

## DROIT INTERNATIONAL DES CONTRATS ET DROIT DES GENS

(A propos de la sentence rendue le 19 janvier 1977  
en l'affaire *California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company*  
c. *Etat libyen*)

par

Joe VERHOEVEN  
Chargé de Cours à l'Université  
Catholique de Louvain

1. Par « contrat », les sociétés américaines California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company obtinrent en 1955 du gouvernement royal libyen diverses concessions pétrolières que le gouvernement révolutionnaire nationalisa près de vingt ans plus tard (lois n° 66/1973 du 1er septembre 1973 et n° 11/1974 du 11 février 1974). Une procédure d'indemnisation était organisée; elle ne fut, semble-t-il, pas appliquée.

Les sociétés intéressées, jugeant leurs droits violés, sollicitèrent un arbitrage auquel se refusa le gouvernement libyen; conformément aux dispositions du contrat, elles n'en obtinrent pas moins du président de la Cour internationale de Justice la désignation d'un arbitre unique, le professeur René-Jean Dupuy, qui, par une sentence du 19 janvier 1977, ordonna le rétablissement des demanderesses dans leurs droits contractuels méconnus (1). La sentence fut rendue par défaut, ce qui ne facilita guère la tâche de l'arbitre nonobstant les points de vue contenus dans un mémoire libyen adressé au président de la C.I.J. et la prétention, quelque peu naïve, des conseils des demanderesses à assumer eux-mêmes « le rôle de l'avocat du diable » (2).

(1) Le texte de la sentence est publié dans le *Journal du droit international (Clunet)*, 1977, pp. 350 et ss., avec un commentaire de J.F. Lalive, *ibid.*, pp. 319-349. Voy. également le commentaire de F. Rigaux, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1978, pp. 435 et ss., et de G. Cohen-Jonathan in *A.F.D.I.*, 1977, pp. 452 et ss.

Dans le présent article, référence est faite à la numérotation des paragraphes utilisée dans la sentence.

(2) LALIVE, J.F., *op. cit.*, *Clunet*, 1977, p. 330.

La sentence est appelée à un grand retentissement; elle applique en effet un droit international (public) des contrats à une nouvelle catégorie d'accords de droit des gens que constitueraient les contrats dits de développement économique conclus entre Etats et particuliers, érigés en sujets « mineurs » de l'ordre juridique international. Pour l'essentiel, cette « internationalisation » du contrat est appuyée, indépendamment de son objet,

- sur une clause d'arbitrage international et
- sur une clause de droit applicable qui, en sa dernière mouture, disposait :

« la présente concession sera régie par et devra être interprétée conformément aux principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international; et, en l'absence de points communs entre les principes de la loi libyenne et ceux du droit international, elle sera régie par et interprétée conformément aux principes généraux du droit, en ce compris ceux de ces principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales ».

L'audace de la solution suffira à elle seule à expliquer les réticences qu'elle ne manquera sans doute pas de susciter; cela étant, il sied de souligner la richesse et l'étendue, exceptionnelle, de sa motivation.

2. Dans leurs conclusions, les demanderesses sollicitaient du tribunal arbitral de déclarer

- les « contrats de concession » obligatoires pour les parties;
- les mesures de nationalisation adoptées contraires aux obligations résultant des contrats;
- le gouvernement libyen tenu d'exécuter ceux-ci et de leur donner plein effet (*restitutio in integrum*).

L'arbitre fit droit à chacune de ces demandes, au nom du droit des gens déclaré applicable au contrat. Quoiqu'il soit malaisé de les dissocier radicalement l'une de l'autre, il s'indique de les analyser séparément, en précisant quelque peu la nature de la concession.

### § 1. - CONCESSION ET CONTRATS

3. Appelé à apprécier le caractère obligatoire des *contrats* de concession, l'arbitre s'interroge préalablement sur la nature des « *actes juridiques* » par lesquels les sociétés demanderesses ont obtenu des concessions de l'Etat libyen ».

Sans à proprement parler analyser les concessions litigieuses, il conclut à leur nature conventionnelle [« (les concessions)... sont bien des contrats »], en se revendiquant de la doctrine et de la pratique internationale (§§ 19-21).

Il est vrai que la nature conventionnelle des concessions n'est à l'ordinaire pas discutée. Le motif laisse toutefois quelque peu perplexé.

A première vue, cette affirmation du caractère contractuel des concessions tire sa raison d'être de la nécessité de justifier l'application des règles de conflit de lois élaborées pour la catégorie des « contrats ». C'est conforme à la

mécanique interne du droit international privé traditionnel, et à la conceptualisation globalisante qui lui est propre. Dès l'instant où l'arbitre abandonne — comme le révèle la suite de la sentence — le droit international privé, c'est-à-dire des droits nationaux, pour assujettir immédiatement les concessions au droit international public, le motif ne revêt plus la même pertinence, sauf à admettre soit que le droit des gens renvoie à des qualifications contractuelles selon le droit interne, soit utilise les catégorisations du droit international privé pour circonscrire l'applicabilité de ses règles.

Sans se prononcer expressément, l'arbitre paraît adopter cette seconde solution, en la justifiant par des principes généraux de droit auxquels renvoie la règle du droit des gens.

La proposition, toute implicite, suscite quelques hésitations. Dès lors que le droit des gens est applicable, c'est par rapport à lui que devrait être appréciée la qualification de l'acte — « concession » par référence à une règle — présentement inexistante — régissant spécifiquement les concessions ou « convention » par référence à la règle générale régissant les accords de volontés, quitte à s'appuyer par la suite sur des principes généraux pour déterminer le régime juridique des actes ainsi qualifiés.

La précision paraîtra peut-être d'intérêt exclusivement terminologique. Elle devrait toutefois attirer l'attention sur le chevauchement incessant de perspectives de droit international public et privé, qui est une des faiblesses de la sentence. Elle devrait légitimer aussi la réserve que d'aucuns manifesteront sans doute à l'endroit d'une projection, même inconsciente, en droit des gens de catégorisations propres au droit privé, fût-il international. Dès l'instant où le droit des gens est déclaré applicable, l'important est exclusivement, en l'absence d'une règle spécifique aux concessions et quelles que soient les catégorisations propres aux droits internes, de vérifier si la concession litigieuse est pour le droit des gens un acte juridique dont la validité repose en dernière analyse sur un échange de volontés. Nonobstant les qualifications conventionnelles prêtées par les droits internes, avec les correctifs qu'implique toujours la participation de l'Etat à une relation contractuelle, il est difficile à cet égard de ne pas taire certaines réticences devant l'assimilation d'une concession à un acte dont le concours de volontés détermine fondamentalement la validité, particulièrement dans le contexte actuel des accords dits de développement économique.

Que le partenaire privé doive vouloir une concession, et puisse en négocier certaines modalités, ne suffit pas de soi à lui fournir intrinsèquement pour le droit des gens une validité conventionnelle, pas plus que la protection internationale que cette concession réclame le cas échéant, n'implique nécessairement que sa validité repose en droit sur un accord de volontés. A tout le moins, doit-on admettre que pour le droit des gens cette nature intrinsèquement conventionnelle n'est pas évidente et aurait mérité d'autres preuves que celles qui concernent une qualification contractuelle acquise, comme en témoignent les références doctrinales et jurisprudentielles données par l'arbitre, au regard des droits internationaux privés.

En elle-même, la qualification que discute l'arbitre est par ailleurs le signe d'un conceptualisme extrême, dans lequel baigne toute la sentence et auquel il est difficile de souscrire sans réserve. Implicitement, l'arbitre paraît à cet égard emprunter au droit international privé traditionnel non seulement des solutions mais également des mécanismes dont la transposition en droit des gens laisse songeur. Elle laissera d'autant plus perplexe que les correctifs que le droit international privé lui-même apporte ordinairement à la conceptualisation dont il se nourrit (ordre public...) sont évacués, ou du moins entièrement formalisés. La sentence manifeste en ce sens un « idéalisme » absolu, dont la pensée juridique, héritière de philosophies traditionnelles, est sans doute coutumière mais dont le bien-fondé n'est plus évident.

