'accord de concession, le professeur Virally ne trouva aucune base juridique pour soutenir un prétendu « manquement fondamental à ses obligations contractuelles » qu'on ait pu valablement reprocher à Aminoil comme raison justifiant la mesure prise en septembre 1988 (§ 107-109).

A cette date, la seule considération invoquée pour manifester le mécontentement du Gouvernement à l'encontre d'Aminoil fut la prolongation des négociations concernant l'application de la « Formule d'Abu Dhabi », maintenant un *statu quo* jugé défavorable par les autorités koweïtiennes. Il s'agit, visiblement, d'un reproche qui ne justifierait point la résiliation de la concession (§ 110).

26. — Dans les perspectives de la deuxième hypothèse d'une « nationalisation », la légalité du décret-loi se posa dans un contexte juridique tout différent. En interprétant l'opération entreprise en septembre 1977 comme un acte de nationalisation, le professeur Virally commença son traitement par indiquer :

« La nationalisation est habituellement définie comme le transfert à l'Etat d'une activité économique (...).

Si l'activité en cause était exercée par une entreprise privée en vertu d'un contrat de concession, la nationalisation a automatiquement pour effet de mettre fin à ce contrat et à tous les droits qui en découlent » (§ 112).

27. — La première question qui se posa alors était de savoir « si les engagements contractuels assumés par l'Etat dans le cadre d'une concession font ou non obstacle à la nationalisation ».

Le professeur Virally donna une réponse claire et nette à cette question en précisant que :

« Le droit de nationaliser (...), est un aspect du droit souverain de l'Etat de déterminer sur son territoire les modes d'exploitation de ses ressources naturelles les plus favorables au développement. Il a pour raison d'être d'assurer la prédominance de l'intérêt public — en l'espèce, l'intérêt du développement — sur les intérêts privés quelle que soit leur forme (et quelle que soit leur nationalité).

On peut en conclure que le droit de nationaliser ne disparaît pas en raison de l'existence de droits contractuels, même si ces droits trouvent leur origine dans un contrat conclu avec l'Etat. Ce

dernier conserve le droit de modifier sa politique de développement et, par conséquent, de mettre fin à une concession s'il estime qu'elle ne constitue plus le meilleur mode d'exploitation de ses ressources naturelles ou, *a fortiori* s'il considère qu'elle est devenue un obstacle au développement du pays.

Toutefois, dans ce cas, les droits contractuels touchés par la nationalisation — et dont la valeur économique dépend des termes de la concession — doivent être pris en considération dans le calcul de la compensation à verser. Ils font partie intégrante du préjudice subi par le concessionnaire » (§ 113).

28. — Toutefois, en tenant compte des incertitudes précitées concernant la véritable nature de l'opération entreprise en septembre 1977 par le Gouvernement koweïtien à l'encontre d'Aminoil, le professeur Virally trouva opportun d'envisager l'hypothèse selon laquelle il serait établi que l'opération était destinée à régler les difficultés survenues dans les rapports contractuels entre les deux parties ; c'est-à-dire utilisée comme « moyen de se débarrasser des limites dans lesquelles était conventionnellement enfermée la renégociation des termes de la concession par l'article 9 de l'accord de 1961 » (§ 115).

Dans cette hypothèse, le professeur Virally n'hésita pas à évoquer le concept de « nationalisation-sanction » destinée alors à punir Aminoil de sa résistance à accepter les modifications désirées par le Gouvernement en application de la « Formule d'Abu Dhabi ». Une pareille situation :

« ferait apparaître les éléments constitutifs d'un détournement de pouvoir ou d'un détournement de procédure, pour utiliser des termes empruntés au droit administratif » (§ 116).

29. — Avec son objectivité exemplaire, le professeur Virally ne s'arrêta pas là, mais il poursuivit en ajoutant :

« On se trouverait dans une situation entièrement différente si la nationalisation était intervenue au motif que la concession, telle qu'elle résulte des termes du contrat de 1948 (*Principal Agreement*) amendés par les accords ultérieurs, était devenue un obstacle au développement du Koweït, faute d'avoir été modifiée comme le souhaitait le Gouvernement, par suite de l'échec des négociations menées de bonne foi par les deux parties.

Aucune des deux parties n'ayant commis de faute contractuelle, le contrat resterait pleinement valable entre elles, mais, pour les raisons indiquées précédemment (par. 113), ne ferait pas obstacle à une nationalisation décidée dans l'intérêt du développement du pays » (§ 117).

30. — L'ultime problème que le professeur Virally garda pour les derniers paragraphes de sa Consultation concerne la fameuse problématique : « Nationalisation et clause de stabilisation ».

La solution est relativement aisée quand l'Etat assume en vertu d'un traité une obligation internationale de ne pas nationaliser (*umbrella agreement*) : « Un tel traité est évidemment obligatoire pour les parties » (§ 121).

Par contre, la difficulté réelle est rencontrée quand la « clause de stabilisation » figure dans le contrat de concession conclu entre l'Etat et la Compagnie étrangère.

31. — A propos de cette catégorie placée hors du plan inter-étatique d'une « clause de stabilisation », telle que l'article 17 de la concession accordée à Aminoil en 1948, la question est alors de savoir si pareille disposition contractuelle interdit toute mesure de nationalisation prise dans l'intérêt public.

Le professeur Virally y donna la réponse suivante :

« Une telle conclusion serait excessive, car, ainsi entendue, la clause constituerait véritablement une aliénation de souveraineté, à laquelle l'Etat peut consentir dans ses relations avec un autre Etat, par voie de traité, mais qui ne se conçoit guère par voie contractuelle, dans les relations avec un simple particulier. L'Etat ne peut, par un simple contrat, renoncer aux responsabilités qui sont les siennes et qui impliquent le droit de changer de politique si les circonstances — c'est-à-dire les exigences de l'intérêt public — l'imposent.

