

CONTRATS ENTRE ETATS
ET PERSONNES PRIVEES ETRANGERES *

par F.A. MANN, I. SEIDL-HOHENVELDERN, P. LALIVE,
G. van HECKE

THE THEORETICAL APPROACH TOWARDS THE LAW GOVERNING
CONTRACTS BETWEEN STATES AND PRIVATE PERSONS

par

F.A. MANN

F.B.A.

In discussing the theoretical foundations of the law governing State contracts, that is to say, contracts between States (or other international persons) and private persons it is necessary to start from a hypothesis which is both fundamental and elementary. Every contract is necessarily governed by a specific legal order. Or, to put it negatively, an understanding which is not governed by a specific legal system is not a contract. Or, again, it is the law, the legal order or system which confers the quality of a legally binding contract upon the understanding between parties. They may, it is true, agree that their understanding shall be no more than a gentleman's agreement, but, as we all know, this is unenforceable in law and, therefore, no contract at all. To this day the *vinculum juris*, the obligatory character of the understanding is the essential prerequisite of a contract. This starting point, like many a proposition of law, may in the last resort be a matter of belief, observation and experience incapable of mathematical proof. Lawyers, however, know too much about their subject to assert that any legal relationship can exist outside the law, without being created and sustained by the law. We are not here concerned with that entirely different philosophical question of the origin or basis of law as such and accordingly can ignore all those well-known discussions about natural law,

* Textes du colloque organisé le 15 novembre 1974 par le Centre de droit international et étranger de la K.U.L.

positivism and so forth. We are concerned with a much narrower and simpler point, viz. that it is only the law which by its precepts and sanctions creates legally binding and effective ties.

Moreover, it is the law that establishes the conditions subject to, and the scope within, which the parties are at liberty to create contractual rights and duties. Freedom of contract is conferred, defined and limited by law, — an almost self-evident proposition which is far too often ignored. In particular, it is right to emphasise the words « limited by law ». For nothing is gained by treating freedom of contract as if it meant unlimited freedom. What we know as *jus dispositivum* in a particular legal order is obviously capable of being adopted, rejected or modified by the parties. No problem arises and, therefore, the general statement that freedom of contract is a generally accepted principle is either platitudinous or inaccurate. Freedom of contract has limits, — limits fixed by the mandatory rules which exist in every system and in almost every sphere of law. They lead to difficulties familiar to lawyers, especially if they are introduced during the life of the contract and therefore interfere with the expected manner of its performance. It is on them that attention should be concentrated.

If these propositions are accepted it follows that every contract by whomsoever made must be subject either to a national system of law or to public international law, for these are the only legal orders known to us. Which of them applies in a given case is the question to which it is now possible to turn.

For the purpose of ascertaining the legal system applicable to a State contract we do not, as a matter of principle, follow routes which are different from those prevailing in the case of contracts between private persons. We search for the legal system which the parties expressly or impliedly selected, or, in Dicey's immortal phrase, for the proper law. We need not in the present context discuss its refinements or the relatively few uncertainties surrounding the doctrine or its various implications, its precise definition, foundation or consequences, — matters the importance of which is sometimes liable to be exaggerated, seeing that, in essence, as a broad rule, the doctrine of the proper law prevails almost everywhere. It is much more relevant to suggest that the peculiarities which apply to a State contract within a given legal system should be disregarded for the purpose of deciding the logically anterior question which legal system is applicable to the State contract at hand. Take the great conception of the *contract administratif* in French law. Since classification as well as jurisdictional aspects are usually subject to the *lex fori*, a judge or arbitrator sitting in France may well have to apply the law relating to the *contrat administratif* even if the contract is not governed by French law. But a judge or arbitrator sitting outside France does not apply the French law of the *contrat administratif*, unless he has previously found the French legal system to be the proper law of the contract. For similar reasons nothing is gained by what is no more than a terminological feature. One often sees references

to investment contracts or economic development contracts or some such terms. Such contracts may be subject to a special legal regime in certain countries. But where the law of such a country does not apply the description does not matter. From the international point of view a concession, in particular, is simply a contract. Whether it is a contract of a special type can only become material after the legal system applicable to it has been identified. A concession, it is true, may not be a contract at all. It is conceivably conferred by and contained in a legislative instrument. If and insofar as in such cases a question of classification arises the *lex fori* will answer it. If and insofar as the proper law is to be defined the answer depends on the terms of the instrument or possibly, on presumptions which judicial practice has developed. The rule that in looking for the proper law of transactions with States very great, though by no means overriding, weight has to be given to the character of the State party is universal, supported by commonsense and applicable to legislative instruments with particular force.

If, then, in the case of a State contract the search for the proper law is carried out in the same manner as in other cases (except that the status of the State party is a circumstance of great impact), one will normally end up by applying a specific national legal system, perhaps that of the contracting State, perhaps that of a private person, perhaps a third one. Whatever national legal system is found to be applicable, it applies as a whole, for better or worse. Perhaps it is permitted to add that this is so even where the law of the contracting State is applicable : its law has to be observed and the mere change of its law does not constitute an international tort attracting the rules of State responsibility, unless the change by its nature is such as to constitute an international wrong, — but this is a remark which probably touches upon a point alien to the present discussion.