4. Qualifiant les concessions de « contrats », l'arbitre se refuse à y découvrir des contrats administratifs soumis à résiliation unilatérale par le contractant étatique au motif que les critères libyens du contrat administratif ne seraient pas remplis et qu'en toutes hypothèses, le régime, d'origine française, des contrats administratifs ne fait pas partie des principes généraux de droit (§§ 54-57). Dans la sentence, le motif est étranger à la nature, contractuelle sans autres précisions, de la concession et concerne exclusivement le droit applicable à pareil contrat.

La démarche est parfaitement régulière en droit international privé, dès lors que la règle de conflit utilisée par l'interprète renvoie à un droit national et à ses catégorisations, voire à des principes généraux. Elle est assurément plus ambiguë en droit international public, même si, selon la sentence, la règle du droit international public renverrait elle-même au choix des parties ou aux principes généraux de droit (voy. *infra*, nos 5 et ss.).

Quel que soit le droit applicable, c'est-à-dire le régime juridique du contrat en droit des gens, il demeure en effet difficile d'admettre qu'*a priori* et sauf stipulations contraires laissées à la discrétion des parties, le contrat du droit des gens soit implicitement aligné sur le contrat civil des droits internes. L'assimilation peut se défendre s'agissant des traités, puisqu'il s'agit *mutatis mutandis* dans l'un et l'autre cas d'accords conclus entre partenaires juridiquement égaux disposant des intérêts privés qui leur sont propres. Elle ne se justifie guère s'agissant des contrats entre Etats et particuliers étrangers, dont l'objet et les caractères sont fondamentalement différents. Les droits internes ne s'y trompent à l'ordinaire pas car il ne faut pas se leurrer : même si le régime français du contrat administratif ne constitue pas un principe général de droit, la vie juridique partout soumet les concours de volontés de l'administration à un régime sensiblement différent de celui des contrats entre particuliers (3).

La remarque n'entend pas condamner la démarche suivie par l'arbitre. Elle devrait toutefois souligner l'ambiguïté qui demeure d'affirmer l'existence d'un « droit international [public] des contrats » élaboré au départ de l'assimilation implicite de ceux-ci à des contrats « civils », qui est aussi inop-

(3) Comp. DE VISSCHER, P., « Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez », *R.G.D.I.P.*, 1958, p. 438.

portune que l'assimilation du « State contract » à un traité. Avant d'en envisager le régime juridique et même en admettant la qualification contractuelle donnée aux concessions du genre, l'on ne saurait, sauf à s'engager dans des impasses, négliger d'en cerner la « nature » spécifique de manière à construire un droit raisonnablement applicable.

## § 2. - DROIT APPLICABLE ET DROIT INTERNATIONAL DES CONTRATS

5. Au « contrat » de concession est applicable le droit choisi par les parties, conformément au principe de l'autonomie de la volonté.

La précision serait banale si l'arbitre ne déclarait que, dans la présente affaire, « l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat » est le droit international lui-même, tandis que « la loi qui régit le contrat » est le système de droit à double degré mis au point par les parties dans l'article 28 », précité, du contrat de concession (§ 26).

Le motif est révolutionnaire. Il affirme l'existence en droit des gens d'une règle qui régit immédiatement les contrats entre Etats et particuliers étrangers. Le contenu de cette règle n'est cependant guère précisé; hors l'affirmation du caractère obligatoire du contrat, elle paraît véhiculer un renvoi au droit choisi par les parties eu égard au principe « universellement reçu » (§ 25) de l'autonomie de la volonté. La proposition se double de l'octroi au particulier, partie au contrat, d'une qualité de sujet de l'ordre juridique international, fût-elle limitée : « mais à la différence de l'Etat, la personne privée n'a qu'une capacité limitée et sa qualité de sujet de droit international ne lui permet que de faire valoir, dans le champ du droit international, les droits qu'elle tient du contrat » (§ 47).

6. La proposition, qui constitue la partie la plus originale de la sentence, est sans précédent dans la jurisprudence, arbitrale ou judiciaire, internationale; elle rompt catégoriquement avec la perspective classique du droit international privé, qui en dernière analyse fonde toujours sur un droit interne la force obligatoire du contrat et son régime juridique. Nonobstant une motivation extrêmement soignée, elle ne manquera pas de soulever diverses interrogations.

a) *Intérêt de la règle.* - Le droit est une discipline trop pratique pour que la première question qui vienne à l'esprit ne soit pas celle de l'« intérêt » de la « révolution » entreprise.

A première vue, cet intérêt n'est pas évident puisque, qu'il y ait droit international public ou droit international privé, le résultat est le même : l'on sanctionne l'autonomie de la volonté et l'on applique au contrat, en fonction du choix des parties, un droit national ou, sous le couvert de principes généraux, un extrait de droits nationaux.

Il reste toutefois une différence et, comme le révèle la sentence, elle est importante, en ceci que rattachant la force obligatoire du contrat au droit des gens, on affranchit l'autonomie de la volonté des limitations de plus en plus sérieuses qu'y apportent, à tort ou à raison, les droits nationaux en réduisant son champ matériel ou temporel d'application. Autrement dit, l'on récusé par avance tant les nullités du contrat qui résulteraient de la méconnaissance de dispositions nationales d'ordre public que ses modifications qui dériveraient impérativement de changements réguliers du droit national applicable.

Si l'intérêt ainsi compris est certain, l'on peut en mettre en doute le bien-fondé. Il est en effet discutable de se référer au droit des gens moins pour y trouver un droit matériel réglant de manière autonome les contrats « internationaux » que pour sacrifier une liberté contractuelle dont l'atténuation généralisée dans les ordres internes répond *a priori* à des besoins sociaux incontestables. Il y a quelque paradoxe ensuite à se référer, au nom du progrès du droit, au droit des gens pour y utiliser son noyau le plus archaïque, *pacta sunt servanda*, dont, sous sa forme élémentaire, ce dernier ne s'accommode plus guère. Il y a quelque arbitraire enfin à fonder sur le droit des gens l'intangibilité des concessions car rien, hors une pétition de principes, n'établit que le « droit international des contrats » sanctionne sous les conditions du droit international des traités l'intangibilité des accords de volontés (4).

7. - *Existence de la règle.* - b) L'arbitre emprunte expressément au professeur Van Hecke (5) la distinction entre « ordre juridique de base » et loi applicable, qui lui permet d'asseoir sur le droit des gens la validité de la clause de droit applicable contenue dans les contrats de concession.

La pertinence de la distinction ne doit pas être exagérée (6), même si elle traduit très exactement la difficulté théorique pour un arbitre, ne disposant pas, à la différence d'un tribunal national, d'un corps de règles de conflit obligatoirement applicables, d'identifier la règle validant des stipulations conventionnelles. A cet égard, l'arbitre tient « pour acquis d'emblée que les contrats de concession litigieux se situent dans le domaine du droit international et que celui-ci leur donnait le droit de choisir la loi qui allait régir leurs relations contractuelles » (§ 35). C'est l'affirmation de l'existence « d'une branche particulière et nouvelle du droit international : le droit international des contrats » (§ 32).

La proposition est assurément séduisante; elle demeure néanmoins entourée de beaucoup d'inconnues et, à dire vrai, ne paraît guère justifiée, hors

(4) Comp. COHEN-JONATHAN, G., *op. cit.*, A.F.D.I., 1977, pp. 471-472; BÖCKSTIEGEL, K., *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, 1971, pp. 318 et ss.

(5) Observations préliminaires au rapport provisoire préparé pour l'Institut de droit international sur les accords entre un Etat et une personne privée étrangère, question n° 22, *Ann I.D.I.*, vol. 57, t. II, p. 106; t. I, p. 207 (cité au § 26 de la sentence).

