

LES CONTRATS PETROLIERS IRANIENS

par

Jacques A.R. LOGIE

Docteur en droit

Licencié spécial en droit international

Le 15 mars 1951, sous la pression de l'opinion publique, le Majlis, ou Parlement iranien, votait le projet de loi de nationalisation des pétroles qui lui avait été soumis par le Docteur Mossadegh ¹.

Cette date marque le début d'une querelle politique et judiciaire qui, pendant trois ans, fit couler beaucoup d'encre et sur les détails de laquelle nous ne reviendrons pas.

La contre-révolution d'août 1953 marque le renversement du Docteur Mossadegh par des éléments militaires fidèles au Chah. Ce changement d'orientation politique entraîna, peu après, la reprise de négociations avec la compagnie dépossédée et, de ces tractations, sortit l'accord Iran-Consortium de 1954.

Trois ans plus tard, en juillet 1957, le Parlement iranien votait le Petroleum Act qui organisait l'exploitation des ressources naturelles du pays, en en confiant la mise en valeur à une société publique : la Société nationale des Pétroles iraniens ².

En août 1957, la N.I.O.C. signe avec Enrico Mattei l'accord N.I.O.C.-A.G.I.P. Mineraria ³ qui, pour la première fois, enfreignait la sacro-sainte règle de la répartition *fifty-fifty* des bénéfices, en assurant indirectement à la collectivité iranienne 75 % des bénéfices réalisés dans l'exploitation du pétrole ⁴.

¹ Sur les circonstances de la nationalisation et l'historique de la concession de l'Anglo-Iranian, Alan W. FORD, *The Anglo Iranian Oil Dispute of 1951-52*, Los Angeles, 1954.

² En anglais : *National Iranian Oil Company*. Désormais, nous citerons en abrégé : N.I.O.C.

³ Les textes des quatre accords ainsi que la loi cadre de l'industrie pétrolière iranienne sont repris au recueil : *Middle East, Basic Oil Laws and Concession Contracts*, vol. I, 1959, Petroleum Legislation, New York.

⁴ L'accord assure la moitié des bénéfices nets à l'Etat iranien par prélèvement sous forme d'impôts, le solde étant partagé par moitié entre la société étrangère et la N.I.O.C.

« Art. 17. From net profits (that is total gross receipts, after deduction made of all current operation expenditures, either in Iran or abroad, including administration and depreciation expenses and losses mentioned in paragraph (d) of article 35 of the Income Tax Law of 1949) half shall be paid to the Iranian Government as tax and government duties and the other shall be divided equally between N.I.O.C. and A.G.I.P. Mineraria. »

En 1958, deux nouveaux accords, sur une base identique, interviennent entre la N.I.O.C. et une société américaine, la Pan American Oil Company et une société canadienne la Shappire Oil Company.

La présente étude se propose d'examiner le régime juridique de ces quatre contrats, ainsi que les mécanismes prévus pour le règlement des différends.

I. LES PARTIES AU CONTRAT

Un seul contrat, sur les quatre qui forment l'objet de la présente étude, celui intervenu avec le Consortium international (1954) est conclu à la fois par l'Etat iranien et la N.I.O.C.⁵

Les trois autres sont intervenus entre la Société nationale iranienne des Pétroles et une compagnie étrangère⁶.

Il s'agit des contrats :

- N.I.O.C. - A.G.I.P. Mineraria 1957;
- N.I.O.C. - Pan American Petroleum Corporation 1958;
- N.I.O.C. - Shappire Petroleum Limited 1958.

Il importe donc en premier lieu de voir quel est le statut de la N.I.O.C. en droit iranien et d'examiner ensuite à quel titre cette société contracta avec les compagnies étrangères.

1. Statut de la Société nationale des Pétroles iraniens.

a) La N.I.O.C. est, sans doute possible, *par son origine*, une société d'Etat.

La loi du 30 avril 1951, dite d'application de la loi de nationalisation des 15 et 20 mars, portait création d'un comité de cinq sénateurs et de cinq députés, présidé par le Ministre des Finances.

⁵ Sur les divers contrats pétroliers iraniens, trois études ont été publiées : FARMANFARMA, « The Oil Agreement between Iran and the International Oil Consortium », *Texas Law Review* (1955), 273-298; WALL, « The Iranian Italian Oil Agreement of 1957 », *I.C.L.Q.*, (1958), 736-752; RAMAZANI, « Choice of Law Problems and International Oil Contracts. A case study », *I.C.L.Q.*, (1962), 503-518.

⁶ Tout au long de ces lignes, il sera question des « accords » ou des « contrats ». Il est impossible de mieux qualifier ces textes qui ne sont pas des accords de concession et que les parties n'ont jamais considéré comme tels, mais des contrats *sui generis* en ce qu'ils organisent l'exploitation des richesses pétrolières par le truchement de la création de sociétés mixtes, dont les compagnies étrangères et la N.I.O.C. se partagent en égales portions le capital. Dans les textes eux-mêmes, les parties emploient le terme « Agreement » ou, à propos du contrat Consortium d'« Agreement for the Sale of Oil » (cité à l'article 57 des Statuts de la N.I.O.C.).

Aux termes de l'article 5 de cette loi, le Comité était chargé d'élaborer au plus vite les statuts de la « Société nationale pétrolière » et de les soumettre aux deux Chambres pour approbation⁷.

Ces statuts furent ratifiés en novembre 1952. Un premier amendement aux statuts fut voté par le Parlement en janvier 1955, un second fut adopté en avril 1960⁸.

Cette société a donc été créée par une décision du législateur iranien pour assurer la mise en œuvre de la nationalisation des pétroles. L'élaboration des statuts et leur vote se firent à l'intervention du Parlement.

b) *Par son organisation interne*, la N.I.O.C. apparaît comme un organe distinct de l'Etat, mais soumis à un contrôle administratif et financier étroit.

Le capital de la société est d'un milliard de rials, représenté par 1.000 actions nominatives et non transférables, qui sont toutes la propriété de l'Etat iranien.

L'assemblée générale des actionnaires est réduite à sa plus simple expression : le Ministre des Finances et deux autres personnes désignées par le Conseil des Ministres représentent l'Etat actionnaire et disposent seuls du droit de vote.

Les organes de direction sont le Conseil supérieur (High Council), le Comité des Directeurs (Board of Directors) et l'Inspection financière supérieure (High Financial Inspection). L'influence de l'Etat y est prépondérante.

Le Conseil supérieur, présidé par le Ministre des Finances, compte deux sénateurs, deux députés du Majlis, le Procureur général et un haut fonctionnaire : le directeur de la Planification.

Le Comité des Directeurs compte sept membres recrutés parmi des techniciens de l'industrie pétrolière et nommés par le Conseil des Ministres.

L'inspection financière supérieure est composée de cinq membres dont le rôle peut être rapproché de celui des commissaires d'une société anonyme et qui sont nommés par l'Assemblée générale mais parmi eux se trouvent obligatoirement deux hauts dignitaires gouvernementaux.

L'action de la N.I.O.C. en vue de réaliser son objet social est étroitement surveillée. Les contrats de vente de pétrole portant sur des quantités importantes (plus de 1.000.000 de tonnes annuelles) ou de longue durée (excédant cinq ans) sont astreints à la sanction des deux Chambres du Parlement. De même, l'utilisation des réserves de la société est soumise à l'autorisation du Parlement.

Les revenus de la N.I.O.C., une fois déduits les frais d'exploitation y afférents, sont directement à la disposition du gouvernement pour la réalisation des plans d'équipement.

⁷ Loi du 30 avril 1951 publiée au *Middle East, Basic Oil Laws and Concession Contracts*, Supplement II, Iran A-2, pp. 1-4.

⁸ Statuts publiés au *Middle East, Basic Oil Laws and Concession Contracts*, Supplement IV, Iran A-1, pp. 1-36.

c) *Par sa mission* et les conditions d'exercice de celle-ci, la N.I.O.C. constitue un service public.

Aux termes de l'article 1^{er} du Petroleum Act du 31 juillet 1957, la N.I.O.C. est chargée de la mise en exploitation des richesses pétrolières du pays.

« With a view to extending as rapidly as possible the operation of research, exploration and extraction of petroleum throughout the country and the continental shelf... the National Iranian Oil Company is authorized to proceed in accordance with the rules and provisions of this Act. »

La N.I.O.C. se trouve donc être le service public investi de la mission de promouvoir un secteur de l'activité économique nationale et, à cet effet, elle se voit accorder la faculté de contracter exclusivement avec quiconque en vue de réaliser son objet social.

« In execution of the provisions of this Act, the National Iranian Oil Company may negotiate with any person, whether Iranian or foreign, whose technical and financial competence shall have been established and may conclude with such person any agreement which it deems appropriate... » (Article 2).

Toutefois, ces contrats seront soumis à la double approbation des pouvoirs exécutifs et législatifs.

« The Agreement thus drawn up shall be signed by the National Iranian Oil Company and submitted to the Council of Ministers, which if it confirms the same, shall place it before the Legislative for approval. Agreements thus signed shall be enforceable after approval by the Legislative and with effect from the date of such approval. »

Dans l'exercice de la mission qui lui est confiée par l'Etat iranien, la N.I.O.C. bénéficie d'un régime fiscal et juridique exorbitant du droit commun.

Notamment, la société échappe à certaines impositions⁹; elle est dispensée de l'observance de la loi sur la gestion comptable des entreprises¹⁰.

La N.I.O.C. bénéficie de facilités de douanes¹¹ et d'un certain droit d'expropriation des terres appartenant à l'Etat ou aux particuliers dont l'utilisation lui paraît nécessaire moyennant une procédure simplifiée¹².

d) Toutefois la N.I.O.C., *dans l'ordre interne iranien*, agit en tant que société commerciale.

Son personnel, même au plus haut échelon, n'est pas assimilé aux fonctionnaires gouvernementaux¹³, le Code de commerce s'applique à ses activités pour toute matière non expressément régie par les statuts¹⁴.

⁹ Il est difficile de préciser l'étendue de ces exemptions finales, en raison de la rédaction assez imprécise de l'article 8 des statuts : « The National Iranian Oil Company shall be exempt, in respect of its operations, from all imposts except such as accrued to the Government Treasury under the title of direct or indirect taxation.

¹⁰ Art. 65, *in fine*.

¹¹ Art. 7.

¹² Art. 10 et 13.

¹³ Art. 65.

¹⁴ Art. 73.

De telles dispositions ne semblent viser que les techniques juridiques mises en œuvre par la N.I.O.C. dans ses relations avec les tiers et de ce fait lui permettent de recourir à toute pratique commerciale qu'elle jugerait utile sans être astreinte au formalisme des contrats administratifs.

L'article 65 suggère d'ailleurs cette interprétation :

« The Company is a commercial institution, and the safeguard of its efficiency and the good management of all its operations where of a financial nature, or relating to employment, utilization of services of persons, management of properties, conducts of all transactions and any activity for the enforcement and advancement of the Company's objectives, shall be determined by commercial principles and by the requirements and interests of the Company as ascertained by responsible Directors, and in conformity with the internal regulations of the Company ».

2. La Société nationale des Pétroles iraniens en tant que partie aux contrats

Il ne peut faire de doute que la N.I.O.C. intervienne dans les contrats examinés en tant que personne publique, dans l'exercice d'un service public et engageant expressément l'Etat iranien en se portant fort pour celui-ci, au sens de l'article 1120 du Code civil.

La N.I.O.C. promet, en effet, à son cocontractant des prestations de l'Etat iranien, bien que celui-ci ne soit pas partie au contrat. Ces obligations deviennent celles de l'Etat dès que celui-ci a ratifié l'engagement du promettant, la N.I.O.C.

L'article 38, alinéa 2 des Accords Pan American et Shappire est très net à cet égard.

