

NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROBLEMATIQUE DES CONTRATS ENTRE ETAT ET PERSONNES PRIVEES *

Prof. Dr. Dr. Wilhelm WENGLER

Dans leur appréciation juridique des contrats passés entre un Etat et des personnes privées étrangères, les juristes du monde occidental ne se sont pratiquement intéressés pendant longtemps qu'aux mesures prises essentiellement par les gouvernements de pays du Tiers Monde en vue d'apporter *a posteriori* des modifications en leur faveur aux contrats qu'ils avaient conclus avec des investisseurs étrangers européens ou nord-américains. Pour défendre les cocontractants privés, on ne s'est pas limité à chercher dans le droit international général des règles s'opposant à de tels actes étatiques; on a également élaboré des théories visant à soumettre les contrats entre Etats et étrangers au droit des gens ou aux principes généraux du droit applicables en vertu d'un choix exprès ou tacite, fût-ce à titre supplétif. Ainsi, les auteurs de ces théories entendaient-ils faire bénéficier le contractant privé d'une immutabilité du contrat supérieure à celle dont bénéficient en droit interne les contrats conclus entre personnes privées.

Depuis une dizaine d'années, des modifications importantes sont toutefois apparues dans les faits. Contrairement à ce qui se passait auparavant, c'est maintenant au contractant privé qu'il est fréquemment reproché de violer ses obligations contractuelles envers des Etats étrangers (1) et ce sont ses mandataires qui sont, par conséquent, intéressés à éviter que des règles particulièrement sévères ne s'appliquent aux obligations du débiteur dans un contrat entre un Etat et une personne privée. Un tout nouveau phénomène est apparu par ailleurs lorsque non seulement des ressortissants privés des « pays pétroliers », mais également leurs organes étatiques ont procédé à des investissements en Europe et aux Etats-Unis, notamment par la prise de participations importantes dans des sociétés de ces pays.

* Traduit de l'allemand par Karl-Heinz LAMBERTZ, assistant à l'U.C.L.

(1) Voy. *Island Territory of Curaçao v. Solitron Devices, Inc.*, 489 Fed. 2d, 1313.

Par la suite, certains Etats européens commencèrent à jouer à l'égard des entreprises privées, nationales ou étrangères, un rôle que s'étaient jusqu'alors réservé différents pays extra-européens dans leurs relations avec des entreprises étrangères. En matière de concessions pétrolières, un phénomène, auparavant limité aux pays extra-européens, s'est également répété en Europe :

« Government policy is at first directed to attracting the interest of the companies and persuading them to commit their resources to the task of extracting oil within its territory. Once that commitment is obtained, and fortified by success, the terms on which the companies are required to operate are progressively made more onerous and State control of operations is progressively tightened. »

« It will have become clear to oil companies that the UK and Norwegian Governments are no more willing than their OPEC counterparts to stick rigidly to contracts that they deem unreasonably disadvantageous and that there is no absolute constitutional protection in either country for the principle of *pacta sunt servanda* » (2).

Dans le rôle de cocontractant des entreprises privées étrangères, n'apparaissent plus seulement les gouvernements agissant directement au nom de l'Etat, mais aussi très souvent des personnes de droit particulières, qui, en dernière analyse, restent cependant soumises aux ordres du gouvernement central de leur Etat national (3).

Enfin, une importance considérable doit être attachée à la « découverte » de ce que la corruption des fonctionnaires concernés a été à la base de certains contacts conclus entre de grandes entreprises privées et des gouvernements ou autorités étrangers.