Cette conclusion devient encore plus insoutenable si on prend en compte, parmi les exigences de l'intérêt public, celles du développement du pays » (§ 127).

32. — En se prononçant ainsi avec beaucoup de force et de conviction en faveur de l'opinion selon laquelle aucune clause de stabilisation « n'est de nature à faire obstacle à l'exercice du droit de nationalisation, lorsque celui-ci est exercé régulièrement », le professeur Virally cherche en même temps à établir l'équilibre juridique rompu auparavant par des débats théoriques stériles entre les extrémistes de deux camps opposés (« classicisme occidental » et Tiers-Mondisme). Pour Michel Virally, malgré l'incapacité d'interdire à l'Etat d'exercer son droit à nationaliser quand il est estimé nécessaire, la « clause de stabilisation » assume quand même un rôle d'une efficacité certaine en faisant produire des effets juridiques assez significatifs. Il exprima sa pensée sur ce point capital dans les termes suivants :

« Il n'en résulte pas qu'elle [la « clause de stabilisation »] soit dépourvue de tout effet dans ce cas. Elle garantit contractuellement, en effet, le droit de la compagnie concessionnaire de bénéficiaire de la concession jusqu'à l'expiration de la durée prévue au contrat. L'existence de cette garantie valable constitue une des *circonstances pertinentes* (...) qui sont à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité due à cette compagnie » (§ 128).

33. — Enfin, la dernière page de la Consultation datée du 26 mars 1981 et signée par Michel Virally fut consacrée à énoncer les quatre conclusions suivantes :

« (a) La licéité du décret-loi (du 19 septembre 1977) au regard du droit international et dans la perspective de N.O.E.I. ne peut être contestée s'il constitue un véritable acte de nationalisation, intervenu dans le seul intérêt du développement du Koweït, en dépit

de l'existence de la concession et d'une clause de stabilisation dans l'accord qui l'a établie.

(b) Le décret-loi constitue, au contraire, un acte de nationalisation illicite si son seul objet a été de permettre au Gouvernement de se libérer des clauses contractuelles relatives à la modification des clauses financières de la concession par renégociation.

(c) La régularité du décret-loi, de ce point de vue, reste à établir à la lumière des circonstances dans lesquelles il a été adopté. L'examen de l'acte lui-même et des commentaires officiels qui l'accompagnent ne permet pas de conclure avec certitude qu'il avait un autre objet que de mettre fin à la concession sans respecter la clause de stabilisation et les conditions contractuelles relatives à la renégociation.

(d) L'existence de la concession et de la clause de stabilisation constitue, en l'absence de fautes contractuelles du concessionnaire, des circonstances pertinentes à prendre en considération dans le calcul de la compensation, dans le cas où la nationalisation y a mis fin de façon régulière. »

II. — L'INFLUENCE EXERCÉE PAR LA CONSULTATION VIRALLY SUR LE SORT DE L'ARBITRAGE KOWEIT/AMINOIL

34. — La lecture de la Consultation Virally démontre clairement que l'auteur n'avait en tête en entreprenant ce travail qu'un seul souci, celui de cerner les points décisifs pour trancher le litige. Il y a apporté une contribution appréciable dont la justice internationale fut la vraie bénéficiaire. Certes, le Tribunal aussi bien que les deux parties ont eux-mêmes tiré profit de sa finesse dans l'analyse juridique et de l'objectivité de ses conclusions, mais nous sommes convaincu que l'œuvre accomplie par Michel Virally n'était destinée essentiellement qu'à la promotion de la règle de droit dans les relations économiques transnationales.

A. — *L'usage de la consultation par Aminoil.*

35. — La Consultation du professeur Virally fut soumise au Tribunal Arbitral comme annexe à la Réplique d'Aminoil. En même temps, les avocats représentant la compagnie américaine avaient invoqué à onze reprises certains passages de la consultation pour appuyer les écrits contenant les arguments développés en faveur d'Aminoil.

36. — La première partie de la consultation fut invoquée une seule fois (§ 102-103, p. 43) pour appuyer la proposition selon laquelle les résolutions des Nations Unies :

"cannot be said to have modified preexisting law in the face of dissent by nations representing most of the world's industrial capacity, most of the world's technological capabilities, and a large fraction of the world's population".

37. — La deuxième partie de la consultation fut invoquée, par contre, à cinq reprises pour appuyer plusieurs propositions qui sont :

(i). — Aux paragraphes 21 et 24 (p. 8-9), on s'est référé à Michel Virally pour critiquer, soit « *the erroneous character* » de la suggestion selon laquelle la Concession de 1948 revêtait « *the classical colonial mode* », soit le caractère dit « *of a great complexity and remarkably uncertain* » attribué à la position du Gouvernement koweïtien.

(ii). — Aux paragraphes 110-114 (p. 48-50), de multiples références à la consultation ont eu lieu à propos de l'OPEP, son « *legal standing* », l'absence de valeur juridique de ses « *résolutions* », et aussi pour soutenir la proposition selon laquelle :

"Even if the cumulative effect of OPEC actions were to be regarded as creating a kind of common law for petroleum concessions, this could not be held to overcome the specific provisions of express contracts".

(iii). — Au paragraphe 139 (p. 62), la consultation servit comme base pour l'argument concernant le fait d'avoir promulgué le décret-loi 124 de 1977 pour déclarer la concession de 1948 terminée, et l'interprétation du recours à ce procédé législatif comme « *necessarily implying its acceptance as valid up to that time* », étant donné qu'on ne termine que ce qui existe jusqu'alors.