« The confirmation of this Agreement by the Council of Ministers as provided for by Article 2 of the Petroleum Act shall be regarded as acceptance by the Iranian Government of all such obligations as by the terms of this Agreement are laid upon the Government, including any acts to be performed or any consents to be given by it. »

Les obligations, directement ou indirectement, assumées par l'Etat iranien qui pourtant n'est pas partie aux contrats, par le seul fait de l'engagement de la N.I.O.C., sont nombreuses :

- L'Iran s'engage à donner son consentement écrit, dans un délai raisonnable à toute demande d'utiliser sans frais des terres lui appartenant (art. 17, par. 1, Accords Pan American et Shappire) et des eaux sous-jacentes (art. 19, par. 1, *ibid.*);
- L'Iran s'engage à donner toutes les autorisations requises pour la construction de lignes de chemin de fer, l'établissement de lignes téléphoniques et télégraphiques, la création de liaisons aériennes (art. 10, par. 4, *ibid.*);

— L'Iran s'engage à assurer toutes facilités de change et de transferts de devises aux compagnies étrangères (art. 29, par. 3 et 8, *ibid.*).

L'assimilation entre la N.I.O.C. et le gouvernement iranien apparaît plus clairement encore dans les deux types de dispositions qui suivent :

- Au cas de sentence arbitrale rendue entre parties et décidant la condamnation de la compagnie étrangère au paiement d'une somme d'argent, la libération de la débitrice pourra se faire par paiement direct à l'Etat iranien. Ce dernier constatant le défaut de paiement dans les délais impartis pourra interdire toute vente ou toute exportation de pétrole jusqu'à apurement de la dette (art. 42, par. 1, Accords Pan American et Shappire).
- Enfin, si la N.I.O.C. cesse d'exister et qu'aucun autre organisme similaire, sous le contrôle du gouvernement ne la remplace, tous les engagements de la N.I.O.C. seront réputés engagements directs du gouvernement iranien (art. 38, par. 4, *ibid.*)¹⁵.

Les considérations qui précèdent permettent de conclure que si en droit interne la N.I.O.C. jouit d'une personnalité distincte de l'Etat iranien, c'est en tant que service public qu'elle intervient aux contrats étudiés.

Cette conclusion est appelée à exercer une influence directe sur les deux objets de la présente étude : la loi applicable aux contrats et les mécanismes de règlement des différends.

II. LOI APPLICABLE AUX CONTRATS

Avant d'examiner si les parties ont expressément prévu le régime juridique des contrats, il convient d'examiner si la qualité même des parties ne peut avoir pour effet d'emporter l'applicabilité d'une loi déterminée aux contrats.

En effet, les contrats pétroliers iraniens interviennent entre des sociétés étrangères, et la N.I.O.C., entreprise d'Etat, ou bien l'Etat iranien lui-même.

Existe-t-il en droit international privé un régime juridique pour les contrats passés par une entreprise publique ?

La doctrine ne semble pas s'être posé cette question, à laquelle nous croyons pouvoir répondre par la négative, sous quelques réserves néanmoins.

La qualité d'entreprise d'Etat d'une des parties ne doit pas — *in se* — emporter la présomption d'un régime juridique particulier et modifier l'application habituelle du statut de l'autonomie de la volonté. Ce serait là faire bénéficier l'entreprise publique, qui au maximum n'est jamais qu'un organe d'Etat, d'un

¹⁵ Dans les développements qui précèdent toutes les références ont été citées en fonction des Accords Pan American et Shappire; avec des différences de détails les mêmes dispositions se retrouvent dans l'accord A.G.I.P. Mineraria.

régime plus favorable que celui que le droit international privé moderne a reconnu à l'Etat étranger, quand il contracte.

Toutefois, dans la mesure où il apparaît que l'entreprise publique, bien que possédant une personnalité juridique propre, peut être identifiée sur le plan international avec l'Etat, dans la mesure où elle constitue un service de cet Etat, il paraît rationnel d'appliquer aux contrats conclus par cette entreprise, en cette qualité, les principes qui seraient appliqués aux contrats conclus par l'Etat lui-même¹⁶.

1. *Principes applicables aux contrats avec un Etat étranger*

Il a été longtemps considéré en droit international privé que celui qui contracte avec un Etat plaçait obligatoirement le contrat dans le champ d'application de la loi de l'Etat contractant.

Cette opinion trouvait son fondement dans le concept de la souveraineté. On considérait que la loi de l'Etat s'appliquait légitimement parce que l'Etat, agissant en tant que tel, ne pouvait évidemment procéder que conformément au droit public définissant ses pouvoirs comme Etat, et son cocontractant ne devait pas se méprendre à cet égard¹⁷.

Il y avait là confusion entre le droit public et le droit international privé.

A l'heure actuelle, à juste titre, il est admis que la soumission du contrat à la loi de l'Etat contractant n'est qu'une présomption et peut être combattue par toutes dispositions impliquant la soumission à une autre loi.

La C.P.J.I. dans son arrêt dit « des emprunts brésiliens », a décidé, en s'inspirant de cette doctrine :

« Pour admettre que l'Etat emprunteur ait voulu se référer à une autre loi que la sienne en ce qui concerne la subsistance de sa dette et la validité des clauses stipulées à ce sujet, il aurait fallu, sinon une stipulation expresse à cet effet, du moins des circonstances qui, d'une manière irréfutable, démontrassent que telle avait été son intention »¹⁸.

De même, dans l'affaire *Rex v. International Trustee* décidée par la Chambre des Lords, Lord Atkin s'exprime en ces termes¹⁹ :

« The circumstances that a Government is a party is entitled to great weight in drawing the appropriate inference, but it is not conclusive and is only a factor in the problem ».

¹⁶ RIAD, F., « L'entreprise publique et semi-publique en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1963, t. I, pp. 637 et suiv.

¹⁷ BATIFFOL, H., *Les conflits de la loi en matière de contrats*, Paris, 1938, n° 120, p. 107 et note 2.

¹⁸ CLUNET, 1929, p. 1026, arrêt du 12 juillet 1929.

¹⁹ 1937, House of Lords (C. of L. 152) cité d'après GRAVESON, *Cases on Conflicts of Laws*, London (1949), 280.

De même, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 10 avril 1957, reprit une formule déjà énoncée par la Cour de Cassation française en 1939²⁰ et déclara que les contrats conclus entre l'Etat et des ressortissants étrangers seront, quant à la loi applicable, assimilables aux contrats entre particuliers lorsqu'ils présentent le caractère d'une convention de droit privé²¹.

De ces considérations, on peut déduire :

- qu'un contrat où un Etat et un ressortissant étranger sont parties n'est pas obligatoirement régi par la loi de cet Etat;
- qu'il est loisible aux parties de choisir la loi applicable au contrat suivant les mécanismes propres au statut de l'autonomie de la volonté;
- que la circonstance qu'un Etat est partie au contrat n'influera sur la détermination de la loi applicable qu'au cas d'absence de choix exprès par les parties du système juridique dans lequel doit s'inscrire le contrat²².

2. Les contrats

A la lumière de ce qui précède, il convient donc d'examiner si les parties se sont expressément référées à une loi ou si elles ont gardé le silence quant à la loi applicable pour régir le contrat.

Trois solutions pouvaient être théoriquement choisies par les parties :

- soumission (partielle ou totale) à la loi iranienne;
- soumission à une autre loi, y compris la loi du cocontractant;
- soumission au droit international.

a) *Applicabilité de la loi iranienne.*

La loi iranienne étant la « municipal law » du contrat devrait normalement trouver application, si on suit Siksek qui déclare que :

« It may be concluded that in the absence of a denial of justice where a foreigner is involved, and in the absence of an expressed or implied contrary intent, the municipal law of the Arab State concerned will govern the oil concession contract in all matters that fall within the jurisdiction of that State »²³.

²⁰ Affaire du bail consenti à l'Etat français par un Turc sur un immeuble sis à Constantinople. Cass. fr. 31 mai 1932. *Dalloz Per.* 1933, 1, 169.

²¹ *Gazette du Palais*, 28 août 1957, voy. bibliographie sommaire dans BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e éd., 1959, n° 592.

²² Dans cette dernière éventualité, d'après le professeur RIAD, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1963, t. I, p. 626, le contrat devra être soumis à la loi de l'Etat contractant si ce contrat revêt pour ce dernier un caractère fonctionnel. La notion de caractère fonctionnel semble, dans la pensée de l'auteur, assez proche, sinon équivalente, au concept d'acte *jure imperii* distingué par la jurisprudence belge.

²³ SIKSEK, Simon G., *The Legal Framework for Oil Concessions in the Arab World*, Beirut, 1960, p. 21.

La soumission volontaire, par les contractants, d'une partie du contrat a des dispositions de la loi iranienne ne peut faire de doute ainsi que nous allons le voir, mais le caractère de cette application est très particulier.

Accords Shappire-Pan American, Article 45.

« The provisions of the Mining Act of 1957 shall not be applicable to this Agreement, and any other laws and regulations which may be wholly or partly inconsistent with the provisions of this Agreement shall, to the extent of any such inconsistency, be of no effect in respect of the provision of this Agreement »²⁴.

Article 38, § 3.

« Nor general or special legislation or administrative measures or any other act whatsoever of, or emanating from the Government, or any governmental authority in Iran (whether central or local) or from First Party shall annul this Agreement, amend or modify its provisions, or prevent or hinder the effective performance of its terms.

Such annulment or modification shall not take place except by the Agreement of the Parties »²⁵.

Pour deux des contrats examinés, l'applicabilité de la loi iranienne est donc subordonnée à sa non-contrariété avec les termes de l'Accord, ce qui revient à dire que la volonté des parties telle qu'elle a été manifestée dans le contrat l'emporte à la fois sur les dispositions impératives et supplétives de la loi²⁶.

En outre, pour l'ensemble des Accords il est expressément prévu que toute modification à la législation de référence ne s'appliquerait aux dispositions du contrat qu'à la condition de l'accord exprès des parties.

On constate donc que la loi iranienne ne s'applique pas au contrat en tant que règle de droit, puisqu'elle ne revêt nullement le « caractère objectivement normatif qu'une loi étatique revêt dans un domaine d'application »²⁷. La loi

²⁴ L'accord A.G.I.P. ne prévoit pas de disposition de ce genre, ce qui permet d'estimer qu'il est régi par le Petroleum Act, au moins dans une certaine mesure, voy. *infra*, p. 15.

L'absence de dispositions tendant à régler le défaut de conformité des termes de l'Accord Consortium avec la législation existante et spécialement le Petroleum Act tient à ce qu'en 1954, l'Iran n'avait pas encore promulgué celui-ci.

Dans l'éventualité d'une divergence entre le contrat et le Petroleum Act, le contrat devrait prévaloir par application de l'art. 41 B de l'Accord.

²⁵ Mêmes dispositions article 41 B, Accord Consortium; Art. 39, Accord A.G.I.P. Mineraria.

²⁶ Comparez avec l'art. 2 du Petroleum Act « In execution of this Act, N.I.O.C. may negotiate... any agreement... on the basis of the terms and stipulations of this Act, and other conditions not inconsistent with the laws of the country ». On peut supposer que la nullité éventuelle des clauses susmentionnées au regard dudit article, serait couverte en droit interne, par la sanction parlementaire aux contrats.

²⁷ Les mêmes observations sont faites par B. GOLDMAN, « Le droit des sociétés internationales », *Clunet*, 1963, p. 368, à propos du droit applicable à des sociétés telles Eurofina, Eurochemic, Société internationale de la Moselle.

iranienne ne régit donc pas le contrat puisqu'elle ne peut faire prévaloir ses solutions impératives sur les prévisions des parties, elle n'apparaît que comme système de prescriptions commodes auxquelles les parties renvoient en bloc, pour autant que de besoin, en s'évitant ainsi l'impossible tâche de devoir tout prévoir dans le contrat.

