

QUELQUES REMARQUES SUR LA SENTENCE SPP C. LA RÉPUBLIQUE ARABE D'ÉGYPTE

PAR

Leila LANKARANI EL-ZEIN

CHARGÉE D'ENSEIGNEMENT
À L'UNIVERSITÉ LYON III

La notoriété de l'affaire des Pyramides d'Égypte n'exige pas de s'attarder sur les faits ayant donné naissance aux contentieux dont la CCI, les juridictions nationales, notamment françaises, et enfin, le CIRDI ont eu à connaître (1).

Notons simplement que suite à la remise en cause, par le Gouvernement égyptien, d'un projet de construction et d'aménagement touristique autour de ce site historique, la société Southern Pacific Properties Ltd.(SPP), cocontractante d'un Accord-cadre avec le Gouvernement égyptien d'une part, et d'un contrat de réalisation (par création d'une joint venture) avec l'organisme public EGOH d'autre part, a déclenché dans un premier temps, la procédure CCI prévue dans ce dernier contrat, contre le Gouvernement égyptien. La sentence CCI étant annulée par les juridictions françaises pour absence de convention d'arbitrage, ladite société, invoquant certaines dispositions de la loi égyptienne sur l'investissement, a saisi le CIRDI qui a rendu la sentence, objet de la présente étude.

La sentence, rendue par le Tribunal CIRDI en date du 20 mai 1992 (2), a déjà fait l'objet d'analyse et d'observations de la part de commentateurs avisés (3).

(1) Sentence CCI du 16 février 1983, *ILM* 1983, p. 753 et s., *Rev. Arb.* 1986 p. 105 et l'article de Ph. LÉBOULANGER, « État, politique et arbitrage — L'affaire du plateau des Pyramides », p. 75 ; P. RAMBAUD, « L'affaire des 'Pyramides' », *AFDI*, 1985, p. 508 ; Cour d'Appel de Paris, 12 juillet 1984, *Clunet* 1985, p. 129, note B. GOLDMAN ; Cour de Cassation, 6 janvier 1987, *Clunet* 1987, p. 638, note B. GOLDMAN ; *Rev. Arb.* 1987, p. 469, note Ph. LÉBOULANGER. Malgré l'annulation de la sentence précitée en France, celle-ci a été reconnue aux Pays-Bas dans le cadre de la Convention de New York mais son exécution a été refusée par les tribunaux britanniques ; cf. sur ce point, G. DELAUME, « L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable », *Rev. Arb.* 1994, n° 1, spéc. p. 40, note 3.

(2) Texte intégral in *ILM* 1993, pp. 933 et s. ; pour des extraits traduits en français, cf. E. GAILLARD, *Clunet* 1994, pp. 229 et s. (Nos références aux paragraphes de la sentence, sans autres indications, visent le texte original paru dans l'*ILM* précité).

(3) Cf. E. GAILLARD, *Clunet* 1994, pp. 242 et s. ; G. DELAUME, « The Pyramids Stand. The Pharaohs Can Rest in Peace », *ICSID Review F.I.L. Journal* 1993, pp. 228 et s. et, l'article précité du même auteur, *Rev. Arb.* 1994, n° 1, pp. 39 et s.

Aussi, les développements qui suivent ont-ils pour but, non pas tant de critiquer les solutions adoptées en en proposant de meilleures, mais d'essayer, par une lecture fidèle de divers passages de la sentence, de mettre en exergue l'incohérence intrinsèque de celle-ci.

Outre l'absence d'harmonie des solutions adoptées en regard du texte et de l'esprit de la Convention de Washington instituant le CIRDI (II), il ressort de quelques une des affirmations contenues dans la sentence que celle-ci a cherché, implicitement mais sans motivation, à « internationaliser » l'Accord-cadre conclu entre les parties sur le Projet du plateau des Pyramides (4). La transposition, voire l'application, hors contexte des règles du droit des gens devait forcément conduire la sentence dans un labyrinthe de raisonnement elliptique et de pétition de principe (III).

Une remarque sur la décision relative à la compétence du Centre s'impose, cependant, à titre préliminaire (I).

I. — REMARQUE SUR LA COMPÉTENCE DU CENTRE. UNE SOLUTION À CONSÉQUENCE COMPLEXE ET PARADOXALE

Le problème de la compétence du Centre, notamment celui du consentement à celle-ci, a été tranché par deux décisions préliminaires dont celle du 14 avril 1988 du Tribunal.

L'enregistrement de la demande en annulation, aussitôt formée par l'Égypte contre cette décision, a été rejeté par le Secrétaire Général du CIRDI, au motif que la décision n'étant pas une « sentence », au sens de l'article 52 de la Convention de Washington et de l'article 50 du Règlement d'arbitrage du Centre, le recours ne pouvait être formé qu'à la suite du prononcé de la sentence sur le fond (5). Les deux décisions ont ensuite été

(4) Sur le concept et les critères d'« internationalisation » des contrats d'État, cf. P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI* 1969, vol. III, pp. 101 et s., « Droit international et contrats d'État », in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, 1981, pp. 549 et s., « Les clauses de stabilisations et d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, 1974, pp. 301 et s. ; cf. aussi, G. VAN HECKE, « Les accords entre un État et une entreprise privée étrangère », *AIDI* 1977, vol. I, pp. 192 et s. Sur le rejet ou la critique de cette théorie, voir principalement, W. WENGLER, « Nouveaux aspects de la problématique des contrats entre État et personnes privées », *RBDI* 1978, pp. 415 et s., « Immunités législatives des contrats internationaux », *RCDIP* 1971, pp. 037 et s., « Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international ? », *RGDIP* 1972, pp. 313 et s. ; P. MAYER, « Le mythe de l'ordre juridique de base' (ou *Grundlegung*) », in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 199 et s. Sur un constat objectif des errements de la jurisprudence arbitrale, cf. B. STERN, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *Rev. Arb.* 1980, pp. 3 et s. (La littérature est abondante en la matière qui n'est pas, cependant, l'objet direct de la présente étude).

(5) Cf. § 26 de la sentence.

incorporées, par référence, à la sentence sur le fond, intervenue le 20 mai 1992 (6).

La question du consentement à la compétence du Centre a suscité de larges débats sur l'interprétation des textes, les règles et les qualifications qui devaient être adoptées à cet égard.

Notons simplement qu'à suivre la solution dégagée par la décision du 14 avril 1988 (7), le risque pour l'État de l'investisseur, de voir ses traités bilatéraux devenir lettres mortes, n'est pas exclu. De même, et en dépit de l'effort contraire du Tribunal, l'interprétation de la loi égyptienne sur la notion de consentement à la compétence du CIRDI, telle que dégagée par la sentence, fragilise les cas d'admission de la compétence de ce même Centre.

Pour déterminer la compétence du Centre, l'enjeu essentiel portait sur le sens et l'interprétation tirée de l'article 8 § 1^{er} de la loi égyptienne n° 43 de 1974 sur l'investissement, en vigueur à l'époque, dont le texte français dispose :

« Les contestations ayant trait à l'investissement, et concernant la mise en exécution des dispositions de la présente loi sont réglées par le moyen convenu avec l'investisseur, ou dans le cadre des conventions en vigueur entre la RAE et l'État de l'investisseur, ou encore dans le cadre de la Convention [instituant le CIRDI], convention à laquelle a adhéré la R.A.E. en vertu de la loi n° 90 de 1971, et ce dans les cas où ladite Convention est applicable » (8).

Le Tribunal a rejeté l'argumentation de la RAE faisant valoir que ce texte prévoit d'une part, une liste de moyens et d'autre part, s'agissant du CIRDI, qu'il ne contient pas de termes manifestant le consentement exprès, exigé par l'article 25 de la Convention de Washington et qui fait l'objet de la réserve contenue au paragraphe premier *in fine* de l'article 8 de la loi.

Selon le Tribunal, cette loi établirait le consentement exigé, et, l'expression « dans les cas où ladite Convention est applicable », ne signifierait pas l'exigence d'un renouvellement du consentement à la compétence du Centre (9). Pour asseoir celle-ci, le Tribunal a estimé que ce texte établit à la fois une obligation et une hiérarchie des divers moyens de règlement de différends qu'il prévoit, à savoir, dans l'ordre, et l'un à défaut de l'autre. Pour le Tribunal, l'article 8 signifie qu'**« un accord spécifique entre les parties à un différend prévaudrait naturellement sur un traité bilatéral entre l'État de l'investisseur et [l'État d'accueil], tandis qu'un**

(6) Cf. le dispositif de la sentence.

(7) Cf. le texte original in *ILM* 1993, p. 933 ; pour la traduction et des commentaires sur ces décisions, cf. E. GAILLARD, *Clunet* 1994, pp. 218 et s.

(8) *Ibid.*, § 71, p. 223.

(9) *Ibid.*, p. 225. Il n'est cependant pas indiqué ce que signifierait alors cette expression, reproduite également dans le décret d'application de cette loi, *ibidem*.

tel traité bilatéral prévaudrait lui même sur un traité multilatéral tel que la Convention de Washington » (10).

La conséquence de cette interprétation pour établir le consentement de l'Égypte à l'égard de la compétence du Centre, est paradoxale au regard même de cette compétence.

En effet — à supposer, avec le Tribunal, que l'article 8 établit le consentement de l'État au sens de l'article 25 de la Convention de Washington — si l'Égypte et la SPP, société de Hong Kong, avaient inséré une clause CCI dans leur Accord-cadre et s'il avait existé un traité bilatéral entre l'Égypte et l'État de l'investisseur (11) sur le recours obligatoire au CIRDI, la partie contestant la compétence du Centre aurait eu gain de cause devant le Tribunal. Notons que l'hypothèse de l'espèce est parfaitement généralisable. Elle peut concerner et s'appliquer à d'autres États qui offriraient dans une loi générale sur l'investissement une panoplie de choix dans le règlement des différends, telle que celle de la loi égyptienne, dont la portée est, avant tout, de supprimer le monopole de compétence naturelle des tribunaux internes, en faveur d'autres moyens spécifique de règlement des différends relatifs à l'investissement, notamment, de l'arbitrage.

La hiérarchie instaurée, par le Tribunal, entre les divers moyens de règlement des différends prévus par ce texte, entraîne des conséquences complexes. En accordant la priorité à une clause spécifique contractuelle par rapport aux instruments interétatiques également prévus dans une telle loi, la sentence souscrit indirectement, mais également, à ce que les obligations internationales d'un tel traité bilatéral à l'égard de l'État de l'investisseur soient susceptibles d'être écartées voire méconnues, ce qui ne saurait entrer dans les intentions d'un législateur raisonnable (12).

