

DES STIPULATIONS DE DROIT APPLICABLE
DANS LES ACCORDS DE PRET
ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE
ET DE LEUR ROLE

par

G.R. DELAUME *

Le choix conventionnel d'un droit applicable peut répondre à deux ordres de préoccupations intimement mêlées mais néanmoins distinctes. La première est évidemment d'éviter toute ambiguïté quant à la loi compétente pour régir le rapport de droit en cause. La seconde, plus spécialement propre aux contrats de longue durée, a pour objet de résoudre simultanément le conflit mobile qui, venant se greffer sur la difficulté initiale, pourrait en changeant le contenu de la *lex contractus*, compromettre la stabilité juridique du contrat.

Le second aspect du problème prend une importance particulière lorsque l'une des parties au contrat est un Etat puisque, dans la mesure où le rapport de droit serait assujéti à sa législation, l'Etat contractant pourrait unilatéralement modifier la substance de ses obligations.

Ces considérations ne pouvaient rester étrangères aux rédacteurs des accords, fort divers par leur forme et leur objet, qui reflètent sur le plan juridique l'association sans cesse croissante d'intérêts privés et publics en vue de promouvoir le développement économique. A cet égard, et malgré l'hétérogénéité des situations, une analyse de la pratique contemporaine révèle une importante distinction entre deux catégories de transactions. Certaines d'entre elles, de nature essentiellement commerciale ou financière, tels les contrats relatifs à la fourniture de biens d'équipement ou de prestations de services, ainsi que les prêts ou emprunts obtenus aux conditions habituelles du marché des capitaux, ne diffèrent pas substantiellement, en ce qui concerne la solution conventionnelle des conflits de lois qui s'y rapportent, des opérations du même

* Les vues exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et n'engagent en rien la BIRD.

Si les notes s'accompagnent de la citation intégrale des textes auxquels l'auteur se réfère, ceci n'a pour objet que de faciliter la recherche du lecteur en lui permettant de recourir à des dispositions dont l'obtention est parfois difficile.

ordre conclues entre particuliers¹. Plus spécialement, dans le cas où l'une des parties au contrat est un Etat, l'élimination du droit de cet Etat en tant que *lex contractus*, dans la mesure où elle est possible ou désirable, s'opère simplement par voie de référence expresse à une autre loi².

Il en est tout autrement d'un nombre grandissant d'accords, qualifiés d'accords « d'investissement » ou « de développement économique », entre investisseurs étrangers et Etats hôtes et des prêts consentis par des institutions spécialisées dans le financement du développement économique. Si, dans certains cas, les auteurs de ces conventions continuent de localiser les relations des parties sous l'empire d'un droit national, une nouvelle orientation de la pensée juridique en la matière se précise. Dans des hypothèses de plus en plus fréquentes, les stipulations de droit applicable propres à ces accords témoignent de l'intention, exprimée avec plus ou moins de clarté, d'en assurer la stabilité en les isolant des systèmes juridiques nationaux ayant autrement vocation à s'appliquer ou en figeant, pour ainsi dire, l'économie de l'accord en l'état du droit existant au moment de sa conclusion. Tel est le but des clauses dites « de stabilisation » ou de celles dont l'objet est de placer, d'une manière parfois fort indirecte, les relations juridiques des parties sous l'empire du droit international public ou (dans la mesure où la distinction est possible) des principes généraux du droit.

L'intérêt de ces dispositions, dont certaines ont fait l'objet de décisions fort connues mais malheureusement relativement isolées, ne pouvait manquer d'attirer l'attention de la doctrine ni de susciter parmi les auteurs d'ardentes discussions. Le problème, toutefois, doit être examiné sous un nouveau jour car, si la controverse est loin sans doute d'avoir épuisé son cours, une étape décisive a été franchie à la suite de l'entrée en vigueur de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats³.

¹ Voy. en matière de prêts et d'emprunts internationaux, DELAUME, *Legal Aspects of International Lending and Economic Development Financing* (1967), pp. 74-91.

² *Id. op.*, pp. 79-80, 86. Voy. aussi BROCHES, « Choice of Law Provisions in Contracts with Governments », *International Contracts : Choice of Law and Language* (1962), 64, pp. 67-72.

³ Entrée en vigueur le 14 octobre 1966. Au 1^{er} décembre 1967, 55 Etats avaient signé le texte de la Convention et elle avait été ratifiée par 37 Etats.

Parmi une littérature qui s'amplifie rapidement, voir en langue française, DELAUME, « La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *Clunet*, 1966, 26 (avec le texte de la Convention en annexe); ROULET, « La Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *A.S.D.I.*, 1965; AMADIO, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965* (1967). Une bibliographie à jour au mois de septembre dernier se trouve dans le premier *Rapport annuel* (1966/1967) du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, pp. 18-19.

Cette Convention, en effet, ne se borne pas à instituer un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI, appellation que nous associerons désormais par souci de concision à la Convention) et à mettre à la disposition des intéressés des mécanismes de conciliation et d'arbitrage particulièrement adaptés à la nature de leurs différends, elle prévoit encore (article 42) que tout tribunal arbitral :

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

Comme le révèle sans équivoque possible l'analyse récente des travaux préparatoires⁴, ce texte, dans le domaine particulier qui est le sien, donne à l'autonomie de la volonté une nouvelle dimension en ce sens que l'option laissée aux parties (comme la mission du juge à défaut de stipulation) ne se limite plus nécessairement à la localisation géographique du rapport de droit conformément aux règles ordinaires du droit international privé mais permet un choix effectif entre systèmes juridiques. Dans la controverse qui divise encore la doctrine et les sources jurisprudentielles sur lesquelles elle s'appuie, la Convention CIRDI adopte donc la solution la plus dynamique et la plus moderne en autorisant les parties à « internationaliser » leurs relations, ou certaines d'entre elles, par un choix approprié des « règles de droit » dont l'éventail se trouve ainsi considérablement élargi. L'importance de cette solution n'a pas besoin d'être soulignée.

Et ceci d'autant plus que le principe formulé par l'article 42 porte en lui-même les germes d'une généralisation qui semble inéluctable. Il serait, en effet, difficile de concevoir que l'autonomie de la volonté, suivant qu'elle s'exerce à l'occasion des investissements visés par la Convention CIRDI ou d'autres rapports de droit entre personnes (y compris les organisations internationales et pas seulement les États) appartenant à des ordres juridiques différents, puisse avoir un contenu variable alors que le problème fondamental est le même dans les deux cas. Dans ces circonstances, on est conduit à reconnaître qu'il existe désormais en droit positif une nouvelle norme de rattachement qui s'ajoute à celles dont les intéressés continuent de disposer dans le cadre traditionnel du droit international privé.

S'il en est ainsi, encore convient-il de rechercher quelles sont les méthodes les mieux appropriées pour permettre aux parties de faire un usage conscient de leur autonomie et de contribuer ainsi à assurer tant la précision juridique de leurs relations que leur stabilité. Une analyse comparative des stipulations couramment utilisées et des difficultés auxquelles certaines ont déjà donné lieu

⁴ BROCHES, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States : Applicable Law and Default Procedure », *International Arbitration : Liber Amicorum for Martin Domke* (1967), 12, pp. 15-17.

constitue, à cet égard, un excellent point de départ, capable de donner des indications précieuses non seulement sur les tendances actuelles de la pratique mais aussi sur son orientation probable.

Avant d'entreprendre cette comparaison et afin de lui donner tout son sens, une dernière remarque préliminaire s'impose. Les accords de prêt et de développement économique contemporains présentent, en effet, une commune caractéristique en ce sens qu'ils constituent, par le détail de leurs dispositions et la minutie avec laquelle leurs auteurs s'efforcent généralement d'y définir la consistance exacte des droits et obligations respectifs des parties, un ensemble de règles matérielles qui forment en quelque sorte un tout et se suffisent largement à elles-mêmes. Dans ces conditions, la signification pratique des stipulations de droit applicable qui y figurent, si elle peut le cas échéant être d'une extrême importance, revêt néanmoins un caractère quelque peu subsidiaire. En effet, dans la mesure où l'accord définit avec suffisamment de précision les relations des parties, la nécessité de faire appel pour leur mise en œuvre aux règles positives du système juridique dans lequel elles s'intègrent est proportionnellement réduite et peut même à l'extrême devenir plus théorique que pratique.

I. DU ROLE DES STIPULATIONS DE DROIT APPLICABLE EN TANT QUE FACTEUR DE PRECISION JURIDIQUE

La précision des stipulations en usage varie considérablement suivant les circonstances et en particulier suivant que l'autonomie des parties s'exerce dans les limites de systèmes juridiques nationaux ou cherche au contraire à leur échapper dans une plus ou moins large mesure.

Dans la première hypothèse, les clauses employées sont généralement clairement formulées. Il en est ainsi des dispositions utilisées par des institutions de financement nationales, telles que l'A.I.D. :

« *Applicable Law.* This Loan Agreement shall be deemed to be a contract made under the laws of the District of Columbia, United States of America, and shall be governed by and construed in accordance with the laws of the District of Columbia, United States of America »⁵.

ou européennes, telles que la Banque Européenne d'Investissement (BEI) dont les contrats de financement prévoient l'application du droit de l'emprunteur (ou du garant) lorsque celui-ci appartient à l'un des Six, ou du droit suisse, dans le cas d'opérations avec des pays associés ou des entités constituées conformément à leur législation, selon la formule suivante :

⁵ Des clauses analogues se rencontrent dans les prêts consentis par la Commonwealth Development Corporation, la Commonwealth Development Finance Company, l'Export-Import Bank américaine et l'Export-Import Bank japonaise. DELAUME, *op. cit.*, note 1, p. 79, n. 22 et p. 80, n. 25.

« *Droit applicable.* Les relations juridiques entre les parties au présent Contrat, sa formation et sa validité, seront soumises exclusivement au droit [nom du pays en cause] »⁶.

Une remarque analogue s'impose en ce qui concerne les stipulations donnant compétence à la loi de l'Etat hôte pour régir les relations découlant d'accords de développement économique entre cet Etat et des investisseurs étrangers, telles que celles figurant dans l'accord du 25 septembre 1963 entre Permina et la compagnie P.I. Stanvac Indonesia :

« This Contract shall be governed by and interpreted in accordance with the laws of Indonesia... »⁷.

ou l'« Oil Prospecting License » (1960) du Nigeria :

« This deed shall be governed by and construed in accordance with the laws of Nigeria and Nigerian law shall be the proper law hereof » (clause 57)⁸.