Although normally the law of a given State will govern the State contract, precisely years ago another possible solution was suggested. It was said that a contract between a State and an alien private person could be « internationalised » in the sense of being subjected to the only other legal order known to us, namely public international law. This does not mean or was ever intended to mean that the State contract should be considered to be a treaty or should be governed by public international law in the same way as transactions between States. It simply means that by exercising their right to choose the applicable legal system the parties may make public international law the object of their choice. Certainly French law is designed normally to apply to French people or French transactions. Certainly public international law is designed to apply as a rule to States and the transactions between them. But nothing prevents a contract between the German State and a Dutch firm to be submitted to French law. Similarly the fact that one party is not a State should not prevent the contract from being submitted to public international law. It would thus become subject to the mandatory rules of public international law. No mandatory

law of any national system as such could touch it. If the parties desire this, why should we put any obstacle in their way? Just as by their will they can choose a given State order as their proper law, so it is their will, their choice, founded upon and permitted by the private international law of the forum, that may submit a contract to the law of States, to public international law. Of course, we must guard against abuse. For this reason the teachings of private international law in general are to the effect that the choice of the legal system adopted by the parties must be reasonable, free from capriciousness, supported by rational, legitimate grounds. These conditions will be fulfilled if one party to the contract is a State or, one may add, a State corporation, though for reasons of social policy private persons contracting among themselves should be precluded from choosing a legal system other than a national one. The public international law thus applicable within a limited field would normally be found in the general principles accepted by civilized nations. Their ascertainment in the special sphere of State contracts should not cause greater difficulties than in the sphere of treaty relationships. The public international law applicable to the contract would include mandatory rules recognised by general international law, by the great codifications such as the Vienna Convention (when in force), by Conventions or Declarations of Human Rights. The legal certainty and security which the parties would enjoy would be considerable, because public international law is unlikely to undergo sudden or radical changes during the life of a contract.

If in some quarters the idea of the internationalisation of State contracts has caused difficulties and hesitations this is largely due to the inability of public and private international lawyers to understand each other, their respective apparatus and thought-processes. Public international lawyers are inclined to overlook that under the rules of private international law a contract containing a foreign element is governed by the legal system determined by the *lex fori* and that it is this which renders the proper law applicable. The internationalisation of State contracts is thus founded upon a rule of *private* international law. To put it differently, public international law contains no rule which would render it applicable to a contract between an international and a private person. On the other hand private international lawyers are accustomed to think of a reference to a national system of law. There is, however, no *a priori* reason why parties should be compelled to choose a national law, why they should not be able to choose public international law. Its pervasiveness, its potentialities and riches, well known to public international lawyers but frequently ignored by others, are such that, within the limited field of application, a wholly adequate body is available to support and explain State contracts, — certainly a much more developed body of law than that offered by many a national system of law. Moreover, a reference to foreign law leads almost everywhere to the application of the foreign law referred to, whether or not it wishes to be applied, as is proved by the fact that in the field of contracts

most countries deny any place to the doctrine of renvoi; hence the fact that public international law normally applies only to international persons does not militate against its application by reference. It is therefore a purely dogmatic or conceptualist objection to found upon the obvious and undoubted fact that « la nature des sujets auxquels s'adressent les normes internationales est bien différente de celle des sujets des ordres juridiques étatiques ». Such arguments should not stand in the way of a progressive and practically useful manipulation of the instruments provided by private international law and of the body of substantive law developed by public international law.

These submissions which in the present context do not need elaboration involve certain (negative) conclusions which require discussion.

In the first place it is submitted that not even in regard to State contracts there is room for a contract without law, a *contrat sans loi* or a *contrat anational*. The origin of any such general doctrine is as obscure as the precise meaning of its effect. It is plainly untenable, as becomes apparent as soon as one thinks of the various rules of interpretation which prevail in different jurisdictions or of mandatory rules such as those relating to « vices de consentement ». The legal significance of such « vices » cannot be assessed without resort to a specific legal order. In the vivid phrase of M. Batiffol, « par là s'écroulera la construction d'un contrat échappant à toute loi positive ». For State contracts the doctrine emanates from and has on many occasions been developed by Verdross. Originally he seemed to confine his teachings to the suggestion that State contracts should for purposes of interpretation be independent of any legal system and be subject to autonomous interpretation, to what he called the *lex contractus*. This left the crucial question unanswered and accordingly in 1964 Verdross propounded the further thesis that « such contracts are subject to all general principles of law relating to the conclusion and validity of contracts », though as to interpretation they probably were intended to remain autonomous. This still left the problem of the performance of State contracts and here Verdross relied on that self-evident yet far too general and therefore misleading maxim « *pacta sunt servanda* », a maxim of which it has been well said : « What is pactum and when and how and if it is servandum are questions which must be answered by a system of law capable of reacting in a sophisticated manner to these problems. » On the whole, however, it seems that there is very little that distinguishes the State *contrat sans loi* from the second method of approach which it is proposed to discuss.