(6) Voy. les réponses apportées à la question du professeur van Hecke in *Ann. I.D.I.*, vol. 57, t. II, pp. 192-194.

une lecture « nouvelle » du célèbre *dictum* de la C.P.J.I. dans l'affaire des emprunts serbes et brésiliens qui lèverait l'impossibilité apparente de soumettre au droit des gens les accords entre Etats et particuliers mais qui ne suffit à établir pareille soumission (7) et un rappel de doctrines modernes du droit international *privé* qui, à côté de la *délocalisation* des contrats, prônent leur *internationalisation*. Apparemment, l'arbitre s'appuie à cet égard principalement sur F.A. Mann (8). La référence ne paraît pas entièrement fondée car si celui-ci entend généraliser l'application du droit international à de tels contrats, ce ne semble point sur la base — nouvelle — d'une règle matérielle de droit des gens qui les régirait impérativement mais sur la base — classique — d'un choix des parties dont la force obligatoire repose en dernière analyse sur un droit national. En réalité, c'est ainsi sur la doctrine de P. Weil plutôt que sur celle de F.A. Mann que s'appuie la sentence, doctrine qui défend l'élaboration de règles matérielles du droit des gens constituant un « droit international des contrats » (9) et impliquant l'octroi au contractant non étatique d'une personnalité internationale limitée (10) que dénie expressément F.A. Mann (11). Ou plus exactement, c'est à mi-chemin des doctrines de F.A. Mann et de P. Weil que se situe l'arbitre, puisque s'il s'appuie sur le droit des gens, il y identifie un prescrit conflictualiste sans prétendre expliciter des règles matérielles qui régiraient le contrat.

Cette référence doctrinale mise à part — à laquelle l'arbitre semble se fier comme à la *lex lata* alors qu'il se montre ailleurs très soucieux d'écartier du droit positif toute spéculation *de lege ferenda*, quel qu'en soit la séduction ou l'intérêt —, force est cependant de constater que, malgré une abondante motivation, l'existence de la règle du droit des gens régissant le contrat, si elle est « acquise d'emblée », ne connaît ni preuve, ni justification. Cela laissera sceptique, même si la juridiction est coutumière de prononcés péremptoires qui se satisfont d'un pouvoir pour dispenser d'une conviction. Il est difficile par ailleurs, à la lecture de la sentence, de ne pas demeurer réticent devant l'équivoque involontaire entretenue au fil de sa motivation entre une perspective de droit international privé — qui fait du droit des gens l'*objet* du choix des parties — et une perspective de droit international public — qui fait du droit des gens le *fondement* du choix des parties.

8. - c) *Domaine d'application de la règle.* - Le domaine d'application de la règle de droit international ainsi affirmée paraît être « les contrats interna-

(7) « Tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale » (C.P.J.I., Série A, n° 20, p. 41). Du contexte et des termes de l'arrêt, l'arbitre déduit que le motif n'excluait pas absolument une soumission du contrat au droit des gens. Semblable interprétation de l'arrêt semble difficile à défendre (voy. RIGAUX, F., *op. cit.*, *Rev. crit. d.i.p.*, 1978 p. 446; voy. également implicitement BATIFFOL, H., et MANN, F.A., in *Ann. I.D.I.*, vol. 57, t. II, pp. 211 et 228.

(8) Voy. les citations données au § 13 de la sentence.

(9) Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, *R.C.A.D.I.*, t. 128, pp. 101 et ss., 189 et ss.

(10) WEIL, P., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, t. 128, p. 185.

(11) Discussion des rapports présentés au colloque sur les contrats entre Etats et personnes privées étrangères in *R.B.D.I.*, 1975, p. 588.

tionaux », dont l'arbitre offre la définition suivante : il s'agit de « *contrats internationaux*, tant au sens économique, en ce qu'ils mettent en jeu les intérêts du commerce international qu'*au sens proprement juridique en ce qu'ils comportent des éléments de rattachement à divers Etats* » (§ 22).

C'est la définition classiquement donnée du contrat international en droit international privé. En ce sens, elle est parfaitement banale. Est-ce à dire que tout contrat qui comporte des « éléments de rattachement à divers Etats » est désormais soumis au droit des gens ? Assurément non. Il n'empêche que la sentence ne précise pas clairement quels sont, parmi ces contrats internationaux, ceux dont la force obligatoire repose sur le droit des gens.

L'arbitre paraît à cet égard combiner trois critères : deux critères que l'on appellerait subjectifs en ce sens qu'ils reposent sur la volonté des parties de renvoyer aux principes généraux de droit pour déterminer le droit applicable à leurs relations et de recourir à l'arbitrage pour régler leurs différends, et un critère plus objectif qui tiendrait dans la nature d'« accord de développement économique » du contrat envisagé.

Il ressort de la sentence que ces critères sont suffisants puisqu'ils ont autorisé l'arbitre à soumettre au droit des gens les concessions litigieuses. Ils ne paraissent toutefois pas absolument nécessaires puisque, dans une manière d'*obiter dictum*, l'arbitre, citant P. Weil (12), relève expressément qu'une clause de droit applicable renvoyant à un droit national n'exclut pas nécessairement l'« internationalisation » du contrat. Que requiert alors le droit des gens pour que le contrat « international » soit régi par ses règles ? L'on est bien en peine d'apporter à cette question — pourtant fondamentale — quelque réponse précise (13). Celà étant, il est difficile d'admettre que la seule volonté des parties suffise à soumettre immédiatement au droit des gens un contrat dit international tant que ne sont pas précisées les conditions auxquelles ce droit subordonne l'efficacité de pareille volonté.

Dans l'espèce dont était saisi l'arbitre, le « contrat » litigieux concernait un Etat et une entreprise privée étrangère. Doit-on en déduire que le « State contract » est le seul contrat international que régit immédiatement le droit des gens ? Même si, pour des raisons évidentes, la motivation de la sentence envisage principalement cette catégorie de contrats, il n'en paraît pas ressortir que soit exclue une « internationalisation » ainsi comprise du contrat qui serait conclu entre deux « particuliers ». Ni les critères subjectifs, ni le critère objectif avancés par l'arbitre n'impliquent en effet de soi la nécessaire participation de l'Etat à une relation contractuelle (14); bien au contraire, la

(12) Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *Mélanges Ch. Rousseau*, 1974, pp. 319-320, cité au § 30 de la sentence.

(13) Comp. les critères d'« internationalisation » au sens précité avancés par BÖCKSTIEGEL, K., *op. cit.*, 1971, pp. 184 et ss. et les réflexions très critiques à ce propos de WENGLER W., « Les accords entre Etats et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international ? », *R.G.D.I.P.*, 1972, pp. 313 et ss.

(14) Sauf si l'on considère que la personnification internationale du contractant privé est l'effet nécessaire de l'internationalisation du contrat et que cette personnification ne peut résulter que d'une reconnaissance par l'Etat partie. La conclusion paraît toutefois non fondée (voy. *infra*, n° 10).

logique interne de la proposition défendue paraît commander d'étendre au-delà de l'Etat le « droit international des contrats ». A dire vrai, limiter au « contrat d'Etat » l'internationalisation éventuelle de dispositions contractuelles n'écarte pas, beaucoup s'en faut, toute difficulté. Encore faudra-t-il en effet déterminer dans chaque cas d'espèce si l'Etat est ou non engagé; sauf à se réfugier dans des analyses purement formelles qui videraient le « droit international des contrats » de toute raison d'être, force est de constater à cet égard que la participation de l'Etat à l'exercice d'activités économiques et commerciales revêt présentement des formes singulièrement complexes, sinon subtiles. Le départ entre contrats « privés » et contrat d'« Etat » n'en sera que plus compliqué et risque plus d'une fois de paraître artificiel. La difficulté ne doit pas être sous-estimée car il ne serait pas facile au niveau des contrats d'élaborer des présomptions comparables à celle que le droit des gens connaît en matière des traités. Etendre à tout contrat « international », quels qu'en soient les signataires, l'applicabilité d'une règle nouvelle serait à cet égard et plus logique et plus commode, mais conduira sans doute à plus de réserves à l'endroit d'un « droit international des contrats ».