(iv). — Aux paragraphes 144-145, (p. 64-65), Aminoil reprit à la lumière de l'analyse contenue dans la consultation l'interprétation du mécanisme établi par l'article 9 du *Supplemental Agreement* conclu en 1961 pour démontrer que :

"in no way could it be construed as a true most favored nation clause, operating automatically to accord benefits to the Government equal to those received by the other governments elsewhere".

(v). — Au paragraphe 455 (p. 201), la consultation fut invoquée à l'appui de l'argument selon lequel :

"the Government did not even possess the right unilaterally to modify the financial clauses of a concession which are its ratio contractus".

38. — Quant à la troisième et dernière partie de la consultation, elle aboutit aussi à plusieurs citations reproduites dans le texte de la Réplique d'Aminoil. Ces citations sont englobées en cinq regroupements, qui sont :

(i). — Au paragraphe 93 (p. 38), le professeur Virally fut invoqué à propos de la « *clause de stabilisation* » en tant que :

"relevant circumstance guaranteeing the company compensation to the benefit it would have received over the full term of the concession (i.e. lucrum cessans)".

(ii). — Au paragraphe 152 (p. 68), la référence a pour but de soutenir la proposition selon laquelle :

"Article 9 has no connection with, and no effect upon, the prohibition against unilateral annulment set forth in the first sentence of Article 17".

(iii). — Au paragraphe 442 (p. 195), Aminoil invoqua certaines observations formulées par le professeur Virally pour dénoncer les « *uncertainties* » causées par la suggestion koweïtienne :

"that the Decree Law should be regarded either as an act of nationalization or as a termination justified by Aminoil's alleged breaches".

(iv). — Aux paragraphes 475-476 (p. 209-210), la reproduction de certains passages de la consultation servit à appuyer l'argument selon lequel le décret-loi n° 124 :

"was not a policy decision at all, but a device to increase the financial yield to the Government".

(v). — Au paragraphe 483 (p. 214), Aminoil fit référence à l'opinion du professeur Virally concernant l'ampleur de la compensation due à la suite d'une nationalisation entreprise malgré l'existence d'une « *clause de stabilisation* », considérant qu'en vertu de cette opinion :

"the price of non-compliance with an express undertaking should be to make whole in every respect the party who has relied on it to his detriment".

39. — De l'exposé précédent, il ressort clairement l'existence d'une différence fondamentale dans l'usage de la consultation Virally entre deux catégories :

(i) pour les matières traitées au cours des deux premières parties de la consultation, relatives essentiellement à des points nouveaux soulevés *in extremis* par le Contre-Mémoire du Gouvernement koweïtien, ou la pensée du professeur Virally fut fidèlement reflétée dans les écrits d'Aminoil ;

(ii) par contre, en ce qui concerne les matières étudiées dans la troisième partie de la consultation Virally touchant à la légalité ou l'illégalité du décret-loi n° 124, où le souci de maintenir les positions déjà défendues dans les écrits précédents d'Aminoil influença l'usage de la consultation.

Pour cette dernière catégorie, on procéda à l'invocation de la consultation tout en prenant une certaine liberté avec la pensée du professeur Virally.

40. — Ce dernier phénomène est dû à une incompatibilité profonde dans la vision globale des problèmes entre le professeur Virally et les avocats d'Aminoil. La divergence qui en découle se matérialise dans la question de savoir, le décret-loi étant interprété comme opérant une nationalisation au sens propre du terme, si cette mesure serait un acte licite sur le plan du droit international positif

ou un acte illicite, à cause d'une prétendue violation de la « clause de stabilisation ».

Contrairement à la réponse claire et nette donnée à cette question par Michel Virally au paragraphe 127 de sa consultation en faveur de la licéité, Aminoil avait soutenu dès les débuts de l'Arbitrage la thèse de l'illicéité, et cette position en flagrante contradiction avec celle de Michel Virally fut maintenue dans la Réplique. En invoquant « *the general principles of law* », Aminoil précisa au paragraphe 456 (p. 202) de sa Réplique que :

"Although Aminoil does not view Decree Law no. 124 as an act of nationalization, nevertheless those general principles of law do apply to any taking which violates without cause the specific terms of a valid agreement. In this case, the "nationalization" was in direct contravention of a stabilization clause".

41. — Par conséquent, il fut normal pour Aminoil de réclamer des indemnités couvrant la totalité du *lucrum cessans* en conformité avec les règles de la responsabilité internationale à cause d'un acte illicite.

En revanche, le professeur Virally évita tout au long de sa consultation l'utilisation du terme *lucrum cessans* pour la raison évidente qu'il considéra la « nationalisation » comme un acte licite malgré l'existence de la « clause de stabilisation ».

Dans cette perspective, le professeur Virally envisagea, à propos de la compensation le recours à un autre concept qui se rattache aux « circonstances pertinentes », en tenant compte de « la valeur économique des droits contractuels du concessionnaire » (§ 120 de sa consultation).

42. — Visiblement, le concept de « la valeur économique des droits » dont le concessionnaire était le titulaire au moment de la nationalisation n'est pas nécessairement l'équivalent du *lucrum cessans* calculé selon les analystes financiers américains sur la base de la méthode « *Discounted Cash Flow* » (DCF) jusqu'à la fin de la Concession.