Dans tous ces exemples, il est également clair que la clause n'a d'autre objet que de définir la « proper law » de l'accord et qu'elle ne saurait s'appliquer à d'autres matières qui demeurent régies soit par la loi personnelle des parties, la *lex rei sitae* ou toute autre loi appropriée. L'absence fréquente de stipulation expresse relative à ces diverses questions ne contredit en rien cette remarque. Une telle stipulation serait, en effet, le plus souvent dépourvue d'utilité en raison de la tendance quasi-constante des praticiens à s'assurer que toutes les

⁶ KÄSER, « Darlehen der Europäischen Investitions Bank - Darlehen der Weltbank », *Europarecht*, 1967, pp. 289, 307-308. Cette stipulation s'accompagne d'une clause conférant compétence aux tribunaux de l'emprunteur ou aux tribunaux suisses, suivant le cas.

Les prêts consentis par la CECA aux entreprises bénéficiaires sont régis par le droit de l'emprunteur, mais la connaissance des différends auxquels ils pourraient donner lieu est réservée à la Cour de Justice des Communautés européennes.

Les opérations de financement de la CEE (représentée par la Commission en sa qualité de gestionnaire du Fonds européen de développement (FED)), en faveur des pays associés sont régies par le droit belge, la compétence juridictionnelle appartenant également à la Cour de Justice des Communautés.

⁷ Citation empruntée à SPOFFORD, *Third Party Judgment and International Economic Relations*, Recueil des Cours, vol. 111 (1964) 121, p. 195.

⁸ Voy. également la disposition (article 19) de la « Disciplinaire » sicilienne relative aux permis d'exploration et aux concessions relatifs à l'exploitation des hydrocarbures (*Petroleum Legislation, Europe*, vol. I, Sicily) aux termes de laquelle tout différend relatif à la déchéance du titulaire du permis ou de la concession doit être soumis à un tribunal arbitral dont le siège est à Palerme et qui doit statuer conformément « à la loi italienne (nationale et régionale) ».

Une stipulation plus nuancée se rencontre dans le Management and Technical Assistance Agreement du 8 février 1962 entre la Volta Aluminium Company Limited (Valco) et Kaiser Aluminium Technical Services qui prévoit (article 26) que :

« The validity of this Agreement shall be determined by reference to the laws of Ghana. This Agreement shall be construed and have effect in accordance with the laws of the State of California... » (SPOFFORD, *op. cit.* à la note précédente, p. 195, n. 19.)

Voy. aussi note 23.

exigences des systèmes juridiques en cause sont satisfaites dès l'abord. L'expérience prouve d'ailleurs que quand de telles stipulations se rencontrent, elles ne font que confirmer les règles de conflits de lois les plus classiques en la matière⁹.

La situation se présente, en revanche, autrement lorsque les parties s'efforcent de soumettre le rapport de droit, ou certains de ses aspects, à un système juridique autre qu'un droit national, car les clauses utilisées à cette fin font preuve d'une précision fort inégale.

Certaines dispositions laissent peu de doute sur l'intention de leurs auteurs. Ainsi la Section 7.01 des Règlements de Prêts n^{os} 3 et 4 de la Banque internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD), applicables respectivement aux prêts consentis par cette organisation à des Etats membres ou à des entités autres qu'un Etat membre, mais avec la garantie de celui-ci, dispose :

« The rights and obligations of the Bank and the Borrower [the Guarantor] under the Loan Agreement [the Guarantee Agreement] and the Bonds shall be valid and enforceable in accordance with their terms notwithstanding the law of any state, or political subdivision thereof to the contrary... ».

Comme la grande majorité des commentateurs l'a fait observer, cette stipulation, quoique formulée de façon négative, ne peut avoir d'autre signification, dans la mesure où elle vise un accord de prêt entre la BIRD et un Etat membre, que de soumettre les relations des parties au droit international public. Si plus d'hésitation peut de prime abord être permise dans le cas d'accords conclus entre la BIRD et un emprunteur autre qu'un Etat membre, on doit néanmoins reconnaître que là encore (en raison du fait que ces accords sont toujours garantis par un Etat membre, agissant en tant que co-débiteur solidaire et non de simple caution de l'emprunteur), les liens établis entre la BIRD et le garant, ainsi que le contexte dans lequel se situe l'opération considérée dans son ensemble, donnent à la transaction un caractère autonome dont l'unité

⁹ Voy. en matière de prêts, DELAUME, *op. cit.*, note 1, pp. 130-145. Les accords de développement économique prévoient fréquemment que leur entrée en vigueur est subordonnée à approbation législative. Une disposition isolée rappelle néanmoins un principe bien établi en précisant que la loi de la société régit son statut personnel et son organisation sociale :

« ... Pan American shall be subject to the laws of the state in which it is incorporated regarding its legal status or creation, organization, charter and by-laws, shareholding, management and ownership, and its principal office is established in the City of Wilmington, County of Newcastle, State of Delaware, in the United States of America... » (Petroleum Concession Agreement entre le Gouvernement de la R.A.U., Egyptian General Petroleum Corporation et Pan American UAR Oil Company, en date du 23 octobre 1963, article 43(b)).

Voy. sur ce point, MUGHRABI, *Permanent Sovereignty over Oil Resources* (1966), pp. 112, 114. A noter cependant que la Concession elle-même est régie par les principes de droit communs à la R.A.U. et aux Etats-Unis et aux principes généraux du droit international. Voy. *infra*, note 25.

juridique ne saurait, sauf indication contraire, trouver son cadre dans un système de droit national¹⁰. Cette remarque est d'autant plus pertinente que la BIRD n'hésite pas, le cas échéant, à limiter la portée du principe général formulé dans les Règlements de Prêts en prévoyant expressément l'application d'un droit national à certains aspects bien définis des relations découlant de ses accords, tels que ceux relatifs à la constitution de sûretés réelles ou personnelles, au contrôle des changes, à la législation fiscale ou à d'autres matières pour lesquelles une telle référence s'impose¹¹.

S'appuyant (entre autres arguments) sur l'existence de ces dispositions, le professeur Ferrari Bravo a récemment tenté de justifier une position dissidente aux termes de laquelle les accords de la BIRD relèveraient non pas de l'ordre international mais bien du droit interne de l'Etat emprunteur ou garant¹². Dans l'opinion de l'éminent auteur il serait « inadmissible » qu'un accord international puisse prévoir des clauses fiscales ou monétaires analogues à celles qui figurent dans les accords de prêt ou de garantie de la BIRD¹³, et il n'existerait « pas un seul précédent » comparable à la pratique de la BIRD qui consiste à subordonner l'entrée en vigueur de ses accords à la preuve que ceux-ci ont été dûment autorisés ou ratifiés conformément à la législation de l'Etat en cause¹⁴.

Cette thèse est inacceptable pour plusieurs raisons. Tout d'abord, et sur le plan général, elle aboutirait à une définition beaucoup trop étroite de la notion d'accord international dont l'effet serait d'emprisonner deux sujets de droit international dans le système juridique qui leur est propre en leur refusant toute faculté de recourir en tant que de besoin à des règles de droit national, même si celles-ci sont particulièrement adaptées à la situation. Une telle solution est manifestement contraire à la réalité et au droit positif en la matière.

Plus spécialement, l'existence de « précédents » fort « admissibles » aux chan-

¹⁰ BROCHES, *International Legal Aspects of the Operations of the World Bank*, Recueil des Cours, vol. 98 (1959) 301, pp. 362-373; DELAUME, *op. cit.*, note 1, pp. 81-83; MANN, « The Proper Law of Contrats Concluded by International Persons », 35 *B.Y.B.I.L.* 34 (1959), p. 53; JENKS, *The Proper Law of International Organizations* (1962), pp. 178-182; FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law* (1964), pp. 134, 178-179; HYDE, *Economic Development Agreements*, Recueil des Cours, vol. 105 (1962) 271, p. 290; SPOFFORD, *op. cit.*, note 7, p. 193; ADAM, « Les Accords de prêt de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement », *R.G.D.I.P.*, 1951, 41, pp. 57-58; KÄSER, *op. cit.*, note 6, p. 311.

Voy. cependant SALMON, *Le rôle des organisations internationales en matière de prêts et d'emprunts* (1958), p. 230.

¹¹ DELAUME, *op. cit.*, note 1, pp. 134, 138-140, 307.

¹² Ferrari BRAVO, « Le Operazioni Finanziarie degli Enti Internazionali », *Annuario di Diritto Internazionale*, 1965, 80.

¹³ *Ibid.*, p. 114.

¹⁴ *Ibid.*, p. 117.

celleries et aux ministères des finances de nombreux Etats résulte suffisamment des dispositions insérées dans des accords financiers intergouvernementaux tels que ceux conclus en 1949 par le Royaume-Uni et la Belgique¹⁵, en 1964 par la Thaïlande et la République Fédérale d'Allemagne¹⁶, ou en 1945-1946 par le Canada et divers Etats européens¹⁷, ainsi que dans les conventions conclues dans le cadre de l'Accord de paiements et de compensations entre les pays européens¹⁸, qui contiennent des dispositions parfaitement claires, soit en matière fiscale soit en ce qui concerne l'obtention de devises conformément à la réglementation des changes existante ou leur libre transfert. Enfin, il est aujourd'hui possible de citer un exemple (postérieur à l'étude du professeur Ferrari Bravo) particulièrement intéressant puisqu'il concerne un accord entre deux organisations internationales, agissant normalement dans le cadre du système juridique dont elles relèvent et qui n'en dispose pas moins :

« Section 1.11. *Exchange Restrictions*. Any payment required under this Agreement to be made to the Bank in the currency of any country shall be made in such manner, and in currency acquired in such manner, as shall be permitted under the laws of such country for the purpose of making such payment and effecting the deposit of such currency to the account of the Bank with a depository of the Bank in such country »¹⁹.

Cette référence au droit national n'enlève certainement pas à l'accord son caractère d'accord international. Notons simplement, pour en tirer la conclusion qui s'impose, que la clause ci-dessus reproduite est la réplique de la Section 3.08 des Règlements de Prêts de la BIRD, applicables à ses accords de prêt et de garantie.

D'autre part, s'il est effectivement peu fréquent de rencontrer dans des accords internationaux des clauses subordonnant leur entrée en vigueur à la preuve de leur validité (à la différence des dispositions courantes relatives à la ratification ou à l'approbation législative de ces accords, il n'en demeure pas moins que la pratique de la BIRD (aujourd'hui suivie par les autres institutions financières internationales) est loin d'être unique. Ainsi un accord entre les Etats-Unis et l'Equateur dispose que :

« ... prior to the first disbursement under this credit, the Government of Ecuador shall submit satisfactory evidence that these understandings constitute

¹⁵ Accord du 7 septembre 1949, *Recueil des Traités*, vol. 106, 61, Annexe I, p. 70. Comp. les dispositions relatives à des exemptions fiscales contenues dans le plan formulé en 1923 par la Grande-Bretagne et les Etats-Unis en vue de la consolidation de la dette anglaise et dont le texte est reproduit dans l'ouvrage de Sir John FISHER WILLIAMS, *International Law and International Financial Obligations Arising from Contract* (1924), pp. 67-77.