Si une telle situation devait surgir, l'on se trouverait face à un **nœud juridique**. Dans une telle hypothèse, si la partie invoquant l'incompétence du Centre est l'État hôte, en l'occurrence, l'Égypte, c'est l'article 64 de la Convention de Washington (13) qui peut être mis en œuvre par l'État de l'investisseur, sauf si ledit traité devait contenir sa propre clause de règlement des différends interétatiques. Au contraire, si cette partie est l'investisseur, l'Égypte se trouverait devant des obligations contradictoires qui seraient le respect de la décision du Tribunal sur l'absence de compétence,

(10) *Ibid.*, § 83, p. 224. C'est nous qui soulignons.

(11) Le Royaume-Uni étendu à Hong Kong.

(12) ... soumis à la primauté des obligations internationales de son État, lui-même soumis à l'obligation d'exécution effective des conventions, qu'elles soient multi ou bilatérales. L'article 55 de la nouvelle loi égyptienne du 20 juillet 1989 dispose, plus clairement, que le recours à l'arbitrage CIRDI suppose le consentement spécifique de l'État à y recourir, cf. E. GAILLARD, *Clunet* 1994, précité, spéc. p. 229, et les réf. ; G. DELAUME, *IOSID Review* 1993, précité, spéc. p. 258.

(13) Art. 64 : « Tout différend qui pourrait surgir entre les États contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour Internationale de Justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les États intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement ».

contre celui du traité bilatéral, sans parler des complications qui résulteraient d'une sentence CCI... .

Un parallèle entre l'établissement de l'accord de volonté sur la saisine du Centre et celui sur le droit applicable, renforce l'idée que l'appréciation du consentement à la compétence du Centre, comme celle relative au droit applicable, au sens de l'article 42-1, doivent être d'autant plus rigoureuses que les conséquences qu'elles font peser sur le respect du droit international entre l'État hôte et l'État de l'investisseur peuvent être inextricables (14).

II. — LE DROIT APPLICABLE ET L'ARTICLE 42 DE LA CONVENTION DE WASHINGTON

S'agissant, de l'article 42-1, les arbitres du CIRDI devraient faire preuve de plus d'exigence quant à l'appréciation de l'existence d'un accord de volonté sur le droit applicable et dans la détermination du fondement consensuel de celui-ci.

Mais la même vigilance s'impose dans la délimitation de la portée de la référence « aux règles adoptées par les parties », au sens de cette disposition (15).

À cet égard, l'écart entre la construction théorique « originale », destinée à l'articulation des deux parties de l'article 42, et la teneur des solutions que la sentence a proposées, entâche celle-ci d'un manque de base légale au regard de cette disposition.

(14) Cf. à cet égard, la sentence *AAPL c. la République de Sri Lanka* du 27 juin 1990 (*Clunet* 1992, pp. 216 et s.), où le Tribunal arbitral a estimé que le fondement de l'application de la *lex causae*, notamment le traité bilatéral de protection des investissements, était la volonté — implicite — des parties, visée à l'article 42-1 de la Convention de Washington (§ 20 *in fine*). Dans ses observations sous la sentence AAPL précitée (*Clunet* 1992, spéc. p. 228), M. GAILLARD fait un lien entre l'applicabilité « des règles de droit applicable contenues dans un traité » d'investissement et « l'investisseur qui manifeste, en se prévalant de cette convention, sa volonté de s'y soumettre ». Solution curieuse qui fait dépendre le respect ou la violation du droit international public et la mise en œuvre de la responsabilité interétatique, du bon vouloir de l'individu. Pour les partisans de l'individu en tant que sujet, fut-il à capacité limitée, du droit international, cette solution ne devrait pas être choquante. D'autre part, les règles contenues dans un traité d'investissement constituent le droit applicable à l'objet de celui-ci, et il est rare de trouver dans un traité de cette nature une disposition sur les règles de droit applicable. C'est là toute la différence entre le traité qui donne naissance à une norme et le contrat qui crée une relation juridique autorisée et protégée par la norme. Même, dans les accords de prêt internationaux, « the parties may refer to municipal law or incorporate municipal law in their international agreement, without thereby causing it to loose its character as a treaty » (A. BROCHES, « International Legal Aspects of the Operations of the World Bank », *RCADI*, 1959-III, t. 98, spéc. p. 342), pour une vue d'ensemble des clauses du droit applicable dans les accords interétatiques, cf. J. VERHOEVEN, « Traités ou contrats entre États ? Sur les conflits de lois en droit des gens », *Clunet* 1984, spéc. pp. 25 et s. et ses réf.

(15) Art. 42. — 1. « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend — y compris les règles relatives aux conflits de lois — ainsi que les principes de droit international en la matière. »

A. — *La portée des « règles de droit adoptées par les parties », au sens de l'article 42 de la Convention de Washington*

1. *L'ambiguïté de la solution dégagée par la sentence*

Pour le délégué du Royaume-Uni, présent aux travaux préparatoires de la Convention de Washington, « le passage le *plus important de l'Article [42-1] est sa première phrase* en vertu de laquelle les parties sont libres de choisir le droit à appliquer. La suite de ce paragraphe n'est plus qu'un complément et, à son avis, la disposition devrait être rédigée d'une façon aussi large que possible.. » (16).

Une telle observation n'est réellement suffisante que si les arbitres admettent que la référence, par les parties, aux règles d'un droit, équivaut à la référence globale à ce droit, *lato sensu* (17).

Mais il n'en a pas été ainsi, et il s'avère que l'application de la première partie de l'article 42-1, n'a pas suffi à écarter l'applicabilité de la seconde partie de cette disposition.

La sentence, en dépit de sa confusion totale dans l'application de l'ensemble de l'article 42-1 de la Convention de Washington (18), permet néanmoins d'illustrer que la portée de l'adoption par les parties des règles de droit de l'État hôte — en l'occurrence la loi égyptienne n° 43 de 1974 sur l'investissement —, serait susceptible d'être interprétée restrictivement et ne pas emporter l'adhésion globale à l'ordre juridique de l'État hôte pour le règlement des différends opposant les parties.

La République d'Égypte soutenait que les parties sont convenues, en vertu de la première partie de l'article 42-1, d'appliquer à leur litige, le droit égyptien, y compris le droit administratif, dont le choix résulte de la référence expresse faite, dans le préambule de l'Accord-cadre des parties, aux diverses lois égyptiennes n° 1 et n° 2 de 1973 et à la loi n° 43 de 1974 sur l'investissement (19) qui dispose, entre autres, que « les matières non couvertes par cette loi sont soumises aux lois et décrets applicables ». Ce qui établissait qu'« *aucun autre droit que le droit égyptien n'a été choisi par les parties* » et que « *toute lacune doit être comblée par l'application du droit commun égyptien applicable* » (20).

(16) Cf. *Hist. de la Convention*, vol. III, p. 630. Italiques ajoutés.

(17) A savoir, au système dans lequel ladite règle est en vigueur. Il y va également de la garantie d'application des règles du droit international en vigueur entre l'État de l'investisseur et l'État hôte — lorsque l'adoption porte sur les règles de droit de celui-ci, normalement intégrées dans l'ordre juridique de cet État. L'interprétation de l'art. 42-1, première phrase, a été considérée comme une question difficile et a suscité diverses opinions, cf. G. DELAUME, *ICSID Review* 1993, précité, spéc. pp. 244 et s.

(18) Cf. *infra*, pp. 628 et s.

(19) Cf. l'exposé du mémoire en réplique d'Égypte, § 33, p. 13 de la sentence.

(20) § 75 de la sentence.

La SPP, pour sa part, refusait que l'on puisse considérer les parties comme étant convenues implicitement de l'application exclusive du droit égyptien. Selon la SPP, la loi n° 43 qui régit en premier son investissement, *ne couvre pas tous les aspects du litige*, et en l'absence d'accord sur le droit que le Tribunal devra appliquer, elle demandait l'application de la seconde partie de l'article 42-1 de la Convention (21).

Le Tribunal, après avoir souligné la reconnaissance, par les deux parties, de l'applicabilité de la loi égyptienne n° 43 et, de la Convention de l'UNESCO de 1972 sur la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (22), a estimé que « ... même en acceptant le point de vue de la défenderesse selon laquelle les parties sont implicitement convenus d'appliquer le droit égyptien, un tel accord ne peut pas entièrement exclure l'applicabilité directe du droit international dans certaines situations » (23). Selon le Tribunal, « le droit égyptien comme tout système de droit interne, n'est pas complet, et en cas de lacune on ne peut pas dire qu'il y a accord des parties sur l'application d'une règle de ce droit qui, *ex hypothesi*, n'existe pas ». « Dans un tel cas », estime le Tribunal, « il faut dire qu'il y a 'absence d'accord' et, par conséquent, la seconde partie de l'article 42-1 devrait entrer en jeu » (24).

A priori, il résulte de cette solution que la portée de la référence à certaines lois égyptiennes est extensive car elle équivaut au choix de tout le droit égyptien existant.

Cependant, le raisonnement du Tribunal sur la « lacune » du droit choisi équivalant à l'absence du choix a abouti à faire appel à la fonction supplétive du droit international, prévue dans l'hypothèse envisagée dans la seconde phrase de l'article 42-1.

Il faut remarquer qu'à la supposer concevable, l'exception de lacune ouvrant la voie à l'application d'un autre système n'était pas fondée en l'occurrence, car aux termes des dispositions existantes du droit égyptien, notamment de l'article 1 du Code Civil égyptien,

« 1. Legislative provisions are applicable to all issues which are covered by these provisions, in text and content.

(21) § 77 de la sentence.

(22) La SPP avait admis, dans ses conclusions devant la Cour d'appel de Paris, « que les États étaient susceptibles d'engager leur responsabilité internationale envers les autres États signataires en persistant dans les actes ou contrats devenus contraires aux règles de la Convention » (cf. § 78 de la sentence). Quant à l'Égypte, elle soutenait que dans le cadre de la première partie de l'article 42-1, « le rôle du droit international est limité : il ne peut être appliqué directement, mais seulement indirectement à travers ses règles et principes qui sont incorporés dans le droit égyptien, tels que les dispositions des traités ratifiés par la République d'Égypte, en particulier la Convention de l'UNESCO » (cf. § 76).