L'on peut bien entendu s'accommoder de ces incertitudes tant que le « droit international des contrats » est posé *de lege ferenda*; elles causent en revanche plus d'hésitations dès lors qu'il est affirmé comme *lex lata*.

9. d) *Contenu de la règle.* - Le dispositif de la règle de droit international ainsi déclarée applicable paraît tenir principalement dans un renvoi à la volonté des parties, et subsidiairement aux principes généraux, dispositif qui *a priori* coïncide parfaitement avec celui de la règle habituelle de droit international privé (*supra*, n° 6).

C'est apparemment la consécration en droit des gens d'une technique conflictuelle propre au droit international privé. C'est en soi parfaitement admissible quoique pareille technique ne puisse se recommander, comme en droit international privé, d'une pluralité des ordres juridiques, imposant des sélections, qui est antinomique au droit des gens.

Semblable dispositif manifeste par ailleurs le triomphe des principes généraux de droit puisque c'est en vertu d'un principe général de droit (l'autonomie de la volonté) qu'est déterminé le contenu de la règle du droit des gens et que même si cette règle renvoie à titre principal à la volonté des parties, il résulte des critères de l'internationalisation du contrat esquissés par l'arbitre, que c'est normalement aux principes généraux de droit que cette volonté s'en remettra (*supra*, n° 8). Pareil triomphe laisse quelque peu perplexe (15).

De source subsidiaire du droit des gens, dont la jurisprudence internationale révèle qu'hors des principes de bonne foi et d'équité, il n'a à peu près jamais été fait application, les principes généraux sont élevés au rang de source principale, sinon exclusive, d'une « branche nouvelle » du droit international public. L'évolution peut se comprendre; elle demeure toutefois

(15) Il est vrai toutefois qu'avant des principes généraux de droit, l'arbitre paraît privilégier des « principes de droit international », qui demeurent évanescents.

peu compatible avec la raison d'être originelle de la consécration des principes généraux de droit en droit des gens.

De par leur nature même, les principes généraux de droit véhiculent des règles nationales, fussent-elles dépouillées de certaines particularités techniques, en manière telle que la règle du droit des gens, en matière de contrats, renvoie pour l'essentiel à des droits nationaux. Il a été dit que ce n'est de soi guère compatible avec le caractère originellement subsidiaire de cette source de droit. Plus fondamentalement, il y a toutefois quelque paradoxe à déclarer le droit des gens applicable pour en revenir à des réglementations nationales. Le bon sens voudrait que le droit des gens qui affirme une force obligatoire organise également un régime juridique, quitte, sur des points secondaires ou imprévus, à se référer à des principes généraux. S'en abstenir pour se contenter de ceux-ci, sous couvert d'une règle internationale qui n'est prise en considération qu'en tant qu'elle sacralise des accords (*supra*, n° 8), exposera toujours à un grief de manipulation du droit des gens, qui n'en renforce pas la crédibilité.

Nonobstant la confiance que certaines doctrines professent à l'endroit des principes généraux de droit, l'on ne peut s'empêcher enfin de croire qu'il est parfaitement illusoire de prétendre sur la base de principes généraux de droit établir le régime juridique des contrats internationaux, pour des raisons de fait qui tiennent dans la grande difficulté, sinon dans l'impossibilité pratique que présente pour l'artisan du droit le travail de comparaison des droits que requiert l'affirmation d'un principe général, autant que pour des raisons de principe qui tiennent dans l'impossibilité d'établir des principes communs sur une base universelle entre des systèmes dont la logique interne, le donné politico-social et les mécanismes profonds sont parfois fondamentalement différents, hors des évidences qui n'ont aucun besoin du droit pour s'imposer. Il suffira pour s'en convaincre d'analyser l'utilisation faite des principes généraux du droit dans la jurisprudence arbitrale relative aux contrats entre États et entreprises étrangères (16). Cela n'implique aucun discrédit à l'endroit des arbitres car leur tâche était pratiquement surhumaine; cela doit néanmoins inciter à la prudence avant de généraliser le recours à une solution dont l'expérience prouve qu'elle ne saurait être la panacée que l'on défend, pour ne pas s'exposer inutilement à un grief de manipulation des droits internes ajouté à celui de manipulation du droit des gens.

10. *Contrat et personnalité internationale.* - e) Aux termes de la sentence, « dire que le droit international régit les rapports contractuels d'un Etat et d'une personne privée étrangère ne signifie nullement que celle-ci soit assimilée à un Etat » (§ 46) mais exclusivement « qu'aux fins de l'interprétation et de l'exécution du contrat, il convient de reconnaître au cocontractant privé des capacités internationales spécifiques » (§ 47). L'affirmation de personnalité internationale est explicite et l'arbitre invoque à son propos le célèbre motif de la C.I.J. dans l'affaire des réparations, selon lequel « les sujets de

(16) Voy. le jugement très dur de F. Rigaux in *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pédone, 1977, pp. 386-388.

droit, dans un système juridique, ne sont pas identiques quant à la nature ou à l'étendue de leurs droits et leur nature dépend des besoins de la communauté ».

Affirmer la personnalité internationale de chacun des signataires d'un contrat soumis au droit des gens est assurément la voie royale. Elle l'est d'autant plus qu'elle paraît en quelque sorte gratuite. Rien n'empêche en effet le droit des gens d'être applicable à un rapport contractuel sans que ses partenaires soient sujets de l'ordre juridique international; il suffit que ce rapport soit objet d'une règle dont les Etats demeurent seuls destinataires. Cela étant, il n'est pas impossible que pareille règle s'accompagne d'une personnification des contractants, ce qui est, bien évidemment, une innovation majeure. Elle aurait pu justifier cependant plus d'explications que n'en offre la sentence.

A l'appui de sa proposition, l'arbitre se contente en effet, outre le motif précité de l'avis de la C.I.J. dans l'affaire des réparations, d'invoquer quelques opinions doctrinales qui demeurent néanmoins équivoques (17).

D'où procède cette personnification ? Raisonnablement, elle ne peut se déduire que d'une règle de droit des gens — à nouveau un principe général ?, car il est difficile d'envisager une règle coutumière — qui autoriserait l'extension de personnalités dérivées. Sauf à maximaliser l'anarchie, l'on est en droit de s'attendre toutefois à ce que cette règle précise minimalement les conditions de pareille personnification; celles-ci n'en demeurent pas moins présentement fort vagues, sinon existantes, hors des spéculations parfaitement théoriques. Les « besoins de la communauté » sont sans doute de diversifier les sujets de droit; ils sont aussi de ne pas les susciter anarchiquement pour ne pas ajouter au chaos virtuel du « milieu » international.

A supposer que, sous ces réserves, les contractants non étatiques soient personnifiés, l'on aperçoit par ailleurs mal la portée d'une personnalité limitée « aux fins de l'interprétation et de l'exécution du contrat ». Nul doute que la personnalité doive être limitée en ce sens qu'elle ne saurait recouvrir toutes les capacités étatiques. A quoi sert toutefois de la limiter aux fins de l'interprétation et de l'exécution du contrat, ce qui pratiquement aboutit purement et simplement au résultat que produit, indépendamment de toute personnification, l'assujettissement immédiat du contrat à une règle de droit international public, résultat qui, sous réserve de l'extension de la liberté contractuelle (*supra*, n° 6), paraît d'ailleurs substantiellement identique à celui qui est atteint en application des règles usuelles du droit international privé ? Indépendamment de cette inutilité, il paraît d'autre part difficile d'envisager une personnalité par rapport à l'objet (le contrat) d'une règle et non par rapport à l'ordre juridique, avec l'appareil normatif et coercitif qui lui est propre, dans lequel cette règle s'inscrit. C'est fort bien d'affirmer des personnalités limitées; encore faut-il établir *en quoi*, et non en fonction de

(17) Voy. les auteurs cités au § 48 de la sentence. Adde WEIL, P., *loc. cit.*; IJALAYE, D., *The Extension of Corporate Personality in International Law*, Leyden, Sijthoff, 1978; OKEKE, C., *Controversial Subjects of Contemporary International Law*, 1974, pp. 205 et ss.

quoi, elles sont « limitées » et comment elles s'articulent dans l'ordre juridique qui leur donne vie. La sentence est muette à cet égard: l'on voit mal comment combler ses silences.