This is to the effect that State contracts may be subject to the general principles of law recognised by civilised nations. Such a doctrine makes sense only if it is intended to be distinct from the other theory already discussed according to which a State contract may be submitted by the parties to public international law. If the two views mean the same thing, if there is only a terminological point involved, if a choice of general principles constitutes in

truth a choice of public international law no new problem arises into which it would at this stage necessary to enquire; on the other hand a reference to public international law obviously includes a reference to general principles which, we know, are one of its sources. What, then, is the distinctive feature of the application of general principles as opposed to public international law? It can only be this, that the general principles do not include certain rules of a mandatory character which public international law affirms and includes. There may be many such rules which are by no means expressive of a general principle. The most important example, is the rule which precludes a State from relying on its own legislation to limit the scope of its international obligations. This is a firmly rooted principle of public international law. But it is not a general principle of law. We know from numerous cases that if a contract with a State is governed by the law of such State it may, as a result of supervening legislation, be modified and even destroyed. It would therefore be impossible to suggest as a general principle that a State, in entering into a contract, foregoes the right to change its terms. The right and the power to do so depend on the proper law. If the proper law is public international law that power and that right are necessarily excluded.

This short review of the theory of State contracts thus seems to lead to the conclusion that one is left with two alternatives only. Depending on the express or implied choice of the parties, a State contract is governed either by the chosen municipal system of law or by public international law.

THE THEORY OF QUASI-INTERNATIONAL AND PARTLY INTERNATIONAL AGREEMENTS

par

Dr. Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN

Professeur à l'Université de Cologne

Where a State enters into relations with a private person, this can be done either on the basis of sub-ordination (*jure imperii*) or on the basis of coordination (*jure gestionis*). Where such relations with a private person are established on the basis of coordination they usually will be coached in a contract.

Any examination of the theoretical basis of a given contract will have to answer two questions.

1. Is it a necessary consequence from the notion of « contract » that any contract must be anchored in a specific legal system and, if so, which legal system serves as anchorage for the contract concerned.

2. What is the law governing the contract ?

The legal system serving as anchorage of the contract must not necessarily be identical with the law governing the contract.

In most cases, where a State concludes a contract with a private person, be he its citizen or an alien, this contract will be anchored in and governed by the legal system of the state concerned.

However, in this case, the state and its partner are not really coordinated equal partners enjoying equal rights. By changing its law the State as lawgiver may nullify the contractual obligations, which it had assumed to its private partner in virtue of the contract.

Realization of this fact has led to the phenomenon, which the theories of quasi-international and partly international agreements seek to explain. In certain cases a powerful company has concluded a « high level agreement » with a State. By such an agreement the company aimed to escape the factual inequality alluded to above.

Such agreements, mainly concession agreements and possibly also loan agreements have the following distinctive features :

- a) They are concluded, on behalf of the State, by the head of State or by the head of government.
- b) They are sometimes published in the official publication organs etc.
- c) They provide, that the private partner may exercise rights, which generally are reserved to the State (e.g. mining) and/or that the State shall grant acts « exorbitants de droit commun » i.e. which a private party could not grant (e.g. tax privileges).
- d) They do not contain any reference as to the law on which they are anchored.
- e) They provide that disputes shall be settled by an Arbitral Tribunal, usually composed of citizens of several States.
- f) In any case they exclude either in so many words or by implication that the law of the State partner to the contract shall apply or that its courts should have jurisdiction over this contract.
- g) They either contain no reference at all as to the law the Arbitral Tribunal shall apply to the contract or they provide that it shall apply either « general principles of law » or « international law ».

At least in the opinion of the private partners to such contracts such contracts do indeed exist, whereas the States partners to such contracts often try to interpret away this content of their clauses, alleging that, after all, no such thing like a quasi-international or partly international contract should exist.

This later view is shared by those, who for dogmatic reasons deny the existence of such contracts.

The first line of attack goes against those clauses of such contracts which declare either that the contract should be governed by international law or that it should be governed by general principles of law.

To all those, adhering to the old fashioned notion, that international law merely is the law governing the relations between States, its rules by definition cannot apply to relations between a state and a private person. Yet, this notion equating international law with inter-State law has had to be abandoned at least since international organizations too are held to be subjects of international law. Hence, if partners to a contract may chose to have it governed by any system of law they like, why limit them to the national laws of the several States of the international community ?

A more serious objection could be found in the fact that international law may not offer sufficient appropriate rules for the solution of disputes arising out of such contracts, rules like *pacta sunt servanda* and *rebus sic stantibus* being too rudimentary. This objection, however, can not be opposed to a contract, which according to its clauses shall be governed by general principles of law. Comparative law is able to deduce from the domestic laws of the States members of the international community as many general principles as may be required to solve any dispute. However, the Statute of the International Court of Justice declares, that general principles are one of the sources of international law. Thus, any reference to « international law » may be interpreted as including a reference to general principles. Hence, a clause stating that such a contract shall be governed by « international law » likewise will be susceptible of leading to workable solutions.