La loi iranienne n'est donc pas la loi choisie par les parties pour régler le contrat, mais elle y joue le rôle d'une loi de référence, dont une série de dispositions sont incorporées au contrat ²⁸.

Cette constatation est d'importance capitale car elle résout définitivement le point toujours litigieux du choix raisonné des critères dits objectifs pour déterminer, d'après les mécanismes du droit international privé, la loi applicable à un contrat au cas du silence des parties.

Les parties n'ont nullement gardé le silence, mais, bien au contraire, ont défini avec une grande précision dans quelle mesure et avec quel caractère la loi iranienne s'appliquerait au contrat.

Cette observation a, semble-t-il, échappé aux commentateurs qui, tel Ramazani ²⁹, s'attachent uniquement aux critères objectifs pour déterminer l'applicabilité de la loi iranienne sans s'inquiéter de vérifier si les parties ont envisagé elles-mêmes le problème ou, tel Wall ³⁰, escamotent purement et simplement la question de l'applicabilité de la loi iranienne.

b) *Soumission à une autre loi.*

Dans le souci de faire échapper le contrat dans la plus large mesure à l'emprise de l'Etat contractant et pour éviter une intervention législative intempestive, les parties pourraient avoir prévu de soumettre le contrat à la loi d'un autre pays que l'Iran.

D'emblée, il convient d'écartier l'éventualité d'appliquer la loi du concessionnaire, soit la loi américaine, canadienne, anglaise, néerlandaise, française ou italienne.

Pour des raisons juridiques, en ce que d'abord rien ne permet de trouver une quelconque allusion dans ce sens dans aucun des contrats, ce qui exclut une soumission volontaire en application du principe de l'autonomie de la volonté. En ce qu'ensuite, par application des critères objectifs pour déterminer la loi

²⁸ Par exemple, la comparaison entre les articles 8, 37, 34, 30, 12, 35, 33, 28, 26, 39 et 43 du contrat A.G.I.P. et les articles 6, 7, 8, 9 (D), 11 (D), 11 (F), 11 (H), 11 (J), 13, 14 et 15 du Petroleum Act, indique à suffisance qu'en diverses matières, le contrat suit fidèlement les dispositions de la loi de référence.

Sur l'« incorporation » au contrat de certaines dispositions d'une loi étrangère, voy. GRAVESON, *The Conflict of Laws*, 1960, pp. 213-214; CHESHIRE, *Private International Law*, 1957, 220.321; DICEY, *Conflicts of Laws*, 1958, 728-729; voy. dans *Dalloz*, 1938, II, 57, la note de Philonenko sous l'arrêt dit Emprunt de la ville d'Anvers, 24 février 1938.

²⁹ *Op. cit.*, voy. note 5.

³⁰ *Ibidem.*

applicable à un contrat en cas de silence des parties, aucun lien ne pourrait être retenu avec une quelconque de ces lois : qui n'est ni la *lex loci contractus* ni la *lex loci solutionis*, ni la loi du lieu du lieu de la prestation caractéristique, ni la *lex rei sitae*.

Pour des raisons morales, on ne peut non plus prétendre en faire application, ne serait-ce qu'en vertu du principe de l'égalité, de l'équilibre à maintenir entre parties³¹.

Les parties ont-elles entendu soumettre l'économie de leurs contrats aux dispositions d'une loi tierce aux parties ? Aucune allusion à pareille soumission ne peut être trouvée dans les contrats étudiés.

M. Ramazani prétend déduire une telle référence du mécanisme destiné à la nomination des arbitres uniques et surarbitres. Ainsi que nous le verrons, diverses hautes personnalités judiciaires de plusieurs pays pourraient être appelées à désigner ces arbitres uniques ou surarbitres.

Citant l'opinion du professeur Cheshire selon laquelle :

« the submission to the jurisdiction of a court is more than a submission to the judicial or arbitral tribunals in the specified country. It is an express choice of law of that country »

le commentateur en déduit la vocation des lois nationales des arbitres à régir le fond du litige.

Cette position qui revient à appliquer au fond du litige la loi du lieu de l'arbitrage doit être combattue avec la dernière vigueur³². En matière

³¹ Ce souci de maintenir un strict équilibre entre parties apparaît également dans les dispositions concernant la nomination des arbitres : Art. 41, § 4 du contrat Pan American « The person so appointed (l'arbitre unique ou surarbitre) should not be closely connected with, nor have been in the public service nor be a national of Iran or U.S.A. », mêmes dispositions dans les autres contrats; voy. *infra* III, règlement des différends.

³² L'applicabilité de la loi du lieu de l'arbitrage comme loi applicable au fond du contrat a d'ailleurs été rejetée dans une sentence arbitrale du 15 mars 1963, en cause Shappire International contre N.I.O.C. « Contrary to a state judge, who is bound to conform to the conflict of law rules of the state in whose name he meets out justice, the arbitrator is not bound by such rules. He must look for the common intention of the parties, and use the connecting factors generally used in doctrine and in case law and must disregard national particularities (BATIFFOL, *Revue de l'Arbitrage*, 1951, p. 111; CARABIBER, *L'arbitrage international de droit privé*, Paris, 1960, pp. 50-92). This consideration carries particular weight in the present case, since, in view of the fact that they have not directly agreed upon the seat of the arbitration and instead have only determined which authority should appoint the umpire or the sole arbitrator, the parties cannot be presumed to have agreed upon the choice of a conflict rule by their common choice of the form of the arbitration. » Cette sentence a fait l'objet d'un commentaire par J.F. LALIVE, sous le titre : « Contracts between a state or a state agency and a foreign Company », dans *I.C.L.Q.*, 1964, pp. 987-1021. De larges extraits de la sentence inédite sont publiés en annexe à l'article, qui reprend le texte d'une autre publication de M. LALIVE, parue dans *A.S.D.I.*, 1962, pp. 273-303, sous le titre « Un récent arbitrage entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère ». Nous citerons le texte anglais de cette sentence, d'après la version intégrale qui nous a été obligeamment prêtée par le *Petroleum Legislation* (New York).

d'arbitrage international, il convient, en effet, de distinguer d'une part la loi de l'arbitrage, et la loi régissant le fond du litige soumis aux arbitres.

Le choix de la loi régissant le fond dépend en outre directement des principes auxquels les arbitres se référeront, lesquels principes de rattachement étant, selon l'observation de Raape³³, non pas des normes de droit matériel, mais des règles de conflits.

Sans vouloir entrer dans de longs développements qui sortiraient du cadre de notre étude, on remarquera seulement que le rôle qu'une certaine doctrine veut jouer à la loi du lieu de l'arbitrage, d'une part dans la procédure de celui-ci, d'autre part au stade de l'application des règles de conflit pour la détermination de la loi applicable au fond du litige, repose sur le principe du caractère nécessaire de l'application de la loi du for arbitral pour assurer la reconnaissance des sentences, si les tribunaux du for sont appelés à intervenir dans la procédure arbitrale.

On peut penser que la procédure des arbitrages pouvant intervenir à l'occasion des contrats étudiés, ne serait pas régie par la loi d'un for arbitral quelconque, mais bien par le droit international public, ainsi que nous le verrons plus loin. *A fortiori* y aurait-il lieu, dès lors, de repousser le droit du for arbitral comme pouvant régir le fond puisque la justification même de son application disparaît dès qu'il est établi qu'en aucune circonstance les tribunaux du siège de l'arbitrage n'auront à connaître celui-ci.

La récente convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961 rejette catégoriquement tout lien entre le lieu de l'arbitrage et la loi applicable, en son article VII³⁴.

Il convient encore d'ajouter, qu'à défaut de stipulation expresse des parties — *quod non* — il serait absurde de supposer que celles-ci aient entendu rester dans l'incertitude la plus totale quant à la loi appelée à régir le contrat, puisque quatre lois pourraient éventuellement être appliquées, des arbitres de quatre nationalités différentes pouvant être appelés à statuer.

c) *Applicabilité du droit international.*

Les contrats N.I.O.C., Pan American et Shappire d'une part, les contrats Consortium et A.G.I.P. Mineraria d'autre part, connaissent des rédactions différentes quant à leurs dispositions se référant au droit international, nous les examinerons donc séparément.

³³ KOPELMANAS, « La place de la Convention européenne dans l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 dans l'évolution du droit international de l'arbitrage », *A.F.D.I.*, 1961, p. 331; KLEIN, « La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international », *R.C.D.I.Pr.*, 1962, p. 621.

³⁴ RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 1950, p. 358.

1. *Contrats Consortium et A.G.I.P.*

« L'interprétation et l'exécution des accords sont déclarées par les parties soumises :

- a) aux principes de droit commun à l'Iran et aux pays auxquels ressortissent les concessionnaires;
- b) à leur défaut, par les principes de droit reconnus par les nations civilisées, y compris ceux dont les tribunaux internationaux ont fait application³⁵. »

a) L'intention des parties semble être clairement de ne soumettre leur contrat qu'aux principes communs de leurs législations respectives, ce qui ne pourra être dégagé que par la méthode du droit comparé³⁶.

Le tronc commun juridique, défini par un examen comparatif pourrait, semble-t-il, comprendre non seulement les principes généraux de droit mais aussi des règles de technique juridique, pour autant que leur identité soit complète.

La distinction entre règles et principes généraux a été faite par le doyen Ripert³⁷.

³⁵ Accord Consortium art. 46, d'après la traduction publiée à la *Revue de l'Arbitrage*, 1956, p. 69.

Accord A.G.I.P. Mineraria, art. 40 « In view of the difference in the nationality of the parties to this Agreement, the latter shall remain valid, and must be interpreted and applied according to the principle of law common to both Iran and Italy and the absence of such principles in accordance with the principles of law recognized normally by civilized nations, namely those which have already been applied by international tribunals ».

³⁶ On peut rapprocher les dispositions visées des principes admis par la Mixed Claim Commission germano-américaine dans sa décision n° 2 : « dans le cas, toutefois, où il ne se trouverait pas dans le traité (de Berlin et l'accord du 10 août 1922 instituant la Mixed Claim Commission) de dispositions applicables, la Commission aurait recours pour déterminer la mesure des dommages :

- a) aux conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats-Unis et l'Allemagne;
- b) à la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
- c) aux règles de droit communes aux Etats-Unis et à l'Allemagne, établies soit par des lois, soit par des décisions judiciaires;
- d) aux décisions judiciaires et à la doctrine des publicistes les plus qualifiés de toutes les nations, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit;
- e) toutefois la Commission ne sera liée par aucun code particulier, ni par des règles de droit particulier, elle sera guidée par la justice, l'équité et la bonne foi ».

On constate que les paragraphes a) et c) visent les principes communs aux parties en présence, les paragraphes b), d) et e) les principes généraux du droit. D'après Ch. CARABIER, *Les juridictions internationales de droit privé*, Neuchâtel, 1947, p. 259.

³⁷ « Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux », *R.C.A.D.I.*, 1953, p. 582. Les principes généraux du droit ont été récemment consacrés comme source de droit matériel dans les traités européens. Aux termes de l'art. 215, § 2 du Traité de la C.E.E., la responsabilité extra-contractuelle des organes communautaires est régie par « les principes généraux communs aux droits des Etats membres ». Des dispositions similaires se retrouvent dans l'article 188 du Traité de l'Euratom.

« Pour définir les principes généraux du droit interne des nations civilisées, il n'est pas nécessaire d'envisager toutes les règles adoptées par ces nations.

Le principe commande les règles; on peut changer une règle sans renverser un principe; mais si on change un principe, il faut modifier une série de règles.

Les règles sont établies sur des considérations d'ordre pratique et d'après une certaine technique. Elles ont presque toujours un caractère national parce que les besoins ne sont pas toujours identiquement les mêmes et que la technique dépend jusqu'à un certain point de l'esprit national.

Les principes, au contraire, se retrouvent semblables dans les principales législations.