Mais, il fallait attendre la Sentence du Tribunal Arbitral pour saisir l'ampleur de la différence entre les conséquences de deux concepts, et l'œuvre commencée dans ce domaine par le professeur Paul Reuter dans la Sentence *Aminoil* fut continuée six ans plus tard par Michel Virally lui-même agissant alors dans une autre capacité, celle d'un Juge-Président d'une Chambre de l'*Iran-U.S.A. Claims Tribunal*.

B. — *L'influence de la consultation sur l'attitude du Gouvernement koweïtien durant la phase orale de la procédure.*

43. — Il est incontestable qu'un changement important a eu lieu dans la stratégie du Gouvernement koweïtien à une certaine date entre la fin de la phase écrite de la procédure arbitrale et le début de la phase orale, c'est-à-dire après l'échange des Répliques entre les deux Parties.

Le Tribunal Arbitral a constaté ce fait dans sa Sentence du 24 mars 1982 en précisant :

"At the start of the written proceedings, the Government of Kuwait seemed to attach much importance to two aspects of the Company's behaviour that might be regarded as inconsistent with its contractual undertakings (...). These two alleged shortcomings were said to be at the root of the Decree-Law. Later, and in particular during the oral proceedings, this attitude was modified, and the Government put forward arguments directed to establishing the validity of the Decree Law without calling in the question of the companys' conduct" (2).

44. — Pour comprendre les causes derrière le changement en question et dans quelle mesure la consultation Virally y contribuait, il faut tenir compte des facteurs suivants :

(a) Dans une société comme celle de Koweït ou les idées socialistes sont généralement considérées comme subversives, le terme « nationalisation » est à éviter à cause de sa connotation idéologique. C'est pourquoi on a préféré le mot anglais plus neutre de *take-over* pour appeler l'ensemble des mesures qui aboutirent en 1972-75 à l'appropriation à 100 % par l'Etat de l'importante Société anglo-américaine KOC qui assurait 92 % de la production totale du pays.

(b) Quand le pouvoir politique décida en 1977 de faire subir le même sort à Aminoil (avec ses 3 % de la production pétrolière koweïtienne) mais par voie législative au lieu d'acquisition négociée, le même terme de *take-over* fut utilisé en écartant dans les communiqués officiels le mot tabou de « nationalisation » qui fait peur.

(c) Dans la majorité des pays arabes, les départements juridiques de l'Etat agissent d'habitude avec beaucoup de prudence, surtout quand il faut ménager les sensibilités politiques. A propos d'une affaire importante comme celle de l'arbitrage *Koweït/Aminoil*, la prudence exigeait l'accumulation, au début, de tous les arguments juridiques possibles en laissant à plus tard le soin de tester dans quelle mesure tel ou tel argument est compatible avec les autres pour former un ensemble harmonieux. En outre, une certaine priorité devait être accordée aux arguments qui font éloigner le recours au concept de « nationalisation » pour les raisons politiques mentionnées plus haut.

(d) D'autre part, la tâche de représenter le Gouvernement dans une pareille affaire — ou Aminoil réclamait plus de 3 milliards de dollars — nécessitait la formation d'une équipe élargie en ayant recours à plusieurs avocats et consultants étrangers. Il est normal que, au sein d'une telle équipe qui englobe des personnes provenant de divers environnements juridiques, les opinions ne soient pas les mêmes, et par conséquent, que les écrits reflètent les unes et les autres.

(2) Paragraph 81, *I.L.M.*, vol. XXI, sept. 1982, pages 1017-1018.

45. — L'ensemble de facteurs énumérés ci-dessus donne une image réaliste de la façon dont la phase écrite d'un arbitrage transnational se déroule, ce qui explique la possibilité de détecter certaines failles dans la présentation générale ou contradictions potentielles entre un argument et un autre.

46. — A propos de l'Arbitrage en question, Michel Virally joua précisément ce rôle de détecteur ou catalyseur qui mit en évidence, non seulement les faiblesses de la thèse selon laquelle le décret-loi n'était qu'une résiliation ou résolution portant remède aux fautes contractuelles commises par Aminoil, mais surtout l'influence néfaste d'une telle présentation fautive sur l'autre thèse, plus conforme à la réalité, d'une « nationalisation » au sens propre du terme, nonobstant l'aversion éprouvée à l'égard de ce mot.

47. — Donc, rien ne fut plus normal pour le Gouvernement koweïtien, après la lecture de la consultation Virally, que d'ajuster le tir durant la phase orale en confiant la tâche de plaider « la légalité du décret-loi n° 124 de 1977 » à celui au sein de l'équipe gouvernementale qui tenait toujours un langage proche, sinon identique, à celui de Michel Virally, en dénonçant les dangers de la thèse contractuelle.

C'est ainsi, que d'une façon indirecte la consultation Virally influença du côté koweïtien le cours du processus arbitral, et il ne serait pas exagéré d'affirmer que le Gouvernement en profita d'une façon évidente.

C. — *La contribution de la consultation à l'élaboration de la Sentence arbitrale.*

48. — Le Tribunal Arbitral présidé par le professeur Paul Reuter (avec le professeur Hamed Sultan et Sir Gerald Fitzmaurice comme co-arbitres) semble avoir établi une règle générale selon laquelle le Tribunal s'est interdit de faire la moindre référence dans sa Sentence aux vingt et une *legal opinions* soumises par les deux Parties pour appuyer leurs arguments respectifs.

49. — Face à ce silence imposé délibérément par les trois « sages » — qui certes n'avaient besoin d'être « guidés » par personne — le seul moyen laissé pour apprécier l'apport de la consultation en question serait l'analyse du texte de la Sentence pour apprécier dans quelle mesure il y a eu convergence de points de vue sur les mêmes points traités de part et d'autre.