(23) Cf. § 80 : « ... even accepting the Respondant's view that the Parties have implicitly agreed to apply Egyptian Law, such an agreement cannot entirely exclude the direct applicability of international law in certain situations ».

(24) *Ibidem*.

2. In the absence of applicable legislative provisions the judge shall pronounce his sentence in accordance with usage. In the absence of usage his sentence shall be issued according to principles of Islamic Legislation. And in the absence of Islamic Legislative provisions applicable thereto the judge shall rule in accordance with natural law provisions and rules of justice » (25).

Ce qui a conduit le Tribunal au résultat, paradoxal et contradictoire, de refuser ainsi au droit égyptien, droit choisi par les parties, au sens de l'article 42-1, première phrase, l'application entière qu'il prétendait lui avoir accordée.

Cette sentence, ainsi qu'il a été souligné (26), n'aura pas de grande incidence dans l'interprétation de l'article 42 de la Convention. En réalité et indépendamment de son argumentation sur la lacune, la sentence ne suit guère la démarche de principe qu'elle s'est fixée.

2. Conséquence : le manque de base légale du droit appliqué

S'agissant de la nature juridique des mesures prises par l'Égypte, le droit égyptien applicable — au dire du Tribunal — sur la base de la première partie de l'article 42-1, a aussi été écarté sur la base de la seconde partie de ce même article (27).

En effet, l'Égypte, estimant que l'annulation du Projet n'a pas été une « nationalisation » ou une « confiscation », prohibées par la loi n° 43, invoquait également qu'« en droit égyptien, l'expropriation ne s'étend pas aux droits contractuels ou autres droits incorporels, mais seulement aux droits de propriété réels » (28). Le Tribunal, après avoir examiné la nature des droits de la SPP frappés par l'annulation du projet, conclut aussi que : « Clearly, those rights and interests were of a contractual rather than *in rem* nature » (29).

De cette conclusion qui devrait le conduire à vérifier le bien fondé de la prétention de l'Égypte, soit pour rejeter soit pour retenir la qualification d'expropriation de la mesure d'annulation au regard du droit égyptien choisi par les parties (30), le Tribunal n'a, cependant, tiré aucune conséquence, si ce n'est d'écarter aussitôt l'examen du droit égyptien au profit du droit international qui admet, selon la sentence, l'expropriation indi-

(25) Texte reproduit par l'opinion dissidente, p. 92 ; cf. aussi, E. GAILLARD, *in Clunet* 1994, précité, spéc. p. 244 *in fine* et 245.

(26) Cf. E. GAILLARD, précité, *Clunet*, pp. 245, 247 *in fine* et, 244 où il relève les dangers d'une telle démarche.

(27) La sentence fait application du rôle correctif — de ce qu'il qualifie le rôle correctif — du droit international consacré dans la seconde partie de l'article 42-1 ; sur la confusion du raisonnement suivi sur ce point, cf. *infra*, pp. 632 et s.

(28) § 160.

(29) § 164.

(30) Le rejet de la qualification d'expropriation n'entraînait pas le refus d'indemnisation qui pouvait être justifié sur une autre base, notamment la confiscation.

recte des droits contractuels (31), droits contractuels que la sentence prétend, par ailleurs, protégés par le droit international (32).

La mise à l'écart de la loi égyptienne sur ce point, s'éloigne étrangement du principe que le Tribunal avait énoncé quant à l'applicabilité du droit égyptien sur la base de la première partie de l'article 42-1 de la Convention de Washington (33), et opère une substitution de base légale de ce droit en naviguant entre la première et la seconde partie de l'article 42-1.

Lorsque, comme en l'occurrence, les règles de droit adoptées par les parties sont celles de l'État hôte, l'interprétation restrictive de la portée matérielle de la référence à celles-ci quant au règlement des différends, n'aura pas de grande incidence sur l'application **intégrale** de ce droit et le respect des règles du droit international applicables, tous deux garantis, à défaut d'accord, sur la base de la seconde partie de l'article 42-1 (34).

Pendant, la question de la portée de la référence aux « règles de droit adoptées par les parties » regagne toute son importance lorsque celles-ci sont celles d'un État autre que l'État hôte. Si cette référence devrait être interprétée restrictivement, c'est l'ensemble de l'équilibre de l'article 42 qui serait en danger.

L'interprétation extensive accordée à la référence ponctuelle aux règles de l'État hôte, peut, par contre, contrecarrer l'intention de la ou des parties qui auraient voulu éventuellement écarter l'application des règles de droit international, en vigueur et intégrées dans l'ordre juridique de l'État hôte.

La solution retenue par le Tribunal ne rentre dans aucune de ces catégories. Elle énonce la portée extensive du droit égyptien dont les règles sont adoptées par les parties en vertu de l'article 42-1 première phrase, mais lui applique, en fait, une portée restrictive en écartant son applicabilité tantôt,

(31) Cf. § 165 à 167, où la sentence se réfère à la décision de la CPJI dans l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* (fond) (*Rec. CPJI*, série A-n° 7) et à la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américain. Il est à noter que la solution retenue, dans l'arrêt de la CPJI, se rapporte à l'interprétation de l'article 6, 7 et 23 de la Convention de Genève, et le terme « expropriation » est utilisé pour les besoins de commodité (cf. pp. 21-22), malgré la distinction faite dans l'article 6 et dans le mémoire de l'Allemagne, entre l'« expropriation » et la « liquidation » (pp. 6, 8, 9).

(32) Cf. § 164 ; sur ce point, cf. *infra*, pp. 641 et s.

(33) Cf. aussi, E. GAILLARD, *Chunet* 1994, précité, spéc. p. 245., notamment ses observations critiques sur le choix du droit international, par le Tribunal, pour la détermination du *des a quo* dans le calcul des intérêts, où il estime que « la considération de l'exemple suffit à discréditer la méthode ». Sur les contradictions de la sentences sur les problèmes relatifs au calcul des intérêts, cf. G. DELAUME, *IOSID Review* 1993, précité, spéc. p. 252, et *Rev. Arb.* 1994, n° 1, précité, spéc. pp. 57 et s.

(34) L'art. 42-1, seconde phrase, utilise l'expression « droit » de l'État partie au différend. M. Gaillard estime « qu'il aurait du reste suffi de fonder [la solution retenue] sur la deuxième phrase de l'article 42(1) » (*Chunet* 1994, précité, spéc. p. 245). Or une telle orientation, bien que de moindre mal, ferait cependant table rase de l'existence de l'accord des parties sur le droit applicable, exprimé par la référence claire faite à la loi égyptienne sur l'investissement, et serait également critiquable quant à l'application fidèle de l'article 42-1 de la Convention de Washington.

au nom de la soi-disante lacune (35) et en méconnaissance de la disposition claire de son Code Civil, tantôt au nom du droit international auquel il semble attribuer un rôle d'intervention d'office.

B. — *Les « règles de droit adoptés par les parties »
à un contrat et le droit international.
La notion d'ordre public international*

Le droit international a-t-il un titre d'intervention en présence du choix du droit applicable ?

Pour Berthold Goldman qui, cependant, reconnaît l'absence de toute prescription de la Convention qui limiterait l'autonomie des parties dans le choix des règles applicables à leur différend (36), « les principes du droit économique international pou[r]raient et dev[r]aient être pris en considération par le tribunal pour interpréter et éventuellement compléter le droit national applicable, même lorsque celui-ci a été choisi par les parties » (37) au contrat.

En réalité, le « droit économique international » que vise l'auteur n'est autre que la *lex mercatoria* (38) avec la fonction de garant de l'ordre public international de ses règles que lui attribue son inventeur spirituel. Sans entrer dans le débat sur la juridicité de cet ordre de la société des marchands (39), totalement différent, à le supposer établi, des principes du droit international visé par l'article 42 de la Convention de Washington (40), leur intervention, n'est pas admise dans cette hypothèse (41).

Lorsque dans le cadre du système CIRDI, les parties à un différend adoptent la loi applicable à celui-ci, cette désignation ou, du moins, son opposabilité à l'arbitre CIRDI, est avalisée dans une règle de droit international

(35) Sur la critique de l'exception de lacune soulevée par le tribunal, cf. aussi, G. DELAUME, *ICSID Review* 1993, précité, spéc. p. 248.

(36) Cf. « Le droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États », in *Investissements étrangers et arbitrage entre État et personnes privées ; la convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Paris, Pedone, 1969, spéc. p. 151.

(37) *Ibidem*.

(38) *Ibid.* p. 147. Cf. aussi Ph. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? » in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 97 et s. et les réf.

(39) Cf. P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 125 et s.

(40) Le Rapport des Administrateurs de la Banque accompagnant le texte de la Convention, précise que le terme « droit international » contenu à l'article 42-1 *in fine*, « doit être interprété au sens de l'Article 38(1) du Statut de la Cour Internationale de Justice... » (*Hist. de la Convention*, vol. III, p. 863).

(41) Notons que l'intervention à titre d'interprétation du droit national que suggère également Berthold Goldman ne se justifie en principe dans aucune hypothèse car, une règle de droit relevant d'un système juridique ne peut être interprétée à la lumière des principes relevant d'un système « concurrent ».

public, contenue dans la première phrase de l'article 42 al 1 de la Convention dont le texte n'admet aucune exception ni tempérament. Elle s'impose à l'arbitre au même titre que celle, contenue dans la seconde phrase du même alinéa. C'est ainsi que « ...les dispositions de l'art. 42 ne sauraient s'interpréter comme énonçant soit de simples conseils ou recommandations aux arbitres, soit une obligation non sanctionnée... » (42).

Cette solution résulte également des précisions données lors des débats préparatoires de la Convention selon lesquelles, « si les parties ont convenu du droit qui doit être appliqué par le tribunal, ... le tribunal est lié par leur accord » (43).

La notion d'ordre public international, contenue dans la proposition française tendant à soumettre le tribunal à des éléments de guidance à respecter en tout état de cause, a également été rejetée lors des travaux préparatoires de la Convention (44).

Lorsque le choix opéré en vertu de cette règle internationale vise le droit d'un État x, seules, les règles de celui-ci doivent être appliquées par l'arbitre CIRDI.

La consécration de « l'ordre public réellement international » par les articles 1, 2 et 5 de la résolution de l'Institut de Droit International sur « l'arbitrage entre États et entreprises étrangères », issue de sa session de 1989 (45), n'altère pas cette obligation. En effet, l'application des règles du droit choisi par les parties est dictée à l'arbitre CIRDI par une norme supérieure spéciale qu'est la Convention de Washington, et non en vertu du ou d'un principe de droit international privé ou de la *lex mercatoria* (46).