¹⁶ Accord du 28 octobre 1964, *Recueil des Traités*, vol. 521, 311, article 3.

¹⁷ Accords financiers entre le Canada et : (a) la Belgique (du 25 octobre 1945, *Recueil des Traités*, vol. 230, 127, article 9); (b) la France (du 9 avril 1946, *ibid.*, vol. 43, 43, article 8); (c) les Pays-Bas (5 février 1946, *ibid.*, vol. 43, 3, article 9).

¹⁸ Voy. par exemple, l'accord cité à la note 15, annexe 1, p. 70.

¹⁹ Accord de prêt du 28 octobre 1966 entre la BIRD et la Société financière internationale.

the valid and binding obligation of the Government of Ecuador in accordance with their terms »²⁰.

et l'on sait qu'une clause analogue figure dans l'accord de prêt du 23 avril 1954 entre les Etats-Unis et la CECA²¹.

Ces exemples emportent donc condamnation de la thèse critiquée et confirment, au contraire, l'opinion généralement reçue en doctrine quant à la nature des accords de prêt et de garantie de la BIRD ainsi qu'aux règles de droit qui leur sont applicables²².

Lorsqu'on aborde l'examen comparatif des clauses insérées dans les accords de développement économique on est immédiatement frappé par leur diversité et les différences de rédaction qui les caractérisent. Une analyse plus poussée (portant sur plus de quatre-vingt concessions, conventions d'établissement et accords similaires conclus au cours des quinze dernières années dans les cinq parties du Monde et des législations s'y rapportant) révèle cependant l'existence de courants bien distincts. Quoique dans un domaine où les clauses contractuelles ne fassent pas toujours l'objet d'une vaste publicité, les statistiques soient dangereuses, il est néanmoins possible, sur la base des éléments de comparaison recueillis, de répartir les dispositions en usage en trois catégories principales. La grande majorité de ces dispositions (une cinquantaine environ), dans la mesure où elles expriment un choix quant au droit applicable, se réfère au droit de l'Etat hôte²³. Le reste se divise, en parts approximativement égales, entre deux groupes dont l'un témoigne d'un effort manifeste en vue d'« inter-

²⁰ Echanges de notes du 27 juin 1958, *Recueil des Traités*, vol. 317, 51, clause 4.

²¹ *Recueil des Traités*, vol. 229, 229, article XIII.

²² Sur ce point une précision s'impose. Le domaine d'application du principe formulé par la section 7.01 des règlements de prêts est, en effet, limité aux rapports de la BIRD, de l'emprunteur ou du garant. Si comme cela se produit, de nouvelles relations se créent à la suite de la cession par la BIRD à des tiers de portions de prêt correspondant à certaines échéances, ou après émission d'obligations représentant tout ou partie du prêt, ces relations sont régies exclusivement par les termes de l'acte de cession ou des obligations et la loi qui leur est propre. La détermination de cette loi n'a fait, jusqu'à présent, l'objet d'aucune stipulation conventionnelle. DELAUME, *op. cit.*, note 1, pp. 108-110.

La thèse du professeur Bravo est également rejetée par KÄSER, *op. cit.*, note 6, p. 310.

²³ Voy. en sus des dispositions citées *supra* (texte et notes 7 et 8) : (a) en *Afrique* : des concessions intéressant l'Angola, l'Ethiopie, la Somalie et la Tunisie; (b) en *Amérique Latine* : des concessions intéressant l'Argentine, la Colombie et l'Equateur; (c) en *Asie* : The Pakistan Petroleum (Production) Rules 1949 (rule 10); (d) en *Europe* : la loi espagnole du 26 décembre 1958 (article 8); (e) au *Moyen-Orient* : l'accord (Offshore Concession Agreement) du 10 décembre 1957 entre l'Arabie Séoudite et la Japanese Petroleum Trading Company, Ltd., s'il ne contient aucune clause générale relative au droit applicable, précise dans diverses dispositions que le concessionnaire est obligé de se conformer à la législation locale. Voy. SURATGAR, « Considerations Affecting Choice of Law Clauses in Contracts between Governments and Foreign Nationals », 2 *The Indian Journal of International Law* 273 (1962), p. 291. La même pratique se retrouve dans d'autres accords entre l'Arabie Séoudite et des concessionnaires étrangers.

nationaliser » les relations des parties et l'autre se contente de les « dénationaliser » dans une mesure qu'il conviendra de préciser.

Certaines clauses d'« internationalisation » sont comparables aux stipulations de droit applicable couramment insérées dans les contrats internationaux. Un excellent exemple est le suivant :

« The arbitrators shall base their decision on equity and the principles of international law »²⁴.

D'autres dispositions sont plus complexes en ce sens que le choix des règles de droit applicables s'y manifeste en quelque sorte en plusieurs étapes, culminant par un appel aux principes généraux du droit international. Il en est ainsi de la clause commune à diverses concessions intéressant plusieurs pays du Moyen-Orient et de l'Asie aux termes de laquelle :

« The parties base their relations with regard to this Agreement on the principle of good will and good faith. Taking account of their different nationalities, this Agreement shall be given effect and must be interpreted and applied in conformity with the principles of law common to [Kuwait] and [Japan] and, in the absence of such common principles, then in conformity with the principles of law normally recognized by civilized nations, including those which have been applied by international tribunals »²⁵.

Une disposition analogue, mais consacrant une internationalisation plus pous-

²⁴ Accord de 1962 entre le Viet Nam et des compagnies pétrolières étrangères, cité par SPOFFORD, *op. cit.*, note 7, p. 205.

Comp. l'article 41, section 5 de l'accord du 12 décembre 1966 entre la National Iranian Oil Company (NIOC), l'Entreprise de recherches et d'activités pétrolières (ERAP) et la Société française des pétroles d'Iran (SOFIRAN) :

« It is agreed that the Arbitration Board or the sole arbitrator in arriving at the award shall in no way be restricted by any rule of law, but shall have the power to base his award on considerations of equity and generally recognized principles of law and in particular international law. »

Voy. aussi la référence à l'article « 38 » du Statut de la C.P.J.I. et de la C.I.J. dans l'accord du 29 avril 1933 entre l'Iran et l'Anglo-Persian Oil Company (articles 21 et 22 (F)) et dans l'accord du 3 mars 1958 entre la Jordanie et George Izmiri (article 26).

²⁵ Accord du 5 juillet 1958 entre le Kuwait et l'Arabian Oil Co., Ltd. (article 39). Comp. les accords entre : (a) le Kuwait et Kuwait Shell Petroleum Company, du 15 janvier 1961 (article 35); (b) l'Iran et (i) le Consortium, du 19 septembre 1954 (article 46) et (ii) l'AGIP Mineraria, du 24 août 1957 (article 40); (c) la R.A.U. et l'Egyptian General Petroleum Corporation et la Pan American UAR Oil Company, du 23 octobre 1963 (article 42 (c)); (d) l'Indonésie et Permina et le Groupe Kabayashi, du 7 avril 1960 (article 21).

Voy. aussi LALIVE, « Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company - Theory and Practice : Choice of Law in a New Arbitration Case », 23 *I.C.L.Q.* (1964), 987; LOOIE, « Les contrats pétroliers iraniens », *R.B.D.I.*, 1965, 392; McNAIR, « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », 33 *B.Y.B.I.L.* (1957), 1; SURATGAR, *op. cit.*, note 23.

Faut-il voir dans la référence opérée aux « principes généraux du droit » par l'accord du 29 juillet 1965 entre la France et l'Algérie (*J.O.R.F.*, 28 décembre 1965, p. 11824) une clause d'internationalisation ou une clause d'incorporation ? La question est douteuse quoique

sée de l'accord, se rencontre dans la loi libyenne du 21 novembre 1965, modifiant la législation antérieure :

« (7) This Concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of law of Libya common to the principles of international law and in the absence of such common principles then by and in accordance with the general principles of law, including such principles as may have been applied by international tribunals »²⁶.

Dans ce cas, en effet, le premier élément de solution ne consiste plus dans la recherche de principes communs à deux droits nationaux, celui de l'Etat hôte et celui de l'investisseur, mais bien dans une appréciation de la conformité du droit de l'Etat hôte et du droit international qui domine, par conséquent, l'ensemble de la question.

Cette dernière remarque appelle d'ailleurs une précision, car, quelle que soit la méthode utilisée en vue d'internationaliser les relations des parties, aucun des accords suscités n'élimine pour autant complètement l'application du droit de l'Etat hôte. Au contraire, ils contiennent tous diverses références à la loi de cet Etat sur des sujets bien déterminés ayant trait, par exemple, à l'entrée et au séjour du personnel expatrié, à l'emploi de la main-d'œuvre locale, à la préservation des sites archéologiques, à la responsabilité du concessionnaire pour dommages aux tiers, ou à la réglementation du trafic routier, maritime ou aérien ou aux télécommunications.

la seconde interprétation soit probablement celle qui s'impose. Et ceci d'autant plus en raison de la distinction opérée par l'accord quant aux différends entre les autorités algériennes et, d'une part, des sociétés titulaires de titres miniers et de transport accordés en application du code pétrolier saharien et, d'autre part, des sociétés françaises ou algériennes constituées en vue de l'association coopérative prévue par l'accord.

Dans le premier cas, il est prévu que :

« Article 46(4). Le tribunal arbitral international statue sur la base du droit applicable en vertu du code pétrolier saharien et, en tant que de besoin, des dispositions du présent accord. L'interprétation du code pétrolier saharien est, si nécessaire, effectuée par référence au droit administratif français et notamment à la jurisprudence du Conseil d'Etat français. En cas de silence ou de lacune des textes, le tribunal peut recourir aux principes généraux du droit. »

Dans le second, le Protocole (Annexe n° 1 de l'accord) dispose :

« Article 174 (alinéa 2). Le tribunal statue sur la base du protocole relatif à l'association coopérative et de ses annexes. En cas de silence ou de lacune des textes, il peut recourir aux principes généraux du droit. »

²⁶ La loi du 21 avril 1955 disposait originellement :

« (7) This Concession shall be governed by and interpreted in accordance with the Laws of Lybia and such principles and rules of international law as may be relevant, and the umpire or sole arbitrator shall base his award upon those laws, principles and rules. »

Cette disposition fut ultérieurement modifiée par l'addition d'une restriction importante limitant le recours aux principes du droit international :

« ... to the extent that such rules and principles are not inconsistent with and do not conflict with the Laws of Lybia. »

On se trouve donc ici en présence d'une situation analogue à celle que nous avons rencontrée en matière d'accords financiers internationaux à propos desquels le droit généralement applicable se trouve, sur des points précis, écarté au profit d'une autre règle de droit interne qui, dans le cas présent, est généralement celui de l'Etat hôte.