The second and more serious line of attack goes against the notion, that a contract could exist without being anchored in a specific system of law. Yet, it is the very purpose of such contracts to free the private partner from the risk of changes made by the State partner exercising its legislative powers. This purpose could not be achieved if a contract although said to be governed by general principles would remain anchored in that State's law, i.e. obtain its binding force from that law.

Now most authors agree, that a contract cannot be a law to itself. There must be some outside force binding the partners, extraneous to their will.

However, it does not follow from there, that this outside force, by necessity, should be a legal system of a State and even less so, the legal system of the State partner of the contract.

Verdross and with a slight change in terminology Rengeling believe that the general principles too could serve as such an anchoring system to their quasi-international contacts. This raises a difficulty for those, who conceive any law as a body of rules which, in the last resort, may be deduced from a Basic Norm (Kelsen's Grundnorm).

In 1963 Kipp has made somewhat unconvincing efforts to introduce in between international law and the domestic laws of the several States of the international legal community, these rules governed exclusively by general principles or according to Regneling by « Civil International law » (Privatvölkerrecht) as apposed to the « real » interstate public international law. In order to achieve this result Kipp had to formulate nothing less than a new basic norm.

Böckstiegel has overcome this difficulty by courageously admitting that these contracts are governed and anchored in international law itself. He reasons that for a long time now international law had admitted, that States are not the only subjects of international law. If it is possible to recognize international organizations, insurgents etc. as subjects of international law and if some authors at least consider that even individual human beings under certain circumstances may be subjects of international law, why should a State be prevented from recognizing its partner to such a contract as a subject of international law? Of course such recognition does not mean that the State recognizes its partner to such a contract as a subject enjoying all rights and duties due to a State. The private partner is recognized as a subject of only those rights and duties, as are embodied in the contracts concerned.

Thus, the contract may be called a partly international agreement.

The most recent author in this field, Peter Fisher, agrees with Böckstiegel. However, Fischer believes, that the only « partly international agreements » are concession agreements. He denies that loan or cartel agreements have also been concluded in this manner.

L'INFLUENCE DES CLAUSES ARBITRALES

par

Pierre LALIVE

Professeur à l'Université de Genève

A. *Introduction.*

Le sujet qui nous est proposé soulève trois ordres de difficultés.

I. Une réponse précise, ou tant soit peu précise, à la question (ou aux questions) que pose, implicitement, notre thème, postule une connaissance d'ensemble, sinon totale, de la pratique de l'arbitrage entre Etats et particuliers. Or, le caractère confidentiel de l'arbitrage en général, et notamment de ce type d'arbitrage, tout comme celui des contrats internationaux qui contiennent les

clauses arbitrales à analyser, empêche toute connaissance d'ensemble. Les « spécialistes » de l'arbitrage international, menacés au demeurant par une vision « pathologique » des relations entre Etats et particuliers étrangers, ne peuvent connaître qu'une bien faible partie des contrats contenant des clauses arbitrales. Les praticiens consultés (conseillers juridiques de sociétés, avocats internationaux) risquent, dans leurs réponses, de généraliser des expériences isolées, ou particulières à un certain type de contrats ou d'activités économiques, ou à un certain secteur géographique.

Notre connaissance du sujet — connaissance lacunaire par la nature des choses — oblige donc à recourir à des extrapolations, des inférences, des conjectures peut-être aventureuses. C'est sous cette réserve que l'on proposera ici un certain nombre de généralisations, ne fût-ce que pour donner un point de départ à la discussion. Une des justifications du colloque de Louvain sera du reste, précisément, par l'échange d'informations, d'expériences et d'idées qu'il implique, de nous permettre d'améliorer et de nuancer notre vision du sujet.

II. Une deuxième difficulté tient au sujet lui-même, et à son « découpage » : il incite, ou risque d'inciter, à examiner la clause arbitrale pour elle-même, isolément, hors de son contexte. Or le risque est évident de pareille attitude (qui est peut-être encouragée, inconsciemment, chez les juristes par la notion d'autonomie de la clause arbitrale — sur le terrain, tout différent il est vrai, du droit applicable et de la validité de la clause contenue dans un contrat argué de nullité). Il va sans dire que, pour apprécier exactement la portée ou l'influence d'une clause arbitrale, il faudrait connaître et prendre en considération, notamment, l'objet du contrat, sa nature et surtout sa durée, le droit applicable, etc.

III. Enfin, une troisième difficulté tient au libellé même du sujet : qu'entendre par « influence », et influence... sur quoi ? S'agit-il d'examiner les effets de ces clauses, en fait aussi bien (ou même davantage) qu'en droit, sur les autres dispositions du contrat, sur les relations entre parties ? Faut-il s'en tenir aux seuls aspects spécifiques de la question, c'est-à-dire propres aux cas d'arbitrage que nous nous sommes risqués à appeler, ailleurs « semi-international » (mais pareille limitation aurait des inconvénients) ? Une chose est sûre : il n'est pas question d'étudier l'ensemble des questions d'arbitrage entre particuliers et Etats étrangers et il convient de restreindre notre champ d'investigation. Confessant quelque perplexité, le rapporteur a pris le parti d'examiner l'« influence » (soit l'action, souvent graduelle et continue, plus ou moins directe, plus ou moins « factuelle » que juridique) des clauses arbitrales sur les accords entre Etats et particuliers étrangers ou, plus précisément, sur les autres dispositions de tels accords et sur les relations entre les parties. Ceci à travers quelques étapes de la vie du contrat, de sa conception à sa mort, c'est-à-dire de la phase de la négociation de l'accord jusqu'à la solution d'un éventuel litige surgi à propos de son application.