L'on ne sait par ailleurs si la personnalité limitée dans les capacités qu'elle recouvre, l'est aussi par rapport aux sujets de droit auxquels elle pourrait être opposée. La personnalité tirant intrinsèquement sa raison d'être de l'existence d'un « tiers », on voit mal cette personnalité ne pouvoir lui être opposée, avec les droits et pouvoirs qui lui sont propres. Cela étant, dans l'obscurité présente où baigne le droit international des contrats, l'on voit mal aussi les États tiers au contrat recevoir les yeux fermés au sein de la communauté internationale les entreprises parties au contrat internationalisé. S'engagerait-on alors dans la voie d'une reconnaissance dite constitutive et dans les chemins éculés des reconnaissances implicites ? (18). L'on ne sait... Limiter la personnalité aux fins du contrat n'écarte pas le problème car le contrat s'articule dans un droit qui entre parties comme à l'égard des tiers, doit en définir les conditions et la portée.

A vrai dire, la personnalité limitée est l'un des mythes de la doctrine du droit des gens, qui fleurit régulièrement pour offrir des explications qui n'en ont à l'ordinaire pas besoin. Il serait curieux de rechercher à quoi répondent de telles affirmations, sans cesse renouvelées, qui pratiquement ne recouvrent rien, ce qui, à la limite, pourrait même être vrai des organisations internationales (19). Sans doute à une certaine « idée » du droit et à une certaine mécanique intellectuelle qui commandent des personnifications, fussent-elles fictives. Sans doute également à la volonté de briser le carcan étatique qui étouffe le droit des gens. Sans doute aussi à la volonté d'introduire dans le droit des gens les nouveaux acteurs de la vie internationale. C'est parfaitement légitime et hautement souhaitable (20). Il n'empêche qu'un *acteur* n'est pas un *sujet* de droit et que l'élever au rang de sujet de droit

(18) COHEN-JONATHAN, G. (*op. cit.*, A.F.D.I., 1977, p. 458) défend expressément une reconnaissance « *constitutive* » (« rien n'empêche un Etat souverain d'élever son partenaire contractuel au niveau du droit international »), « *relative* » (« elle ne déploie des conséquences juridiques juridiques que dans les rapports entre l'Etat et son cocontractant ») et « *fonctionnelle* » (« elle n'engendre qu'une capacité internationale limitée dans le cadre du rapport de droit considéré »).

Semblable reconnaissance implicite est en l'espèce une pure fiction, tant il est puéril de croire que le gouvernement libyen ait entendu personnifier en 1955 les sociétés demandereses. Que la fiction soit usuelle dans les reconnaissances implicites ne suffit à lui fournir quelque justification. Au demeurant si l'on se satisfait de fictions, pourquoi ne pas considérer que le gouvernement libyen aurait retiré sa reconnaissance « *constitutive* » ?, ce que le « *droit* » ne saurait *a priori* radicalement condamner (voy. VERHOEVEN, J., *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine. Les relations publiques internationales*, Paris, Pédone, 1975, pp. 656 et ss.

Que des spéculations doctrinales parfaitement gratuites aient conduit à user et à abuser des qualificatifs : « *relative* » et « *fonctionnelle* » pour sortir d'impasses parfaitement artificielles liées à des postulats théoriques, ne saurait par ailleurs masquer le non-sens que représentent des personnalités n'existant que par référence à un contrat et à l'égard de ses seuls signataires.

(19) Voy. VERHOEVEN, J., *op. cit.*, 1975, pp. 202 et ss.; 535 et ss.

(20) Voy. VERHOEVEN, J., « L'Etat et l'ordre juridique international. Remarques », R.G.D.I.P., 1978, pp. 749 et ss., 761.

est aussi vain qu'illusoire sans remaniements conséquents de l'ordre juridique qui lui donne personnalité, car le droit est un tout dont l'on ne saurait impunément dissocier les composantes.

11. - f) *Insertion dans l'ordre juridique.* - La remarque précédente relative à la personnalité internationale révélera la difficulté présente d'insérer dans l'ordre juridique international un droit international des contrats.

Cette difficulté est réelle et ne doit pas être négligée. Un exemple suffira sans doute pour s'en convaincre : que devient, en pareille perspective, le mécanisme de la protection diplomatique ? Celle-ci trouve-t-elle à s'exercer nonobstant la qualité de sujet, même limité, du droit des gens qui appartient au protégé, ce qui est peu compatible avec sa raison d'être originelle ? Dans l'affirmative ou à supposer que l'on dénie toute personnification autonome, admettra-t-on que la protection puisse automatiquement être mise en œuvre — toutes autres exigences réservées — dès lors que la méconnaissance du contrat doit automatiquement être présumée méconnaissance de la règle de droit des gens qui le régit ? Il serait naïf de croire qu'à cette question, tous les intéressés apporteront aisément des réponses concordantes.

Il n'appartenait assurément pas à l'arbitre d'explicitier ces articulations délicates au-delà de ce que requéraient les demandes dont il était saisi, pas plus que l'on ne saurait les épuiser dans le cadre d'un commentaire de la sentence. Cela étant, il y aurait lieu de les élucider avant d'intégrer le « droit international des contrats » dans le droit des gens. Que structurellement toute création normative soit désordonnée dans le milieu international, ne devrait pas autoriser à admettre inconsidérément toute règle nouvelle.

### § 3. - DROIT INTERNATIONAL DES CONTRATS ET NATIONALISATIONS

12. Dans l'espèce qui lui était soumise, l'arbitre a jugé que la nationalisation des avoirs des sociétés demandresses était contraire aux obligations découlant des contrats de concession passés avec le gouvernement libyen et qui comportaient une clause de stabilisation des droits des concessionnaires. Celle-ci disposait : « ... Les droits contractuels expressément créés en vertu de la présente concession ne pourront être modifiés sans le consentement des parties », et il fut précisé ultérieurement que « tant qu'elle demeurera en vigueur, la présente concession [accordée pour une durée minimale de 50 ans] sera interprétée conformément à la loi sur les pétroles et aux règles en vigueur à la date de la signature de l'accord portant amendement [1963]... Aucune modification ou abrogation desdits règlements n'affectera les droits contractuels de la Compagnie sans son consentement » (art. 16).

Il faut rappeler à cet égard que les mesures libyennes de nationalisation organisaient une procédure d'indemnisation qui ne semble pas avoir été mise en œuvre. L'absence ou l'insuffisance d'indemnisation n'ont pas été incriminées par les demandresses devant le tribunal arbitral.

La condamnation par celui-ci des nationalisations comme contraires aux obligations découlant du contrat est directement liée à l'internationalisation du contrat entendue de son assujettissement immédiat au droit des gens. Réserve faite de la question d'indemnisation qui n'a pas été soulevée, une telle solution ne se défend en effet pas sur les bases classiques du droit international privé dès l'instant où l'on admet, comme le fait avec raison expressément l'arbitre (§§ 59-60), que la nationalisation est une expression élémentaire, dont le principe ne prête pas à critiques, de la souveraineté étatique. Demeure certes la clause de stabilisation. Il n'est pas douteux cependant qu'hors le droit des gens éventuellement, tout système juridique jugera semblable clause nulle pour contrariété à l'ordre public si elle est interprétée comme une renonciation de l'Etat envers un particulier à exercer son pouvoir normatif, fût-ce pour une période limitée (21).