Tout cela a provoqué une remise en cause de l'hypothèse antérieure selon laquelle les contrats conclus entre organes étatiques et personnes privées étrangères devraient être régis par un droit spécial privilégiant de manière unilatérale le contractant privé par rapport à son partenaire public. Allait-il

(2) DAINITH and GAULT, *Cambrian Law Review* 8 (1977), p. 38 à 42. L'accord du 10 mai 1976 entre la Grande-Bretagne et la Norvège concernant l'exploitation des réserves de pétrole en mer du Nord (Cmnd — 704) prévoit à plusieurs reprises des contrats d'exécution et des contrats complémentaires à conclure entre les sociétés concessionnaires britanniques et norvégiennes et à approuver par les gouvernements. L'accord évite toutefois de considérer les concessionnaires comme partenaires à part entière au traité de droit international conclu entre les Etats. On esquivé également la création de liens contractuels entre chacune des sociétés pétrolières et les deux Etats, de même qu'on insiste sur le caractère consultatif de la contribution des sociétés à la préparation des traités internationaux.

(3) Cela ne vaut pas seulement pour les pays de la zone d'influence soviétique, mais aussi pour l'Algérie.

Aujourd'hui, les contrats de concession entre le gouvernement d'un Etat et des personnes privées sont souvent remplacés par des contrats que des sociétés étatiques, investies elles-mêmes des compétences de droit minier dans le pays concerné, concluent avec des entreprises étrangères. Dans ces contrats, les entreprises étrangères s'engagent à explorer les champs pétrolifères et à extraire le pétrole à leurs propres frais. Le pétrole lui-même devient la propriété des sociétés étatiques et l'exploitant ne touche qu'une rémunération. La loi argentine n° 21778 de 1978 établit par exemple un tel régime pour les contrats dits à risque. Les avantages fiscaux octroyés à des entreprises étrangères à l'occasion de pareils contrats sont prévus par la loi et ne font pas l'objet du contrat avec la société étatique.

vraiment devenir possible d'écarter l'application du droit allemand à la participation d'un gouvernement arabe dans une entreprise industrielle ouest-allemande, en soumettant au droit des gens ou aux principes généraux de droit les contrats passés entre le gouvernement et les personnes privées qui prennent une participation ? Dans le même temps, commençait à se répandre l'idée que si les contrats entre Etat et personnes privées étrangères peuvent être régis par des « principes généraux du droit », ceux-ci ne peuvent être déterminés sans qu'il soit tenu compte de l'état du droit interne des différents pays concernant les contrats conclus par un Etat avec ses nationaux. Il en ressort que l'état de ce droit, précisément dans les pays du monde occidental, ne correspond aucunement à ce qu'on a voulu mettre dans les principes généraux du droit lorsqu'étaient en cause des contrats passés par des Etats du Tiers Monde avec des investisseurs provenant du monde occidental capitaliste.

Deux décisions des cours suprêmes de Grande-Bretagne et des Etats-Unis manifestent l'amorce d'une nouvelle approche de la problématique en question. Une double question se trouve au premier rang des préoccupations : 1°) Dans la configuration synallagmatique du contrat entre un Etat et une personne privée, la responsabilité du législateur étatique en vue du bien-être des hommes qui lui sont confiés, implique-t-elle une fonction comparable à celle qu'il faut réserver à la soumission du partenaire privé à l'autorité publique de son Etat national ? ; 2°) en supposant que, pour des raisons d'intérêt public, l'Etat puisse être libéré de ses propres obligations contractuelles, la conséquence consiste-t-elle *uniquement* en une absence complète de tout devoir d'indemnisation dans le chef de l'Etat *ou* en une obligation de réparation pour cause d'inexécution ?