B. Questions préliminaires.

Avant d'examiner l'influence des clauses arbitrales, il convient de s'interroger un instant sur leur *validité*. Ceci de trois points de vue au moins, par ordre de généralité décroissante :

I. *Première question* : les clauses arbitrales, tout comme les conventions entre Etats et particuliers, ont-elles véritablement une *force obligatoire* ? On l'a contesté, au nom d'une certaine conception de la souveraineté de l'Etat. Quelques juristes américains, au service de pays arabes, se sont fait naguère une certaine renommée en défendant la thèse radicale de l'impossibilité pour l'Etat de se lier définitivement (*cf.* la thèse Hendryx au congrès arabe du pétrole, 1960); au nom de l'intérêt public supérieur, l'Etat pourrait en tout temps modifier ou annuler unilatéralement ses engagements, y compris l'engagement arbitral, pour autant qu'il agisse de bonne foi. De manière plus modérée, le Doyen Vedel a soutenu à la même époque (Congrès d'arbitrage, Paris 1961) que :

« Si l'on admet que, à son origine, la clause compromissoire tire sa force obligatoire de la disposition de droit interne de l'Etat donnant valeur juridique aux conventions, il est impossible de soustraire cette clause à toute précarité. Contre cette éventualité le droit international ne donne de recours que dans la protection diplomatique et dans la responsabilité internationale de l'Etat. »

Ces thèses sont à notre avis inadmissibles, contraires aux intérêts de toutes les parties, et notamment des Etats, et même contraires aux faits, à la pratique internationale (en dépit d'un certain nombre de violations isolées). Que la clause arbitrale tire sa force obligatoire et sa valeur ou du droit international ou d'un droit interne, ou encore d'un « tiers système » juridique (« transnational » ou autre), la pratique semble bien démontrer que toutes les parties, Etats y compris, considèrent l'engagement comme obligatoire et irrévocable. Peut-être y a-t-il lieu ici de faire une distinction, de ce point de vue, entre la clause arbitrale et les autres clauses du contrat ?

La Convention de Washington de 1965 (Convention BIRD) résout ce problème de manière ingénieuse et semble couper court à toute invocation abusive de la souveraineté (*cf.* par ex. art. 25, 1)... au moins dans une large mesure; les premières mises en application de la Convention paraissent confirmer les enseignements de l'expérience arbitrale générale, sur le vigoureux attachement des Etats à leur souveraineté (et leur difficulté à se comporter en partie contractante et égale).

II. *Deuxième question* : la *légalité de la clause arbitrale*, compte tenu de la nature étatique d'une partie (Etat, organisme ou entreprise publique) et des limitations qui en découlent quant à la capacité ou au pouvoir de compromettre.

On peut penser que le problème a quelque peu perdu de son acuité (en ce sens Böckstiegel, *A.J.I.L.* 59, 1965, p. 984), ce qui s'explique vu l'évolution législative et jurisprudentielle, parallèle au développement du rôle de l'Etat dans

le commerce international. Mais la question n'est pas devenue « académique », croyons-nous. D'une part, la prohibition de compromettre pour l'Etat et les organismes publics subsiste dans divers droits internes (pour des raisons du reste compréhensibles; cf. p. ex. rapport Flamme, *Congrès arbitrage Rotterdam 1966*); elle reprend parfois des forces là même où on pouvait la croire en voie d'affaiblissement (cf. la loi belge du 4 juillet 1972, *R. arbitrage*, 1973, n° 4, p. 220, à comparer à la loi française du 5 juillet 1972 qui, selon Rivero, permet le maintien, dans les relations internationales, de la jurisprudence française, des arrêts San Carlo et Galakis). D'autre part, on ne saurait exclure l'hypothèse, notamment lorsque l'Etat partie au contraire est « en voie de développement » et politique instable, que l'argument de l'illégalité de la clause, pour ce motif, soit invoqué en cas de conflit sérieux. Ceci même s'il s'agit d'un contrat signé ou ratifié au niveau ministériel (contrat de concession, etc.).