50. — Les conclusions élaborées en fonction de l'analyse entreprise au cours de la première partie de la consultation Virally concernant le « Nouvel Ordre Economique International » (§ 241) trouvent un écho favorable dans la Sentence qui dit :

"Even if Assembly Resolution 1803 (XVII) adopted in 1962, is to be regarded, by reason of the circumstances of its adoption, as reflecting the then state of international law, such is not the case with subsequent resolutions which have not had the same degree of authority."

"Even if some of their provisions can be regarded as codifying rules that reflect international practice it would not be possible from this to deduce the existence of a rule of international law prohibiting a State from undertaking not to proceed to a nationalization during a limited period of time" (§ 90, (2), p. 1020-1021).

51. — Quant aux idées défendues tout au long de la deuxième partie de la consultation concernant le caractère évolutif de la concession pétrolière dans ses rapports avec l'article 9 du *Supplemental Agreement* de 1961 (§ 42-99), la pensée de Michel Virally dans ce domaine semble en parfaite harmonie avec les conclusions adoptées par la Sentence.

52. — Sur le plan de l'évolution en général, on trouve dans la Sentence la confirmation suivante :

"The contract of Concession has undergone great changes since 1948 (...). These changes have not been the consequence of accidental or special factors, but rather of a profound and general transformation in the terms of oil concessions that occurred in the Middle-East, and later throughout the world (...). These changes must not simply be viewed piece-meal, but on the basis of their total effect, and they brought about a metamorphosis in the whole character of the Concession" (§ 97, p. 1023).

53. — En ce qui concerne la nature du mécanisme établi par l'article 9, la Sentence commença par adopter la même ligne de raisonnement que celle suivie par le professeur Virally conformément à la règle déjà énoncée par la C.I.J. et citée dans la consultation.

C'est ainsi que le Tribunal Arbitral précisa que l'article 9 aboutit à la création d'une « obligation to negotiate », et qu'une telle obligation « is not an obligation to agree » (§ 24, p. 1004).

54. — Toutefois, l'apport du Tribunal Arbitral dépasse de loin cette confirmation d'une règle classique. L'une des contributions les plus précieuses de la Sentence Aminoil est, en effet, la poursuite d'une construction juridique compréhensive du mécanisme prévu par l'article 9, en y ajoutant une étape non explorée dans le passé et absente dans l'analyse du Professeur Virally.

Le processus envisagé à ce propos se résume dans les passages suivants de la Sentence :

(i) Pour accorder à l'obligation de négocier un contenu concret, le Tribunal précisa :

"yet the obligation to negotiate is not devoid of content, and when it exists within a well defined juridical framework it can well involve fairly precise requirements" (§ 24, p. 1004).

(ii) L'effort consacré à la renégociation doit être guidé par le fait que :

"the system established by Article 9 rests on the implied concept of progressive process of justice revealing itself in the course of a sufficiently general historical evolution to be recognized for what it is by the Parties" (§ 20, p. 1003).

(iii) La recherche d'une formule de réajustement de l'équilibre financier trouve sa raison d'être dans la nécessité de suivre le courant de l'évolution généralisée, étant donné que :

"Article 9 (...) institutes an appeal from an original equilibrium to a more mature one, when the latter has become generalized throughout an extensive circle of contractual relationships" (§ 22, p. 1003).

(iv) Une fois que l'existence d'une telle évolution est constatée et reconnue par les Parties, il ne reste alors qu'à se mettre d'accord sur les chiffres qui reflètent la « solution équitable », ou selon le Tribunal :

"A first estimate has to be made by the two Parties as to whether such a development has indeed occurred. Assuming that it has, the company does not thereby recognize only its obligation to negotiate, but also the existence in principle of an obligation of which only the numerical computation remains unsettled prior to the negotiation" (§ 19, p. 1002).

56. — C'est précisément en suivant l'enchaînement d'ordre logique décrit ci-dessus que le Tribunal Arbitral se trouva en mesure de quantifier en termes monétaires la « solution équitable » (*equitable solution*) envisagée par l'article 9.

D'après le Tribunal, il s'agit du « *reasonable rate of return* » qui découle de la position constamment défendue par Aminoil dans ses négociations avec le Gouvernement en reflétant les « *legitimate expectations at this time* » (§ 79, (3), p. 1017).

Pour les besoins de la solution du problème qui surgit entre Aminoil et le Gouvernement koweïtien en 1975-77, le Tribunal fixa la somme de 10 millions de dollars comme le « *reasonable rate of return* » pour l'année 1975, et cette somme devait être majorée ensuite annuellement de 10 % pour tenir compte de l'inflation qui sévissait alors (§ 176, (2), p. 1041).

57. — Cette solution jugée « équitable » démontre l'efficacité du mécanisme basé sur l'obligation de renégocier telle qu'elle fut interprétée par le Tribunal Arbitral.

Mais, pour apprécier pleinement l'importance de l'œuvre créatrice entreprise par le Tribunal en reconstituant les « attentes légitimes » de chacune de deux Parties durant leurs négociations, il est indispensable de noter dès maintenant que cet exercice pourrait servir également à d'autres fins, surtout en ce qui concerne la fixation éventuelle de la valeur de la « concession » en tant que titre conférant des droits contractuels au concessionnaire. C'est pour marquer une pareille extension de l'usage du concept en question que le Tribunal déclara :

"The question of assessing a reasonable rate of return could have a certain connection with that of the indemnification of the Company, should the possibility of terminating the Concession be simultaneously raised" (§ 70, p. 1014).