Il y a accord sur les principes, bien que diversité dans les règles.

Les nations civilisées ont, à l'heure actuelle, un droit qui est établi dans des principes communs, bien que leur droit ait un caractère technique particulier. »

Dans la définition de la source de droit prévue *sub littera a)* des contrats, rien ne s'oppose à ce que tous les éléments identiques des systèmes juridiques soient retenus pour gouverner les accords³⁸.

b) « What are these general principles of law recognized by civilized nations? Where are they to be found? It is not possible to point any code or book containing them » (Lord MacNair)³⁹.

Sans vouloir entrer dans le détail d'une question qui, à elle seule, pourrait faire l'objet de cet article, quelques remarques s'imposent.

- 1) Si l'on considère la rédaction des art. 40 et 46 des accords A.G.I.P. et Consortium, on ne peut s'empêcher de penser que les principes généraux semblent devoir être dégagés par la méthode comparative parmi les droits d'un groupe de nations dites civilisées⁴⁰.
- 2) L'expression « principes généraux du droit reconnu par les nations civilisées » est empruntée textuellement à l'article 38 du statut de la C.I.J. Aux termes

³⁸ Le professeur F.A. MANN, « Reflexion on a Commercial Law of Nations », *B.Y.B.I.L.*, 1957, pp. 21-51, va plus loin en ce qu'il propose d'incorporer d'une manière définitive aux principes généraux du droit les règles d'application généralement constatées. « The fact that a rule is of technical character does not mean that it does or cannot, constitute a general principle. To put the same point differently it is the generality of the application of the rule, not the generality of the legal idea underlying it, that determines whether or not it is a general principle ». Si la justesse de l'idée n'est guère contestable, on peut se demander si en raison des modalités locales, nombreuses et diverses, des principes généraux, ces règles communes ne sont pas rarissimes; néanmoins l'intérêt de la remarque du professeur Mann réside également dans ce qu'il supprime la difficulté de distinguer parfois arbitrairement entre règles et principes.

³⁹ Lord MacNAIR, « The General Principle of Law Recognized by Civilized Nations », *B.Y.B.I.L.*, 1957, 1-19.

⁴⁰ Voy. RIPERT, *R.C.A.D.I.*, *op. cit.*, pp. 569-663.

de cet article, les « principes » ne sont qu'une source du droit international public. Toute référence auxdits principes implique donc une référence à une source de droit international public et non à celui-ci *stricto sensu*.

- 3) La référence directe ou à titre supplétif aux « principes généraux de droit » n'implique pas nécessairement l'inadéquation d'un des systèmes juridiques en présence à gouverner une situation déterminée ⁴¹ mais manifeste la volonté des parties de faire échapper leurs relations, dans une mesure définie, à tout système de droit national.

Si la référence aux principes généraux est souvent faite alors que la loi normalement applicable au contrat, à défaut de stipulation expresse des parties est notoirement inadaptée à régir celui-ci, on ne peut soutenir que tel soit toujours le cas.

Dans l'affaire *Lena Goldfields* ⁴² les arbitres appliquèrent les principes généraux du droit bien que personne ne soutienne que le droit de l'Union Soviétique en 1930 fut un droit insuffisant à régir un contrat de concessions.

De même, l'absence de toute règle précise sur l'exploitation des gisements pétrolières en droit interne iranien, ne peut être soutenue dans le cas du contrat A.G.I.P. *Mineraria* signé et ratifié un mois après la promulgation du *Petroleum Act*.

c) On peut considérer « les principes généraux du droit » comme des règles de droit positif, susceptibles de sanctions et capables de combler le « vacuum » d'un contrat détaché de tout autre système juridique.

⁴¹ C'est cependant parfois aussi le cas comme le révèle Lord MacNair, *op. cit.*, p. 19, « When the legal system of the country in which for the most part the contract is to be performed is not sufficiently modernized for the purpose of regulating this type of contract, it is unlikely that the territorial law of either party can afford a solution that will commend itself to the parties or to tribunals. Accordingly the system of law most likely to be suitable for the regulation of the contracts... is the general principles of law recognized by civilized nations ». *Petroleum Development (Trucial Coast) Limited v. the Ruler of Abu Dhabi*. Sentence arbitrale de Lord Asquith of Bishopstone (1951), *I.C.L.Q.*, 1952, pp. 247-261. « What is the proper law applicable in construing this contract? This is a contract made in Abu Dhabi and wholly to be performed in that country. If any municipal system of law were applicable, it would *prima facie* be that of Abu Dhabi. But no such law can reasonably said to exist. The seikh administers a purely discretionary justice with the assistance of the Koran; and it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments. »

Dans le même sens : *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company Limited*. Sentence arbitrale de Sir Alfred Bucknill (1953), *International Law Reports*, 1953. « I am satisfied that the law (of Qatar) does not contain any principles which would be sufficient to interpret this particular contract. »

⁴² *Cornell Law Quarterly*, 1950, pp. 31-54.

Si le droit positif est un ensemble de prescriptions précises, admises dans une communauté destinée à régir la vie de ce groupe social et dont l'observance est sanctionnée par des mécanismes appropriés, les « principes généraux » participent du droit positif. Ceci découle à suffisance de leur application par les tribunaux internationaux ⁴³.

2. Contrats Pan American et Shappire

La matière est réglée par les articles 37, par. 2e et 38, par. 1 desdits accords.

a) Référence explicite au droit international.

Art. 37, par. 2.

« The terme « force majeure » used in this Agreement means occurrences which are recognized as such by the principles of international law. »

Cette disposition, calquée sur l'article 13 du Petroleum Act ⁴⁴ permet d'éviter l'énumération des circonstances constitutives de force majeure que l'on retrouve aux articles 47 par. A de l'accord Consortium et 37 par. A de l'accord A.G.I.P. Mineraria ⁴⁵.

Une question se pose alors : la notion de force majeure est-elle une notion de droit international et, dans ce cas, ressortit-elle du droit international public ou au droit international privé. La décision suivante fournit la réponse :

« The exception of *vis major*... may be pleaded in public international law as well as in private law » ⁴⁶.

La notion de force majeure telle qu'elle est appliquée par les juridictions internationales est un des principes généraux du droit auxquels le droit international public recourt en tant que source. La qualification de la *vis major* rapportée ci-avant montre ce « principe général » encore fort proche de sa source d'inspiration, le droit comparé ⁴⁷.

⁴³ BIN CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953.

⁴⁴ « Force majeure as used in this act, means occurrences which are recognized as such by the principles of international law ».

⁴⁵ Toutefois, ce dernier article, après avoir énuméré une série de situations échappant au contrôle des parties et rendant l'exécution du contrat impossible, ajoute en un paragraphe B : « Subject to paragraph 2 of article 39, other events than those mentioned in paragraph A of this article shall be considered as cases of force majeure if recognized as such by principles of international law ».

⁴⁶ Russian Indemnity Case (1912), JAMES BROWN SCOTT, *The Hague Court Reports*, pp. 532-546.

⁴⁷ Sur la force majeure, BIN CHENG, *op. cit.*, 1953, pp. 227-232.

b) *Référence implicite au droit privé international matériel.*

L'article 38, par. 1, dispose :

« The parties undertakes to carry out the terms and provisions of this Agreement in accordance with the principle of mutual good will faith and respect the spirit as well as the letter of the said terms and provisions »⁴⁸.

On peut estimer que telle prescription emporte soumission du contrat aux principes généraux de droit pour tout différend pouvant survenir sur l'interprétation ou l'exécution de celui-ci. Deux précédents existent d'ailleurs en ce sens.

La sentence arbitrale rendue 3 septembre 1930 entre l'U.R.S.S. et la compagnie anglaise Lena Goldfields Limited est intervenue à l'occasion d'un contrat de concession dont les dispositions reproduisent celles des accords examinés⁴⁹.

Ce contrat de concession dans son article 75 prévoyait que la compagnie concessionnaire était soumise à toute la législation actuelle et future de l'U.R.S.S. mais avec la réserve importante que la convention, avec ses dispositions spéciales, prévaudrait sur les textes légaux non conformes; en outre, le gouvernement soviétique s'engageait, en vertu de l'article 76, à n'apporter aucune modification au contrat, par ordre, décret ou tout acte unilatéral sans approbation de la Lena Goldfields Ltd. L'article 89 de l'accord prévoyait :

« The parties base this relations with regard to this Agreement on the principle of good will and good faith as well as on reasonable interpretation of the terms of this Agreement ».

Le Tribunal arbitral, dans ces conditions, considéra que à part les « domestic matters » régies par la loi russe, la loi gouvernant le contrat était « les principes généraux du droit reconnus par les nations considérées » cités à l'art. 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale.

Le contrat de concession intervenu entre le Sheikh d'Abu Dhabi et la Petroleum Developments Limited⁵⁰ prévoyait en son article 17 :

« The ruler and the company both declare that they intend to execute this Agreement in a spirit of good intentions and integrity and to interpret it in reasonable manner ».

⁴⁸ Des dispositions équivalentes, sinon littéralement reproduites, se retrouvent à l'art. 39, § 1 de l'Accord A.G.I.P. Mineraria et à l'art 41, § A de l'Accord Consortium. Elles emportent évidemment les conséquences que nous déduirons du présent examen. Ces réflexions ont été groupées sous ce paragraphe pour la seule clarté de l'exposé.

⁴⁹ *Annual Digest of International Law*, 1929-1930, Cace n° 1 and 258; *Cornell Law Quarterly*, 30 (1950, 31-54 avec note NUSSBAUM.

⁵⁰ *I.C.L.Q.* (1952), 247-261.

L'arbitre Lord Asquith of Bishopstone, après avoir constaté l'inadéquation de la loi d'Abu Dhabi à régir le contrat, déclare :

« On the contrary, clause 17 of the Agreement cited above, repels the notion that the municipal law of any country as such could be appropriate. The terms of that clause, invite indeed prescribe, the application of principles rooted in the good sense and common practice, of the generally of civilized nations a sort « modern law of nature ».

CONCLUSIONS

L'examen des quatre contrats signés entre diverses compagnies pétrolières étrangères et l'Etat iranien ou ses agents nous permet d'arriver aux conclusions suivantes :

1. Aucune loi nationale n'est désignée par les parties pour gouverner les contrats.
2. La loi iranienne n'y joue que le rôle d'un système de référence incorporé aux contrats et dépourvu de tout élément normatif à l'égard de ceux-ci.
3. Les contrats sont gouvernés par les principes généraux du droit, désignés comme loi applicable par la volonté des parties.

Cette opinion coïncide d'ailleurs avec celle exprimée dans la sentence Shappire-N.I.O.C., et qui est la seule décision jurisprudentielle relative aux contrats étudiés.

« It is quite clear... that the parties intended to exclude the application of Iranian law as such. But they have not chosen another positive legal system and this omission is on all the evidence deliberate. All the connecting factors cited above joins the fact that the parties therefore intended to submit the interpretation and performance of their contract to the principles of law generally recognized by civilized nations, to which art. 37 of the agreement refers, being the only clause which contains an express reference to an applicable law ».

III. REGLEMENT DES DIFFERENDS

Deux schémas sont prévus : tout d'abord le règlement amiable qui semble assez proche du mécanisme de la Commission de Conciliation familial en droit international public.

En cas d'échec, les contrats organisent une procédure contentieuse, fondée sur l'arbitrage.

1. *Règlement amiable.*

Les parties ont la faculté de résoudre les difficultés survenant entre elles, et restant irréductibles après consultation, en soumettant leur désaccord à une

Commission de conciliation de quatre membres, nommés par moitié par chaque partie (accord Consortium, art. 42-43; accords Pan American et Shappire, art. 39; accord A.G.I.P. Mineraria, art. 42).

Le Comité de conciliation procède à l'audition des représentants des parties dans les trois mois de la saisie, et rend une décision qui, pour être obligatoire, doit être unanime.