13. En cette matière, le dispositif de la sentence est essentiellement justifié par la considération que la nationalisation, pour légale qu'elle soit en elle-même, devient illégale lorsqu'elle contrevient à un engagement international assumé par l'Etat, notamment à la faveur d'un contrat internationalisé. Tel serait le cas en l'espèce, dès lors que le contrat de concession contenait une clause de stabilisation véhiculant un engagement implicite de ne pas nationaliser.

Pour asseoir sa décision, l'arbitre écarte expressément trois objections qui pourraient lui être adressées.

1°) La théorie des contrats administratifs ne saurait être invoquée pour justifier un pouvoir de révocation unilatérale parce que le contrat ne satisfait pas en l'occurrence aux critères du contrat administratif fixés par le droit libyen et que la théorie française, des contrats administratifs ne fait pas partie des principes généraux de droit.

2°) Le contrat de concession et la clause de stabilisation ne peuvent être jugés nuls pour violation de la règle de *jus cogens* que constituerait la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, dès lors que « l'Etat concédant n'a reconnu à des concessionnaires que des droits limités dans leur volume et dans leur durée ». « Il convient de faire, pour la souveraineté permanente, la distinction bien connue de la jouissance et de l'exercice. L'Etat concédant conserve de façon permanente la jouissance de ses droits souverains...; le contrat qu'il conclut avec une entreprise privée ne s'analyse pas en une aliénation de cette souveraineté mais comme une limitation, d'ailleurs partielle et limitée dans le temps, de son exercice » (§ 77)... « En l'espèce présente, il apparaît qu'en concluant des contrats de concession..., l'Etat libyen a, non pas aliéné sa souveraineté, mais qu'il l'a exercée et qu'il a veillé à ce qu'elle ne soit pas atteinte dans son principe, les limitations

(21) Comp. WEIL, P., *op. cit.*, R.C.A.D.I., t. 128, p. 233 : « Quant à prétendre que l'Etat ne peut valablement renoncer à l'exercice de son pouvoir souverain, cela peut être exact au regard du droit national de cet Etat mais cette constatation est sans portée au regard du droit international; l'Etat peut limiter certaines de ses prérogatives par voie de traités; il le peut aussi par voie de contrat ».

admisses par lui à l'exercice de certaines de ses prérogatives ne l'ayant été que dans des domaines particuliers et pour une période de temps limitée » (§ 78).

3°) En l'état présent du droit des gens, il est impossible de soumettre exclusivement à la législation et aux tribunaux de l'Etat nationalisant tout litige relatif à une nationalisation et de soustraire en conséquence à toute règle de droit international l'appréciation de la régularité de celle-ci. Si des propositions de cet ordre apparaissent dans certaines résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies [rés. 3201 (S. VI) (déclaration relative à l'instauration d'un nouvel ordre économique international); rés. 3171 (XXVII); rés. 3281 (XXIX) (Charte des droits et devoirs économiques des Etats)], elles ne représentent pas le droit positif. L'état de celui-ci reste celui que fixe la résolution 1803 (XVII) (souveraineté permanente sur les ressources naturelles) qui contient des références explicites au droit international.

14. Cette motivation, fort détaillée, est à divers égards remarquablement conduite. Il est difficile de ne pas la partager substantiellement dès l'instant où l'on partage le présupposé sur lequel elle repose, à savoir que la concession est un contrat international directement régi par le droit des gens. Ce présupposé ayant précédemment été analysé (*supra*, n° 12), l'on se bornera dès lors à quelques observations.

a) *Principes généraux et rupture du contrat.* - Il est vrai sans doute que la théorie française des contrats administratifs ne peut être le support d'un principe général de droit qui « internationaliserait » semblable théorie. Il n'en paraît pas moins hasardeux, à l'examen de leur nature propre comme de la pratique des Etats, de soumettre les « contrats d'Etats » au régime des contrats civils, ce qui est implicite dans la négation par l'arbitre de l'existence d'un principe général consacrant le régime français du contrat administratif (*supra*, n° 4). Toute l'ambiguïté des principes généraux réapparaît. Il paraît vain en effet de prétendre édifier de tels principes sur la base de catégorisations formelles propres aux droits positifs; quelle que soit cette catégorisation, il aurait fallu effectivement vérifier quelle est dans les droits nationaux concrètement vécus la condition des contrats conclus par l'Etat avec des particuliers, singulièrement dans des contextes qui puissent être analogiquement comparés avec la concession litigieuse, de manière à dégager leurs constantes. La démonstration fait défaut. L'on aura garde de le reprocher à l'arbitre car elle est à peu près impossible (*supra*, n° 9). Cela étant, il n'en reste pas moins discutable, lorsque cette démonstration n'est pas faite, d'en demeurer à des prescrits très généraux comme la bonne foi ou la force obligatoire des accords, pour trancher, dans une situation contractuelle donnée, des difficultés d'espèce dont ils ne préjugent raisonnablement pas la solution.

15. b) *Jus cogens, souveraineté et contrat international.* - Internationalisant le contrat, l'arbitre paraphrase à son propos l'arrêt de la C.P.J.I. dans l'affaire du Wimbledon : pas plus qu'un traité, un contrat « international » de concession ne constitue une aliénation de la souveraineté dont il manifeste au

contraire l'exercice. Et cela nonobstant toute clause de stabilisation dès l'instant où les droits conférés sont limités dans leur objet et dans le temps.

L'on notera à cet égard que l'arbitre étend l'applicabilité du *jus cogens* au contrat « international », ce qui est de bon sens à peine de détruire un ordre public embryonnaire, tout comme il paraît considérer comme de *jus cogens* la règle de souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

Toute violation de cette règle est écartée sur la base d'une distinction entre jouissance et exercice. L'argumentation n'est toutefois véritablement convaincante qu'au niveau des principes. Appliquée à l'espèce litigieuse, elle apparaîtra peut-être exagérément formelle. Il ne faut pas oublier en effet que la concession avait pour objet l'exploitation du pétrole, produit qui présente, pour la Libye, une importance vitale du fait et de la source quasi exclusive de revenus qu'il représente pour cet Etat et de l'arme quasi exclusive qu'il constitue à son profit dans les négociations politico-économiques internationales d'importance majeure actuellement en cours; l'on ne saurait par ailleurs oublier qu'à l'expiration [50 ans minimum à dater de 1955] de la concession, les gisements pétroliers libyens ne seront pas loin d'être épuisés, s'ils ne le sont totalement. Cela ne signifie certes pas que la souveraineté soit nécessairement aliénée du fait de la concession; fût-ce indirectement, cela met néanmoins en cause le caractère « limité » et « provisoire » de la concession, qui l'est moins qu'il n'y paraît à première vue.

Il est difficile en outre de se satisfaire pleinement de la paraphrase du motif de la C.P.J.I. dans l'affaire du Wimbledon, dans la mesure où, si négocier l'exercice d'une souveraineté est l'objet naturel d'un traité conclu entre des Etats qui demeurent à ce jour responsables premiers de l'ordre juridique international, ce n'est guère, l'on en conviendra, l'objet normal de l'accord conclu par l'un d'eux avec une entreprise étrangère dont le profit est la seule loi. Parce qu'ainsi que le souligne l'arbitre, « dire que le droit international régit [leurs] rapports contractuels... ne signifie nullement... que le contrat qu'elle a conclu avec lui soit assimilé à un traité » (§ 46), il paraît mal venu d'apprécier les atteintes à la souveraineté que véhiculerait pareil contrat comme s'il s'agissait d'un traité entre Etats. L'on peut douter à cet égard que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles soit une règle de *jus cogens* en manière telle qu'elle frapperait de nullité tout traité qui y dérogerait; il n'empêche qu'une saine construction des rapports internationaux demande raisonnablement que soit plus aisément frappée de nullité toute clause d'un contrat qui la méconnaîtrait. Tant il est difficile d'admettre que la compatibilité avec le *jus cogens* soit vérifiée de manière identique, que la cession (d'exercice) de la souveraineté s'effectue au profit d'un Etat ou d'un particulier, fût-il sujet du droit des gens. Il serait dangereux en effet que dans l'appréciation de l'ordre public, soit négligée la responsabilité très différente qui appartient au sein de la communauté internationale à chacun de ses « sujets ». Ce qui ramène à la nécessité d'intégrer de manière harmonieuse et raisonnable le « droit international des contrats » au sein du droit des gens.