Dans le cas Rolimpex, un établissement de commerce extérieur de droit polonais, revêtu d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat polonais et du patrimoine privé de ce dernier, avait accepté de livrer à une entreprise privée anglaise une quantité déterminée de sucre produit en Pologne. Contrairement aux prévisions, la récolte qu'escomptait le vendeur, lors de la conclusion du contrat, avait donné de mauvais résultats. Soucieux d'assurer l'approvisionnement de la population polonaise en sucre, le ministre compétent avait retiré l'autorisation d'exporter déjà octroyée. Le vendeur restant en défaut d'exécuter ses obligations, l'acheteur introduisit une demande de dommages et intérêts pour cause d'inexécution du contrat devant un tribunal arbitral anglais, auquel compétence avait été conventionnellement conférée; il se basait surtout sur les conditions générales de la « Refined Sugar Association » que les parties avaient introduites dans leur contrat et qui prévoyaient notamment que le vendeur est libéré de son obligation de fourniture si celle-ci est rendue impossible par une intervention gouvernementale assimilée à un cas de force majeure. Le tribunal arbitral ayant soumis certaines questions de droit aux tribunaux étatiques anglais, l'affaire a été portée successivement devant le *Commercial Court*, la *Court of Appeal* et la *House of Lords*. Tous ces tribunaux ont débouté le demandeur. Tant la *Court of Appeal* que la *House of Lords* ont rejeté l'argument du

demandeur selon lequel la Rolimpex ne pouvait se prévaloir de l'interdiction d'exporter décrétée par le gouvernement polonais comme d'une intervention gouvernementale au sens des conditions générales précitées, dès lors qu'elle appartenait à l'Etat polonais même si elle jouissait d'une personnalité (4) distincte de celui-ci (5). Les tribunaux ont tenu pour établi que l'interdiction d'exporter avait été prononcée contre les souhaits des organes de la Rolimpex (6).

Selon la *Court of Appeal*, il ne serait pas admis en droit *anglais* que le gouvernement agissant au nom de l'Etat invoque une « self-induced intervention » s'il est lui-même le vendeur. A ce propos, on doit faire une distinction entre les mesures décrétées uniquement pour échapper à la responsabilité découlant d'un contrat conclu au nom du gouvernement et les mesures prescrites pour des raisons d'intérêt public. Selon Lord Denning, à la *Court of Appeal*, un gouvernement ne saurait en aucun cas s'engager à renoncer à de telles mesures :

« ... a government cannot fetter its duty to act for the public good. It cannot bind itself — by an implication in the contract — not to perform its public duties... » (7).

Lorsque la mesure gouvernementale et l'inexécution du contrat causent au cocontractant un préjudice, celui-ci doit cependant être réparé si le gou-

(4) Les entreprises appartenant à l'Etat, quoique juridiquement indépendantes, ne disposent le plus souvent que d'un capital réduit et en outre de peu de possessions à l'étranger, qui ne suffiraient pas pour couvrir leur responsabilité envers le créancier pour inexécution du contrat etc. C'est pourquoi une garantie de la Banque Nationale pour les obligations des entreprises appartenant à l'Etat est assez souvent prévue. En ce qui concerne les tentatives, le plus souvent vaines, de mettre directement en cause la responsabilité de l'Etat qui est « derrière » la société, voy. PFEFER, *Der rechtliche Rahmen der Wirtschaftsverkehrs mit den RGE-Ländern*, 1978, p. 104.

(5) En 1958, la commission d'arbitrage pour le commerce extérieur de Moscou avait rendu une décision presque identique. L'organisme d'Etat soviétique pour l'exportation du pétrole s'était engagé à livrer une certaine quantité de pétrole à une société israélienne, avec embarquement à partir d'un port de la mer Noire. Mais le ministère soviétique du Commerce extérieur avait toutefois non seulement refusé d'accorder l'autorisation d'exporter du pétrole de production interne, mais en outre il interdit à l'organisme de commerce extérieur tout acte destiné à exécuter le contrat. Tout en soumettant le contrat au droit soviétique, les parties avaient substitué aux dispositions légales supplétives, relatives à l'impossibilité d'exécution intervenant après la conclusion du contrat, une exclusion *non imputable à ce dernier*. La sentence arbitrale souligne que l'organisme exportateur du pétrole est une personne de droit différente de l'Etat et que l'interdiction prononcée par le ministère excluait non seulement la livraison de pétrole soviétique, mais toute prestation en rapport avec le contrat et, notamment, la livraison de pétrole étranger ou le paiement de dommages pour inexécution (voy. *Rabels Z.* 24 (1959), pp. 540 et s.).