Si la conciliation n'est pas obtenue ou encore si les parties n'ont pas désiré saisir la Commission de conciliation, le différend est alors soumis à la procédure contentieuse.

Le Comité de conciliation étant un organe *ad hoc*, la collaboration des parties est nécessaire à sa constitution. Aucun mécanisme n'est prévu pour pallier la défaillance d'un des contractants au cas de refus de désigner ses conciliateurs.

La seule volonté d'une des parties entraîne donc l'impossibilité de fonctionnement de la Commission et renvoie à la situation définie au précédent alinéa le recours à la procédure contentieuse.

L'esprit de collaboration indispensable au stade « conciliation » est d'ailleurs apparu aux rédacteurs des accords : aucun délai n'est spécifié pour la nomination des conciliateurs, rien n'est précisé quant à la procédure poursuivie devant eux; il est clair qu'on s'en est remis au bon vouloir des contractants et à leur volonté de régler le différend à l'amiable.

2. Règlement contentieux.

Les dispositions très élaborées des contrats étudiés, relatives au déroulement de la procédure contentieuse, répondent à deux préoccupations : éviter la saisine d'un tribunal quelconque par l'organisation de l'arbitrage en toute matière; éviter le blocage de la procédure d'arbitrage par le mauvais vouloir d'une partie.

La réalisation de ces impératifs est d'ailleurs vitale pour les parties.

Il serait vain d'imaginer que la mise en œuvre de contrats impliquant des intérêts matériels aussi considérables puisse se faire sans que des litiges surviennent quant à l'étendue des obligations réciproques.

Or le recours aux tribunaux nationaux est impensable et irréalisable.

En effet, les compagnies pétrolières ne peuvent en aucun cas accepter de porter un litige éventuel devant un for iranien, où l'inégalité entre les plaideurs serait trop grande.

La N.I.O.C., agent de l'Etat iranien, agissant comme tel aux contrats, pourrait opposer, avec grande chance de triompher, l'exception d'immunité de juridiction devant un tribunal étranger. *A fortiori*, l'Etat iranien, partie au contrat Consor-

tium, serait-il fondé à opposer l'incompétence « *rationae personae* » en invoquant son immunité de juridiction ⁵¹.

Le recours à l'arbitrage s'impose donc.

Mais ce mode de règlement devant échapper pour les mêmes motifs à tout cadre national, il convient que les parties prévoient à l'avance les dispositions destinées à éviter l'enlisement de la procédure par le fait du mauvais vouloir d'un des adversaires, puisque le recours aux instances judiciaires nationales, dans pareille éventualité, doit être normalement exclu.

Ces considérations expliquent le luxe de détails des clauses compromissaires. Un examen attentif permettra d'établir si les objectifs visés seraient atteints.

A. *Différend technique.*

1. *Différend en matière monétaire.*

L'article 31 de l'accord Consortium et l'article 28 de l'accord A.G.I.P. Mineraria prévoient que si des difficultés s'élèvent entre parties pour toute question monétaire ou tout problème de change, chacune peut requérir le directeur du Fonds monétaire international pour nomination d'un arbitre unique.

Tandis que l'accord Consortium prévoit une large identité entre la procédure de cet arbitrage et celle de l'arbitrage en matière de différend juridique, l'accord A.G.I.P. Mineraria dispose une procédure simplifiée : l'arbitre statuera *ex aequo et bono*, sans appel et en étant dispensé de toute formalité. Il devra toutefois statuer dans les quatre mois de son acceptation d'arbitrer.

Les articles susvisés organisent en cas de non-nomination de l'arbitre dans les deux mois de la demande au directeur du Fonds monétaire international, le recours à la procédure d'arbitrage en matière de différend juridique.

Les accords Pan American et Shappire ignorent toute procédure spéciale d'arbitrage pour les différends monétaires.

2. *Différend en matière comptable et technique.*

Les articles 44, par. B de l'accord Consortium, 43 de l'accord A.G.I.P. Mineraria, 40 des accords Pan American et Shappire organisent une procédure spéciale d'arbitrage dans ces matières.

Au cas de différend, les parties choisissent ou bien un expert unique ou chacune leur expert et de commun accord le tiers expert. S'il y a désaccord sur le

⁵¹ Voy. sur cette question R. RIAD, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1963, et les décisions de jurisprudence suivantes : Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo, Court of Appeal of England, 31 octobre 1956, *International Law Reports*, 1956, pp. 160-173; Epoux Martin c. Banque d'Espagne, Cour de Cassation française, 3 novembre 1952, *R.C.D.I.Pr.*, 1953, pp. 425-432, note Fregria.

choix de l'expert unique ou sur la personne du tiers expert, chaque partie peut requérir soit le directeur de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich, pour les questions techniques, soit le président de la Chambre suisse de Révision de Zurich pour les questions comptables, de procéder à la désignation litigieuse.

Le ou les experts devront statuer dans les six mois de leur saisine. La décision rendue est sans appel. Elle sera prononcée à la majorité au cas où trois experts ont été désignés.

Avec un luxe de détails, les articles susvisés organisent les divers délais impartis aux divers stades de l'expertise :

a) Les parties ont un mois pour décider de soumettre leur différend à l'expertise; le délai se calculant « from the institution of the proceedings », ce qui laisse supposer une mise en demeure. Les accords Shappire, Pan American et A.G.I.P. Mineraria sont muets sur ce point, mais cette disposition l'implique, l'article 42, par. A de l'accord Consortium le prévoit expressément en tant que préalable à tout règlement.

« If in the opinion of any party to this Agreement any other party is in default in the performance of any obligation hereunder, the first party shall give the other party written notice specifying the respects in which a default is believed to exist and calling up such other party to remedy the default. »

Au cas où les parties ne peuvent s'entendre sur l'instauration de l'expertise, la procédure d'arbitrage en matière de différend juridique prendra place.

b) La nomination de l'expert unique ou des experts doit être effectuée par les parties dans le mois qui suit « the institution of the proceedings ». Cette disposition est peu claire; normalement on devrait l'entendre comme impartissant un nouveau délai d'un mois pour le choix des experts après accord des parties pour procéder à l'expertise, mais il semble bien que la répétition du même terme de référence « from the institution of the proceedings » implique la confusion des deux opérations au cours du même mois suivant la mise en demeure.

c) Le choix du tiers arbitre aura lieu dans un nouveau délai d'un mois, si les parties s'entendent sur sa personne, ou de deux mois si les pourparlers n'aboutissent pas. Une fois encore cette disposition n'est guère précise : si l'on admet que de toute manière le tiers expert doit être désigné dans les deux mois du début de la procédure, en cas d'échec des tentatives de nommer cette personnalité de commun accord, la partie la plus diligente n'aurait qu'un mois pour saisir les organes compétents d'une requête visant à telle désignation et la nomination devrait intervenir dans ce même mois. Ce délai peut sembler bien court à l'égard de l'éloignement des parties du siège des organes appelés à procéder, en dernière analyse, à la nomination en litige. Il semble que l'on pourrait sans mal interpréter cumulativement ces divers délais.

b) La nomination de l'expert unique sera faite dans les trois mois en cas de désaccord entre les parties. Ce délai est en réalité celui auquel aboutirait le système cumulatif examiné ci-dessus.

Au cas où les divers délais ne seraient pas respectés, les parties sont libres de soumettre directement leur litige à l'arbitrage « juridique », ainsi qu'il est prévu au cas où elles n'entendraient pas se soumettre à l'expertise⁵².

Il faut noter encore :

- que les experts désignés par les parties ne peuvent désigner le tiers expert, prérogative réservée aux contractants;
- que les experts ne peuvent statuer que dans les limites précises du compromis d'expertise et uniquement sur les questions d'ordre technique ou comptable dont ils sont saisis.

Au cas où, durant l'expertise, une partie soulèverait une question de droit relative à l'interprétation des accords, ou si un des experts ou ceux-ci estimant que telle question se poserait, à défaut d'accord entre contractants sur ce point, les parties, ou l'une d'entre elles, devraient la soumettre à l'arbitrage soit de leur initiative, soit à la requête des experts ou de l'un d'entre-eux.

Il est intéressant de noter que bien qu'indirectement, il est loisible aux experts de mettre en route la procédure d'arbitrage et ce par une sorte « d'endossement » de leur demande par les parties.

Il reste également un certain pouvoir d'appréciation aux experts quant à l'incidence d'un problème de droit, puisqu'ils apprécieraient l'opportunité de poursuivre leur mission en fonction des questions soulevées.

« The proceeding before the expert or experts need not to be suspended when a question of law arising in the course thereof is submitted to arbitration when in the opinion of the expert or experts the question of law is of such a nature that the proceeding cannot usefully be continued until it has been determined. »

B. *Différend juridique.*

L'option des parties aux accords est nette et sans ambage : en aucun cas, aucune juridiction n'aura à connaître de leurs différends qui seront réglés par arbitrage.

« Arbitration in accordance with the provision of this Article shall be the sole method of determining any dispute between the parties to this Agreement arising out of, or relating to, the execution or interpretation of this Agreement, the determination of the rights and obligations of the parties hereunder »⁵³.

Les mobiles de cette option sont clairs :

- assurer le respect du système de droit particulier gouvernant les accords, ce

⁵² « If the Parties do not agree that a dispute shall be referred to an expert or experts under article 40 or if they do so agree but the appointment provided for are not made or a decision is not given within the term specified for the purpose... », Accord Pan American et Shappire, art. 41, 1.

⁵³ Accord Consortium, art. 44, par. A, même disposition, sinon dans la lettre, dans l'esprit. Accord A.G.I.P., art. 44.

- que les parties ne pourraient attendre d'un for quelconque auquel le juge serait lié par son propre système juridique;
- assurer l'égalité parfaite des parties dans la procédure contentieuse.

Composition du tribunal arbitral.

L'écueil majeur à éviter était la paralysie de la procédure arbitrale par l'inertie d'une des parties.

Déjà, l'accord de concession de 1933 de l'Anglo-Iranian prévoyait des dispositions à cet effet. L'article 22, par. d du contrat prévoyait qu'au cas où l'une des parties négligerait de nommer son arbitre, ou au cas où les parties ne s'entendraient pas sur la personne du surarbitre, le président de la C.P.J.I. serait appelé à désigner sur requête de la partie la plus diligente, l'arbitre unique ou le surarbitre.

Pourtant, le litige consécutif à la nationalisation des pétroles iraniens n'aboutit pas à un arbitrage entre l'Iran et la compagnie dépossédée.

Le 25 mai 1951, le président du Conseil d'administration de l'Anglo-Iranian demandait au président de la C.I.J. de procéder à la nomination d'un arbitre unique, vu le refus de l'Iran de nommer son arbitre.

Le 28 mai, M. Basdevant se récusait en invoquant qu'entre-temps, le litige en son entier avait été porté devant la C.I.J. par voie de requête par l'Angleterre. La Cour étant saisie, « il ne lui était pas possible, pour le moment, de donner suite à la demande de la Compagnie »⁵⁴.

Le 11 octobre 1952, soit après que la Cour internationale de Justice se fut déclarée incompétente dans le litige entre l'Angleterre et l'Iran, le vice-président Guerrero, faisant fonction de président à la place de Lord MacNair (Grande-Bretagne), président en exercice, répondait à une nouvelle requête de l'Anglo-Iranian.

Il informait la Compagnie de son incompétence à désigner un arbitre, cette fonction ayant été confiée par le contrat de concession au président ou au vice-président de la C.P.J.I., et à défaut d'accord entre les parties, il ne pouvait assumer ce rôle.

M. Guerrero ajoutait que l'article 37 du statut de la Cour invoqué par la Compagnie et selon lequel la C.I.J. doit être substituée à C.P.J.I. pour l'application de toutes les clauses des accords prévoyant le renvoi à cette dernière juridiction, ne pouvait recevoir application en l'espèce.