16. c) *Force obligatoire des résolutions des Nations Unies.* - De la portée des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, la sentence offre une analyse très approfondie, qui à ce jour demeure exceptionnelle dans les arbitrages « internationaux ».

Avec raison, l'arbitre ne s'en tient pas à une assimilation pure et simple de ces résolutions à des recommandations et admet, à l'appui d'une doctrine importante, qu'elles puissent revêtir une force obligatoire en fonction « des critères habituellement retenus, à savoir l'examen des conditions de vote et l'analyse des dispositions énoncées » (§ 83). De la sentence, il paraît ressortir que les conditions de vote doivent révéler une acceptation de la résolution « par une majorité d'Etats membres représentant l'ensemble des groupes qualifiés » (§ 86), alors que les dispositions intéressées doivent « constater un droit existant sur lequel la généralité des Etats a manifesté son accord » (§ 87).

C'est sur cette base que l'arbitre dénie aux résolutions 3171 (XXVIII), 3201 (S. VI) et 3281 (XXIX) le caractère de droit positif en ce qu'elles soustraient à toute règle de droit des gens l'appréciation de la régularité des nationalisations. Même s'il est douteux que dans la résolution 1803 (XVII) jugée par l'arbitre seule déclarative de droit coutumier, la référence litigieuse au droit des gens ait visé un « droit international des contrats », la conclusion paraît fondée; il serait paradoxal d'ailleurs que dans une matière qui ne cesse de compliquer les rapports internationaux, l'on exclue toute référence au droit qui devrait les discipliner, autre chose étant à l'évidence de s'entendre sur le contenu de ses règles.

17. Il ne semble pas résulter de ces propositions qu'une résolution ne peut avoir force obligatoire qu'à la condition d'être déclarative de droit coutumier; quoiqu'il soit difficile de se faire une opinion sûre à ce propos, il semblerait plutôt qu'il résulte du contexte et du caractère des résolutions en cause qu'elles ne puissent autrement revêtir indirectement force obligatoire, par exemple comme élément d'une coutume en formation ou d'un accord international.

C'est apparemment l'opposition apparue à propos de ces résolutions entre pays industrialisés à économie de marché et pays en voie de développement qui soustend pour l'essentiel les conclusions de l'arbitre. Elle est, il est vrai, très sensible. Il n'empêche que substantiellement, l'accord des pays en voie de développement paraît unanime. L'on aurait pu se demander dès lors, si, entre ces pays, les résolutions pertinentes ne pouvaient être analysées comme manifestant un accord ou exprimant une coutume régionale. Sans doute ne saurait-il être question d'exporter leur force obligatoire à des *Etats* tiers et notamment aux Etats industrialisés qui s'y sont formellement opposés; cela n'implique pas toutefois qu'à tous autres *sujets limités* du droit international, cette force obligatoire ne pourrait être opposée, pas plus que cela n'implique de soi que dans l'application du droit international des contrats, il ne puisse être tenu compte de règles liant régulièrement l'Etat partie à la relation contractuelle litigieuse, que son cocontractant soit ou non personnifié. Ce qui

ramène une fois encore à la nécessité d'articuler convenablement cette branche nouvelle du droit au sein de l'ensemble dont elle se veut l'une des composantes.

18. Indépendamment de toute force obligatoire, l'on peut se demander enfin si les résolutions contestées, qui ont bénéficié de l'appui inconditionnel de l'Etat libyen, n'auraient pas dû être utilisées dans l'interprétation même du contrat litigieux, et notamment de la clause dite de stabilisation.

Il est vrai que celle-ci leur est antérieure et que ce serait faire injure à l'Etat de croire qu'il n'ait point envisagé les nationalisations lorsqu'il a convenu de ses termes, tout comme il est douteux que ceux-ci puissent être interprétés comme ne couvrant pas celles-là.

Il n'empêche que l'antériorité à elle seule ne paraît pas nécessairement condamner une interprétation restrictive de la clause car dans un « droit international des contrats », tout fait ou tout acte *international* pertinent devrait être pris en considération dans l'interprétation des accords qu'il régit, même si ceux-ci, par référence à des sources *nationales* qui ne sauraient être exclusives, prétendent en « geler » pour partie la compréhension.

#### § 4. - MECONNAISSANCE DU CONTRAT ET RESTITUTIO IN INTEGRUM

19. Constatant la contrariété des mesures de nationalisation à des obligations conventionnelles « internationalisées », la sentence ordonne au défendeur d'exécuter le contrat et de lui donner plein effet. C'est accorder aux sociétés demanderessees la *restitutio in integrum* qu'elles réclamaient. L'arbitre considère que cette *restitutio* est consacrée tant par les principes de la loi libyenne (§§ 93-96) que par les principes du droit international (§§ 97-109) et que rien, dans « les données propres à l'espèce » (§§ 110-112), ne paraît, eu égard aux informations dont il dispose, s'opposer à un rétablissement des choses en leur pristin état.

Avant tout motif de principe, cette partie de la sentence laisse perplexe pour une raison de pur fait : c'est que la *restitutio in integrum* est en l'espèce une réparation parfaitement irréaliste dont nul ne pourrait croire qu'elle ait une chance, fût-elle minime, d'être observée. Il n'y a certes pas d'impossibilité juridique; il n'empêche que politiquement, il est parfaitement naïf de croire que le gouvernement libyen sacrifierait sa politique économique à une sentence arbitrale. L'on peut comprendre sans doute que l'arbitre, saisi d'une demande des parties, ait cru devoir y faire droit dès lors qu'il n'y avait pas de raison formelle de la rejeter. L'on ne comprend guère cependant que ces parties sollicitent la seule réparation que, pratiquement, elles ne seront jamais en mesure d'obtenir. Cela conduit à s'interroger sur la raison d'être de pareille demande. Sans doute, ne faut-il s'illusionner sur le respect de la sentence elle-même dont le poids tient moins dans sa force obligatoire de principe que dans l'atout qu'elle apporte dans des négociations à l'une des

parties. Il suffit néanmoins à cet effet d'une décision déclaratoire; obtenir en sus la *restitutio in integrum* n'y ajoute rien.

L'on se perd dès lors en conjectures sur les mobiles des demanderesse. Quelles que soient ceux-ci, l'on regrettera cependant que, particulièrement dans un milieu où la juridiction parvient difficilement à s'imposer et à une époque où elle est largement discréditée, l'on utilise un juge, fût-il arbitral, à des fins qui paraissent peu compatibles avec sa fonction propre en la contraignant à des prononcés sur l'exécution desquels les demandeurs eux-mêmes ne pouvaient avoir la moindre illusion. Cela suffira à ôter à la doctrine l'envie d'en commenter longuement les dispositions; l'on se limitera partant à de brèves remarques.

20. L'arbitre rapporte longuement jurisprudence et doctrine de manière à établir qu'en droit international, la *restitutio in integrum* est le principe même de la réparation. Cela paraît indiscutable. Avant toute théorie du droit, il est affaire de bon sens d'admettre que le mode le plus naturel de réparation est celui qui rétablit « les choses » en l'état. Point n'est besoin à cette fin de grandes digressions doctrinales. Le problème n'est dès lors pas d'admettre le principe de la *restitutio* mais de s'interroger sur les modes complémentaires de réparation qu'offre le droit lorsqu'elle est impossible, ainsi que sur ses limites lorsqu'elle paraît formellement possible.