(6) Le caractère déterminant de cet élément est assez discutable. Les organes de Rolimpex, n'auraient-ils pas dû eux-mêmes signaler au gouvernement polonais les dangers menaçant l'approvisionnement du pays, s'ils les avaient perçus les premiers ?

Même les juristes soviétiques considèrent qu'un organisme soviétique de commerce extérieur, à défaut de clause expresse dans le contrat, n'est pas libéré de sa responsabilité de vendeur vis-à-vis de l'acheteur en cas d'inexécution résultant de difficultés de livraison provoquées par la modification des plans de production étatiques dans le pays concerné (voy. BERMAN et BUSTIN *in Business transactions with the U.S.S.R.*, 1975, p. 44).

(7) *Czarnikow Ltd v. Rolimpex* (1977), 3 W.L.R., p. 686.

vernement disposait d'autres moyens pour préserver l'intérêt public que ceux qui rendaient impossible l'exécution du contrat. Envisageant l'hypothèse où le gouvernement polonais se serait engagé lui-même à vendre du sucre produit en Pologne à un marchand anglais et où il aurait refusé ensuite la livraison au motif qu'il a dû décréter une interdiction d'exporter en vue d'assurer l'approvisionnement de la population polonaise, Lord Denning précise :

« ... there were two alternative ways of fulfilling that public good. One way was to fulfil the contracts with Czarnikow and other purchasers, export the 200.000 tons, and buy on the world market (at a high price) to make up the shortfall. The other way was to impose a ban on all exports, thus retaining the 200.000 tons for domestic needs, but paying compensation to Czarnikow and others with whom contracts had been made. The Government of Poland took a third course which cannot be considered for the public good. It imposed a ban on exports and refused to pay any compensation for breach of the contracts. That third course was not open to the government. No implication can be read into the contract so as to permit it... » (8).

Selon que le vendeur est un particulier ou l'Etat lui-même, une portée différente s'attache à la promesse de fournir ou le cas échéant d'indemniser relative à la dette de genre limitée portant sur la livraison d'une certaine quantité de marchandise déterminée provenant des réserves disponibles dans un pays donné. Pour le contractant privé, l'exécution devient impossible sans faute de sa part, si tout en étant *possible* sur la base de la partie de la récolte interne réservée à la vente, la livraison se heurte à des mesures d'interdiction prises par l'Etat. En revanche, la promesse de fournir que l'Etat ferait en sa qualité de vendeur constituerait une promesse inconditionnelle de livrer à l'aide de la production interne, à moins que le contrat ne prévoie expressément dans une de ses clauses que l'Etat-vendeur sera libéré aussi bien de son obligation primaire de fournir que de son obligation d'indemniser en cas d'inexécution si des raisons d'intérêt public imposent la promulgation d'une interdiction d'exporter.

La précarité de cette distinction devient évidente si on songe à une affaire de compensation dans laquelle une entreprise « autonome », quoique appartenant à un Etat, et une autorité agissant directement au nom d'un autre Etat conviennent par exemple d'échanger du sucre contre du maïs. Tandis que les limitations d'exportation arrêtées par le gouvernement du premier Etat pour cause de mauvaise récolte constitueraient pour le fournisseur un cas de force majeure dont l'acheteur devrait supporter le préjudice, l'autre Etat devrait indemniser son acheteur si une mauvaise récolte sur son territoire le conduisait à décréter une interdiction d'exporter !

Si une entreprise privée ou une entreprise publique distincte de l'Etat s'engage envers un Etat étranger à y réaliser des investissements et si son Etat national l'empêche d'exécuter cette obligation pour promouvoir l'intérêt public dans son pays, cette impossibilité d'exécution non fautive autorise certainement le partenaire étatique à suspendre de son côté l'exécution des

(8) *Loc. cit.*, p. 687.

obligations qu'il a assumées sur la base du même contrat. Mais il serait inéquitable de refuser à ce partenaire étatique de limiter l'exécution de ses obligations contractuelles en invoquant *son* propre intérêt public.