⁵⁴ Ces lettres sont reproduites aux pp. 389-391 de la C.I.J., *Mémoires, Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Cy* (Royaume-Uni c. Iran); Ch. SIRAT, « Le Président de la Cour internationale de Justice », *R.G.D.I.P.*, 1958, p. 217.

En effet, indiquait-il, cet article n'était applicable qu'entre les parties au statut de la Cour, c'est-à-dire entre les États qui y avaient souscrit. Il ne pouvait jouer dans les rapports entre un État et une compagnie privée.

Cette décision a été très critiquée, bien que juridiquement elle soit fondée.

En effet, bien que l'intervention des parties à l'époque de la signature ait été certainement de conférer les pouvoirs de nomination au président de la C.P.J.I. ou au président de tout autre organe juridictionnel qui lui succéderait, les traditions de la C.I.J., et le caractère exceptionnel et consensuel de sa juridiction devaient l'amener à adopter une attitude restrictive quant à sa compétence en l'espèce.

En outre, le Parlement iranien, saisi en 1949 d'un projet d'amendement à l'acte de concession de 1933, qui comportait substitution de la C.I.J. à la C.P.J.I. dans la clause compromissoire, le rejeta. Approché officieusement par le vice-président Guerrero, avant qu'il ne donne réponse à la requête de l'Anglo-Iranian en 1952, le gouvernement iranien avait encore manifesté son opposition à telle intervention.

La décision du vice-président Guerrero semble donc logique, surtout si l'on tient compte de l'attitude du Parlement iranien en 1949, soit *in tempore non suspecto*⁵⁵.

Nomination des arbitres.

Chaque partie désigne son arbitre, dans les deux mois de l'introduction de la procédure, et en avise l'autre partie.

A défaut de ce faire, cette dernière aura le droit de présenter une requête à l'autorité déterminée afin qu'elle désigne un arbitre unique.

Les arbitres désignés doivent s'entendre dans les quatre mois de l'introduction de la procédure, sur la personne du tiers arbitre. Au cas de désaccord, à moins que les parties en conviennent autrement, celui-ci sera désigné, sur requête d'une des parties, par l'autorité désignée.

Pour ces désignations l'accord Consortium donne compétence au président de la Cour internationale de Justice, l'accord A.G.I.P. attribue les mêmes fonctions au président du Tribunal cantonal de Genève, les accords Pan American et Shappire désignent le président du Tribunal fédéral suisse.

Telles dispositions en elles-mêmes ne sont guère originales et pourraient se retrouver *mutatis mutandis* dans beaucoup de clauses compromissoires. Ce qui l'est beaucoup plus, ce sont les mécanismes protecteurs.

Tout d'abord, l'examen s'impose de l'accord Consortium qui est, à cet égard, le plus élaboré.

⁵⁵ M. DUBISSON, *La Cour internationale de Justice*, 1964, pp. 126-127.

Pour éviter le renouvellement des difficultés rencontrées par l'Anglo-Iranian, il est disposé :

«Au cas où la Cour internationale de Justice serait remplacée par un nouveau Tribunal international de même nature et de même compétence, ou ses fonctions substantiellement transférées à ce nouveau Tribunal, les fonctions que le Président de la Cour internationale de Justice peut exercer aux termes du présent article, pourront être exercées par le Président du nouveau Tribunal international sans qu'un autre accord entre les parties soit nécessaire ».

Après avoir précisé que si le président de la C.I.J. était de la nationalité d'une des parties, ses fonctions seraient dévolues au vice-président de la haute juridiction, l'accord prévoit que le pouvoir de nomination de l'arbitre unique ou du surarbitre écherrait, au cas où le vice-président de la C.I.J. ne pourrait s'acquitter de cette fonction en raison de sa nationalité, ou pour toute autre raison, au président du Tribunal fédéral suisse ou, à défaut, au président de la plus haute juridiction de l'une des nations suivantes, soit dans l'ordre : le Danemark, la Suède ou le Brésil.

L'accord A.G.I.P. Mineraria prévoit que si le président du Tribunal cantonal de Genève est empêché ou refuse de s'acquitter des fonctions lui dévolues dans l'accord, celles-ci seront assumées par le plus haut magistrat de la Cour Suprême soit du Danemark, soit de la Suède ou du Brésil.

De même, les accords Pan American et Shappire attribuent compétence à ces magistrats à défaut de voir le président du Tribunal fédéral suisse remplir ses fonctions.

Les accords A.G.I.P. Mineraria, Pan American et Shappire prévoient que si l'arbitre unique ou tiers arbitre désigné ne notifie pas dans les trente jours son acceptation, il est présumé refuser et l'on procède à une nouvelle nomination.

Personnalité des arbitres.

Les quatre accords prévoient généralement que le choix du surarbitre ou de l'arbitre unique est laissé à l'entière discrétion de la personne chargée de cette désignation, à la réserve toutefois de ce que l'arbitre ne devra pas avoir de rapports étroits avec les pays auxquels ressortissent les parties, ni être de leurs nationaux, ni être ou avoir été au service d'un des Etats.

L'accord A.G.I.P. Mineraria retient qu'il est exclu qu'un quelconque arbitre soit ressortissant italien ou iranien, mais spécifie que le choix pourra se porter parmi des magistrats, des professeurs d'universités ou des avocats près les Cours d'Appel ou les Cours Suprêmes des autres nations.

Procédure de l'arbitrage.

Les dispositions des accords examinés divergent assez fort sur ce point. On peut néanmoins les classer en deux groupes.

a) *L'accord A.G.I.P. Mineraria.*

La loi du siège de l'arbitrage, la loi du canton de Genève, est appelée à jouer un rôle prépondérant.

Bien que l'article 44 prévoit la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à la procédure dans le compromis d'arbitrage, à défaut de choix exprès, c'est la loi du siège de l'arbitrage qui est choisie d'avance.

Le rôle assigné aux autorités judiciaires suisse dans le déroulement de la procédure devrait d'ailleurs à notre sens amener de toute manière une intervention du droit genevois dans le litige.

La jurisprudence suisse se prononce régulièrement en faveur du rattachement à la loi du siège du tribunal arbitral⁵⁶, et lors de leurs interventions dans l'arbitrage, les autorités judiciaires helvétiques trouveront l'occasion de faire prévaloir cette attitude.

En effet, il est prévu à l'article 44, par. 8 que :

« All boards of inquiry and all decisions, even those concerning provisionnal and urgent measure taken by the arbitration, must be authenticated by competent authorities at the request of the arbitrator and transmitted for execution to the President of Civil Tribunal of the place of execution ».

En outre, en cas de désaccord des parties sur le montant des honoraires des arbitres fixés par le tiers arbitre, le président du Tribunal de Genève a compétence pour trancher la controverse.

On peut prévoir que l'arbitrage tout entier rentrant dans la sphère judiciaire genevoise sera dès lors soumis aux prescriptions du Code de procédure civile de Genève.

Cette situation ne peut amener que des difficultés si les parties, usant de la faculté qui leur est réservée, choisissent de soumettre la procédure à une autre loi, ou aux règles du droit international public.

En outre, le pouvoir reconnu par la loi genevoise à ses tribunaux (art. 332 du Code de procédure civile) pour connaître d'une action en nullité d'une sentence arbitrale, viendra en opposition avec la volonté clairement exprimée par les parties à l'article 44, par. 13, aux termes duquel la sentence arbitrale sera définitive et sans recours.

b) *Les accords Consortium, Pan American et Shappire.*

Aux termes des accords Consortium, Pan American et Shappire, les parties déterminent le lieu et la procédure de l'arbitrage. A défaut d'accord, l'arbitre unique ou le surarbitre en décident.

En cas de silence des parties, le choix de la procédure et du siège de l'arbitrage semble de même revenir aux arbitres.

⁵⁶ I.E. KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, 1955, p. 235.

On peut espérer que, dans ces conditions, la procédure de l'arbitrage serait soumise au droit international public, ainsi que l'ont décidé les arbitres dans la sentence *Aramco*⁵⁷.

Deux arguments essentiels militent en faveur de cette soumission.

Tout d'abord, l'immunité de juridiction, reconnue aux Etats souverains par le droit des gens, s'oppose à ce que, même à l'occasion d'un arbitrage, un Etat souverain puisse relever de la loi d'un autre Etat.

Mutatis mutandis, cette considération doit s'appliquer à une compagnie telle que la N.I.O.C. qui agit sur le plan international en tant qu'agent de l'Etat iranien et doit amener à écarter la loi du siège de l'arbitrage.

En second lieu, la soumission de la procédure de l'arbitrage au droit international public est le seul moyen propre à assurer le respect du système de droit particulier institué par les contrats et spécialement des mécanismes prévus en matière de règlement de différends.

Ainsi que le relevèrent les arbitres de l'affaire *Aramco* : « Dans tous les Etats civilisés, le droit positif attribue en effet de semblables droits de contrôle et d'ingérence dans l'arbitrage aux tribunaux ordinaires. Ils peuvent parfois choisir les arbitres ou désigner le surarbitre directement en vertu de dispositions légales, notamment lorsqu'une des parties viole le contrat d'arbitrage ou ne procède pas à la nomination qui lui incombe de son arbitre; ils peuvent exiger, à peine de nullité de la sentence arbitrale, le dépôt de la sentence au Greffe du tribunal; ils peuvent connaître du pourvoi en nullité, soit que l'Etat ait introduit dans sa législation des causes d'annulation spéciales pour les sentences arbitrales, soit qu'il admette des recours en cassation pour les mêmes causes que pour les jugements prononcés par des tribunaux étatiques, soit qu'il permette l'appel contre des sentences arbitrales, ou bien de plein droit, ou bien seulement en vertu d'une réserve spéciale introduite dans le compromis ou la clause compromissoire, soit qu'il autorise la révision des sentences arbitrales avec renvoi de la cause au Tribunal arbitral ou aux tribunaux étatiques, soit qu'il prévoie une instance spéciale en révocation de la sentence arbitrale. Dans certains cas, cette ingérence des pouvoirs judiciaires étatiques peut aller jusqu'à la substitution de ces derniers aux arbitres désignés par les parties »⁵⁸.

L'intervention de l'autorité judiciaire d'un Etat à quelque titre que ce soit dans l'arbitrage, risque de rendre illusoire l'application de la clause compromissoire, car le magistrat saisi sera tenu d'appliquer les règles d'ordre public de son droit national, quitte à violer les dispositions convenues entre parties.

⁵⁷ BASTID, S., « Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'*Aramco* », *A.F.D.I.*, 1960, pp. 300-311. Voy. aussi l'étude de H. BATIFFOL, *R.C.D.I.Pr.*, 1964, pp. 647-662.

⁵⁸ *R.C.D.I.Pr.*, 1963, p. 305.

Dans le seul arbitrage intervenu à propos des contrats étudiés, l'arbitrage entre la Shappire et la N.I.O.C., c'est bien, hélas, ce qui s'est produit.

L'arbitre unique désigné par le président du Tribunal fédéral suisse a fait application du droit suisse à la procédure d'arbitrage, et cette décision a eu pour conséquence que, malgré le caractère définitif de la sentence arbitrale prononcée, d'après la clause compromissoire du contrat (argument de l'article 42), il a été loisible à la partie succombante d'introduire un recours devant les tribunaux du canton de Vaud⁵⁹.

La motivation de la sentence en faveur de l'application de la loi suisse mérite qu'on s'y arrête :

L'influence prépondérante des résolutions de l'Institut de Droit international apparaît de toute évidence : l'arbitre est influencé par le rapport du doyen Sauser Hall, présenté à l'Institut de Droit international en 1952, les attendus de la sentence sont sans ambiguïté à cet égard :

« The judicial authority thus conferred upon the arbitrator necessarily implies that the arbitration should be governed by a law of procedure, and that it should be subject to the supervision of a state authority, such as the judicial sovereignty of a state » (*Cf.* Sauser HALL, « International Arbitration in Private Law », *Annuaire de l'Institut de Droit international*, Genève, 1952, vol. I, pp. 541, 572 et ss.).