D'ailleurs, le préambule de cette résolution prend soin de préciser que la « Resolution is without prejudice to applicable provisions of international

(42) Cf. décision du Comité *ad hoc* du 3 mai 1985, *Klöckner c. Rép. du Cameroun*, *Clunet* 1987, spéc. pp. 165 *in fine* et 166.

(43) Cf. Rapport du Président du 9/7/64, adressé aux Conseils des gouverneurs de la Banque, *Hist. de la Convention*, vol. III, p. 380, § 58.

(44) Cf. *Hist. de la Convention*, vol. III, p. 194, p. 380 *in fine* et 381

(45) Session de Saint Jacques de Compostelle, *Ann. IDI*, 1989, pp. 31-201 ; cf. le texte de la résolution, pp. 202-204. Selon l'article 1, les arbitres qui tiennent leurs pouvoirs et leur légitimité de l'accord des parties, ne doivent pas commettre d'excès de pouvoirs, mais devraient néanmoins respecter « the peremptory norms of truly international policy » ; selon l'article 2, « A truly international public policy exists when the emergent international order served by arbitration has reached a consensus on a given economic, political, or social issues. With respect to issues on which such consensus does not exist, the arbitrators' authority and the legitimacy of their award rest on the parties' agreement providing for arbitration » ; aux termes de l'article 5 *in fine*, « Except as truly international public policy, as defined in article 2, may require, arbitrators are obliged to apply the law agreed upon by the parties ».

(46) D'ailleurs, sur le déclin de la *lex mercatoria* dans les contrats d'État, cf. G. DELAUME, « The Proper Law of State Contracts and the Lex Mercatoria : A Reappraisal », *ICSID Review*, 1988, pp. 79 et s.

treaties », notamment, celles contenues dans la Convention de Washington (47).

Dans le cadre du CIRDI, le principe d'autonomie de la volonté des parties dans le choix de la loi applicable, puise sa juridicité, sa vigueur et sa force obligatoire dans un traité interétatique. A ce titre, il constitue un droit pour les parties et, une obligation internationale que les instances CIRDI, en l'absence de toute limitation dans la Convention, doivent respecter (par la voix des arbitres) et faire respecter (par la voie du contentieux de l'annulation).

Par conséquent, l'intervention d'office des principes autres que ceux appartenant au droit adopté par les parties au litige, constituera souvent, un excès de pouvoir au sens de l'article 52 de la Convention (48), une dénaturation de l'article 42-1 de la Convention et de son intention manifeste de promouvoir la liberté pour les parties d'adopter à tout moment la loi applicable à leur différend. Lorsque, dans le cadre du système CIRDI, un droit a été choisi par les parties, il s'appliquera exclusivement car — et si — telle est la volonté des parties (49).

Il découle ainsi de l'examen de la Convention de Washington que le droit choisi par les parties, contrairement au droit principal que l'arbitre applique à défaut de choix (50), bénéficie d'une étanchéité qui devrait garantir sa plénitude d'application.

La solution contraire, sur ce point, de la sentence SPP c. la République Arabe d'Égypte du 20 mai 1992, n'est pas déterminante car, procédant d'une confusion.

Le droit choisi par les parties étant le droit égyptien, la sentence, après avoir justifié, au moyen d'une construction théorique qui lui est propre, l'applicabilité du droit international — au titre de la seconde phrase de l'article 42-1 — **lorsque le droit choisi par les parties est lacunaire** (51), prétend, par ailleurs — et toujours pour écarter de nouveau le droit égypt-

(47) Cf. A. VON MEHREN, « Arbitration Between States and Foreign Enterprises ; The Significance of the Institute of International Law's Santiago de Compostela Resolution », *ICSID Review*, vol. 5, n° 1, 1990, spéc. p. 1. L'auteur a été le rapporteur du projet préliminaire de cette résolution.

(48) Cf. la décision du 22 décembre 1989 du Comité ad-hoc sur l'annulation de la sentence *MINE c. République de Guinée* du 6 janvier 1988, *Clunet* 1991, pp. 166 et s. spéc. p. 168, obs. GAILLARD ; voir le texte intégral de la décision, in *ICSID Review* 1990, pp. 95 et s. ; cf. aussi, G. DELAUME, *ICSID Review* 1993, précité, spéc. p. 242.

(49) Cf. aussi, M. AMADIO, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ 1967, spéc. p. 181 ; E. GAILLARD, *Clunet* 1994, précité, spéc. p. 245, l'auteur réserve cependant « les exigences de l'ordre public international » dont on vient de démontrer, qu'à les supposer établies, elle n'ont pas la capacité d'intervention d'office dans le cadre de cette disposition.

(50) A savoir, le droit de l'État hôte prévu à l'article 42-1, seconde phrase.

(51) Rappelons que selon le Tribunal, dans ce cas l'on ne peut estimer qu'il y ait eu accord sur le droit applicable qui, *ex hypothesi* n'existe pas, et l'on se trouve dès lors, dans le cadre de l'article 42-1, deuxième phrase, qui justifie l'application du droit international (cf. § 80 précité)

tien choisi (52) —, que l'intervention du droit international se justifierait également « lorsque le droit international est violé par l'application exclusive du droit interne » (53). Pour étayer cette affirmation qu'elle considère conforme à l'article 42, la sentence s'appuie sur l'interprétation donnée par M. Broches de cette disposition, interprétation qui est totalement dénaturée de son contexte (54). En effet, l'interprétation citée est en réalité relative à l'article 42-1, **deuxième phrase**, à savoir, l'hypothèse d'absence du choix par les parties du droit applicable (55), ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Par conséquent, même sur ce point, la solution donnée par la sentence qui procède d'une confusion de démarche, basée sur sa construction incohérente de l'ensemble de l'article 42, ne peut qu'être écartée, dans la mesure où l'intervention du droit international en dépit du choix des parties n'est pas motivée sur la base de l'article 42-1, première phrase.

III. — LE FOND. L'APPLICATION HORS CONTEXTE DES RÈGLES DU DROIT DES GENS

Au delà de l'absence, en l'espèce, de toute base légale d'applicabilité du droit international au regard de l'article 42 de la Convention de Washington, c'est la confusion de la sentence dans l'application des règles de ce droit, en général, et de celles régissant la responsabilité internationale des États, en particulier, qui constitue la raison principale de son incohérence.

Afin de repousser le bien fondé des demandes pécuniaires de la SPP, l'Égypte soutenait, dans le cadre d'un de ses moyens de défense, que les droits de la SPP sur le Projet, étaient annulables ou résiliables en raison des causes de nullité qui frapperait le Projet. Selon l'Égypte, par suite de l'illégalité du décret présidentiel ayant empiété sur le domaine public, défini

(52) Il s'agissait, cette fois, d'un moyen de nullité basé sur l'illégalité du décret présidentiel.

(53) Selon le Tribunal, « Quand le droit interne contient une lacune ou lorsque le droit international est violé par l'application exclusive du droit interne, le Tribunal est tenu, conformément à l'article 42 de la Convention de Washington, d'appliquer directement les principes et règles pertinents du droit international. Ainsi que l'a expliqué l'un des auteurs de la Convention de Washington, un tel processus ... » (cf. § 84).

(54) Selon le Tribunal, « Ainsi que l'a expliqué l'un des auteurs de la Convention de Washington, un tel processus 'n'implique pas l'approbation ou le désaveu de la valeur du droit interne de l'État d'accueil mais peut conduire à ne pas l'appliquer lorsque ce droit ou une action prise en application de ce droit viole le droit international', (A. BROCHES, 'The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States', *RCADI* 1972, vol. 136, p. 342) » (cf. § 84).

(55) La citation commence ainsi : « My submission as to the relationship between the law of the host state and international law in the second sentence of article 42(1) is as follows... » (p. 392 ; c'est nous qui soulignons. La référence, faite par la sentence, à la page 342 est inexacte).

par un arrêté de 1955 (56), et de la nullité, au regard des exigences du droit administratif égyptien, de certaines décisions de fonctionnaires égyptiens (57), la SPP serait mal fondée à demander l'indemnisation de ses droits contractuels qui ne sont pas valides.

En réponse à l'Égypte, la sentence déclare :

« il est possible qu'en droit égyptien certains actes d'autorités égyptiennes, y compris le décret présidentiel n° 475, soient considérés comme inexistantes, nuls ou susceptibles d'être invalidés. Cependant, ces actes ont été pris sous le couvert des autorités gouvernementales et communiqués comme tels aux investisseurs étrangers qui se sont fondés sur eux pour procéder à leurs investissements » (58). « **Qu'ils soient réguliers ou non en droit égyptien**, les actes en question ont été ceux des autorités égyptiennes, y compris des plus hautes autorités exécutives du Gouvernement. Ces actes, dont il est aujourd'hui allégué qu'ils ont été pris en violation de l'ordre juridique interne égyptien, ont créé une attente protégée par les principes établis du droit international... » (59).

La sentence évoque ainsi le principe de l'estoppel basé sur l'apparence (60).

Or, en réalité, plus que de l'estoppel, c'est d'une autre règle de déchéance du droit international public, propre à l'essence des rapports interétatiques, qu'il s'agit et qui a effectivement été opposée au moyen de nullité invoqué par l'Égypte.

A. — De l'application de l'estoppel à un moyen de nullité

En tant que principe existant, *mutatis mutandis*, dans les systèmes juridiques internes d'une part (61), et principe en vigueur en droit des gens d'autre part, la violation du principe général de l'interdiction de se contre-

(56) Cf. « Mémoire de l'Égypte », § 34 II. B1. 6 de la sentence. Selon l'Égypte, les demandes pécuniaires de la SPP seraient mal fondées dès lors que « la RAE n'a ni nationalisé ni confisqué les droits de SPP (ME) sur un 'Projet' au sens de la loi 43/74, art. 7. Qu'il n'y a pas eu de nationalisation à défaut de transfert desdits droits et du Projet au profit de l'État ou d'une collectivité publique. Que la mesure de classement et d'expropriation pour cause d'utilité publique du terrain du Plateau était non seulement licite (ce qui n'est pas contesté) mais même obligatoire en raison de la Convention de l'UNESCO de 1972... Qu'il n'y a pas eu de 'confiscation' des droits des demandeurs sur le Projet ; qu'en effet, il n'y a pas eu privation de tels droits, le Projet étant seulement modifié dans l'une de ses modalités d'exécution conformément au droit administratif égyptien ; » (*ibidem*)

(57) Cf. § 81 de la sentence, *Clunet* 1994, p. 231.