Tout en tenant l'Etat responsable de la réparation du préjudice causé par l'inexécution, Lord Denning n'a pas précisé s'il s'agit en même temps d'une obligation de droit international, notamment d'une obligation fondée sur des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. En outre, il ne soulève pas la question de savoir si le droit des gens oblige l'Etat à indemniser quand il place un de ses ressortissants dans l'impossibilité d'exécuter un contrat, en édictant des mesures comme une interdiction d'exporter.

Au sein de la House of Lords (9), seul Lord Wilberforce commente les propos que Lord Denning avait formulés à la Court of Appeal au sujet de la responsabilité de l'Etat pour les ventes conclues au nom de celui-ci. Il considère qu'il n'est pas possible de transposer d'emblée à la situation existant dans d'autres pays le régime applicable à l'Etat anglais en vertu du droit constitutionnel britannique. En considérant que l'interdiction d'exporter met une personne de droit public distincte de l'Etat dans l'impossibilité non fautive d'exécuter ses obligations, les tribunaux anglais n'ont pas dû examiner si le droit anglais prévoit également l'absence de toute obligation de réparation pour cause d'inexécution, — qui s'ajouterait à la libération de l'Etat-vendeur de son obligation de fourniture —, au cas où une mauvaise récolte rendrait la marchandise vendue indispensable à l'approvisionnement de la population interne et où il serait impossible de se procurer une marchandise de remplacement à l'étranger. En outre, les tribunaux n'avaient pas à se prononcer sur l'hypothèse où le gouvernement, voire le législateur, se seraient engagés explicitement dans un contrat avec un ressortissant étranger, à ne retirer en aucun cas l'autorisation octroyée pour l'accomplissement des actes nécessaires à l'exécution des obligations contractuelles.

En droit public britannique, est exclue toute limitation des pouvoirs du législateur par un contrat conclu avec des personnes privées. Il en est de même en ce qui concerne les limitations du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif dans l'exercice de ses responsabilités publiques. En droit anglais, un tel contrat serait nul et l'on ne saurait considérer qu'une loi contraire aux dispositions d'un contrat n'est pas valable (10).

Aux Etats-Unis, la situation est différente. La « *contract-clause* », prévue à l'article I, § 10, al. 1 de la Constitution, interdit aux Etats fédérés de limiter ou de méconnaître totalement la force obligatoire des contrats régulièrement conclus (contracts). L'interprétation du cinquième amendement de la Constitution fédérale a étendu à la Fédération une telle interdiction.

Dans la mesure où les contrats entre des personnes morales de droit public et des personnes privées sont autorisés, la jurisprudence de la Cour Suprême leur applique également la *contract-clause* de la Constitution fédérale. La

(9) 1978, 3 W.L.R., p. 274.

(10) DAINITH and GAULT, *op. cit.*, p. 41.

jurisprudence part à nouveau du principe qu'un contrat entre le législateur étatique et une personne privée ne peut lier le premier ou son successeur dans l'exercice de sa compétence législative (11). Dans la mesure où la législation postérieure concerne des matières du « police power », aucun doute ne peut exister à ce sujet (12). A l'époque actuelle, il faut entendre la notion de « police power » dans un sens large, qui inclut des mesures d'intervention économique destinées à prévenir des situations de détresse ou de pénurie, ou à y remédier. Non sans admettre leur nature contractuelle, la jurisprudence a précisé que les concessions pour la création d'entreprises industrielles pourront être supprimées par une loi ultérieure si le législateur le juge nécessaire par exemple pour la sauvegarde de la santé publique (13). Inversement, ce n'est que dans la mesure où d'autres dispositions constitutionnelles ne s'y opposent pas, que le législateur est en droit de supprimer ou de réduire des obligations financières créées par un contrat avec des personnes privées sur la base du droit en vigueur antérieurement; un engagement contractuel explicite de l'Etat envers un particulier à payer une somme d'argent, doit être interprété comme comportant l'engagement tacite que le législateur ne mettra pas ultérieurement en cause l'existence de cette obligation (14). Même en ce qui concerne les dettes contractuelles des personnes morales de droit public, la Cour Suprême a cependant admis la légalité tant des moratoires ou des réductions d'intérêt que de l'abrogation des clauses-or (15). Il est douteux qu'une exemption contractuelle d'impôt, admise par une ancienne décision (16), puisse encore être considérée comme valable aujourd'hui.