« The rule is that, in default of agreement by the parties, the arbitration is submitted to the judicial sovereignty of the seat of the arbitration, at the place where the case is heard » (Sauser HALL, *op. cit.*, pp. 541, 565 et ss. « Resolution of the Institute of International Law », articles 8, 9, 10 et 12, pp. 596 et 598; « The Protocol concerning arbitral clauses of the 24th September 1923 », art. 2, Federal Court R.O. 571, 295).

L'arbitre, de toute évidence, n'a pas ressenti l'inadéquation des principes défendus par l'Institut de Droit international au regard du caractère particulier et spécifique du contrat, objet du litige. La personnalité des parties, soit un Etat étranger (contrat Consortium), soit un agent de cet Etat, traitant avec une puissance économique étrangère exige que la procédure ne soit pas l'objet d'interférence des règles juridiques d'un Etat tiers pour les diverses raisons sus-rappelées.

Le collège arbitral statuant dans l'affaire Aramco, que présidait pourtant le doyen Sauser Hall, partisan éminent et convaincu de la « localisation » de la procédure arbitrale s'est rendu à ces raisons. En l'espèce, l'arbitre y est resté insensible.

⁵⁹ Un autre exemple du peu de respect que peuvent manifester les tribunaux nationaux à l'endroit des clauses compromissoires dans des contrats internationaux est fournie dans l'affaire *Telefunken c. Philips* (*Semaine judiciaire*, 1953, p. 417). Nous ignorons tout du sort de cet appel, comme de l'évolution du litige.

Le refus de sortir l'arbitrage d'un cadre procédural purement « suisse » est fort regrettable.

Dispositions communes aux quatre accords.

L'absence d'une partie à tout ou partie de l'arbitrage n'entrave aucunement la poursuite de celui-ci.

En cas d'empêchement ou de démission d'un arbitre désigné, son remplaçant sera choisi suivant la procédure qui avait présidé à la nomination de son prédécesseur.

La procédure d'arbitrage n'est pas suspensive des activités qui la nécessitent.

Exécution de la sentence arbitrale.

Dans les quinze jours de la notification de la sentence aux parties, notification que l'on peut supposer faite par les arbitres, celles-ci peuvent formuler une demande d'interprétation de la décision rendue, suspensive de l'exécution de la sentence.

Telle décision interprétative ne pourra affecter ni modifier en rien la décision primitive, elle devra être rendue dans le mois de la demande.

La sentence disposera des délais impartis à la partie succombante pour s'exécuter des condamnations prononcées contre elle, à défaut de telle spécification, si la sentence comporte paiement de sommes, celles-ci devront être payées dans les trois mois de la notification de la décision finale.

Si la partie succombante ne s'acquitte pas de ses obligations dans les délais impartis, ou à défaut de voir un délai être impartit, dans les six mois, l'autre partie pourra saisir le même tribunal arbitral d'une demande de résiliation de l'accord. (Art. 45, accord Consortium; art. 42, accords Pan American et Shap-pire)⁶⁰.

Telle sentence comporterait évidemment l'allocation de dommages-intérêts à la partie au bénéfice de laquelle la décision serait rendue.

La majorité des sentences arbitrales sont d'ordinaire exécutées de bonne foi et sans difficulté judiciaire. La position prééminente sur le plan juridictionnel d'une des parties aux contrats pourrait sans doute créer des aléas, mais la solution finale ne fait pas de doute : un Etat qui ne respecte pas une sentence arbitrale voit sa responsabilité engagée de ce chef⁶¹. L'Etat iranien, en refusant

⁶⁰ L'absence de toute disposition concernant l'exécution des sentences arbitrales dans l'Accord A.G.I.P. Mineraria semble confirmer la référence à la loi suisse comme loi de l'arbitrage.

⁶¹ Cf. G.P.I.J., Société Commerciale de Belgique, 15 juin 1939 (*Série A/B*, n° 78, pp. 174-176). La C.P.I.J. soulignant que les sentences arbitrales sont obligatoires, déclare que la Grèce en n'exécutant pas la sentence arbitrale en question, avait violé ses obligations internationales.

l'exequatur d'une sentence prononcée à charge de la N.I.O.C., encourrait à notre sens la même responsabilité internationale.

Conclusions.

Si les parties ont prévu avec minutie les divers différends pouvant survenir entre elles et ont élaboré des dispositions précises en vue de créer un organe arbitral pour en assurer le règlement hors de tout cadre national, une lacune apparaît néanmoins dans les contrats sur le point de savoir quelle loi régira la procédure de l'arbitrage.

Les défauts apparaissent très clairement dans le contrat A.G.I.P. Mineraria, les autres contrats dans une moindre mesure révèlent aussi la possibilité de voir une loi nationale régir la procédure de l'arbitrage.

Il eût été souhaitable que d'emblée les parties eussent choisi le droit international public pour agir la procédure : toute amphibologie eût été éliminée par ce choix qui semble le plus adéquat, eu égard au régime particulier des accords.

REFLEXIONS FINALES

L'intérêt de l'étude menée n'est pas de fournir des solutions, mais bien de soulever des problèmes.

Notre matière met, en effet, en cause des principes essentiels en ce qui concerne les contrats en droit international. Nous terminerons en posant trois questions dont les réponses concernent directement les mécanismes mis en œuvre dans les contrats pétroliers iraniens.

1. *Un contrat est-il concevable en dehors de toute loi positive ?*

La question n'est qu'un aspect de la querelle entre subjectivistes et objectivistes en matière de contrat, en droit international privé.

Le doyen Battifol, qui est un objectiviste convaincu, résume de la sorte la thèse subjectiviste⁶² :

- les parties peuvent choisir une loi qui n'a aucun lien avec leur opération (ex. *Vita Foods Products v. Unus Shipping Co* 1939 — A.C. 277);
- les parties sont libres de choisir une loi que, sous condition, notamment de l'exclusion de toute disposition nouvelle qui viendrait à être promulguée

⁶² H. BATTIFOL, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Mélanges Maury*, 1960, pp. 39-58.

avec effet sur les contrats en cours (ex. Affaire Emprunt Ville d'Anvers, Cass. belge, 24 février 1938, *D.P.*, 1938, I, 57);

- une faculté illimitée de choix de la loi applicable au contrat permet aux parties de ne soumettre leur contrat qu'à certaines dispositions de la loi d'origine, en excluant telles ou telles autres (ex. Cass. franç., 5 décembre 1910, S. 1911, I, 129);
- les parties sont enfin libres de ne soumettre leur contrat à aucune loi (Appel Paris, 24 avril 1940, S. 1942, II, 29).

Le contrat lierait les parties par le seul effet des consentements et non en vertu d'une loi positive lui donnant force obligatoire civile; la loi choisie, pour autant qu'il y en ait, est « incorporée » au contrat et devient une stipulation contractuelle, susceptible comme telle, de modifications, de distinctions ou de conditions.

Les objections doctrinales soulevées par la conception du contrat *in vacuo* sont majeures et de grand poids.

D'abord l'objection de la sanction : si, idéalement, on peut concevoir que la maxime *pacta sunt servanda*, principe de droit naturel, pourrait suffire à régler le problème, il n'empêche qu'au cas de litige — même dans le cas d'arbitrage, les tribunaux peuvent être amenés à en connaître, fût-ce sur le seul point de l'*exequatur* — les parties devront s'en remettre à un juge qui statuera en fonction d'une loi positive.

Ensuite, l'objection de la prévisibilité : les parties ne peuvent prévoir toutes les implications de leur contrat. L'incidence du contrat à l'endroit des tiers échappe au contrôle des parties⁶³.

Les plus hautes juridictions internationales ont d'ailleurs rejeté le détachement d'un contrat de toute loi nationale.

La Cour de Cassation française, dans l'affaire des Messageries Maritimes⁶⁴, a affirmé que « tout contrat international est nécessairement soumis à la loi d'un Etat ».

La Reichsgericht dans son arrêt du 28 mai 1936 décide que « seule la soumission sans restriction à une législation déterminée donne la garantie — indispensable aussi pour la vie juridique internationale — que le rapport de droit sera réglé en cas de besoin, même contre la volonté égoïste de la partie économiquement la plus forte, voire des deux parties, conformément aux principes juridiques communs aux Etats conjoints entre eux par la même civilisation, en tenant compte des intérêts généraux en jeu dans chaque cas »⁶⁵.

⁶³ H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme passim », *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, pp. 63-102.

⁶⁴ Civ. 21 juin 1950, *Dalloz*, 1951, 749, note Hamel.

⁶⁵ *Juristische Wochenschrift*, 1936, 2058, *Clunet*, 1936, 951.

Enfin, la Cour permanente de Justice internationale, dans les arrêts rendus dans l'affaire dite des emprunts « serbo-brésiliens », le 12 juillet 1929, a décidé : « Tout contrat qui n'est pas un contrat entre États, en tant que sujets du droit international, a son fondement dans une loi nationale »⁶⁶.

En ce que ces hautes juridictions retiennent la nécessité du rattachement d'un contrat international à un droit positif, elles rejoignent les conclusions de la doctrine et on est tenté de les suivre.

Toutefois, on peut estimer que d'autres sources que les lois nationales peuvent apporter ce support juridique indispensable.

A propos de l'arrêt précité de la Cour permanente de Justice internationale, imposant la référence à une loi nationale, le professeur Mann rejette qu'elle ait pu entendre par ce *dictum* « to negative a progressive development of the law by a doctrine of internationalization » et ajoute « nor did the Court have the power of doing so ».

Il faut plutôt retenir en conclusion cet extrait de la sentence Aramco⁶⁷ :

« Il est certain qu'un contrat quelconque ne peut pas exister *in vacuo*, mais doit reposer sur un droit; ce n'est pas une opération abandonnée à la libre volonté des parties; elle est nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des contractants. Sans un droit qui préside à sa création, la convention n'est même pas concevable. La volonté ne peut engendrer un rapport conventionnel que si le droit dont elle relève lui en donne préalablement le pouvoir. »

Il faudra se tourner vers d'autres sources que la loi nationale d'un Etat pour examiner si elles apportent ce support juridique.

Il n'en reste pas moins vrai que dans un article récent, le professeur Verdross⁶⁸ soutient la thèse subjectiviste dans ses conséquences les plus extrêmes, dans le cas des contrats dits « economic development agreements ».

« These arguments, being neither contracts governed by municipal law nor treaties governed by international law, from a third group of agreements, characterized by the fact, that the private rights established are governed by a new legal order, created by the concurring wills of the parties i.e. the agreed *lex contractus*...

These contractual stipulations prove beyond doubt that is... the *lex contractus*, which is the fundamental material law basis for the rights and obligations of

⁶⁶ *Clunet*, 1929, 929 et 1008.

⁶⁷ *R.G.D.I.Pr.*, 1963, 312.

⁶⁸ VERDROSS, A., « The Status of Foreign Private Interest Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses », *Österr. Z. f. öff. R.*, 1959.

the parties, since municipal law, as well as international law, is applicable only in as much as it is stipulated by the *lex contractus* »⁶⁹.

2. *En dehors de la loi nationale d'un Etat*⁷⁰,
existe-t-il des règles de droit positif pouvant régir un contrat international ?

A. *Application du droit international public.*

Le professeur F.A. Mann est le principal défenseur de l'application aux contrats conclus entre les Etats et des personnes privées des règles du droit international public⁷¹.

En réalité, la thèse de Mann est double : d'une part certains contrats entre sujets de droit international peuvent être régis par des mécanismes de droit privé.

« Although international persons usually contract on the footing of public international law, there does not exist any legal rule which precludes them from submitting their transactions to a system of municipal law selected by them »⁷².