Est-il possible de maintenir ces conclusions lorsque la référence aux principes généraux se borne à rappeler l'obligation des parties de se conformer aux normes de la « bonne foi » ou est limitée dans son objet, comme c'est le cas de certaines clauses empruntant au droit international la définition de la force majeure ? En l'état actuel du droit la question reste controversée.

Si l'on fait abstraction de la sentence rendue dans l'affaire *Lena Goldfields* dont la portée est pour le moins douteuse²⁷, on est amené à reconnaître que les circonstances dans lesquelles des arbitres ont assimilé une référence au principe de la « bonne foi » à une stipulation implicite de droit applicable se limitent à des hypothèses où l'absence de droit local était notoire²⁸, où l'application du droit interne de l'Etat hôte aurait abouti à la nullité de l'accord en cause²⁹. Lorsque ces circonstances font défaut, une telle interprétation, loin de s'imposer devrait, nous semble-t-il, être exclue. En l'absence de référence expresse au droit international, l'idée ne viendrait à personne de considérer que la simple mention de la bonne foi dans un accord entre un Etat occidental et un investisseur étranger puisse avoir d'autre signification que de rappeler un principe qui figure dans tous les codes ou dans la jurisprudence nationale. Dans ces circonstances, il est permis de se demander pourquoi il devrait en être autrement lorsque l'accord en cause est conclu avec un Etat en voie de développement dont la législation est néanmoins capable de donner une réponse au problème.

Ce point de vue, on le sait, n'a pas été accepté par le Juge Cavin dans la sentence relative à l'affaire *Sapphire*³⁰. L'éminent magistrat constate, en effet, que :

« La référence aux règles de la bonne foi, jointe à l'absence de toute référence à un droit national, invite au contraire le juge à déterminer, selon l'esprit de l'accord, quel est raisonnablement le sens à donner à une disposition litigieuse du contrat. Il se justifie dès lors de voir dans une telle clause une manifestation de la volonté des parties de se soustraire à une législation déterminée de droit strict et partant de faire appel aux règles du droit, fondées sur la raison, communes

²⁷ Sentence du 3 septembre 1930. Voy. NUSSBAUM, « The Arbitration between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government », 36 *Cornell L.Q.* 31 (1950), p. 36; MANN, *op. cit.*, note 10, p. 55.

²⁸ *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, sentence de septembre 1951, 18 *Int'l L. Reports*, 1951, p. 144.

²⁹ *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company, Ltd.*, sentence de juin 1953, 20 *Int'l L. Reports*, 1953, 534.

³⁰ Voy. LALIVE, « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère », *A.S.D.I.*, 1962, 273. Voy. aussi du même auteur *op. cit.*, note 25 *supra*.

aux nations civilisées. Ces règles sont consacrées comme sources de droit par l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice et de nombreuses décisions de juridictions internationales les ont dégagées et précisées. Leur application se justifie d'autant plus que le présent contrat, conclu entre un organisme d'Etat et une société étrangère, relevant du droit public par certains de ses aspects, a un caractère quasi-international échappant à la souveraineté des législateurs particuliers et diffère profondément d'un contrat commercial ordinaire. Il faut relever que la question du droit applicable n'a pu échapper aux rédacteurs du contrat; l'absence de toute référence à un droit national ne peut que confirmer cette interprétation »³¹.

L'analyse de ce raisonnement et en particulier du caractère « quasi-international » du contrat de concession appellerait des commentaires qui dépassent le cadre de cet article³². Constatons seulement qu'il est permis de ne pas accepter les conclusions du Juge Cavin quant au droit applicable à l'accord, car celui-ci ne se caractérise pas par « l'absence » de toute référence à un droit national, bien au contraire. Il y est, en effet, expressément prévu que l'accord ne peut être modifié ou abrogé par des mesures législatives ou administratives prises par l'Iran ou les autorités iraniennes (article 38, § 3) et que ni le « Mining Act » ni tout autre texte qui serait contraire aux stipulations des parties ne saurait s'appliquer à leurs relations ou avoir sur elles aucune influence (article 45)³³.

La nature de cette référence, sans doute en partie négative, à la législation iranienne paraît claire. Ni l'une ni l'autre des dispositions en cause ne peut s'interpréter comme un rejet total du droit iranien (puisque, dans la mesure où celui-ci est compatible avec les termes de l'accord, il continue à s'appliquer) ni comme une soumission pure et simple à ce droit (puisque son évolution

³¹ Citation empruntée à LALIVE, *op. cit.*, à la note précédente, pp. 285-286.

³² Comme le relève FATOUROS (*Government Guarantees to Foreign Investors* (1962), p. 208) :

« To call such agreements *sui generis* or of a « mixed character » is a partial solution at best. Such expressions have a negative rather than a positive connotation, they show what these instruments are not, but not what they are. »

Voy. aussi, FRIEDMANN, *op. cit.*, note 10, pp. 204-205; KAHN, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *Clunet*, 1965, 338, p. 380.

³³ Article 38, § 3 :

« No general or special legislation or administrative measure 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 agreement of the Parties. »

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 provisions of this Agreement. »

future ne peut affecter les relations des parties). Il s'agit donc là en vérité d'une clause d'incorporation accompagnée d'une clause de stabilisation par lesquelles la loi iranienne, si elle ne peut détruire l'économie de l'accord, n'en conserve pas moins la valeur d'une loi de référence. On est donc amené à conclure, contrairement à la sentence, que :

« 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 »³⁴.

Cette conclusion n'est aucunement infirmée par la présence dans l'accord d'une clause de force majeure qui précise (article 37 (2)) que :

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

Là encore, il ne s'agit pas d'une stipulation implicite de droit applicable, mais de l'incorporation à l'accord d'un principe général dont l'application est d'ailleurs reconnue expressément et en termes identiques dans la note qui accompagne l'article 13 du Code pétrolier iranien du 31 juillet 1957. Dans ces conditions, il est difficile d'admettre que la clause ci-dessus reproduite puisse avoir une valeur localisatrice justifiant l'internationalisation de l'ensemble de l'accord. S'il en était autrement, on serait forcé de conclure que la clause analogue insérée dans l'accord NIOC — AGIP Mineraria (article 37 (B)) et la stipulation de droit applicable qui l'accompagne (article 40) constituent une redondance parfaitement inutile en exprimant à deux reprises un seul et même critère de rattachement³⁵.

On comprend, en revanche, fort aisément que le souci d'éviter une telle redondance entre les dispositions des accords iraniens les plus récents et le Code pétrolier ait abouti à l'élimination de toute référence au droit international dans les clauses de force majeure qui s'y trouvent. En effet, à la différence des accords antérieurs, les nouvelles conventions, bien qu'elles continuent de se référer à la bonne foi³⁶ et de reproduire les dispositions en usage concernant

³⁴ LOGIE, *op. cit.*, note 25, p. 401.

³⁵ Voy. dans le même sens, SERENI, *International Economic Institutions and the Municipal Law of States*, Recueil des Cours, vol. 96 (1959), 133, p. 209. SURATGAR, *op. cit.*, note 25, p. 287 relève également que le silence gardé par les rédacteurs de l'accord Sapphire doit avoir une « signification » quand on compare ses dispositions à celles de l'accord NIOC - AGIP Mineraria.

Voy. cependant en sens contraire, RAMAZANI, « Choice-of-Law Problems and International Oil Contracts : A Case Study », 11 *I.C.L.Q.* 503 (1962), pp. 510-511.

³⁶ Accord (PEGUPCO) du 16 juin 1965 entre la NIOC et un groupe allemand, article 37(1) :

« The Parties undertake to carry out the terms and provisions of this Agreement in accordance with the principles of mutual good will and good faith and to respect the spirit as well as the letter of the said terms and provisions. »

la prohibition d'une abrogation unilatérale³⁷ et l'absence d'incompatibilité entre la législation locale et les termes de l'accord³⁸, disposent expressément :

« This Agreement is made pursuant to the Petroleum Act and in respect of any matter where this Agreement is silent, the provisions of the Petroleum Act shall apply »³⁹.

Etant donné cette disposition, la reproduction par voie de stipulation conventionnelle de la définition de la force majeure contenue dans le Code pétrolier eut été superfétatoire. On est donc ici en présence d'accords régis (sous réserve des mesures de stabilisation ci-dessus mentionnées) par le droit iranien auquel s'incorpore une définition empruntée au droit international. Le problème du droit applicable est ainsi clairement et nettement résolu.

Il n'en est pas toujours de même dans les accords qui, sans viser nécessairement à l'internationalisation des relations des parties, cherchent tout au moins à les « dénationaliser » à certains égards. Certains textes, dont le compromis conclu en 1955 par l'Arabie Séoudite et l'ARAMCO à l'occasion du différend qui les opposait offre un exemple saisissant⁴⁰, sont particulièrement insuffisants pour

³⁷ *Ibid.*, article 37(3) :

« Measures of any nature to annul, amend or modify the provisions of this Agreement shall only be made possible by the mutual consent of both Parties. »

³⁸ *Ibid.*, article 43, alinéa 2 :

« 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 provisions of this Agreement. »

³⁹ *Ibid.*, article 43, 1^{er} alinéa. Des dispositions identiques figurent dans les accords suivants de la NIOC : (a) du 17 janvier 1965, avec AGIP S.p.A., Phillips Petroleum Company et l'Oil and Natural Gas Commission, India; (b) 16 janvier 1965, avec Bataafse Petroleum Maatschappij N.V.; (c) du 19 janvier 1965, avec le Bureau de Recherches de Pétrole (BRP), la Régie Autonome des Pétroles (RAP) et la Société Nationale des Pétroles d'Aquitaine (SNPA); (d) du 18 janvier 1965 avec The Atlantic Refining Company et d'autres sociétés américaines.

⁴⁰ Article IV :

« The Arbitration Tribunal shall decide this dispute

(a) in accordance with the Saudi Arabian law, as hereinafter defined, in so far as matters within the jurisdiction of Saudi Arabia are concerned;

(b) in accordance with the law deemed by the arbitration tribunal to be applicable in so far as matters beyond the jurisdiction of Saudi Arabia are concerned.

Saudi Arabian law, as used herein, is the Moslem law

(a) as taught by the School of Imam Ahmed ibn Hanbal

(b) as applied in Saudi Arabia. »

La sentence, manifestement inspirée par cette distinction, manque, peut-être en raison même du texte du compromis, également de précision quant à la délimitation des sujets relevant du droit de l'Arabie Séoudite et de ceux pour lesquels il convient d'avoir recours aux principes généraux du droit, aux usages suivis dans l'industrie du pétrole, aux « données de la science juridique pure » ou au droit international public. Voy. le texte de la sentence du 23 août 1958, *R.C.D.I.Pr.*, 1963, 272, pp. 316-318. Le texte anglais est publié dans le vol. 27 des *International Law Reports* 117. Voy. aussi BATIFFOL, « La sentence Aramco et le droit international privé », *R.C.D.I.Pr.*, 1964, 647, pp. 649-650.