(58) § 82, *Clunet* 1994, p. 231.

(59) § 83. C'est nous qui soulignons.

(60) Sur la similitude des effets, indépendamment des différences dans leur application, et la différence des deux institutions, cf. M.N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé, essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ, 1984, spéc. n° 551 à 559 et s. ; cf. aussi, E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, comme un principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Rev. Arb.* 1985, spéc. p. 247.

(61) Sur une synthèse des différentes acceptations de ce principe dans quelques systèmes de droit, cf. E. GAILLARD, précité, *Rev. Arb.* 1985, spéc. pp. 246 et s.

dire au détriment d'autrui (62), n'engendre pas de responsabilité autonome (63).

Dans la mesure où le principe de l'*estoppel* est connu des droits internes et du droit international public, son contenu est susceptible de variations selon qu'il s'applique à des rapports interétatiques ou à des opérations transnationales. Son intervention étant liée à la notion du **préjudice** — empêcher l'auteur de tirer profit de sa contradiction, en se déliant de l'attente légitime qu'il avait initialement créée chez son bénéficiaire, et de laisser sans conséquence le préjudice qui en ressort pour ce dernier (64) — ses **applications** concrètes et ses **limites**, ainsi que ses **conséquences** sur le sort du différend ou sur les droits et les obligations des parties, ne peuvent, dès lors, qu'être recherchés dans le **système juridique qui gère les rapports de base** entre l'auteur du comportement (*agens* (65)) et son bénéficiaire (*accipiens* (66)), en l'occurrence, dans celui qui gère les rapports contractuels entre la SPP et l'Égypte.

— **En droit international public**, plusieurs règles proviennent d'une systématisation de l'idée d'*estoppel* dans des situations précises. Par exemple la règle selon laquelle un État ne peut se délier de ses obligations internationales **envers un autre État** en excipant de son droit interne (67).

(62) Cf. E. GAILLARD, précité, *Rev. Arb.* 1985, pp. 241 et s. Dans la première sentence Amco Asia du 25 septembre 1983, le Tribunal a estimé que malgré l'origine anglo saxonne de la théorie de l'*estoppel* développés dans ce système, et le fait que ses applications ne soient pas d'application universelle, il est possible d'en tirer l'essence du concept, basé sur la bonne foi que l'on trouve dans tous les systèmes de droit (*Clunet* 1986, spéc. pp. 219 et s.). Ce qui n'implique pas que les applications du principe soient identiques dans tous les systèmes juridiques, cf. aussi, E. GAILLARD, précité. Le premier Tribunal arbitral a estimé que l'*estoppel* « est un principe général ... applicable aux relations économiques internationale dans lesquelles sont impliqués des particuliers » (§ 48). L'application de l'*estoppel* a été écartée par la seconde sentence du 31 mai 1990 (*Clunet* 1991, pp. 172 et s., obs. GAILLARD), rendue après l'annulation de la première, dans les termes suivants : « Le Tribunal doute que le principe de droit international de l'*estoppel* puisse, à partir d'une bonne compréhension des faits et des éléments de preuve de la cause, s'appliquer à l'une quelconque de ces situations. ... » (§ 145) ; il est à noter que la formule (soulignée par nous) est moins probante quant à l'*estoppel*, comme « principe général ... applicable aux relations économiques internationales dans lesquelles sont impliqués des particuliers », tel qu'exprimé dans la première sentence. Sur le rejet du raisonnement syllogistique, bonne foi — principe général de droit, donc *estoppel* — principe de même nature, cf. Ch. VALLÉE, « Quelques observations sur l'*estoppel* en droit des gens », *RGDIP* 1973, spéc. pp. 994-995.

(63) Cf. Chr. DOMINICE, « A propos du principe de l'*estoppel* en droit des gens », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, spéc. p. 361 ; Ch. VALLÉE, précité, *RGDIP* 1973, spéc. p. 986.

(64) Sur le rapport entre l'*estoppel* et le préjudice dans la jurisprudence de la Cour, cf., l'arrêt de la CIJ, du 26 novembre 1984, dans « l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci », *Rec. CIJ*, 1984, spéc. p. 415 ; l'arrêt du 24 juillet 1964, dans « l'Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company » (exceptions préliminaires), *Rec. CIJ*, 1964, pp. 6 et s. ; cf. aussi, l'opinion individuelle du juge Alfaro dans l'« Affaire du Temple de préah-Vihéar » du 15 juin 1962, p. 40.

(65) Cf. D'ARGENT, *Une théorie originale du droit anglais : la doctrine de l'Estoppel*, thèse, Grenoble 1943, spéc. p. 115, cité par JOBARD-BACHELLIER, précité, spéc. p. 368, note 37.

(66) *Op. cit.*

(67) Cette règle se manifeste en droit des traités sous la forme de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969.

Il s'agit d'une règle bien établie qui, sans se confondre avec l'*estoppel*, au sens strict (68), s'en rapproche tout de même par l'effet de déchéance (69) qu'elle attache à la contradiction qu'elle décèle dans le comportement ou les prétentions postérieures de l'État, contradiction qu'elle refuse de prendre en compte (70). La raison d'être et la logique de cette règle, comme celles de l'*estoppel*, résident dans la bonne foi (71). D'inspiration rapprochée de l'*estoppel*, dont l'idée principale suppose une contradiction, basée sur des **comportements factuels ou sur des prétentions** (72), cette règle n'a pu cependant être systématisée dans les rapports interétatiques, que grâce au **statut factuel** du droit interne au regard du droit des gens (73).

En effet, l'*estoppel* est une institution qui n'est nécessaire à frapper de déchéance qu'une prétention, car, s'agissant de la déchéance d'un droit, il existe d'autres institutions distinctes, relatives aux modalités d'extinction des droits subjectifs (74). Qualifiant de « nice distinction, but necessary one », BOWETT écrit : « the relation of estoppel to the sphere of fact and law is that it operates in the former only, but in so doing it may determine the context within which the legal rights and duties of the parties have meaning and application » (75).

Si l'on pouvait opposer l'*estoppel* et tenir pour sans effet, un moyen considéré, dans l'ordre juridique en question, comme un argument de droit soulevé par l'auteur du comportement initial, on aboutirait à nier la notion d'exception de nullité.

(68) A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, Paris, Pedone, 1979.

(69) CHR. DOMINICE, précité, in *Mé. Guggenheim*, spéc. pp. 363 et 364.

(70) L'*estoppel*, au sens large, a pu être récemment présenté en droit international, comme « la situation d'un sujet international qui, ayant adopté préalablement et souverainement une certaine ligne de conduite sur laquelle d'autres sujets internationaux ont pu baser leurs expectatives juridiques, est ensuite empêché de se contredire et de refuser d'assumer les conséquences internationales de ladite conduite, lorsque celles-ci lui sont défavorables », L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI* 1984, vol. VI, spéc. p. 186, note 72.

(71) Cf. à cet égard, Ch. VALLÉE, précité, *RGDIP* 1973, spéc. pp. 992 et s.

(72) L'*estoppel* est « une exception d'irrecevabilité opposable à toute allégation qui, bien que peut être conforme à la réalité des faits, n'en est pas moins inadmissible parce que contraire à une attitude antérieurement adoptée par la partie qui l'avance » (P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, tome II, spéc. p. 158).

(73) Sa différence avec l'*estoppel* réside en ce que la déchéance est systématique et ne repose pas sur les exigences que requiert intrinsèquement l'*estoppel* ; sur ces exigences, cf. *infra*, note 81.

(74) Par exemple la renonciation — qui la produisent, sous leur propres conditions (cf. à cet égard, Ch. DOMINICE, précité, p. 344) ; sur la signification utile de l'*estoppel* et sa distinction avec la théorie de l'accord donnant effet à un consentement exprimé sous forme d'acte unilatéral, cf. J. LANG, *Le plateau continental de la mer du Nord*, Paris, LGDJ, 1970, 2^e tirage, 1988, pp. 50 à 60 (spéc. p. 58) où, l'analyse critique de la référence, par l'arrêt, à l'*estoppel*, fait dire à l'auteur que, « la solution proposée par la Cour ... aurait pu être présentée dans un langage plus classique : elle aurait gagné en clarté ce qu'elle aurait perdu en élégance » (*ibidem*).

(75) D.W. BOWETT, « Estoppel Before International Tribunals and its Relation to Acquiescence », *Bybil* 1957, spéc. p. 190. Sur les questions de fait et les questions de faits constitutives de droit, cf. aussi, M.B. AKEHURST, « Le principe de l'estoppel en droit administratif international », *Clunet* 1966, spéc. pp. 286 et s.

S'agissant de la théorie de l'apparence, son application rencontre aussi une limite en matière de nullité où le recours aux vices de nullité du consentement « vise au contraire à dénoncer l'inexactitude de la représentation qu'un individu s'est faite de la réalité, pour annuler l'opération qu'il a conclue ; en clair, l'application de ces dernières règles permet de combattre l'apparence. » (76).

En droit international, également, les exceptions de nullité sont exclues du jeu de l'*estoppel*. L'article 45 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, mentionne limitativement les conditions et les cas de déchéance des nullités — relatives —, par acceptation expresse ou par acquiescement, ce qui exclut l'*estoppel* (77).

Ainsi, l'irrecevabilité judiciaire, en droit international, d'un droit considéré comme tel pour son titulaire en droit interne, ne s'explique qu'en raison du statut factuel de celui-ci au regard de celui-là (78).

De même, c'est en raison de ce statut factuel du droit interne au regard du droit des gens, qu'une autre application de l'*estoppel* se concrétise dans une autre règle du droit des gens relative à l'imputation de l'infraction, selon laquelle, l'État ne peut, niant qu'il s'agit de son propre fait, exciper de l'incompétence ou de l'excès de pouvoir — au regard du droit interne — de ses agents qui auraient commis le fait internationalement illicite (79), afin de se dégager de sa responsabilité internationale.

— Peut-on raisonnablement concevoir, comme prémisse générale ou donnée acquise, qu'un État ne puisse invoquer, à l'égard d'une personne privée étrangère qui est — ou s'est — soumise à sa législation, les règles (80) de son ordre juridique car il serait systématiquement *estopped* ou déchu de ce moyen dès lors qu'il aura contracté avec elle ? Y répondre positivement et de façon radicale, c'est admettre implicitement, mais sans

(76) Cf. JOBARD-BAACHELLIER, précité, spéc. n° 556, note 46.