A l'occasion d'une affaire tranchée en 1977, la Cour Suprême a été amenée à reconsidérer la portée de la « contract clause ». Par convention, les Etats de New York et de New Jersey avaient créé une commune personne morale de droit public, la *Port Authority of New York and New Jersey*, qui, à côté de

(11) Voy. *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 135. Il ne faudrait pas croire que le droit constitutionnel américain soit le seul à frapper d'une incapacité « de principe » le législateur étatique, lui interdisant de se lier, autrement que par traité international, dans l'exercice de son pouvoir législatif. Il s'agit d'un principe général de droit qui vaut partout où la constitution étatique ne contient pas de disposition contraire.

(12) Voy. *Stone v. Mississippi*, 101 US 814.

(13) Voy. *Stone v. Mississippi*, *loc. cit.*; *Fertilizing Co v. Hyde Park*, 97 US 659.

Il n'a jamais été contesté que cette solution s'applique également aux contrats conclus entre des personnes morales de droit public américain et des ressortissants étrangers.

Des solutions particulières s'appliquent aux contrats passés entre la Fédération et les tribus indiennes, dans lesquels les Etats-Unis ont pris des engagements concernant également l'application de lois futures aux indiens. La capacité du Congrès de modifier ces contrats par des lois ultérieures est constitutionnellement limitée, sans être totalement exclue. Voy. *Weeks v. US*, (1975) 406 Fed. Supp. 1305.

(14) Voy. *Murray v. Charleston*, 96 US 445.

(15) Voy. *Perry v. US*, 294 US 330; *Faute Iron & Steel Co v. Asbury Park*, 316 US 502.

Aux yeux du tribunal impérial allemand, le droit *international public* permet aussi bien la suppression, pour des raisons d'intérêt public, du caractère obligatoire des clauses - or que l'adoption de dispositions légales reconnaissant l'effet libératoire d'un paiement en monnaie dévaluée du pays du débiteur (voy. RGZ, 121, 203).

(16) *New Jersey v. Wilson*, 7 Cranch 164.

l'exploitation du port, avait en charge certains services de transport. Pour son financement, la *Port Authority* était autorisée à émettre des emprunts. Par une convention ultérieure à laquelle étaient parties les détenteurs des obligations déjà émises, l'exploitation de nouveaux services de transport par la *Port Authority* avait été autorisée en 1962 à la condition qu'elle ne doive pas être subventionnée. Compte tenu de l'accroissement des besoins de transport, des lois nouvelles de 1970 autorisaient la *Port Authority* à construire une nouvelle ligne de chemin de fer. Par la même occasion, les législateurs de New York et de New Jersey abrogeaient les dispositions conventionnelles de 1962 qui limitaient l'utilisation des revenus de la *Port Authority*. Lors du procès intenté par un créancier de la *Port Authority*, la Cour Suprême des Etats-Unis a finalement décidé que cela constituait une violation de la *contract-clause* de la Constitution fédérale (17). La décision, défendue par quatre juges, est toutefois contestée par une minorité de trois juges, les deux derniers juges n'ayant pas participé au délibéré.