L'arbitre juge à cet égard « que la solution de principe qu'est la *restitutio in integrum* doit être écartée lorsqu'il y a impossibilité absolue d'envisager une exécution en nature ou lorsqu'une situation irréversible a été créée » (§ 112). La règle est traditionnelle. Reste à établir ce que l'on entend par « impossibilité absolue d'exécution » ou « situation irréversible ». Ce n'est pas notre propos; il n'empêche qu'il serait déraisonnable d'enfermer l'interprétation de ces notions dans des perspectives purement formelles.

21. En droit libyen, l'arbitre considère qu'« un seul obstacle aurait pu, éventuellement, s'opposer... à l'application du principe de la « *restitutio in integrum* » : ce serait le fait que les contrats litigieux soient des contrats administratifs... » (§ 95). L'objection est écartée au motif que les critères libyens du contrat administratif ne sont pas remplis et que la théorie du contrat administratif ne fait pas partie des principes généraux de droit (*supra*, n° 4).

Le motif n'est pas entièrement convaincant car même les droits qui n'admettent pas la théorie du contrat administratif, c'est-à-dire sa rupture unilatérale par l'Etat, manifestent une vive réticence face à la *restitutio in integrum* et se bornent à l'ordinaire à allouer des dommages et intérêts (22). L'on aurait pu se demander dès lors si dans les rapports entre un Etat et une entreprise privée étrangère, le contrat fût-il internationalisé, un principe

(22) Voy. VANHECKE, G., « Les enseignements du droit interne », in « Contrats entre Etats et personnes privées étrangères », *R.B.D.I.*, 1975, p. 582.

général de droit ne commande pas d'écarter la *restitutio in integrum*. Que ce principe concernerait non le droit applicable à la réparation mais l'exercice de la fonction juridictionnelle et soit assez étroitement associé dans les ordres internes à une théorie de la séparation des pouvoirs, ne paraît pas de nature à devoir nécessairement en écarter l'application dans notre matière. Le problème ne se pose certes pas dans des termes comparables lorsque le juge international règle sur la base du droit des gens un litige entre Etats; les différences sont moins sensibles en revanche lorsqu'un arbitre prétend appliquer le « droit international des contrats » à un contrat de concession. A tout le moins, l'existence et l'applicabilité de pareil principe auraient-elles mérité d'être discutées.

22. En l'espèce, la *restitutio in integrum* ne présente véritablement de raison d'être que si l'on tient pour nulles au regard du droit des gens les mesures de nationalisation adoptées par le gouvernement libyen.

Pareille nullité — qui n'est pas expressément affirmée par l'arbitre, lequel parle à l'ordinaire d'une « méconnaissance des obligations découlant du contrat » — paraît toutefois difficile à établir. Il est vrai que la nationalisation est *illégal* en tant qu'elle méconnaît un droit contractuel protégé, selon la sentence, par le droit des gens; cette illégalité paraît toutefois couvrir une *illicéité* et non une *nullité* (23), c'est-à-dire qu'elle méconnaît les droits d'un tiers en manière telle que la responsabilité de son auteur est engagée sans pour autant priver de toute validité en droit des gens la mesure que celui-ci a adoptée. Il paraît en effet difficile de considérer que l'exercice d'une prérogative essentielle de souveraineté, expression du droit élémentaire — souligné par l'arbitre — de tout Etat de choisir librement les formes de son organisation économique et sociale, consacré par la coutume et peut-être même par une coutume d'ordre public, puisse être tenu pour nul au motif qu'il contrevient à un droit conventionnellement accordé non point à un Etat tiers mais à une entreprise privée étrangère. L'illicéité suffit à sauvegarder les droits de celle-ci; c'est extrapoler ceux-ci que déduire de leur méconnaissance le défaut de validité de la nationalisation en droit des gens.

Dès l'instant où la nationalisation, même illicite au sens précité, doit être tenue pour valable, il paraît contradictoire d'ordonner une *restitutio in integrum* qui implique, directement ou indirectement, l'annulation par le juge international d'une mesure que le droit des gens tient néanmoins pour valable.

Faut-il ajouter enfin qu'en toutes hypothèses, l'intérêt privé et exclusivement patrimonial de l'entreprise partie au contrat doit toujours s'accommoder d'une compensation financière et peut difficilement être opposé à l'intérêt public et social qui sous-tend, en fonction d'une appréciation souveraine de l'Etat, la mesure de nationalisation (24)? Cela devrait suffire à faire douter tant de l'opportunité que de la légalité de la *restitutio* ordonnée.

(23) Sur cette distinction, voy. VERHOEVEN, J., *op. cit.*, 1975, p. 752.

(24) Voy. RIGAUX, F., *op. cit.*, *Rev. crit. d.i.p.*, 1978, p. 441.

## § 5. - CONCLUSIONS

23. Les lignes qui précèdent suffiront sans doute à attester l'intérêt exceptionnel de la sentence commentée. Ce qu'elles peuvent avoir de critique doit être mis au crédit de l'arbitre et de la motivation particulièrement dense qu'il fournit à des solutions dont l'audace même n'aurait pu manquer de susciter des réserves.

Dans une matière où s'affrontent directement des intérêts contradictoires, il serait simpliste d'imputer à des motivations politiques la faveur ou la défaveur dans laquelle d'aucuns tiendront la sentence rendue. Au demeurant si l'intérêt politique ne saurait justifier en droit un dispositif, il est heureux qu'une préoccupation politique n'en soit pas exclue. Il est élémentaire à cet égard de s'interroger sur la configuration de la « société » internationale et de l'ordre juridique international que projette un arbitrage de qualité. En soi, l'on ne peut que se féliciter de ce point de vue de l'affirmation d'un nouveau « droit international des contrats », qui élargit heureusement le domaine matériel d'application du droit des gens, et de nouveaux sujets de l'ordre juridique international, qui accordent aux acteurs de la vie internationale une place qui n'est pas imméritée. Cela étant, ces chemins paraissent sans issue tant que l'ordre juridique international n'est pas aménagé de manière à recevoir utilement de nouveaux sujets et à régir efficacement de nouveaux objets.

En l'état présent, il est difficile de ne pas cacher à cet égard une grande perplexité, sinon de vives réticences. Tant que fera défaut une véritable « législation » internationale des contrats par voie de résolutions ou de conventions, le « droit international des contrats » demeurera une chimère, car l'on voit mal, à l'expérience, une jurisprudence, principalement arbitrale, l'élaborer au départ de principes généraux; tant que fera défaut une réelle organisation de la société internationale au départ d'un ordre juridique digne de ce nom, des « sujets limités » demeureront par ailleurs une illusion.

Il est vrai que les évolutions sont malaisées dans la structure présente de la « famille des nations » et la sentence peut se revendiquer à cet égard du mérite de provoquer des modifications, hautement souhaitables, du droit, en en posant les premiers jalons. La sentence peut s'appuyer de ce point de vue sur un large courant doctrinal favorable à l'internationalisation. L'on regrettera toutefois qu'elle apporte à ces doctrines, à la faveur d'un passage de la *lex ferenda* à la *lex lata*, des correctifs, restrictions ou aménagements, explicites ou implicites, qui en déforment parfois la vision profonde. Il est difficile ensuite de croire que l'absolutisation de la force obligatoire du « State contract » vers laquelle elle s'oriente paraisse à tous le progrès attendu, tant est discutable l'architecture de l'ordre juridique international qui la soustend. L'on hésitera enfin à cautionner sans réserve le conceptualisme sur lequel est édifiée la sentence, et la mécanique du droit dont elle est indirectement l'expression.

Il ne faut pas se leurrer en outre sur le climat de « confiance » et de « crédit » que restaurerait la sentence dans le commerce international (25). La sirène est trop vieille pour avoir encore beaucoup de charmes. C'est faire injure au droit que croire qu'il puisse rétablir une confiance dont l'atténuation trouve ses causes dans d'autres désordres; c'est faire injure aussi aux contractants dont l'expérience révèle une faculté, à bien des égards remarquable, d'adaptation à toutes les incertitudes et mouvances du concert des nations.

(25) LALIVE, J.F., *op. cit.*, *Clunet*, 1977, p. 345.