(77) Sur la distinction entre l'*estoppel* et l'acquiescement, malgré leur rapprochement, cf. D.W. BOWETT, précité, *Bybil* 1957, pp. 197 et s ; Ch. VALLÉE, précité, *RGDIP* 1973.

(78) Ainsi, « au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits... » (*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*(Fond), 25 mai 1926, *Rec. CPJI*, série A-n° 7, p. 19). En général, les habilitations juridiques ou les exigences du droit interne « ne sont que des faits pour les autres sujets de droit international » (NGUYEN QUOC Dinh, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 1987, n° 486) sauf, prescription contraire du droit des gens qui accorderait le statut de « droit » ou la « juridicité » à certaines règles du droit interne, à savoir, les transformerait en « fait juridique », « fait pris en considération par le droit international en tant que condition de certaines conséquences juridiques » dans ce droit (G. MORELLI, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1956, vol. I, p. 584). Par exemple en droit des traités, cf. l'art. 46 face à l'art. 27 de la Convention de Vienne de 1969 ; pour une synthèse de l'historique de l'article 46, cf. Ph. CAHIER, « La violation du droit interne relatif à la compétence pour conclure des traités comme cause de nullité des traités », *Riv. Dir. int.* 1971, pp. 226 et s. En droit de la responsabilité internationale, cf., par exemple, l'art. 4, 5, 6, 10 du projet CDI. Sur ces dispositions, voir L. CONDORELLI, précité, *RCADI* 1984, vol. VI, pp. 13 et s.

(79) Cf. L. CONDORELLI, précité, *RCADI* 1984, vol. VI, spéc. pp. 53 *in fine*, 54, 86.

(80) De surcroît, en vigueur à l'époque de la conclusion de l'opération litigieuse

démonstration, que les rapports de base entre l'État et l'investisseur sont tissés dans l'ordre juridique international, d'une part, et placer l'investisseur en dehors et au dessus de l'ordre juridique de l'État qui n'aurait, à son égard, qu'une simple valeur de fait, d'autre part. Il s'agira ainsi d'une application pure et simple de la règle conçue pour les rapports interétatiques, qui a été exposée, et non d'une recherche des conditions nécessaires à l'admissibilité de l'*estoppel* (81), comme principe commun aux systèmes juridiques.

Aussi, c'est d'une pétition de principe que procède la sentence qui envisage une telle déchéance systématique. Il ne s'agit pas, en effet, d'une simple application analogique du droit international en matière de validité des obligations interétatiques (82), mais d'un ancrage, sans base légale, des droits contractuels de la SPP en droit des gens.

Dans la jurisprudence arbitrale, la sentence CCI du 30 avril 1982, dans l'affaire Framatome et AL. c. AEOI (83), afin de rejeter l'argument de nullité du contrat, soulevé par l'AEOI, s'est fondée sur le droit iranien et son interprétation qui n'auraient conduit le contrat qu'à une nullité relative, elle-même, couverte, en l'espèce, par une ratification concluante postérieure. La solution dégagée par cette sentence a permis de conclure que l'annulation est tout à fait possible en cas d'irrégularité grave débouchant sur une nullité absolue (84), et nécessite forcément que l'arbitre — ou le

(81) Cf. W. BOWETT, précité, *BYBIL* 1957, spéc. pp. 188 et s. Les conditions nécessaires sont ainsi résumées par l'auteur : « The essentials of estoppel are : (a) The statement of fact must be clear and unambiguous. (b) The statement of fact must be made voluntarily, unconditionally, and must be authorized. (c) There must be reliance in good faith upon the statement either to the detriment of the party so relying on the statement or to the advantage of the party making the statement (p. 202). Aussi, l'argument de nullité soulevé par les États, dans leur rapports avec les particuliers, n'a jamais rencontré un rejet systématique, ou une fin de non recevoir. Le rejet a été fondé, tantôt, sur la base de l'enrichissement sans cause de l'État, tantôt sur la longévité de durée d'exécution et du silence de l'État qui n'a pas hésité à encaisser les revenus, tantôt en établissant la renonciation — qui suppose un droit — ; sur tous ces points, et la distinction des diverses déchéances (*lato sensu*) basées sur des règles autonomes, et sur l'*estoppel* », cf. Chr. DOMINICE, précité, *Mél. Guggenheim*, spéc. p. 331. Sur la portée restreinte de la sentence *Shufeldt* (USA — Guatemala) du 24 juillet 1930 (*BSA*, vol. II, spéc. p. 1094), invoquée, cependant, souvent en la matière, cf. Chr. DOMINICE, précité, in *Mél. Guggenheim*, spéc. pp. 334-335 ; A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, spéc. p. 154, n° 61 *in fine*.

(82) L'application par analogie de cette règle du droit international — à le supposer applicable en l'espèce, sur la base de l'article 42-1, deuxième phrase, de la Convention de Washington (cf. dans ce sens, E. GAILLARD, précité, *Clunet* 1994, spéc. p. 242) —, ne se justifierait même pas à ce titre, si l'on tient compte de la mise en garde faite, à cet égard, dans le commentaire officiel de l'article 42-1, quant à l'utilisation des principes et règles du droit international, prévus pour les rapports interétatiques. En effet, le Rapport, précité (cf. *supra*, note 40) des Administrateurs de la Banque ajoute « ... compte tenu cependant du fait que [l'Article 38(1) du Statut de la Cour Internationale de Justice] est destiné à s'appliquer à des différends interétatiques ». Sur l'analogie, cf. notamment, J. SALMON, « Le raisonnement par analogie en droit international public », *Mél. Charles Chaumont*, Pedone, 1984, pp. 495 et s., spéc. p. 595.

(83) Cf. *Clunet* 1984, pp. 58 et s., spéc. pp. 66-67.

(84) Cf. B. OPPELT, « Arbitrage et contrats d'État. L'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran », *Clunet* 1984, spéc. p. 52.

juge — examine le moyen au fond. Ce qui exclut l'irrecevabilité « judiciaire » (85) d'un tel moyen basée sur l'*estoppel*. (86)

D'autre part et de même, la jurisprudence internationale a déjà refusé, dans un litige interétatique d'origine privée, de considérer le moyen de nullité d'un contrat de concession basée sur les prescriptions du droit gouvernant celui-ci, comme un moyen que le jeu de l'*estoppel* rendrait irrecevable ou inopérant dans les rapports entre un État et un particulier (87).

La Cour Permanente de Justice Internationale, dans l'Affaire des concessions Mavrommatis à Jérusalem, du 26 mars 1925 (88), n'a pas hésité à examiner sur le fond, le moyen de nullité de la concession invoqué par la Grande Bretagne et relative à la mention de nationalité ottomane de Mavrommatis dans sa concession (89). Non seulement la Grande Bretagne n'avait jamais auparavant, lors de ses réunions avec Mavrommatis, soulevé la question de la mention de nationalité ottomane portée dans le contrat de concession, mais elle avait, à plusieurs reprises, exigé et obtenu de Mavrommatis, la preuve de sa nationalité grecque comme condition pour donner effet à la protection que le protocole XII accorde aux ressortissants des Puissances contractantes autres que la Turquie (90).

Il existait *a priori*, toutes les éléments requis par la définition de l'*estoppel*, à savoir un comportement ultérieur contraire à la représentation anté-

(85) Cf. Ch. DOMINICE, précité in *Mél. Guggenheim*, spéc. p. 335, note 17.

(86) Dans le même ordre d'idée, s'agissant de la théorie de l'apparence, la deuxième version du projet provisoire de résolution de l'Institut de droit international sur l'arbitrage entre États et entreprises étrangères, en date du 5 juin 1987, avait pu disposer dans son article 7, relatif au pouvoir des organes étatiques de conclure le contrat et/ou la clause arbitrale, que « Claims of lack of capacity to arbitrate or of authority to contract made by a foreign enterprise, a State, a state enterprise, or a state entity are to be approached and resolved by the arbitral tribunal under the *lex causae*. Accordingly appearances or representations are a basis for a finding of authority or capacity unless the *lex causae* provides otherwise. ... ». Cette version fut modifiée dans le projet provisoire de la résolution (cf. art. 10 de ce projet in *AIDI* 1989, pp. 95-96), avant que la question disparaisse du texte de la résolution laissant la place à l'article 4 dont la généralité du propos (validité de la clause d'arbitrage) jette sérieusement un doute sur l'utilité même de cette résolution qui ne s'intéresse pas réellement à répondre à la spécificité ou aux questions posées par l'arbitrage entre États et entreprises étrangères.

(87) Dans les litiges interétatiques d'origine privée, l'*agens* et l'*accipiens* sont — ou peuvent être — l'État et le particulier, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour relative aux *Affaires des emprunts serbes et brésiliens* (CPJI, série A, n° 20, spéc. pp. 38-39, n° 21, spéc. p. 120) cf. à cet égard, Ch. DOMINICE, précité, in *Mél. Guggenheim*, spéc. pp. 330 et s.

(88) Cf. *Rec.* série A — n° 5, spéc. p. 29

(89) *Ibid.*, p. 28 *in fine*. Le contrat avait été conclu par l'empire Ottoman auquel, après sa défaite et sa chute, succédait la Grande Bretagne dans cette zone. La Grande Bretagne a invoqué devant la Cour la nullité de ce contrat en droit ture pour erreur sur la nationalité du concessionnaire qui y était considéré comme ture alors qu'il était grec.

(90) Voir notamment, *ibid.*, pp. 15 à 18. Ce qui démontrait que l'attitude britannique avait créé l'apparence de la validité de la concession du point de vue des autorités britanniques.

rieure des faits (91), le préjudice résultant pour l'*accipiens* de la volte-face de l'*agens* (l'inapplicabilité du protocole XII) et l'avantage qui en résultait pour celui-ci.

Son application se heurtait, cependant, à l'absence du caractère international (public) du rapport de base entre l'*agens* et l'*accipiens* et, surtout, à la qualification juridique du moyen avancé, celui de la nullité.