D'autre part, des contrats entre sujets de droit international et personnes privées peuvent être inversement soumis au droit international.

« It is possible, however, for contracts between parties only one of whom is an international person to be subject to public international law »⁷³.

⁶⁹ Le professeur MANN, qui est pourtant un subjectiviste convaincu (voy. sa controverse avec MORRIS dans *I.C.L.Q.* (1950), « The Proper Law of Contract ; « The Proper Law of Contract : A Reply », *ibid.*), commente en termes très durs cette opinion dans « The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons, *B.Y.B.I.L.* (1959), 49, et nous devons l'approuver pleinement. « This idea that contracting parties are at liberty not only to chose the legal system applicable to this contract, but also to create their own legal system which is independent, exhaustive and sovereign and to which municipal systems of law and public international law are inferior — that idea is doctrinally so unattractive, so impracticable, so subversive of public international law, so dangerous from the point of view of legal policy and so unnecessary that its novelty will not cause surprise. It hardly requires emphasis that every legal relationship in general and every contract in particular must of necessity be governed by a system of law and is otherwise unthinkable. »

Dans le même sens : Jean SALMON, *Le rôle des organisations internationales en matière de prêts et d'emprunts* (1950), 293. « Pour la sécurité des parties, il faut une loi. Quand bien même elle ne pourrait aller au delà des textes du contrat, elle peut être utile pour l'interprétation. »

⁷⁰ Nous regrettons de ne pouvoir remplacer cette périphrase par la formule anglaise : *excluded municipal law...*

⁷¹ Les thèses du professeur F.A. MANN ont été exposées dans trois articles parus au *B.Y.B.I.L.*, « The Law Governing State Contracts », 1944, 11-33; « Reflections on a Commercial Law of Nations », 1957, 20-51; « The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons, 1959, 34-57.

⁷² *Contra* J. SALMON, *Le rôle des organisations internationales en matière de prêts et d'emprunts*, 1958, p. 228.

⁷³ Dans le même sens : JESSUP, *A Modern Law of Nations*, 1948, 139 et sq.; SCHWARZENBERGER, *International Law*, 1957, 1, 146-149.

A contract could be internationalized in the sense that it would be subject to public international law *stricto sensu*; that, therefore, its existence and fate would be immune from any encroachment by a system of municipal law in exactly the same manner as in the case of a treaty between two international persons; but that, on the other hand, it would be caught by such rules of *jus cogens* as are embodied in public international law. »

L'argumentation avancée par le professeur Mann à l'appui de cette thèse est fuyante, et on peut l'estimer assez peu convaincante. Partant de l'idée de Westlake selon laquelle la loi d'un contrat est celle qui a avec celui-ci « the most real connexion », il en déduit « that the reference to a legal system which is not territorially defined is fully reconcilable with the traditional doctrine of the conflict of laws ».

Puis, procédant par affirmation, il déclare :

« The real justification of the possibility of « internationalization » is provided by the requirements of international intercourse ».

et de citer les divergences survenant entre l'Etat qui ne veut pas se soumettre à une loi étrangère, tandis que la personne privée ne veut pas contracter sous le régime de l'Etat contractant, et qui selon le professeur Mann, rendent inévitables les recours au droit international public.

On se défend mal de l'impression d'être en présence d'une pétition de principe plus que d'une solution raisonnée, car l'éminent auteur laisse sans réponse l'objection majeure, maintes fois réaffirmée dans la jurisprudence internationale, que le droit international public ne peut régir que des sujets de droit international ⁷⁴.

B. Application d'un droit privé international ou *jus gentium*.

Lord MacNair propose pour régir les contrats dits de « développement économique » non pas le droit international public *stricto sensu*, c'est-à-dire le *jus gentes*, mais un droit « privé » consistant dans les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées, qui sont par ailleurs une des sources du droit international public.

Cette proposition échappe à l'objection capitale du système de Mann, soit l'inapplicabilité du droit international public *stricto sensu* et ouvre des perspectives très intéressantes.

Son application devrait entraîner l'élaboration de règles substantielles, applicables à la communauté des nations et propres à régir les problèmes complexes du

⁷⁴ A notre connaissance, la dernière formulation de cette règle se trouve dans la sentence Aramco, *R.C.D.I.Pr.*, 1963, p. 313. « La Convention de 1933 n'ayant pas été conclue entre deux Etats, mais entre un Etat et une compagnie privée américaine, elle ne relève pas du droit international public. » Antérieurement, le professeur VERDROSS, *op. cit.*, p. 451, arrivait à la même conclusion, en se basant sur la décision de la C.I.J. selon laquelle le contrat de concession de l'Anglo-Iranian n'était pas un traité international.

commerce international. Si l'on reprend la pénétrante analyse de M. Francescakis⁷⁵, il s'agirait d'une sorte de *jus gentium* défini sous un double aspect : « une règle juridique ou une institution sont naturelles, parce que communes à tous les peuples, elles sont inversement communes à tous les peuples, parce que naturelles. Le droit de la société internationale devrait englober les éléments de droit interne qui triomphent de la double vérification par les concepts de droit naturel et de droit commun. »

De la sorte, en éliminant le conflit de lois pour faire régir le droit du commerce international par des règles matérielles, on aboutirait à la création d'un droit privé international matériel; ou encore d'un « droit supranational »⁷⁶, d'un droit privé universel⁷⁷ ou d'un droit « transnational »⁷⁸.

L'objection majeure formulée contre ce système l'est encore une fois par M. Battifol⁷⁹.

« On ne connaît guère une déduction intégrale d'un système positif à partir de principes posés *a priori*... Si une difficulté non résolue... est soumise aux tribunaux d'un Etat donné : le tribunal saisi interprétera, complétera, organisera le système esquissé par la charte selon les directives, les principes et les concepts de son propre droit. Le résultat serait alors le contraire de ce qui était cherché; la société soi-disant internationale aurait dans chaque pays un statut organisé selon la loi locale. »

Entre autres exemples, le doyen Battifol appuie sa conviction sur l'exemple de l'arbitrage d'Abu Dhabi, où l'arbitre décida, en pratique, de l'application de la loi anglaise :

« But, albeit English municipal law is inapplicable as such, some of its rules are in my view firmly grounded in reason, as to form part of this broad body of jurisprudence — this « modern law of nature ».

L'objection serait d'un poids certain si l'on admettait par hypothèse que des tribunaux étatiques dussent connaître de tels contrats. Or, en réalité, les parties

⁷⁵ Ch. FRANCESCAKIS, « *Droit naturel et droit international privé* », *Mélanges Maury*, 1960, 111-152.

⁷⁶ Dans ce sens aussi : LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927, 5; VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 1955, 292.

⁷⁷ J. SALMON, *op. cit.*, 137-144.

⁷⁸ On ne peut se défendre de l'idée que cet éminent auteur semble fort attaché à la conception du droit international privé, projection dans la vie internationale du droit interne et que toute tentative d'élargissement du droit des relations internationales au delà de cette conception nationaliste lui semble devoir être vouée à l'échec. Voy. *Aspects philosophiques du droit international privé*, p. 96.

⁷⁹ JESSUP, *Transnational Law* (1956), p. 2, définit la « transnational law » comme « all law which regulates actions or events that transcend national frontiers ».

aménagent, au contraire des mécanismes de règlement qui excluent l'intervention d'une quelconque « municipal court », le risque de transfusion du droit local dans les principes généraux s'en trouve réduit.

Le professeur Goldmann, récemment, a encore insisté à la suite du colloque de Londres de l'Association internationale des Sciences juridiques, sur le rôle essentiel que l'arbitrage international est appelé à jouer dans l'élaboration de ce droit nouveau⁸⁰.

Enfin, il est permis d'estimer qu'une mauvaise interprétation n'enlève pas la valeur d'une partition, et que si telle ou telle décision dénature les principes dont elle fait application, le fait est regrettable mais non suffisant pour condamner ces principes.

Une autre objection de poids est présentée par le professeur Salmon :

« Dans ses caractères fondamentaux, cette source de droit (les principes généraux) trouve ses propres limites, elle est absolument incapable de donner ces règles de type sécuritaire connues dans tous les droits et qui fixent par des procédés quantitatifs (un chiffre, une énumération, une procédure) certaines normes indispensables.

» Un droit privé connu, partiellement accepté, est en lui-même une sécurité qui peut être considérée comme plus grande que les principes généraux du droit, qui ne peuvent aborder spécifiquement ce genre de problème »⁸¹.

Il est certain que dans l'état actuel de son élaboration, le droit privé universel, directement inspiré ou composé des principes généraux du droit, est incapable de résoudre de tels problèmes et apparaît donc plus comme un squelette de droit, que comme un droit complet.

Mais il importe malgré tout de s'y référer en tant que source directrice, destiné à gouverner le droit interne de référence. Pour prendre une comparaison anatomique, le droit interne incorporé à un contrat international du type des contrats pétroliers iraniens n'est plus qu'un amas de muscles et de chairs, privé de squelette, c'est-à-dire de son caractère normatif. Seul ce droit commun international, même imparfait, lui rendra ses assises en lui donnant à nouveau le caractère normatif indispensable.

Les lacunes actuelles de ce droit nouveau sont d'ailleurs appelées à se combler rapidement par l'enrichissement constant de la vie juridique.

⁸⁰ R.C.A.D.I., 1963, GOLDMANN, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé ». Les travaux du Colloque ont été publiés par Clive SCHMITTHOFF, *The Sources of the Law of International Trade*, 1964. Dans le même sens l'intervention de H. MOTULSKY en faveur de l'élaboration d'un *ius mercatorium*, sanctionné par l'arbitrage commercial international, lors du Colloque sur l'arbitrage commercial international organisé par l'Université de Liège en décembre 1963, J.T., 1964, 19.

⁸¹ *Op. cit.*, 329-331.

CONCLUSION

Les contrats pétroliers iraniens, qui ont fait l'objet de notre analyse, ont le mérite d'apporter au problème délicat du régime juridique des contrats d'investissements dans les pays en voie de développement des solutions nouvelles et résolument originales.

Sur le plan économique, ils organisent un système d'association entre les capitaux locaux et ceux de l'investisseur étranger, propre à assurer aux pays d'accueil une part importante des bénéfices d'exploitation.

Sur le plan juridique, ils placent les relations entre parties dans une sphère nouvelle, étrangère à tout système national, d'une source d'inspiration commune au droit international. La loi locale y joue le rôle du système de référence indispensable, les principes généraux du droit y apportent l'élément normatif.

Cette solution originale a-t-elle une portée générale en matière de contrats en droit international privé et apporte-t-elle une révision des concepts traditionnels concernant la localisation des contrats et le choix de la loi applicable ?

A première vue, une réponse négative semble s'imposer.

L'ingéniosité des mécanismes mis en œuvre dans les contrats étudiés procède de la situation particulière des contractants, situation qui se présente d'ailleurs fréquemment dans les accords de développement économique.

L'une des parties dispose, ou dépend de la puissance publique et peut, de ce fait, faire prévaloir sa volonté dans la sphère légale qui lui est propre, de là la nécessité pour l'autre partie de faire sortir le contrat de cette sphère pour le dénationaliser et le soumettre au droit privé international matériel.

L'objet de la présente étude était d'éclairer la manière dont les parties ont organisé cette évasion des contrats hors de l'impérium de l'Etat iranien.

Si quelque faille apparaît, si quelque critique peut être émise, c'est dans le domaine du règlement des différends.

Les mécanismes élaborés avec un soin minutieux par les parties risquent de ne pas atteindre le but escompté, car la question de loi de l'arbitrage ne reçoit pas de solution satisfaisante.

Il est à souhaiter qu'à l'avenir, le droit international public soit appelé *expressis verbis* à régir les arbitrages entre Etats ou compagnies d'Etat et sociétés étrangères.