58. — Comme nous allons le constater ci-après, la notion de « *legitimate expectations* » basée sur ce qui constitue un « *reasonable rate of return* » par rapport aux investissements entrepris domina le sujet de l'indemnisation due à la suite du « *take-over* » ordonné par le décret-loi n° 124 de 1977.

La légalité de cette mesure et ses conséquences ayant été traitées par le professeur Virally dans la troisième partie de sa consultation (§100-128), ses conclusions seront analysées au cours des paragraphes suivants à la lumière des solutions adoptées par la Sentence Arbitrale.

59. — La première question soulevée par la consultation Virally en ce qui concerne le décret-loi 124 était, faut-il le rappeler, sa propre qualification, soit en tant que « nationalisation » au sens vrai du terme, soit comme « résiliation » à cause d'un manquement d'Aminoil à ses obligations contractuelles.

60. — Sans doute, le schéma soumis par le professeur Virally à ce propos avait rendu moins lourde la tâche du Tribunal Arbitral qui commença par observer :

"The operation brought about by the Decree Law had a double aspect: it constituted at one and the same time the termination of a contract, and also a nationalization. Indeed the two are linked" (§ 81, (4), p. 1018).

61. — Dans un deuxième développement, le Tribunal reprit l'analyse de l'ensemble des circonstances en fonction des éléments qui constituent une « nationalisation » au sens propre du mot. Au terme de cette analyse minutieuse, le Tribunal conclut qu'« *a lawful nationalization of Aminoil's undertaking had occurred* » (§ 104, p. 1024).

62. — Ensuite, le Tribunal Arbitral traita de la question délicate posée par le professeur Virally concernant la possibilité d'un « détournement » caractérisé par l'accusation formulée à l'encontre du Gouvernement d'avoir utilisé le concept et la forme d'une nationalisation dans un autre but, à savoir le recours à la résiliation de la concession par la voie d'une décision unilatérale prise « exclusivement » pour sortir de l'impasse causée par l'échec des négociations concernant l'application de l'article 9.

Le Tribunal commença par énoncer la règle générale suivante :

"It can be conceded that a nationalization whose alleged justification lies solely in the advantages to be derived from putting a term to a contractual dispute, would not be regular" (§ 109, p. 1025).

63. — C'est autour du terme « *solely* » selon le Tribunal, ou « exclusivement » d'après le langage utilisé par le professeur Virally dans sa consultation, que le Tribunal Arbitral apporta sa solution

dans le contexte concret de l'affaire en question. Pour préciser sa pensée, le Tribunal ajouta immédiatement après :

"Nevertheless, in the circumstances of the present litigation, that is not precisely the point. It is incontrovertible that, though without haste, Kuwait had consistently pursued a general programme aimed at placing the State in control over the totality of the petroleum industry, and that a nationalization of Aminoil was in itself lawful (...). The problem is to decide whether this nationalization, in itself legitimate, becomes illegitimate because it additionally enabled an end to be put to a contractual situation which had been the subject of a difficult negotiation that had not reached a result during the preceding months" (§ 109, p. 1025).

64. — La réponse à cette dernière question posée par le Tribunal fut catégorique dans le sens de maintenir la légalité initialement reconnue, à savoir :

"The Tribunal does not think it possible to go so far. The existence of this situation may have been decisive for the choice of the date of the nationalization, but the latter obtained its justification from a general policy duly established and substantiated" (§ 110, p. 1025).

65. — L'autre point traité dans la consultation Virally, et sur lequel le Tribunal Arbitral était appelé à trancher, concerne l'existence d'une « clause de stabilisation » dans la concession accordée en 1948 à Aminoil et les effets d'une telle clause relatifs à la légalité de la nationalisation.

La Sentence adopta des conclusions identiques à celles avancées par le professeur Virally, en refusant les prétentions concernant la nullité de la clause, soit à cause de son caractère « colonial », soit pour une prétendue violation d'une règle impérative de *jus cogens* qui interdit à l'Etat de renoncer au droit de nationaliser qui forme l'un de ses droits inaliénables marquant sa souveraineté permanente sur les ressources naturelles, ou enfin parce qu'il s'agit d'un « contrat administratif » que l'Etat a le pouvoir de terminer en fonction d'une prérogative inhérente (§ 89-91).

66. — Par conséquent, le Tribunal Arbitral se trouvait dans la même position que le professeur Virally, en face d'une « clause de stabilisation » jugée pleinement valable. La question fut alors de déterminer les effets de l'existence d'une telle clause englobée dans l'article 17 de la concession de 1948.

67. — Comme il a été noté auparavant, le professeur Virally se prononça dans sa consultation en faveur d'une règle générale selon laquelle aucune « clause de stabilisation » n'est capable d'affecter la validité de la nationalisation, et le seul effet reconnu dans ce domaine serait sur le plan de l'indemnisation due à l'entreprise nationalisée.

68. — Sur le plan de la légalité de la nationalisation nonobstant l'existence d'une « clause de stabilisation », le Tribunal Arbitral

conclut dans le même sens en considérant la nationalisation en question pleinement valable, tout en évitant de s'appuyer sur une règle d'application générale comme celle évoquée par le professeur Virally.

69. — Les arguments développés par le Tribunal pour justifier sa décision dans les circonstances particulières de l'instance opposant Aminoil au Gouvernement koweïtien sont les suivants :

(i) L'absence d'une citation spécifique du terme « nationalisation » parmi les mesures prohibées, ou selon le Tribunal :

"The case of nationalizations is certainly not expressly provided against by the stabilization clauses of the Concession" (§ 94, p. 1023).