Aussi, la Cour, loin d'opposer la déchéance / *estoppel* à l'exception de nullité soulevée par la Grande Bretagne, s'est engagée sur la voie de l'examen, au fond, de l'annulabilité de la concession au regard du droit turc régissant le contrat, et « des principes généralement admis en matière de contrats », dont la Grande Bretagne invoquait l'applicabilité :

« le défendeur n'a pas non plus cherché à démontrer que, si les autorités avaient imposé pareille condition, son inobservation eût entraîné en droit turc la nullité ou l'annulabilité. C'est pourquoi la question ne se pose pas en l'espèce de savoir si la Cour doit éventuellement rechercher quelle serait la règle que le droit turc aurait effectivement appliquée à la situation dont il s'agit. » (92).

« Même en se plaçant avec le Gouvernement Britannique sur le terrain des principes qui semblent généralement admis en matière de contrats et sur le terrain des intentions des parties ... [l']identité de la personne n'ayant jamais fait l'objet d'aucun doute, l'erreur ne peut concerner que l'une des qualités du concessionnaire. La nullité absolue paraît donc exclue ; l'annulabilité dépendrait de la question de savoir si la nationalité ottomane avait été considérée comme une condition de l'octroi de la concession. ... » (93).

C'est ainsi sur le fond que le moyen sera rejeté par la Cour. Ce qui constitue la démonstration (indirecte) de l'inopposabilité de l'*estoppel* à un moyen de nullité, et rejoint l'idée générale selon laquelle le principe de l'*estoppel* est inapplicable à la déchéance d'un droit (94).

L'on peut, dès lors, s'interroger sur la positivité de la « règle » expéditive de la sentence, qui oppose d'entrée de cause une fin de non recevoir (95) au moyen de nullité des actes invoquée par l'Égypte, et selon laquelle « qu'ils soient réguliers ou non en droit égyptien » (96), la validité apparente du Projet des Pyramides se maintiendrait par application de l'*estoppel*, l'annulabilité n'ayant aucune influence sur le sort du différend !

(91) Le fait de refuser l'indemnisation en opposant à l'*accipiens*, après avoir exigé et obtenu de lui comme condition ouvrant droit à son indemnisation la preuve de sa nationalité grecque, la nullité de son contrat de concession du fait même de cette nationalité grecque. A l'instar des autorités ottomanes, les autorités britanniques avaient eu connaissance de la mention de nationalité turque dans le contrat de concession et n'avaient jamais réagi auparavant, notamment, depuis la succession à l'autorité ottomane dans cette zone.

(92) *Ibid.*, p. 29.

(93) *Ibid.*, p. 30.

(94) La qualification du droit ou du fait, étant soumise au système qui régit le rapport juridique de base, cf. *supra*, pp. 634-635.

(95) Ce qui constitue une véritable application de l'*estoppel*, cf. Ch. DOMINICE, précité, spéc. p. 351.

(96) Cf. § 83, précité.

Enfin, même si l'on pouvait souscrire — à tort — à l'opinion d'un auteur selon laquelle, « [s]'il est vrai que l'attitude d'un État constitutive d'un estoppel, [peut] être génératric[e] d'une responsabilité internationale, il n'en sera ainsi que si cette attitude peut, elle-même, être considérée comme un fait internationalement illicite » (97), admettre que faire respecter les exigences de l'ordre juridique de l'État, susceptibles d'annuler un contrat d'État, engagerait la responsabilité internationale de l'État, c'est souscrire implicitement à l'internationalisation (98) dudit contrat d'État sans apporter la moindre justification nécessaire à cette qualification.

Une telle exigence du droit interne le rendrait-il contraire au « droit international en la matière », visé à l'article 42-1, deuxième phrase de la Convention de Washington ? Non seulement la sentence n'est pas, une fois de plus, motivée sur ce point (99), mais admettre une telle hypothèse, viderait de son sens le rôle et le respect du droit de l'État hôte, visé également, et en premier, par cette disposition.

L'internationalisation implicite des droits contractuels de la SPP est non seulement sans base légale, mais s'avère en l'occurrence inutile, dès lors qu'en plaçant l'attente de l'investisseur sous la protection du droit international, la sentence n'y a, semble-t-il (100), pas vu autre chose que la protection traditionnelle du droit international en la matière (101).

B. — *Les droits contractuels de SPP et la protection du droit international*

La sentence, après avoir placé l'attente de la SPP sous la protection du droit international (102), affirme, par ailleurs, et sans autre précision qui eût pu l'étayer, que, « *there is considerable authority for the proposition that contract rights are entitled to the protection of international law...* » (103).

Il ressort, cependant, de la lecture de la sentence que cette protection « accordée par les principes établis du droit international » (104) est la protection classique qui consiste à garantir que l'État accorde l'indemnisation, dans l'hypothèse où, par suite de ses négligences, les exigences du droit

(97) Cf. Ch. VALLÉE, précité, *RGDIP* 1973, p. 986.

(98) Voir à « l'interétatisation » de celui-ci auquel on appliquerait ainsi l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

(99) Cf. *infra*, pp. 642-643.

(100) Le doute est justifié en raison des contradictions entre les divers passages ultérieurs de la sentence qui seront examinés.

(101) Alors que la suite logique de son propre raisonnement devrait conduire le Tribunal à tirer les conséquences de l'immutabilité des droits contractuels malgré la nullité du droit interne.

(102) § 83, précité.

(103) § 164.

(104) § 83, précité.

interne de l'État, invoquées après coup (105), aboutissent à anéantir le droit subjectif de l'investisseur à l'encontre de ce dernier.

En effet, aux termes de la sentence, d'une part, « *la constatation que ces actes sont nuls selon le droit interne ne suffirait pas à résoudre la question ultime de la réparation des dommages subis par la victime qui s'est fondée sur de tels actes. Si le droit interne ne connaît pas de moyens d'y remédier, l'absence de tout recours ne peut être le dernier mot* » (106), et d'autre part, « *la prise de possession des droits contractuels entraîne une obligation de compensation* » (107). Ce qui signifie — et en ce cas nous souscrivons à l'analyse de la sentence — que c'est bien le droit interne, droit régissant le rapport de base entre l'État et le bénéficiaire investisseur qui **devrait** remédier aux inconséquences de l'État (108) qui ne peut se dégager de toute responsabilité en invoquant les irrégularités commises par ses agents, ou à la rupture par l'État de ses obligations contractuelles. Et, ce n'est que si ce droit interne ne prévoit pas de remède en la matière, que l'investisseur se trouverait face à une injustice flagrante (ou un déni de justice) constituant, elle, le fondement de la responsabilité internationale de ce dernier.

Ce passage de la sentence, peut *a priori* conduire à constater qu'après avoir tenté d'internationaliser implicitement le Projet des Pyramides, celle-ci se réoriente ainsi vers le cadre traditionnel du droit international relatif à la protection des droits contractuels d'une personne privées étrangère, cocontractante de l'État.

Or, la motivation de la sentence quant au fondement de la responsabilité internationale de l'Égypte ne semble pas s'arrêter à la défaillance du droit égyptien, droit égyptien qu'elle écarte, d'ailleurs, d'emblée. La sentence se

(105) L'on peut s'interroger sur la possibilité qu'un moyen de nullité puisse être soulevé avant la conclusion d'un acte...

(106) § 83, *Chunet* 1994, p. 231. C'est nous qui soulignons.

(107) § 164.

(108) Il serait, cependant, douteux qu'il puisse toujours s'agir d'une négligence exclusive au partenaire étatique. L'obligation de l'État d'informer sur — et respecter — les exigences de son droit se double de l'obligation de l'investisseur de s'informer sur celui-ci, dès lors que nul n'est censé ignorer la loi, cf. aussi, M.B. AKHURST, précité, *Chunet* 1966, spéc. p. 291 ; en effet, puisque « *les effets de l'ignorance excusable ne peuvent être qu'exceptionnels, il faut nécessairement admettre que l'adage 'nemo censetur' est, autant en droit international qu'en droit interne, un principe qui s'impose à tous.* » (JOBARD-BACHELLIER, précité, spéc. n° 166 ; sur l'ignorance excusable, *ibid.*, n° 154 et s.). D'autre part, même pour le fervent partisan de la responsabilité internationale de l'État ayant conclu un contrat d'État *ultra vires*, « *the alien contractor must use reasonable care in order to ascertain whether the contracting official is acting within his authority* » (T. MERON, « *Repudiation of ultra vires State contracts and the international responsibility of States* », *ICLQ* 1957, spéc. pp. 288 *in fine*, et 289). Dans la sentence CCI, *Framatome c. A.E.O.I.* du 30 avril 1982, le tribunal arbitral a déclaré : « *l'on doit regretter, d'une part que le cocontractant français, s'agissant d'un contrat de cette importance, n'ait pas pris des précautions supplémentaires (par exemple par l'exigence d'une 'Legal Opinion' attachée au contrat et attestant les pouvoirs des signataires iraniens) pour s'assurer de la parfaite régularité des opérations selon les textes iraniens applicables et, d'autre part, que l'AEIOI elle-même, ses divers organes et dirigeants n'aient pas mieux respecté les mêmes textes.* » (*Chunet* 1984, spéc. p. 63).

hâte d'affirmer les cas qui justifieraient l'intervention du droit international, sans les vérifier en l'espèce : « *le tribunal est tenu, ...de faire directement application des règles et des principes pertinents du droit international. Ainsi que l'a expliqué l'un des auteurs de la Convention de Washington, un tel processus n'implique pas l'approbation ou le désaveu de la valeur du droit interne de l'État d'accueil mais peut conduire à ne pas l'appliquer lorsque ce droit ou une action prise en application de ce droit viole le droit international* » (109). Encore fallait-il que le droit égyptien eut été considéré, comme tel, pour être écarté. Or, la sentence n'attache aucun égard au contenu de celui-ci (110), dont elle n'hésite pourtant pas, de relever, par ailleurs (111), les similitudes avec son homologue français (112).

Pourrait-on se résigner et admettre que la sentence, malgré ces contradictions de raisonnement, a finalement adhéré à la théorie d'internationalisation et aurait accepté qu'il s'agit d'un contrat ancré en droit des gens que le moyen de nullité du droit égyptien ne saurait venir remettre en cause ?

Si une telle solution (113), quoique mal fondée, procédant d'une pétition de principe, et non conforme aux directives de l'article 42 de la Convention de Washington, pouvait traduire la signification de la sentence, celle-ci n'aurait été critiquable que sur le fond, en raison de la mauvaise applica-

(109) § 85, *Clunet* 1994, p. 232. C'est nous qui soulignons.