établir de façon satisfaisante la ligne de démarcation qui sépare le domaine d'application du droit local et celui d'autres règles dont les arbitres doivent tenir compte. D'autres textes, et notamment les conventions d'établissement conclues par les Etats africains d'expression francophone, s'ils sont généralement mieux rédigés et comportent des références précises aux questions régies par le droit (stabilisé ou non) de l'Etat hôte⁴¹, n'en laissent pas moins planer un doute sur la nature des normes juridiques qui, en sus de ce droit, peuvent également se révéler pertinentes à la solution d'un différend entre les parties. La plupart de ces conventions, en effet, prévoient qu'un tel différend doit être soumis à une procédure d'arbitrage, les arbitres statuant *ex aequo et bono* ou comme amiables compositeurs⁴². Si cette solution n'exclut pas nécessairement l'application des règles de droit ou des principes juridiques appropriés, du moins donne-t-elle aux arbitres un large pouvoir d'appréciation⁴³.

⁴¹ Il en est ainsi en particulier des questions relatives à la fiscalité, à la réglementation des changes, à l'entrée et au séjour des techniciens ou de la main-d'œuvre étrangère, à la législation du travail et généralement aux lois de police et de sûreté de l'Etat hôte. Voy. KAHN, *op. cit.*, note 32, pp. 359-375, 384-387.

Voy. aussi les conventions suivantes : (a) Congo-Brazzaville, Convention d'établissement de la Compagnie des Potasses du Congo (J.O., 15 avril 1963); (b) Gabon, Convention d'établissement de la Société Equatoriale de Raffinage (J.O., 20 février 1966); (c) Malagasy, Convention d'établissement de la Société d'électrochimie, d'électrometallurgie et des aciéries électriques d'Ugine (J.O., 16 juillet 1966); (d) Mauritanie, Conventions de longue durée d'établissement et de fonctionnement de (i) la Société Planet Oil and Mineral Corporation (J.O., 21 septembre 1966, modifiée en 1967, J.O., 19 juillet 1967) et (ii) la Société des Mines de Mauritanie (J.O., 19 juillet 1967).

La rédaction de ces conventions devrait dans la majorité des cas permettre d'éviter les difficultés d'interprétation telles que celles révélées dans une étude intéressante de certaines sentences arbitrales relatives à des concessions. Voy. SCHWEBEL, « Some Little Known Cases on Concessions », 40 *B.Y.B.I.L.* 183 (1964).

⁴² Voy. parmi les accords cités à la note précédente : (a) amiable composition : (i) Malagasy-Ugine, art. 42, (ii) Congo-Brazzaville-Compagnie des Potasses du Congo, art. 30 et (iii) Gabon-Société Equatoriale de Raffinage, art. 35; (b) *ex aequo et bono* : (i) Mauritanie-Planet Oil and Mineral Corporation, art. 18 et (ii) Mauritanie-Société des Mines de Mauritanie, art. 50.

⁴³ FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international* (1965), pp. 404-407; KAHN, *op. cit.*, note 32, pp. 384-387; AMADIO, *op. cit.*, note 3, pp. 180-181. Comp., ROSENNE, *The International Court of Justice*, pp. 269-271.

La Convention CIRDI reconnaît aux parties la faculté de conférer au tribunal arbitral le pouvoir de statuer *ex aequo et bono* (article 42(3)). La convention d'établissement entre la Mauritanie et la Société des Mines de Mauritanie (voy. la note précédente) fait usage de cette faculté dans un texte qu'il est intéressant, étant donné sa nouveauté, de reproduire :

« Art. 50. — "Les parties conviennent de soumettre tous différends découlant de la présente convention, ou de ses annexes, à une procédure d'arbitrage."

Les parties recourent à cet effet aux services du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (International Centre for Settlement of Investment Disputes).

Uniquement pour l'application du présent article.

1. La Société est conventionnellement considérée comme non ressortissante de

Bien mieux, si les conventions d'établissement s'attachent parfois à donner aux arbitres éventuels des indications utiles quant à l'intention des parties et à l'interprétation de certaines dispositions essentielles, ces indications peuvent à leur tour, susciter de nouvelles controverses. On en trouve un exemple dans la clause suivante :

« Il est expressément stipulé par la présente convention que doivent être entendus par « cas de force majeure » tous événements indépendants de la volonté de la CPC, extérieurs à l'entreprise et susceptibles de nuire soit aux conditions dans lesquelles elle doit réaliser normalement son équipement et sa production, soit aux conditions dans lesquelles elle la commercialisera ... »⁴⁴.

Ce texte introduit manifestement dans la définition de la force majeure une notion économique qui, en l'absence de stipulation, n'y serait pas nécessairement comprise. Et ceci d'autant plus que la clause en question, sauf à insister sur le caractère « extérieur » des événements visés, n'exige pas que ceux-ci rendent l'exécution des obligations de la société impossible ou économiquement ruineuse⁴⁵. On s'écarte donc là non seulement de la force majeure au sens classique, mais aussi de la théorie de l'imprévision et des doctrines qui s'en

la République islamique de Mauritanie en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

2. Un différend sera considéré comme né dès que l'une des parties à la présente convention aura notifié à l'autre son intention de recourir à l'arbitrage ou dès que les deux parties auront convenu d'un commun accord de soumettre le différend à la procédure d'arbitrage.

Le tribunal arbitral statuera *ex aequo et bono*.

Les parties s'engagent à se conformer à la décision du tribunal arbitral. »

⁴⁴ Convention entre le Congo-Brazzaville et la Compagnie des Potasses du Congo (voy. note 41), article 26. Ce texte précise en outre que : « La grève née d'un litige entre la C.P.C. et son personnel ne peut être considérée comme un cas de force majeure. »

Une clause identique (sauf l'absence de référence à la grève) figure dans la convention entre la Mauritanie et la Société des Mines de Mauritanie (voy. note 41), article 43. La convention entre la Mauritanie et la Société Planet Oil (voy. note 41), article 17, dispose en partie que :

« L'intention des parties est que le terme "force majeure" reçoive l'interprétation la plus équitable par référence aux usages internationaux. »

La Convention entre la République Malagasy et Ugine (voy. note 41), article 45, prévoit :

« La République Malagasy et la Société ne considéreront pas comme contraire à leurs engagements réciproques toute réduction d'activité résultant d'aléas techniques graves ou de l'évolution de la conjoncture économique générale. »

En revanche, la Convention entre le Gabon et la Société Equatoriale de Raffinage, article 34 (voy. note 41), se montre plus orthodoxe :

« Les parties ne seront pas responsables des défauts d'exécution de la présente Convention dus à un cas de force majeure. »

⁴⁵ Comp., DURAND, « L'imprévision dans les contrats internationaux de concession d'après la jurisprudence internationale », *Travaux juridiques et économiques de l'université de Rennes*, vol. 19, 1956, 63.

rapprochent. L'ampleur même d'une telle stipulation laisse place à l'interprétation et peut rendre la tâche des arbitres fort délicate⁴⁶.

Cet exemple ne fait qu'illustrer la difficulté fondamentale à laquelle se heurtent tant les clauses de dénationalisation que les clauses d'internationalisation et qui provient de l'imprécision des normes juridiques autres que les droits nationaux applicables en la matière. La remarque n'est pas nouvelle, mais elle ne constitue pas pour autant une critique des errements de la pratique contemporaine. Les clauses en usage ont, en effet, une portée qui est loin d'être négligeable. D'une part, elles peuvent fournir un critère permettant de déterminer le cas échéant si le comportement de l'Etat contractant, bien que justifiable d'après sa législation, est cependant contraire aux principes du droit international. D'autre part, dans la mesure où les usages sont suffisamment établis, la solution de différends éventuels n'est pas sérieusement compromise, au contraire, par l'internationalisation ou la dénationalisation de l'accord. Les praticiens ne s'y sont pas trompés et les références fréquentes aux règles techniques du secteur considéré et à l'obligation des parties de s'y conformer⁴⁷ donnent une signification particulière aux clauses plus générales qui les recouvrent.

⁴⁶ Il n'est peut-être pas inutile d'observer à cet égard que si la doctrine de la force majeure en tant que principe général a été reconnue par des instances internationales, en revanche, à l'exception de l'affaire relative à la *Concession des Phares de l'Empire Ottoman* (Sentence des 24/27 juillet 1956, XII *Recueil des sentences arbitrales N.U.*, p. 161, Contre-réclamation n° 10, p. 241, qui rejette cependant pour d'autres raisons la réclamation grecque), ces instances en ont, en raison des faits de la cause, écarté l'application dans les espèces qui leur étaient soumises. Voy. l'affaire de l'*Indemnité russe* (sentence du 11 novembre 1912, XI *Recueil des sentences arbitrales*, 421); les affaires des *Emprunts serbes et brésiliens*, C.P.J.I., *Série A*, n°s 20 et 21; la sentence du 31 octobre 1934 dans l'affaire *Losinger et Cie* (voy. C.P.J.I., *Série C*, n° 78, p. 54, pp. 87-89); l'affaire *Alsing* (sentence du 22 décembre 1954, *Int'l L. Reports* (year 1956), 633); les décisions des TAM (a) *Franco-Allemand* (décisions du 11 février 1922, *Franz c. Etat allemand*, *Hourcade c. Etat allemand*, I *Recueil des décisions*, p. 781, et du 8 juin 1923, *Lorrain c. Etat allemand*, III *ibid.*, p. 623); (b) *Franco-Turc*, décision du 13 décembre 1927, *Gillièrre c. Etat turc*, VII *ibid.*, p. 930); (c) *Turco-Roumain* (décision du 19 janvier 1928, *Macri c. Gouvernement turc*, VII *ibid.*, p. 981).

Comp. l'affaire *Jordan Investment Ltd. c. All-Union Foreign Trade Corporation*, 27 *Int'l L. Reports* 631; *Rev. de l'arbitrage*, 1960, 92. DOMKE, « The Israeli-Soviet Oil Arbitration », 43 *A.J.I.L.* 787 (1959); BERMAN, « Force-Majeure and the Denial of an Export License Under Soviet Law : a Comment on *Jordan Investment Ltd. v. Souiznefteksport* », 73 *Harvard L. Rev.*, 1128 (1960); SASSOON, « The Soviet-Israel Oil Arbitration », *The Journal of Business Law*, 132 (1959).

⁴⁷ Un exemple typique est le suivant :

« Le concessionnaire s'engage à appliquer à la délimitation, à la mise en production et à l'exploitation des gisements les méthodes confirmées et leurs conditions d'emploi les plus propres à éviter des pertes d'énergie et de produits industriels, à assurer la conservation des gisements et à porter au maximum le rendement économique en hydrocarbures de ces gisements, notamment par l'emploi éventuel des méthodes de récupération secondaire » (Convention de concession

Dans le domaine qui nous occupe, comme dans celui du droit international du commerce⁴⁸, si l'apport des principes généraux n'est pas toujours aussi considérable qu'on pourrait l'espérer, l'existence de règles techniques bien établies devrait permettre, dans la plupart des cas, de résoudre les difficultés éventuelles.