Les opinions diffèrent quant à la qualification de la limite posée dans divers pays, à la faculté de l'Etat ou de la personne morale publique de compromettre : s'agit-il de capacité ou de pouvoirs, de compétence ? (cf. à ce sujet H. Batiffol, *Col. J. Trans. L.* 1968). Elles s'accordent toutefois sur le droit applicable à cette question, qui est celui de l'Etat ou de la personne publique en cause. Faut-il en déduire (comme le fait Vedel, Paris, 1961) que les restrictions internes au pouvoir de compromettre sont toujours et totalement opposables au partenaire privé étranger ? Cette conséquence paraît aussi inadmissible que la thèse de la fragilité essentielle des engagements de l'Etat, et tout aussi nuisible à ce dernier. Dans le domaine des relations étatiques, ou dans celui des relations internationales privées, la sécurité des transactions exige un tempérament (*in favorem negotii*) au jeu de la loi applicable : des constructions juridiques diverses peuvent justifier le résultat : qu'il s'agisse de protéger le co-contractant de bonne foi, comme dans l'arrêt Lizardi, ou l'article 7 b *L.R.D.C.* en Suisse, ou de se fonder sur la théorie de l'apparence juridique, peu importe. (En droit international public aussi, on a vu des Etats être liés par des comportements ou des déclarations d'une validité douteuse du point de vue constitutionnel; cf. l'affaire de la Déclaration Ihlen, Statut juridique du Groenland, *C.P.J.I.*, A/B, n° 53; ainsi que l'affaire des Zones franches, déclaration de l'agent du gouvernement suisse). En principe, donc, et malgré la notion de souveraineté des Etats, et de leur immunité, parfois invoquée à l'encontre de cette idée, il y a lieu d'admettre que les restrictions au pouvoir de l'Etat de compromettre ne sont *pas* opposables aux particuliers étrangers de bonne foi; nous verrions là volontiers un principe général de droit, inclus déjà, quelle qu'en soit la construction théorique précise, dans le droit international contemporain. Voir aussi la Convention européenne de Genève, du 21 avril 1961, article 2 (1), qui affirme le pouvoir de compromettre de l'Etat.

III. *Troisième question* : la clause arbitrale peut poser une autre question encore de validité, où l'on retrouve, mais sous un aspect ou une coloration

spécifique, la question bien connue de *l'autonomie de la clause arbitrale* (« *severability* »). Une brève indication suffira pour montrer la réalité de la question dans ce contexte. Si la phase de « régression » des clauses arbitrales, dans les grands contrats internationaux (*cf.* Rapport D. Sarre au Colloque de Londres d'octobre 1974) paraît ne pas devoir durer, la résistance de l'Etat souverain à leur mise en œuvre (refus de coopération à la constitution du tribunal, multiplication des exceptions préliminaires) n'est pas près de disparaître — et ceci même dans le système perfectionné du C.I.R.D., de la Convention B.I.R.D. L'hypothèse doit en tout cas être envisagée d'un arbitrage où l'Etat, partie à un contrat international (d'« investissement », etc.), alléguerait son erreur ou le dol du partenaire étranger pour en déduire la nullité de la Convention, y compris, au besoin, de la clause arbitrale (deux exemples : *Soudan c. Turriff*; *Maroc c. Holiday Inns*). Cette hypothèse soulève donc la question de l'autonomie ou de l'indépendance de la clause arbitrale par rapport au reste du contrat.

La question ne semble pas se poser en des termes très différents de ceux que l'on connaît pour l'arbitrage international privé ou ordinaire. Encore faudra-t-il tenir compte ici, pour trancher entre des interprétations différentes des clauses contractuelles, notamment du principe de l'effet utile (contre l'Etat, toujours tenté d'invoquer sa souveraineté et l'interprétation restrictive) et du fait que la clause arbitrale constitue, pour le partenaire non-étatique, en principe une protection fondamentale sans laquelle il y a lieu de présumer qu'ils ne serait pas engagé du tout (*cf.* ce sujet plus loin).

C. *Négociation et conclusion de l'accord.*

Dans quelle mesure la possibilité ou la perspective d'une entente des parties sur le principe de l'insertion de la clause arbitrale, et sur le contenu de celle-ci, influe-t-elle d'une part sur le succès des négociations, soit la conclusion ou la non-conclusion du contrat, et d'autre part, sur le contenu de ce dernier ? Répondre à une question de ce genre, on l'a dit plus haut, est tâche mal aisée. Tout dépend des circonstances, des « *bargaining powers* » respectives des parties à la négociation, du secteur économique et des pays en cause (et notamment de l'Etat partie, de sa stabilité, de son « record », etc.). Beaucoup dépend, aussi, de facteurs personnels, de la psychologie du contractant, des expériences faites, de part et d'autre, en matière d'arbitrage international, voire même de la structure interne de l'entreprise qui négocie avec un Etat étranger (position personnelle des dirigeants, influence plus ou moins forte des juristes, etc.). Divers exemples paraissent indiquer que des facteurs rationnels et objectifs sont loin d'exercer toujours une influence exclusive sur la décision de prévoir, ou non, l'arbitrage, et sur la manière de l'aménager (p. ex. choix du « siège »).