(ii) La nécessité d'une interprétation restrictive dans ce domaine, étant donné qu'une limitation contractuelle au droit d'un Etat lui interdisant de nationaliser :

"would be a particularly serious undertaking which would have to be expressly stipulated for, and within the regulations governing the conclusion of State contracts; and it is to be expected that it should cover only a relatively limited period. In the present case however, the existence of such a stipulation would have to be presumed as being covered by the general language of the stabilization clauses, and over the whole period of an especially long concession since it extended to 60 years" (§ 95, p. 1023).

(iii) D'ailleurs, le Tribunal invoqua le caractère évolutif des concessions pétrolières et la transformation de leur nature pour préciser que :

"The contract of concession thus changed its character and became one of those contracts in regard to which, in most legal systems, the State, while remaining bound to respect the contractual equilibrium, enjoys special advantages" (§ 98, p. 1024).

Une telle évolution se refléta en ce qui concerne l'interprétation de la « clause de stabilisation » par le fait que celles-ci

"no longer possessed their former absolute character (...) in harmony with that regime as it stood in 1977" (§ 100, p. 1024).

70. — En plus, le Tribunal Arbitral toucha à l'autre aspect soulevé par le professeur Virally — concernant l'indemnisation, en incluant dans la Sentence, à propos des « clauses de stabilisation », les passages suivants :

— *"The Tribunal thus arrives at the conclusion that the "take-over" of Aminoil's enterprise was not, in 1977, inconsistent with the contract of concession, provided always that the nationalization did not possess any confiscating character"* (§ 102, p. 1024).

— *"A limitation on the sovereign rights of the State is all the less to be presumed where the concessionnaire is in any event in possession of important guarantees regarding its essential interests in the shape of a legal right to eventual compensation"* (§ 95, p. 1023).

— *"Article 17 and 7 (g) — revised 11 — (...) by impliedly requiring that nationalization shall not have any confiscatory character, they*

re-inforce the necessity for a proper indemnification as a condition of it" (§ 96, p. 1023).

71. — Ainsi, la question se pose de savoir dans quelle mesure le Tribunal Arbitral — en utilisant les expressions « *proper indemnification* », « *eventual compensation* », ou l'absence de « *confiscatory character* » — se rapprocha de la pensée du professeur Virally quand il avait évoqué les « circonstances pertinentes » exigeant que « la valeur économique des droits contractuels du concessionnaire entre en ligne de compte dans le calcul de l'indemnité ».

72. — Pour répondre à cette question capitale, il faut se rappeler qu'Aminoil interprétait dans sa Réplique la consultation Virally comme soutenant sa propre thèse en faveur d'une indemnisation équivalente à la valeur monétaire de la *restitutio in integrum*, y compris surtout le *lucrum cessans* jusqu'à la fin de la concession en 2008.

Dans la phase orale de l'arbitrage, le *quantum* ne fut point plaidé, mais Aminoil dans ses conclusions finales réclamait toujours la somme de 2 587 136 000 dollars (para. XIX, section I de la Sentence, p. 984). Cette somme dépassant les 2,5 milliards de dollars fut calculée sur la base de *Discounted Cash Flow* (DCF) censée projeter les profits anticipés (*lucrum cessans*).

73. — Le Tribunal Arbitral estima à 206 041 000 dollars la valeur de l'entreprise nationalisée au moment du *take-over*, y compris la concession et le titre qu'elle confère en accordant à Aminoil le droit de l'exploitation des ressources pétrolières (§ 178, (3), p. 1042).

Visiblement, cette estimation qui représente moins qu'un dixième du *lucrum cessans* réclamé, ne se justifie qu'en fonction de règles toutes différentes.

74. — Le point de départ pour le Tribunal Arbitral fut la condamnation de l'argument principal avancé par Aminoil selon lequel la mesure de compensation à appliquer devait être l'équivalent monétaire de la *restitutio in integrum*. Le Sentence précisa à ce propos que cette mesure conçue pour des « *indemnifications due in consequence of illicit acts* », n'est point applicable aux « *indemnities due in consequence of acts of expropriation or of legitimate nationalizations* » (§ 138, p. 1031).

Pour cette dernière catégorie, le Tribunal Arbitral établit une mesure toute différente en déclarant :

"The most general formulation of the rules applicable for a lawful nationalization was contained in the United Nations General Assembly Resolution no. 1803 (XVII) of 14 December, 1962, on *Permanent Sovereignty over Natural Resources*" (§ 143, p. 1032).

75. — Etant donné que l'article 4 de cette Résolution prévoit le paiement d'une « indemnisation adéquate » où selon le texte anglais « *appropriate compensation* », le Tribunal Arbitral considéra que :

"The determination of the amount of an award of "appropriate" compensation is better carried out by means of an enquiry into all the circumstances relevant to the particular concrete case" (§ 144, p. 1033).

76. — C'est précisément en faisant recours pour la deuxième fois aux « attentes légitimes » d'Aminoil en 1977 que le Tribunal Arbitral découvrit ce que le professeur Virally avait appelé à la fin de sa consultation « les circonstances pertinentes à prendre en considération ».

Dans les quatre paragraphes les plus déterminants de sa Sentence, le Tribunal arriva à exprimer sa pensée dans les termes suivants :

— "The Tribunal now comes to the basis on which the evaluation of the legitimate expectations of Aminoil must proceed. There exist, as well in the contract of concession as in the attitude of Aminoil, indications concerning this (...)" (§ 158).

— "To start with (...), whereas the contract of concession did not forbid nationalization, the stabilization clauses inserted in it (and equally — by 1977 — not forbidding that) were nevertheless not devoid of all consequences, for they prohibited any measures that would have had a confiscatory character. These clauses created for the concessionaire a legitimate expectation that must be taken into account (...). (§ 159).