Bien que l'opinion de la minorité critique parfois très sévèrement la décision rendue par la majorité, les divergences portent essentiellement sur l'appréciation du cas concret. Aucun juge ne conteste qu'il était légitime, au regard de la constitution, pour les deux Etats d'établir, dans le souci d'économiser l'énergie et de protéger l'environnement, de nouveaux moyens attrayants pour le transport public de masse et de restreindre ainsi le trafic particulier. Alors que la minorité attache une importance décisive au fait qu'à l'époque de la décision judiciaire, la suppression de l'obligation contractuelle de 1962 n'avait pas causé de préjudice effectif aux créanciers de la *Port Authority*, aux yeux des quatre juges de la majorité, la seule question est de savoir si la mesure était avant tout exigée par les besoins à satisfaire en matière de nouveaux moyens publics de transport. A cette question, ils apportent une réponse négative. La minorité conteste quant à elle que le tribunal soit compétent pour apprécier le caractère nécessaire et adéquat de la mesure prise par le législateur. Dès lors qu'il est établi que le législateur s'est légalement assigné le but de remplir un devoir public, le choix des moyens échappe à tout contrôle.

Une opposition de principe radicale apparaît toutefois entre la décision de la majorité et celle de la minorité sur le point suivant. La minorité considère que dans son application des dispositions constitutionnelles concernant la protection de la propriété, de la « *due process clause* » et de la « *contract clause* », la Cour Suprême a laissé une très grande liberté au législateur de restreindre également des droits patrimoniaux régulièrement acquis.

« The court granted wide latitude to a valid exercise of police powers... even if it results in severe violations of property rights. » « ... there is nothing sacrosanct about a contract. All property rights, not less than a contract, are rooted in certain « expectations » about the sanctity of one's rights of ownership ... »

La majorité souligne, au contraire, que les deux Etats ont totalement supprimé les garanties conventionnelles existantes des droits des créanciers

(17) *United States Trust Co v. New Jersey*, (1977) 431 US 1, 52 Led, 2nd 92.

de la *Port Authority*, sans même avoir essayé d'organiser d'autres garanties. Cela ne saurait se justifier par la seule considération que l'intérêt public exigeait une atteinte au contrat existant :

« ... Mass transportation, energy conservation, and environmental protection are goals that are important and of legitimate public concern. Appellees contend that these goals are so important that any harm to bondholders from repeal of the 1962 convenant is greatly outweighed by the public benefit. We do not accept this invitation to engage in a utilitarian comparison of public benefit and private loss. » « ... a State cannot refuse to meet its legitimate financial obligations simply because it would prefer to spend the money to promote the public good rather than the private welfare of its creditors... »

De son côté, la minorité exprime une menace obscure :

« ... If today's case signals... a new resolve to protect property owners whose interest or circumstances may happen to appeal to Members of this Court, then more than the citizens of New Jersey and New York will be the losers. »

Le contraste entre ces arguments devrait conduire à se demander si ceux-ci constituent réellement les seuls points de vue légitimes. Lorsque la promotion de l'intérêt public rend nécessaire l'abandon du droit à l'exécution du contrat, ne faudrait-il pas songer à faire une distinction entre une atteinte au patrimoine que l'une des parties a épargné ou gagné par son travail, et l'atteinte à la simple espérance d'un profit futur à l'occasion d'un contrat spéculatif dès l'origine ? Si on l'admet, il devient compréhensible que, d'une part, les détenteurs des épargnes et patrimoines fiduciaires investis en obligations de la *Port Authority* n'aient pas à assumer (18) la charge des tarifs de chemin de fer avantageux destinés à inciter les personnes habitant le New Jersey à ne pas se rendre en voiture à New York et que, d'autre part, ayant accepté le risque d'une baisse du prix sur le marché mondial à la suite d'une récolte favorable, l'importateur britannique de sucre assume également le risque d'une mauvaise récolte dans le pays de production, qu'il ait contracté avec l'Etat ou un autre vendeur. Dans l'hypothèse d'une affaire spéculative