Mettons à part certains cas spéciaux (p. ex. cas du contrat « type », dont la plupart des stipulations sont déjà prévues dans les annexes d'une loi nationale, code pétrolier, code des investissements, etc. — et le cas où la clause arbitrale

est pratiquement exigée par une institution financière, par l'assurance-crédit, etc.) et considérons l'hypothèse du contrat « librement négocié » entre Etats et « particuliers », c'est-à-dire sociétés étrangères. Compte tenu de la diversité des situations, une constante se dégage : l'une des parties est un *Etat*, détenteur de la puissance publique et sur le territoire duquel, au surplus, le contrat va généralement « localiser » une série d'opérations ou d'investissements, voire la présence de personnes étrangères (autant d'« otages » exposés à la mainmise de droit et de fait du partenaire contractuel). Vu les risques politiques et juridiques évidents, et la faiblesse notoire du système classique de protection diplomatique (faiblesse accrue encore par la nécessité pratique de réaliser l'opération, le plus souvent, par l'intermédiaire de sociétés incorporées localement, dans l'Etat partenaire), la clause d'arbitrage international est ressentie en général comme une protection majeure du contractant non-étatique.

L'idée, qui demande à être nuancée (voir plus loin), paraît vérifiée dans la pratique : on peut supposer que l'immense majorité des contrats entre Etats et particuliers contient des clauses arbitrales. Certains dirigeants ou juristes d'entreprise affirment y voir une condition essentielle, et même *sine qua non*; il reste que, dans certains cas, le co-contractant « entrepreneur » soit se sent en position de force (p. ex. vu sa supériorité technique, ses brevets, etc.) soit intègre dans ses risques commerciaux le risque politique ou juridique, compensé à ses yeux par le profit espéré, à court ou moyen terme (d'où l'on peut déduire l'existence, sinon la mesure exacte, d'un coût supplémentaire pour l'Etat qui s'est refusé à l'insertion d'une clause arbitrale, et a par exemple imposé la compétence de ses propres tribunaux).

Deux nuances à ajouter : a) l'Etat contractant peut lui aussi avoir, et a souvent, intérêt à la présence d'une clause arbitrale, à un double point de vue : il n'est pas nécessairement défendeur (p. ex. : l'*affaire Aramco*) et il a besoin d'inspirer confiance, en se montrant prêt à souscrire des clauses arbitrales et, surtout, à les respecter au besoin (sur le rôle des clauses arbitrales comme stimulant des investissements privés, cf. p. ex. Cour de cassation de Grèce, 1966, *R. Hellénique*, 1968, p. 171). — b) Pour le co-contractant non-étatique, la valeur de cette protection ne peut être que *partielle* et dépendante d'une pluralité de facteurs (à l'exception du cas spécial de l'arbitrage C.I.R.D.I. — et encore faut-il peut-être ici, à la lumière des premières expériences faites, réserver son jugement).

Dans l'esprit des négociateurs, l'insertion d'une clause arbitrale, ou non, et sa rédaction plus ou moins stricte, ne sont certes pas des questions isolées, mais sont dans une interdépendance étroite avec les autres clauses du contrat, « choice of law clause » (relativement plus rare) ou disposition « substantielle » (p. ex. dans un contrat à long terme, sur les mécanismes de détermination et de révision des prix). Dans l'équilibre général du contrat, le fait d'obtenir gain de cause sur un point, comme la clause arbitrale, pourra inciter à des concessions sur d'autres points.

La valeur attachée par le négociateur non-étatique à la clause arbitrale relève de la psychologie individuelle, des conditions économiques de l'affaire, du contexte politique, etc., mais aussi de certains facteurs plus « juridiques » : l'efficacité de la protection offerte par la clause dépend au premier chef de la *rédaction* de celle-ci, soit de sa forme et de son contenu. Comme il n'est pas question de traiter ici, fût-ce sommairement, l'ensemble des questions que soulève l'arbitrage international avec un Etat, on se bornera (avant de résumer ce que devrait contenir toute clause arbitrale) à s'arrêter à quelques points importants, compte tenu de la fragilité particulière, en fait tout au moins, de la clause arbitrale entre Etat et particulier étranger.

1) Vu ce qui a été dit plus haut (B I et II), il peut n'être pas inutile que la clause réaffirme le caractère irrévocable de l'engagement d'arbitrage et sa pleine validité, aussi d'après le droit de l'Etat, affirmation complétée par une clause d'intangibilité ou de « stabilisation » (*cf.* P. Weil, *Recueil des Cours*, 1969, pp. 229 et ss.), de manière à éviter des mésaventures comme celles de l'affaire Losinger et à atteindre, autant que possible, le résultat de l'article 15 (1) de la Convention de la B.I.R.D.

2) Capitales sont les dispositions permettant la constitution du tribunal arbitral, et la mise en marche de l'arbitrage, malgré l'absence de coopération, ou l'obstruction, d'une partie (*cf.* à ce sujet P. Lalive, *Recueil des Cours*, 1967, II, pp. 573, 686 et ss., articles dans *Mélanges de Schöonenberger*, Fribourg, 1968, pp. 373 et ss., et *in Investissements étrangers...*, Colloque de Dijon, Paris, 1969, pp. 111 et ss.). Le Tribunal une fois constitué, les risques d'obstruction subsistent, bien entendu. L'expérience (*cf.* les cas *Sapphire*, *Turriff Construction*, etc.) enseigne que, à tous les stades d'un litige (tout comme avant celui-ci, au cours de l'exécution du contrat), l'Etat est susceptible de se comporter ou de réagir plus en souverain qu'en partie contractante. Même à l'égard des Etats qui ont accepté un engagement d'arbitrage du C.I.R.D.I., cette constatation paraît devoir conserver sa pertinence.