Il est indispensable, à cet égard, d'éviter l'erreur commise par une partie de la doctrine qui s'est en quelque sorte emballée en enfourchant un palefroi hérissé de solutions dont la généralité ne répond ni aux nécessités de l'heure, et en particulier à l'équilibre qu'il convient de rechercher entre les divers intérêts en cause, ni au progrès de la science juridique. On a trop souvent parlé de *pacta sunt servanda*, du respect des droits acquis ou de l'enrichissement sans cause, sans distinguer entre les différentes situations qui peuvent se présenter au juge et au praticien. Pour prendre un exemple, il suffit de supposer qu'une institution financière, privée, gouvernementale ou internationale consente un prêt à un Etat en voie de développement pour financer l'acquisition de biens d'équipement et de services importés de l'étranger en vue de poursuivre un projet dont la réalisation incombe à une société étrangère concessionnaire. Dans une situation de ce genre, qui est loin d'être théorique, n'y a-t-il pas raison de penser que les droits acquis du prêteur ne sont pas nécessairement identiques à ceux des industriels, des sociétés d'études ou du concessionnaire impliqués dans l'affaire ?

Rechercher la solution du problème dans des concepts abstraits sans tenir compte des données concrètes propres à chaque situation, y compris les règles techniques qui lui sont particulières, n'est d'aucune assistance dans l'élaboration progressive d'un droit du développement économique qui pourtant s'impose. Dans un domaine où les sources judiciaires sont relativement pauvres, seule l'étude comparative des contrats conclus par les intéressés et des textes, législatifs ou autres, qui contribuent à leur donner un cadre juridique, peut fournir à l'analyste les éléments d'information nécessaires non seulement pour répondre aux questions précises qui lui sont posées, mais encore pour effectuer une réelle

d'Altar Ouest entre l'Algérie et la CREPS et la CPA du 16 juin 1967, article C.25, J.O., 14 juillet 1967).

Des références similaires à des méthodes conformes « with good oil exploitation practice generally followed in the oil industry » ou « customarily used in good technical practice » se rencontrent dans la plupart des concessions pétrolières.

Comp. en ce qui concerne les mines, la Convention d'établissement entre la République Malagasy et Uguine (note 41), article 5 :

« La Société s'efforcera, dans la mesure compatible avec les réserves des gisements, les règles de l'art concernant l'exploitation rationnelle des gisements miniers et les possibilités de vente ou d'utilisation du minerai de chrome concentré résultant du marché mondial et de l'évolution des techniques, de porter sa production à un niveau... »

⁴⁸ MANN, « Reflections on a Commercial Law of Nations », 33 B.Y.B.I.L. 20 (1957), pp. 34-40.

contribution à la formulation de normes juridiques adaptées aux nécessités du milieu ambiant. Or, manifestement celui-ci n'est pas le même suivant la nature des relations en cause ou le secteur géographique dans lequel elles se situent. Les exemples qui précèdent en sont la preuve puisqu'à l'internationalisation des concessions pétrolières du Moyen-Orient ou de l'Asie s'oppose leur localisation dans les pays européens, africains ou latino-américains et que la dénationalisation des conventions d'établissement paraît propre à un groupe bien défini de pays africains. La même remarque se justifie en matière de prêts et d'emprunts internationaux. Si les techniques juridiques journalièrement employées par des entités aussi diverses que les banques spécialisées, les institutions publiques de crédit au développement, les gouvernements eux-mêmes et les organisations internationales, sont, malgré leurs différences, largement interchangeables, il n'en reste pas moins que, dans la pratique des grands marchés de capitaux ou celle des organismes considérés, des différences significatives subsistent dont les exemples ci-dessus mentionnés sont loin d'être uniques ⁴⁹.

Comme on l'a fort justement observé, les principes généraux et les règles techniques d'application plus restreinte, loin de s'exclure, se complètent mutuellement. L'analyse comparative des secondes est indispensable à la précision du contenu des premiers ainsi qu'à leur formulation. Non l'inverse ⁵⁰. Peut-être est-il permis d'ailleurs de trouver confirmation de cette conclusion dans la pratique de la CECA concernant le droit applicable aux prêts consentis aux entreprises de la Communauté. Originellement, ces contrats prévoyaient que dans la mesure où la loi applicable (celle du pays de l'emprunteur) ou les dispositions du contrat laisseraient certaines questions dans le doute, celles-ci seraient résolues par la Cour de Justice « en s'inspirant des principes généraux du Droit » applicables dans les Six Etats membres de la Communauté. Cette référence aux principes généraux a depuis disparu et la clause maintenant utilisée ne prévoit plus que l'application d'un droit national.

⁴⁹ D'autres exemples sont faciles à relever, soit en ce qui concerne les procédures suivies pour la conclusion des contrats de prêt internationaux ou leur entrée en vigueur, la fréquence des clauses attributives de juridiction dans les contrats conclus avec des emprunteurs gouvernementaux étrangers, l'usage de l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends, l'accouplement dans certains marchés financiers de stipulations de droit applicable et de dispositions précisant les délais de prescription, soit encore les assurances de transfert requises par les prêteurs ou la forme des sûretés sur lesquelles ils insistent. Voy. DELAUME, *op cit.*, note 1, pp. 2-33, 169-179, 180-197, 140-145, 301-32, 215-256.

⁵⁰ MANN, *op. cit.*, note 48, *id. loc.* et pp. 48-51; SCHLESSINGER (et BONASSIES), « Le fonds commun des systèmes juridiques », *R.D.I.D.C.*, 1963, 501, p. 520; SCHLESSINGER, « Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », 51, *A.J.I.L.*, 734 (1957) observe également (p. 747) que le résultat de cette analyse peut dans certains secteurs contribuer à l'élimination des conflits de lois.

II. DU ROLE DES STIPULATIONS DE DROIT APPLICABLE EN TANT QUE FACTEUR DE STABILITE JURIDIQUE

Les clauses d'internationalisation (et dans une mesure bien moins précise, les clauses de dénationalisation) possèdent une valeur stabilisatrice certaine. En offrant un critère permettant de juger le comportement de l'Etat intéressé, elles peuvent effectivement le dissuader de prendre des mesures contraires à ses engagements⁵¹. Les dispositions qui s'y ajoutent fréquemment, telles que celles aux termes desquelles l'accord ne peut être modifié que du consentement des parties ne font, à cet égard, que confirmer l'existence du principe inhérent à cette méthode de stabilisation⁵².

Si cette remarque se justifie, encore convient-il d'observer que l'efficacité d'une telle clause dépend d'un certain nombre de considérations dont l'importance ne saurait être ignorée. La première et la plus apparente concerne évidemment la nature des recours dont disposent les intéressés pour donner effet aux stipulations de leur accord. Jusqu'à présent ces recours consistent essentiellement dans la soumission des différends éventuels à des procédures d'arbitrage. Toutefois, et bien que les clauses d'arbitrage en usage prévoient généralement que la sentence est définitive et que les parties doivent s'y conformer, il n'en reste pas moins que dans la majorité des cas l'Etat en cause peut trouver des moyens efficaces pour s'opposer à sa reconnaissance ou à son exécution⁵³. Le déséqui-

⁵¹ Voy. par exemple en ce qui concerne les modifications du Code pétrolier libyen et du Code des Investissements gabonais, textes et notes 68 et 69.

⁵² Voy. texte et notes 33 et 37. Comp., la disposition suivante dans l'accord entre le Kuwait et la Kuwait Shell Petroleum Company (note 25), article 27 :

« The Emir shall not by general or special legislation or by administrative measures or by any other act whatever annul this agreement... No alteration shall be made in the terms of this agreement by either the Emir or the company except in the event of the Emir and the company jointly agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions or additions to this agreement. »

Les dispositions définissant les droits et obligations de la BIRD et de ses emprunteurs ou garants (et celles figurant dans les accords d'organisations analogues) commencent souvent par le préambule : « Sauf accord contraire de la Banque et de l'emprunteur (ou du garant)... » L'objet de cette formule est fréquemment moins de confirmer l'intangibilité de l'accord que de donner aux parties une souplesse dont elles ne disposeraient pas toujours autrement, s'il s'avérait utile d'apporter une modification mineure à l'économie de leurs relations. Il ne faut pas oublier que les accords de la BIRD avec un Etat membre font le plus souvent l'objet d'une approbation législative. Si le préambule susmentionné était omis, il pourrait en résulter que l'emprunteur se trouve, même si la BIRD était prête à donner son accord, dans l'obligation de retourner devant son parlement pour faire approuver la modification proposée.

⁵³ La décision de la Cour de district de la Haye du 15 avril 1965, dans l'affaire *N.V. Cabolent c. NIOC* (nos 63/2217 et 63/2467, 5 *International Legal Materials* 477 (1966)), suite de la sentence *Sapphire*, en est un exemple récent. Le jugement reconnaît expressément à la NIOC la qualité d'organe de l'Etat iranien, agissant en tant que souverain

libre des forces en présence, que l'accord des parties s'efforce pourtant d'éliminer au départ, risque donc de réapparaître à un moment qui s'avère crucial.

Pour remédier à cette situation, les auteurs de la Convention CIRDI ont adopté une nouvelle règle obligeant les Etats contractants (et non seulement l'Etat partie au différend) à reconnaître le caractère obligatoire des sentences rendues dans le cadre de la Convention et à assurer l'exécution des obligations pécuniaires qui en découlent comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal national⁵⁴.

Les avantages de cette solution n'ont pas besoin d'être soulignés, et il est intéressant de noter que, quelques mois après l'entrée en vigueur de la Convention, il en a été déjà expressément fait usage dans la Convention d'établissement de 1967 entre la Mauritanie et la Société des Mines de Mauritanie⁵⁵.

Pour intéressante que soit la solution contenue dans la Convention CIRDI, celle-ci ne résoud pas (ou du moins d'une manière expresse) un autre problème essentiel à la détermination exacte de la valeur stabilisatrice des clauses considérées. Dans la mesure, en effet, où ces clauses ne se limitent pas à la simple

et jouissant par conséquent de la même immunité, ce qui dispense le tribunal de procéder plus avant dans l'analyse du caractère de la sentence et des problèmes qui pourraient se poser quant à son exécution.

Les seuls accords qui, en sus de reconnaître le caractère obligatoire de la sentence, contiennent une disposition expresse s'adressant à ce problème sont, à notre connaissance, les conventions d'établissement des pays africains francophones. Un exemple typique se trouve dans la Convention entre la République Malagasy et Uguine (note 41) qui dispose que les parties :

« ... renoncent expressément et irrévocablement à se prévaloir de toute exception ou de tout privilège qui pourrait être de nature à éviter ou à différer l'*exequatur* de la sentence quel que soit le pays où son exécution serait requise » (article 42).

En ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'occasion de différends entre la BIRD et ses emprunteurs ou garants, les règlements de prêts opèrent une distinction suivant que l'exécution de la sentence est demandée à l'encontre de la BIRD ou d'un emprunteur autre qu'un Etat membre, ou au contraire à l'encontre d'un Etat membre. Dans le premier cas, la partie intéressée peut s'adresser aux tribunaux compétents pour obtenir l'*exequatur* et procéder ensuite à l'exécution de la sentence conformément aux voies de droit appropriées. Dans la seconde hypothèse, la sentence ne peut être mise à exécution que dans la mesure où celle-ci est possible d'après la législation en cause. Les règlements de prêts n'emportent donc pas renonciation par l'Etat emprunteur ou garant à son immunité. Voy. DELAUME, *op. cit.*, note 1, pp. 207-208.

⁵⁴ Article 54. Voy. DELAUME, *op. cit.*, note 3, pp. 13-15.

⁵⁵ Voy. note 43 *supra*. Dès avant l'entrée en vigueur de la Convention, des clauses qui doivent demeurer encore confidentielles prévoyaient qu'après cette entrée en vigueur les procédures prévues par la Convention se substitueraient à la procédure arbitrale prévue à l'accord. Le règlement par voie d'arbitrage, conformément à la Convention CIRDI, des différends entre l'Afghanistan et des investisseurs étrangers est également prévu à l'article 19 de la Loi sur les investissements privés du 20 février 1967 (texte en anglais, 6 *International Legal Materials* 653 (1967)).

incorporation à l'accord de certaines règles de droit international, mais emportent effectivement soumission à ce droit, la stabilité des normes juridiques auxquelles elles se réfèrent peut elle-même être remise en cause. A moins d'accepter que les parties puissent stabiliser leurs relations sur la base du droit international existant lors de la conclusion de l'accord (solution qui échappe manifestement aux intéressés), on est forcé de reconnaître qu'en cas de différend éventuel, le juge ou l'arbitre doit statuer en fonction des règles en vigueur au moment où l'affaire lui est soumise. Admettre le contraire serait dénier aux clauses d'internationalisation leur véritable caractère, qui n'est pas différent dans son essence de celui de toute autre stipulation de droit applicable⁵⁶. L'évolution du droit choisi par les parties peut donc éventuellement déjouer leurs prévisions. Sans doute le droit international progresse-t-il avec une certaine lenteur, mais il n'est pas certain que les intéressés, pour autant que les clauses utilisées par eux aient effectivement pour objet d'opérer un choix de droit applicable, aient toujours été conscients ou du moins préoccupés par cette possibilité⁵⁷.

La situation se présente différemment lorsque le droit applicable est celui de l'Etat contractant puisque celui-ci peut, dans l'exercice même de sa souveraineté, s'engager à ne pas révoquer, par voie législative ou autre, les engagements volontairement souscrits à l'égard de son co-contractant⁵⁸. Les procédés utilisés à cette fin sont bien connus. Tantôt, il est expressément prévu que la législation applicable est celle en vigueur au jour de la signature de l'accord en question (technique de l'incorporation)⁵⁹, tantôt l'Etat s'engage à rendre

⁵⁶ Voy. dans le même sens, MANN, *op. cit.*, note 10, pp. 43-44.

⁵⁷ Cette remarque ne s'applique pas aux auteurs des accords de la BIRD. Voy. à cet égard les commentaires de son Conseiller juridique, M. Broches, *op. cit.*, note 10, pp. 363-370. Voy. sur le plan général, MANN, *op. cit.*, note 10, p. 43.

⁵⁸ Voy. la Sentence Aramco (note 40), *R.C.D.I.Pr.*, 1963, 272, p. 315.

La Convention CIRDI fait appel au même principe lorsqu'elle déclare (article 25(1)) que lorsque les parties ont donné leur consentement à soumettre leur différend à la compétence du Centre international, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. Voy. DELAUME, *op. cit.*, note 3, pp. 12-13.

⁵⁹ Voy. par exemple, l'article 4 de la Convention d'établissement entre la Mauritanie et la Société Planet Oil (note 41) :

« ... La législation minière stabilisée pour la durée de la présente convention fait l'objet des textes dont la liste figure en annexe à la présente convention et en fait partie intégrante. »

Comp. la clause suivante dans un accord entre l'Equateur et une société américaine :

« The concessionary bind themselves especially to the Oil and Mining Laws, the provisions of which, as they are in force at the time of signature of this contract, are understood to be incorporated in the same and shall rule the relations between the parties in every aspect that had not been expressly agreed upon by them. »

inapplicables à son co-contractant les modifications éventuelles de sa législation (technique de l'inopposabilité) ⁶⁰.

Dans leur principe, ces procédés sont simples. Leur mise en œuvre pratique est néanmoins plus complexe car, si l'on veut éviter d'aboutir à une rigidité excessive qui ne pourrait qu'être préjudiciable aux bonnes relations des parties et compromettre la communauté d'intérêts qui les unit, il est alors indispensable de procéder à certains aménagements. Une pondération s'impose entre le maintien de la stabilité des conventions qui demeure la préoccupation essentielle de l'investisseur et le dynamisme naturel au droit de l'Etat en cause dont l'évolution ne saurait être paralysée. On s'explique donc que les mesures de stabilisation sont généralement limitées dans leur objet ou leur durée.

Ainsi, en matière fiscale, la stabilisation de la législation est souvent restreinte aux impôts et taxes qui frapperaient l'investisseur et ne s'applique pas à ceux qui seraient dus par ses employés à l'occasion de leur rémunération ou de l'importation de biens de consommation personnelle ⁶¹. Même à l'égard de l'investisseur, le régime stabilisé ne l'est pas au même degré suivant les années, l'allégement fiscal étant plus important dans la période de démarrage que dans celle d'exploitation ⁶². Un phénomène analogue se rencontre en ce qui concerne le transfert de devises dont la liberté est fréquemment limitée au concessionnaire (sous réserve dans certains cas de la réglementation des changes et de la situation de la balance des paiements de l'Etat hôte ⁶³), mais peut être limitée à certains maxima à l'égard de son personnel expatrié ⁶⁴.

⁶⁰ Voy. notes 33 et 38. Comp. la convention du 27 août 1960 entre la Grèce, Péchiney et d'autres « contractants » (*J.O.*, 11 octobre 1960, p. 1733), article 27 :

« Les dispositions de la présente Convention ne peuvent être abrogées ou modifiées qu'en vertu d'un accord entre les parties; toute disposition contraire de la législation ne sera pas applicable dans la mesure où elle est contraire à ses dispositions. »

Voy. aussi KAHN, *op. cit.*, note 32, pp. 362-363.

⁶¹ FATOUROS, *op. cit.*, note 32, pp. 176-180. Voy. aussi la convention entre la Mauritanie et la Société des Mines de Mauritanie (note 41), qui, si elle accorde à la société un régime fiscal de longue durée, n'en prévoit pas moins (article 30) que les rémunérations et salaires versés par la société au personnel employé (ce qui comprend non seulement la main-d'œuvre locale mais les expatriés) en Mauritanie sont soumis à l'imposition « dans des conditions non-discriminatoires par rapport au droit commun ».

Un autre exemple se trouve dans les concessions iraniennes qui prévoient que si les directeurs et employés de la société peuvent importer des biens à usage personnel sans avoir besoin de solliciter une licence d'importation ou de respecter les monopoles d'Etat, l'importation n'en reste pas moins sujette aux droits et taxes ordinaires.

⁶² KAHN, *op. cit.*, note 32, p. 362. Voy. aussi les conventions citées à la note 41.

⁶³ KAHN, *id. op.*, pp. 366-367. Voy. aussi les conventions citées à la note 41.

⁶⁴ Par exemple, les concessions iraniennes tout en exemptant les directeurs et employés des sociétés étrangères de la législation des changes pour leurs avoirs à l'étranger, prévoient que les expatriés dont le salaire est payé en Rials ne peuvent exporter plus de 50 % (après impôts) de leur salaire annuel. Une limitation analogue s'applique en cas de terminaison d'emploi.

Plus spécialement, et quelque importante que soit la stabilisation dont conviennent les parties, celle-ci n'est jamais complète. Comme on l'a déjà mentionné, le droit de l'Etat hôte continue toujours à régir un nombre de matières touchant par exemple à la législation sociale ou à celle du travail, ou aux lois de police et de sûreté dont l'exemption ferait de l'investisseur un Etat dans l'Etat, ce qu'il est parfois sur le plan économique mais ne peut être admis sur le plan juridique et encore moins sur celui de la politique.

Ceci ne signifie pas d'ailleurs que même dans cette hypothèse, l'investisseur soit nécessairement défavorisé, car il est loisible à l'Etat hôte de l'assurer que la législation applicable ne le sera pas d'une manière discriminatoire⁶⁵. Il est également possible de reconnaître à l'investisseur la faculté de demander à bénéficier ultérieurement de toute législation ou réglementation qu'il estimerait lui être plus favorable ou des conditions plus avantageuses qui seraient consenties à des tiers⁶⁶.

Ces dernières solutions, quoique favorables aux investisseurs, reflètent néanmoins une considération propre à tous les accords de longue durée, à savoir celle de leur révision éventuelle. Qu'une telle révision puisse s'imposer, on n'en saurait douter et les exemples ne manquent pas⁶⁷. Les clauses d'internationali-

⁶⁵ Voy. par exemple la Convention entre la République Malagasy et Uguine (note 41), article 9 :

« La République Malagasy, pendant la durée de la présente convention, ne provoquera ou n'édicterà aucune mesure impliquant directement ou indirectement, une discrimination préjudiciable, de droit ou de fait, à l'égard de la Société par rapport aux autres entreprises exerçant des activités industrielles ou commerciales à Madagascar. »

⁶⁶ Cette clause de la « société la plus favorisée » figure comme alinéa 2 à l'article cité à la note précédente. On la retrouve sous des formes diverses dans d'autres conventions d'établissement ou accords similaires. Voy. généralement, FATOUROS, *op. cit.*, note 32, pp. 140-141; KAHN, *op. cit.*, note 32, pp. 369 et 388; SUCKOW, *Nigerian Law and Foreign Investment* (1966), pp. 156-157.