(18) Dans l'affaire de la *Port Authority*, la majorité insiste également sur la nécessité d'une indemnisation dans l'hypothèse où l'intérêt public rend indispensable une atteinte au contrat. En cette matière, les droits résultant du contrat devraient bénéficier du même traitement que la propriété (sur un bien). Il faut cependant remarquer qu'à l'époque, aucune indemnisation n'a été accordée dans les cas d'atteintes admissibles sus-mentionnées (par ex. suppression des clauses - or). En outre, on ne connaît pas de demande de dédommagement portant sur le manque à gagner résultant de l'inexécution d'un contrat, qui aurait été introduite à l'occasion de l'interdiction d'exporter du soja édictée par les Etats-Unis en 1973 et qui a donné lieu à de nombreux procès entre vendeurs et acheteurs devant des tribunaux européens.

L'intérêt particulier de l'affaire de la *Port Authority* résulte du fait que les dommages résultant de l'atteinte au contrat ne se prêtent pas à une réparation moyennant paiement d'une somme d'argent. Aucun expert ne peut établir avec certitude la valeur boursière des obligations déjà émises dès lors que la garantie spéciale de remboursement n'avait pas été supprimée. De même, la restitution en nature et le rétablissement du statu quo constituent la seule forme de réparation possible en cas d'atteinte à des droits privés ne conduisant pas à une privation complète de la propriété, mais seulement à une limitation du pouvoir de libre disposition.

Peu convaincant est l'argument de la minorité selon lequel, dès lors que des institutions publiques d'un Etat qui porteraient gravement atteinte à des contrats conclus avec des particuliers perdraient leur crédit, toute protection juridique par des tribunaux serait superflue.

aussi bien dans le chef de l'Etat que dans celle du partenaire privé (19), on pourrait songer à une indemnisation partielle au profit de la partie devant sacrifier ses droits contractuels, qui n'atteindrait cependant pas le montant de l'indemnité prévue en cas d'inexécution fautive.

(19) D'autre part, un vendeur distinct de l'Etat peut faire à son tour de la politique étatique future un objet de spéculation : la plupart des ordres juridiques reconnaissent la validité d'un contrat par lequel une personne privée — soit le vendeur lui-même, soit un tiers — s'oblige, moyennant contrepartie à réparer le dommage que subirait l'acheteur à cause d'une inexécution dont la responsabilité n'incombe pas au vendeur.

En droit anglais, un contractant peut se rendre responsable de l'obtention d'une autorisation étatique d'exporter; voy. Société d'Avances commerciales (London) Ltd v. A. Besse & Co (London), (1952) 1 Lloyds Rep. 242. Dans le cas Rolimpex, le vendeur avait limité sa responsabilité à l'obtention de l'autorisation d'exporter. Dans l'interprétation donnée de la clause pertinente des conditions générales par les tribunaux anglais, Rolimpex n'entendait pas assumer la responsabilité de la caducité de l'autorisation déjà octroyée résultant de nouvelles mesures ultérieures.

D'autre part, lorsque l'Etat dans lequel le vendeur a son siège soumet le contrat en tant que tel à une autorisation de ses autorités, même si l'obligation de fournir ne porte pas sur des marchandises d'origine interne, il est fréquent qu'une autorisation étatique distincte soit exigée en ce qui concerne la promesse de garantie.

Dans l'hypothèse où une personne de droit distincte de l'Etat doit, pour les besoins de la consommation interne, maintenir en réserve une qualité déterminée d'une certaine marchandise qui peut provenir indifféremment de la production interne ou étrangère, elle ne sera pas libérée d'une obligation de vente conclue avec un acheteur étranger et portant seulement sur des marchandises de production interne si elle s'est trompée en croyant pouvoir exécuter les deux obligations sur la base de la seule production interne et si cette dernière suffit à couvrir l'obligation de vente.