— "But above all, account must be taken of the position of Aminoil in its relations with the Government of Kuwait. From the time when its rate of production reached a satisfactory level, Aminoil was in the position of an undertaking whose aim was to obtain a "reasonable rate of return" and not speculative profits which, in practice, it never did realise (...). The persistent desideratum of its representatives was to see the prospect of retaining for it a reasonable rate of return. It was on this note that is opened the negotiations of 1976-77, and in the light of this expectation that appropriate compensation has now to be assessed" (§ 160).

— "Over the years, Aminoil had come to accept the principle of a moderate (...) estimate of profits, and it was this that constituted its legitimate expectations". (§ 161 ; pour les quatre citations, p. 1037).

77. — Les riches indications précitées concernant les éléments qui constituent les « attentes légitimes » d'après la Sentence — ou « les circonstances pertinentes » dans le langage du professeur Virally —, y compris l'existence d'une clause de stabilisation gardant une certaine valeur en 1977, devaient être complétées par une élaboration sur la façon de convertir ces considérations en termes monétaires.

78. — Toutefois, sans expliquer comment les calculs et computations devaient se faire, le Tribunal Arbitral se contenta de quelques références générales aux divers éléments qui constituent la compensation :

— "the reasonable rate of return, assessed on a somewhat more liberal scale" (§ 163, iii) ;

— "separate appraisal of the value, on the one hand of the undertaking itself, as source of profit, and on the other of the totality of the assets, and adding together the results obtained" (§ 165) ;

En plus, le Tribunal Arbitral établit la nécessité d'une prise en considération du fait que :

"the proportions assumed by world inflation must lead to appraisals that are more in line with economic realities" (§ 166);

Le Tribunal Arbitral fit également observer qu'afin de rendre plus équitable l'évaluation des avoirs physiques d'Aminoil il faut tenir compte du « *present replacement cost* » (§ 165).

79. — En reprenant, à la lumière des indications précédentes, le seul chiffre livré par le Tribunal Arbitral dans sa Sentence, à savoir la somme de \$ 206 041 000 représentant « *at the date of 19 September, 1977 (...) the reasonably appraised value of what constituted the object of the take-over* » (§ 178, (3), p. 1042), on pourrait estimer que ce total fut composé de deux éléments :

(i) Le « *present replacement cost* » des avoirs physiques pris par le Gouvernement en 1977, « *taking due account of the depreciation they have undergone by reason of wear and tear and obsolescence* » (§ 165) ; et

(ii) la valeur des droits contractuels qui constituent la portion non matérielle de la totalité organique conférant le titre permettant au « *going-concern* » d'opérer en tant que tel.

Selon un exercice comparable à celle entreprise auparavant à propos de la « formule d'Abu Dhabi », les attentes légitimes du concessionnaire seraient déterminées sur la base de l'« *annual rate of return* » pour l'année 1977, tout en opérant sa majoration proportionnellement durant toute la période projetée pour le contrat de service qui devait remplacer la concession de 1948.

80. — Quoi qu'il en soit, il est certain que le Tribunal Arbitral présidé par le professeur Paul Reuter refusa comme base pour calculer la compensation la méthode DCF (*Discounted Cash Flow*) avancée par Aminoil. En premier lieu, il faut indiquer que la Sentence commença par déclarer non acceptables « *the projections as to the future of the petroleum industry based on the consultations of experts* », en soulignant ensuite que « *the parties adopted a different conception in the course of their relations and negotiations — namely that of the reasonable rate of return* » (§ 154, (b), p. 1035).

81. — Vraisemblablement, en accordant une priorité absolue aux « attentes légitimes » d'Aminoil en 1977, le Tribunal Arbitral avait en arrière-pensée l'absurdité et l'injustice qui résulteraient de l'octroi d'une indemnité calculée sur la base du DCF afin de tenir compte du *lucrum cessans* jusqu'en 2008. Comment peut-on envisager en fonction d'une telle méthode l'octroi de 2,5 milliards de dollars à Aminoil pour ses droits sur une entreprise exploitant 3 % de la production globale du pétrole koweïtien, tandis que les deux anciens propriétaires de KOC (B.P. et Gulf) venaient de céder au Gouvernement la totalité de leurs droits sur un complexe géant produisant 92 %,

moyennant une contre-valeur dont la totalité ne dépassait pas un cinquième au maximum de la somme réclamée par Aminoil ?

82. — D'ailleurs, faut-il noter que la méfiance exprimée par le Tribunal Arbitral à l'égard des projections soumises par les Experts-Consultants d'Aminoil « *as to the future of the petroleum industry* » se trouve aujourd'hui pleinement justifiée après la chute considérable témoignée depuis cinq années dans les prix aussi bien que la quantité de la production. Donc, il aurait été excessif d'accorder une indemnité sur des bases, non seulement de nature spéculative, mais aussi contredite par l'expérience vécue.

83. — Pour conclure, il nous semble que la sagesse manifestée par le Tribunal Arbitral, et les leçons dégagées de sa contribution appréciable au droit de la responsabilité internationale de l'Etat pour ses actes, ont considérablement aidé Michel Virally six ans plus tard, en lui permettant de naviguer habilement — dans sa qualité de Juge-Président — parmi les eaux troublées des affaires pétrolières irano-américaines.

Ainsi, le destin a voulu que le professeur Reuter, avec le concours de ses deux co-arbitres, rende à son éminent collègue un service non sollicité en échange du rôle important que la consultation Virally avait joué auparavant dans le dénouement heureux de l'affaire *Koweit/Aminoil*.