(110) Pour reprendre la critique d'un auteur relative à une démarche similaire dans l'affaire *Davies (RSA)*, vol. IV, p. 141), « In the *Davies* case the Commission when confronted with conflicting arguments as to the choice of law and the validity of the contract under the applicable law, stated in a rather cavalier fashion that the contract was valid 'whether the American law or Mexican law is applied to it.' It made no attempt whatsoever to learn what either the American or the Mexican law provides in this type of situation ! » (T. MERON, précité, *ICLQ* 1957, p. 283 *in fine*).

(111) Cf. § 176.

(112) A titre d'exemple, s'agissant de la responsabilité de la puissance publique, nous avons relevé dans l'ouvrage du doyen Georges VEDEL, *Droit administratif*, coll. *Thémis*, PUF, 6^e éd., 1976) d'une part, que doivent être indemnisées, notamment, les victimes des erreurs de droit commises par l'Administration (p. 370), des renseignements erronnés fournis par elle (p. 367), de l'incompétence et promesses non tenues (p. 366), des règlements et décisions illégaux (p. 370), et, d'autre part, la référence à, KHALIL-KAMEL, *La notion d'illégalité et son rôle en droit administratif français et égyptien*, Paris, 1954 (p. 369). Il n'est même pas évident que l'argument de nullité invoqué eût pu prospérer au regard du droit égyptien ; aussi, « il n'est du reste pas nécessaire de recourir au droit international pour faire justice aux prétention d'un investisseur confronté à une expropriation sans indemnité suffisante ou à l'argument présenté *a posteriori* par l'État d'accueil que des autorisations initialement données l'auraient été de façon illégale ou inconsiderée. ... le droit égyptien ... , contenait assurément les instruments d'une solution équilibrée du litige » (E. GAILLARD, précité, *Clunet* 1994, p. 245) ; il faut remarquer qu'outre les conséquences, implicites et incongrues, sur la valeur du droit de l'État par rapport au cocontractant étranger, le raisonnement du Tribunal pour qui, l'illégalité d'un acte administratif devrait céder le pas en fonction de l'importance de son auteur (cf. § 83, précité), conduirait à une remise en cause des principes du droit administratif relatifs à la validité des actes administratifs, d'une part, et au contentieux de la responsabilité de la puissance publique, d'autre part. Sur la prohibition de la confiscation en droit égyptien, cf. *infra*, p. 645.

(113) Abstraction faite de ses contradictions de motifs qui valent en elles — même un défaut de motifs.

tion du droit, grief banal dans l'arbitrage commercial international, et irrecevable dans le contentieux de l'annulation CIRDI.

Or, il n'en est rien, et la suite de la sentence démontre que le raisonnement est incohérent, elliptique, et la sentence, inexploitable, même, sur le terrain, et pour les partisans, de l'internationalisation des droits contractuels des particuliers.

C. — *L'estoppel, l'imputabilité
et la responsabilité internationale*

En effet, poursuit la sentence, « **Le principe du droit international que le tribunal est tenu d'appliquer est celui qui fonde la responsabilité des États lorsque les actes passés sans pouvoirs ou au delà de leurs pouvoirs par les autorités officielles ont été pris par des agents de l'État sous couvert de leur caractère officiel. Si de tels actes ne pouvaient être imputés à l'État, toute responsabilité de l'État serait rendue illusoire. Pour cette raison, '... la pratique des États a fermement établi la responsabilité internationale des États pour les actes illégaux de leurs organes, même accomplis en dehors de leur compétence et contrairement au droit interne'** (SORENSEN (éd.), *Manuel of Public International Law*, New York, 1968, p. 548) » (114).

La lecture de ce passage ne permet guère d'identifier le fait internationalement illicite, reproché réellement à l'Égypte — encore moins sa démonstration —, mais seulement de lui attribuer les actes commis, *ultra vires*, par ses organes, en application de l'idée fondant l'*estoppel*.

Or, tout fait illicite de l'État n'est pas un fait **internationalement** illicite (115). Aussi, établir la responsabilité internationale de l'État, exige non seulement d'établir que le fait lui est imputable, le « fait de l'État », mais aussi et surtout, d'établir la nature de ce fait, son caractère « internationalement illicite » (116).

Il ne suffit pas d'opposer l'*estoppel* en matière d'attribution internationale d'un fait à l'État (117) pour dégager la responsabilité internationale de celui-ci qui exige — est-il besoin de rappeler — la constatation d'un fait internationalement illicite.

(114) § 85, *Clunet*, 1994, p. 232.

(115) En effet, le fait de l'État peut être illicite en droit interne sans constituer pour autant un fait internationalement illicite. Selon l'art. 4 du projet CDI, « le fait d'un État ne peut être qualifié d'internationalement illicite que d'après le droit international » ; cf. aussi, NGUYEN QUOC Dinh, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 3^e éd., 1987, n° 482.

(116) Aux termes de l'article 1 du projet CDI : « Tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale ». Selon l'article 3 du projet, « Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsque : a) un comportement consistant en une action ou une omission est attribuable, d'après le droit international, à l'État ; et b) que ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale ».

(117) Sur le rapport entre l'*estoppel* et les principes d'imputation en droit international, cf. *supra*, p. 637.

Même Sorensen, prend le soin de préciser, quelques lignes plus loin que l'extrait cité par la sentence : « *international responsibility is incurred by a state if damage is sustained 'as a result of unauthorized acts of its officials performed under cover of their official character, if the acts contravene the international obligation of State'* » (118).

Sauf à considérer que dans l'optique de la sentence, le seul fait, pour l'organe de l'État, d'intervenir *ultra vires* par rapport à son droit interne, dans le processus de la conclusion d'un contrat avec l'investisseur, serait en lui même un délit international (119) —, ce qui serait une nouveauté en droit des gens, hors de propos et en contradiction avec l'idée de départ du Tribunal qui était d'opposer l'*estoppel* à la nullité de ce même acte qu'il viendrait tenir pour un délit international (120), c'est au prix de l'amalgame des deux éléments constitutifs du fait internationalement illicite que la sentence s'est efforcée de s'engager sur le terrain de la responsabilité internationale de l'Égypte à l'égard de la SPP.

Cette conclusion se confirme davantage, si l'on tient compte, d'une part, des **propres constatations du Tribunal** sur, la légalité intrinsèque interne (121) et internationale (122) de la mesure d'annulation du Projet intervenue en 1978, l'illégalité du Projet, devenu contraire au droit international, notamment au principe de sauvegarde du patrimoine commun de l'humanité contenu dans la Convention de l'UNESCO de 1972 (123), la prohibition par le droit égyptien lui même de la confiscation des droits (124), et, d'autre part, de **l'objet de la demande de la SPP** dans cette affaire.

En effet, consciente que, seule, l'obligation pour l'État d'indemniser est garantie par « le droit international en la matière », dont elle réclamait l'ap-

(118) Cf. la référence citée par la sentence. C'est nous qui soulignons.

(119) Admettre qu'à défaut de faire jouer l'*estoppel*, le fait d'invoquer les exigences de l'ordre juridique de l'État susceptibles d'annuler un contrat d'État, engagerait la responsabilité internationale de l'État c'est qualifier le contrat d'État de traité, au sens propre du terme.

(120) Soit l'*estoppel* s'opposant, l'acte se maintient dans sa validité et régularité apparente pour ouvrir le droit à indemnisation des droits qu'il contient, soit il tombe, n'ouvrant droit qu'à l'indemnisation pour faute ou négligence de l'Administration. Le cumul des deux, auquel aboutit le raisonnement de la sentence, est antinomique ; il procède dès lors d'une deuxième confusion s'agissant de l'*estoppel* et de ses conséquences sur la responsabilité.

(121) § 156.

(122) § 158.

(123) § 157. Cf. sur ce point, E. GAILLARD, *Clunet* 1994, spéc. p. 246, qui souligne que cette illégalité qui a trait au principe de l'indemnisation n'a été pris en considération que pour son *quantum*.

(124) La sentence rappelle (§ 163) que la confiscation est prohibée par la loi n° 43 de 1974, cette même loi, prévue expressément dans l'Accord, qui sera ainsi écartée, une fois, en méconnaissance de l'article 42-1, première phrase, et ignorée, une seconde fois, en violation de l'article 42-1, deuxième phrase de la Convention de Washington qui ne justifie l'intervention du droit international, ainsi que le souligne la sentence, que *lorsque « ce droit ou une action prise en application de ce droit viole le droit international »* (§ 84, précité).

plicabilité (125), la SPP ne demandait ni la remise en cause du droit, pour l'Égypte, de rompre le contrat, ni une restauration matérielle de ses droits, ni n'invoquait une illégalité ou nullité des actes du gouvernement égyptien (126). Selon la SPP, l'objet de « l'action formée par la SPP contre la RAE, n'est pas relatif aux dommages — intérêts pour rupture contractuelle. Il concerne la compensation des pertes occasionnées dans l'exercice, par la RAE, de ses pouvoirs souverains, qui a détruit ses droits de propriétés (y compris ses droits contractuels) » (127).

Loin de pouvoir constituer un précédent dans l'applicabilité du droit international aux termes de l'article 42 de la Convention de Washington (128), la sentence SPP c. la République Arabe d'Égypte ne pèsera pas davantage dans la tendance générale à l'application du droit international aux contrats entre État et personnes privées.

Le recours en annulation de la sentence, formé par la défenderesse (129), avait aussi de fortes chances de prospérer si une transaction entre les parties (130) n'était pas venue clore définitivement l'affaire des Pyramides d'Égypte, patrimoine commun de l'humanité.

(125) Pour la SPP, la référence, dans l'Accord-cadre, aux lois égyptiennes, notamment, la loi n° 43 de 1974, ne suffisait pas à placer le différend sous l'article 42-1, première phrase, de la Convention de Washington, savoir, l'hypothèse du choix par les parties de la *lex causae*; elle réclamait ainsi l'applicabilité de la seconde phrase de cette disposition (§ 77 de la sentence), cf. *supra*, p. 627.

(126) § 182.

(127) § 182, *in fine*.

(128) Cf. E. GAILLARD, obs. précitées, *Clunet* 1994, spéc. p. 247, *in fine*.

(129) Un Comité *ad hoc* composé de MM. Claude REYMOND, président, Kéba MBAYE et André FATOUROS, membres, avait été mis en place à cet effet, cf. E. GAILLARD, *Clunet* 1994, précité, p. 218.

(130) Pour quelques précisions sur celle-ci, cf. G. DELAUME, *ICSID Review* 1993, précité, spéc. p. 259.