Comp. l'article 19 de la convention citée à la note 60 :

« Toute loi subséquente postérieure [sic] à la signature de la présente ayant un objet fiscal ou douanier ainsi que toute modification ou abrogation de telles lois ne seront applicables aux cas de la présente que dans la mesure où elles créent un régime plus avantageux par rapport à celui en vigueur à la date de la promulgation du Décret royal n° 584.60 ou celui déterminé par la présente Convention. »

⁶⁷ La possibilité d'une révision est quelque fois mentionnée à l'accord, même si celui-ci contient une clause de stabilisation. Ainsi l'article 46 de la Convention entre la République Malagasy et Uguine (notes 41 et 65) dispose :

« Chacune des parties contractantes s'engage à examiner les demandes de modification des clauses de la présente convention qui pourraient être formulées par l'autre partie. Les deux parties conviennent que la révision d'une clause de la convention ne peut intervenir que d'un commun accord et que la non-acceptation de la modification proposée ne peut, en aucun cas, ouvrir le droit de recourir à la procédure d'arbitrage prévue [par la convention]. »

sation ou de stabilisation constituent-elles alors un vain exercice ? Telle est la question qui se pose et à laquelle il faut immédiatement répondre par la négative. Si de telles dispositions peuvent, le cas échéant, se révéler impuissantes à arrêter le cours d'événements dont dépend la croissance économique de nombreux pays, du moins ont-elles l'énorme avantage de maintenir l'équilibre des intérêts en présence tant que les parties ne décident d'en changer les données. Le respect manifesté par certains Etats, tels la Libye⁶⁸ et le Gabon⁶⁹, pour les accords de développement économique ainsi protégés contre des changements ultérieurs en est la preuve. Ceci ne veut pas dire, évidemment, que tout en respectant leurs engagements vis-à-vis des investisseurs établis, les pays intéressés ne disposent pas de moyens propres à inciter ces investisseurs à accepter un réajustement de leurs accords. Il suffit alors seulement de constater qu'il s'agit là d'arguments qui n'ont rien de juridique, mais relèvent de l'économie ou de la politique.

Jusqu'à présent, les accords de prêt destinés au financement de projets de développement économique, lorsqu'ils désignent un droit national comme *lex*

De même, l'accord entre le Kuwait et la Kuwait Shell Petroleum Company (notes 25 et 52) prévoit (article 27, alinéa 2) :

« If as a result of changes in the terms of concessions in existence on the effective date or as a result of the terms of concessions granted thereafter an increase in benefits to governments in the Middle East should come generally to be received by them the company will consult with the Emir whether including the conditions in which operations are carried out and taking into account all payments made, any alteration to the terms of this agreement would be equitable to the parties. »

Voy. aussi, NARAYANAN, « A Review of Oil Contract Negotiations by Saudi Arabia with Aramco », 7 *International Studies* 368 (1966); SKEET, « The International Oil Industry », 1 *Journal of World Trade Law* 33 (1967); MUGHRABI, *op. cit.*, note 9, pp. 138 et ss.

⁶⁸ Libyan Petroleum Amendment (Revision of Existing Concession Agreements) 1965, 5 *Int'l Legal Materials* 442 (1966). Ce texte modifiant le droit antérieur ne cherche aucunement à remettre en cause les droits acquis des sociétés pétrolières étrangères, du moins sans leur consentement. En vue, toutefois, d'inciter ces sociétés à adhérer au nouveau régime, la nouvelle loi dispose néanmoins qu'en cas de refus par les concessionnaires existants de modifier leurs accords, les sociétés intéressées se verraient refuser toute nouvelle concession (article XI).

⁶⁹ Ordonnance n° 21/67 modifiant les dispositions de la loi n° 55/61 du 4 décembre 1961 portant Code des investissements dans la République gabonaise, article 58 (*J.O.*, 15 avril 1967, p. 266) :

« Les régimes privilégiés et les conventions d'établissement accordés antérieurement à la promulgation du présent Code à des entreprises exerçant leur activité dans la République gabonaise, demeurent expressément en vigueur. Toutefois, ces régimes et ces conventions pourront à l'initiative soit du Gouvernement, soit des entreprises intéressées, faire l'objet de négociations en vue de leur adaptation aux dispositions du présent Code. »

contractus, ne font aucun effort en vue de stabiliser le droit applicable ⁷⁰. Les raisons en sont faciles à découvrir.

Lorsque ces prêts sont consentis par des institutions publiques nationales, le droit applicable, dans la mesure où il en est fait mention, est celui de l'Etat du prêteur. On comprend dès lors qu'il serait particulièrement difficile pour l'organisme en cause de paraître douter de la stabilité de sa législation nationale et de chercher à se prémunir contre son évolution future ⁷¹.

Ce raisonnement ne s'applique évidemment pas aux organisations telles que la CECA, la CEE ou la BEI. Néanmoins, il convient d'observer à cet égard que le problème, s'il n'est pas expressément résolu dans les accords conclus par ces organisations, n'est pas aussi sérieux qu'on pourrait le penser de prime abord. Il en est ainsi, en premier lieu, en raison du contexte dans lequel se déroulent ces opérations et des liens étroits qui existent entre elles et les pays membres et se manifestent non seulement par les engagements contractés par ceux-ci à l'occasion d'une opération de financement déterminé, mais résultent aussi des dispositions des statuts ou traités constitutifs de ces institutions. D'autre part, les précautions prises par les rédacteurs de ces accords en vue d'en faire un ensemble juridique définissant avec la plus grande précision les droits et obligations des parties donnent au recours à des normes juridiques autres que celles contenues à l'accord le caractère d'une éventualité assez peu probable. Dans ces conditions, la référence opérée à un droit national apparaît donc comme une ultime précaution dont la portée est infiniment moins significative que ne l'est habituellement celle d'une stipulation de droit applicable.

CONCLUSION

Tant dans le domaine des prêts que dans celui des accords économiques de développement, les clauses en usage, pour autant qu'elles traduisent le choix d'un droit déterminé et pas seulement l'incorporation de certaines règles qui lui sont propres, conservent la valeur localisatrice des stipulations de droit applicable traditionnellement employées. Leur originalité consiste en ceci que la localisation n'est plus alors nécessairement géographique mais peut impliquer un choix entre ordres juridiques, national et international, auxquels il peut

⁷⁰ Une disposition d'« incorporation » du droit de l'Etat de New York pour l'interprétation des accords de la BIRD a depuis longtemps cessé d'être utilisée par cette organisation. DELAUME, *op. cit.*, note 1, pp. 84-85.

⁷¹ La situation est analogue à celle qui prévaut généralement (à l'exception des accords de financement soviétiques) en ce qui concerne les dispositions monétaires de ces accords. Normalement, ceux-ci sont libellés dans la monnaie de l'Etat dont relève l'organisme prêteur et ne contiennent aucune disposition destinée à protéger celui-ci contre une dépréciation ou dévaluation possible de sa monnaie. Voy. DELAUME, *op. cit.*, note 1, pp. 258-261.

d'ailleurs être fait simultanément appel pour donner aux relations des intéressés le vêtement juridique qui leur convient.

Faut-il voir dans cet usage cumulatif de normes juridiques nationales et internationales et dans l'élaboration de nouvelles techniques rédactionnelles ainsi que de nouveaux usages propres à certains secteurs de la vie économique internationale contemporaine, l'apparition d'un troisième ordre juridique ? La réponse affirmative donnée par certains auteurs à cette question nous paraît à tout le moins prématurée.

Qu'il soit permis d'employer de nouvelles expressions génériques, telles que « droit transnational », « droit commercial international » ou « droit du développement économique », pour désigner un ensemble de normes et de pratiques intéressant un segment particulier des relations internationales, la chose ne fait aucun doute. Il s'agit là simplement d'un moyen facile d'identification, qui correspond d'ailleurs à la division la plus orthodoxe du Droit dans ses différentes branches.

Il n'en résulte nullement que l'étiquette employée implique un changement corrélatif dans la nature des règles de droit utilisées et que celles-ci, du seul fait de leur juxtaposition rendue nécessaire par l'originalité de certaines situations, subissent une mutation où se noierait leur identité première. Pour paradoxal que cela puisse paraître, cette remarque est infiniment moins conservatrice dans son esprit que l'avènement d'un « tiers-droit », mystérieux dans sa nature, mal défini dans son domaine d'application, et dont la justification réside en définitive dans le refus de concevoir que le droit international est capable de tenir compte de données autres que celles provenant de ses antécédents historiques ou de suppléer à des situations complexes une réponse aussi précise que celle qui peut leur être donnée par des normes juridiques nationales.

Ni l'une ni l'autre de ces considérations ne correspond aux réalités du droit contemporain. L'apparition d'un nombre d'entités internationales autres que des Etats, jointe à l'élévation progressive des particuliers au statut de sujets de droit international, la « commercialisation » de plus en plus poussée des rapports internationaux entre Etats, organismes internationaux et personnes de droit privé ou public, la « dépolitisation » des différends qui peuvent en résulter, particulièrement évidente dans la Convention CIRDI, ainsi que le phénomène d'osmose et d'endosmose qui rend constamment plus ténue la ligne de démarcation entre les deux ordres juridiques, en sont la preuve manifeste. Il ne s'agit plus, aujourd'hui, de savoir dans quelle mesure les Etats peuvent déroger au droit qui leur est propre, ni de douter que celui-ci soit, dans certains secteurs, suffisamment développé pour fournir un critère de solution parfaitement adéquat aux nécessités de l'heure.

Il s'agit simplement de reconnaître que l'évolution des notions juridiques n'est pas uniforme et que certaines branches du droit progressent plus rapidement que d'autres. L'opposition qui se manifeste ainsi entre la section

financière du droit du développement économique et son secteur administratif (car au fond telle est la nature essentielle du problème) est particulièrement significative à cet égard. Peut-être convient-il également d'observer que l'influence modératrice, bien que créatrice, d'organisations internationales spécialisées, est pour une large part responsable de ce phénomène. A cet égard, la création du nouveau Centre prévu par la Convention CIRDI, si elle est loin de se comparer à l'établissement d'un Conseil d'Etat international⁷², ne peut néanmoins qu'œuvrer dans le bon sens, qui n'est autre que la reconnaissance progressive de l'unité des règles de droit applicables à la communauté internationale considérée dans sa plus large expression⁷³.

⁷² Voy. aussi au sujet de la proposition tendant à créer au sein de l'Organisation des pays exportateurs de pétrole (Organization of the Petroleum Exporting Countries, OPEC) une instance ayant, entre autres fonctions, compétence pour connaître des différends relatifs à des concessions pétrolières, MUGHRABI, *op. cit.*, note 9, pp. 127-131. Voy. également, l'Accord franco-algérien précité (note 25) portant création d'un tribunal arbitral international et d'une commission de conciliation pour connaître des litiges ou contestations entre l'Etat algérien ou des sociétés algériennes(A) et des sociétés françaises (F), article 46 et articles 157-178 du Protocole relatif à l'association coopérative.

⁷³ Comp. CHENG, *General Principles of Law* (1953), qui conclut :

« It is of no avail to ask whether the general principles of law are general principles of International Law or municipal law for it is precisely of the nature of these principles that they belong to no particular system of law, but are common to them all... and bear witness to the fundamental unity of law » (p. 390).