3) Il est également essentiel que la clause arbitrale fixe le *siège* de l'arbitrage, aussi bien dans le cas où le contrat contiendrait une clause de droit applicable que dans l'hypothèse où il n'en contiendrait pas. En ce dernier cas, la question se pose : le choix pour les parties du « siège » de l'arbitrage implique-t-il — outre celui (selon une opinion très répandue; *cf.* les études de F.A. Mann) de la « *lex arbitri* » — le choix, ou tout au moins l'application, du droit international privé du siège ? D'où résulterait finalement la détermination de la loi applicable au fond du litige. Les diverses conséquences du choix par les parties du lieu, ou du « siège » (selon une expression consacrée, encore que critiquée parfois comme un « abus de langage ») demeurent controversées, et ceci sans parler du cas où, faute d'un choix explicite, ce dernier doit être déduit, ou découle en fait, du choix du « tiers désignateur » de l'arbitre (*ex. affaire Sapphire*).

Quant au droit applicable, l'idée paraît gagner du terrain que les arbitres ne sont pas liés par les règles de conflits en vigueur au lieu de l'arbitrage (*contra* Mann, ainsi que Sauser-Hall, etc.; voir d'autre part, outre les études connues de H. Batiffol et B. Goldman : Y. Derain *in* R. Arbitrage, 1972, p. 99. En ce sens aussi, l'article VII de la Convention européenne de Genève de 1961 et la Sentence Lagergren du 10.10.1973 dans l'affaire BP - Libye).

Quoi qu'il en soit de cette controverse (et, en partie, à cause d'elle), la question du « siège » est importante en pratique, sur ce terrain comme à d'autres égards (ainsi pour les éventuelles interventions des tribunaux du lieu, dans la constitution du tribunal et dans le contrôle de la régularité de la procédure); si, par exemple, les règles de conflits du lieu venaient à s'écarter des tendances dominantes en droit international privé comparé, il est clair que le choix du « siège » finira par déterminer, par une chaîne d'inférences, la solution au fond du litige. Ainsi, dans le commerce Est-Ouest, les négociateurs soviétiques inclineraient à fixer à Stockholm le siège du Tribunal arbitral (à défaut d'un accord donnant compétence à leurs tribunaux arbitraux permanents du commerce extérieur) notamment pour bénéficier de la règle suédoise de conflits de lois (loi du 4 juin 1974, qui donne compétence à la loi (soviétique) du pays même de l'acheteur lorsque le vendeur a accepté la commande dans ce pays. Puisque, dans les contrats avec l'Est, l'entente sur le droit applicable paraît plus difficile que sur l'arbitrage, la clause arbitrale (avec, en particulier, sa référence au siège) prend donc une importance décisive.

Ces considérations sur la fixation du « siège » dans la clause arbitrale, valables pour l'arbitrage international en général, prennent un relief particulier dans le cas des accords avec un Etat. On mentionnera ici, pour mémoire, la contestable présomption (C.P.J.I., Emprunts serbes) en faveur de l'application de la loi de l'Etat, loi qui sera du reste applicable souvent, et plus justement, de par le lieu d'exécution et le « centre de gravité » des opérations, et l'on s'attachera surtout à la question des *immunités*, de juridiction ou d'exécution. Au stade de la rédaction de la clause arbitrale il suffit de noter l'intérêt du contractant non étatique, pour sa sécurité et pour l'efficacité de la clause arbitrale, à obtenir, s'il le peut, de l'Etat contractant, des précisions et la renonciation expresse à l'immunité (non pas tant de juridiction, ce qui va de soi; *cf.* Mann, « State Contracts... », *Bybil*, 1967, pp. 1 et ss., mais surtout d'exécution).

Eu résumé, l'on peut dire, sans répéter ce qui précède, qu'une clause arbitrale bien conçue devrait contenir des indications sur le genre de litige à soumettre à l'arbitrage, sur la mission des arbitres (et leur éventuel pouvoir de ne pas se limiter à dire le droit), sur le genre de décision sollicitée (motivée ou non, etc.), sur la procédure à appliquer, sur le lieu ou « siège » de l'arbitrage, sur le droit applicable au fond, sur la langue de l'arbitrage, sur le caractère de la sentence, définitive et sans recours (ce qui peut contredire la loi locale de procédure, dans ses dispositions impératives, en admettant qu'elle soit applicable

ici — selon une opinion très répandue; cf. Mann, *op. cit.*, pp. 9 et ss. et Van Hecke, *Réflexions sur l'arbitrage...*, pp. 361 et ss.; *contra* la Sentence Aramco (dont la motivation a été généralement mal comprise).

Certes, en pratique, il se révèle assez souvent impossible de rédiger la clause arbitrale selon les canons idéaux proposés par la doctrine. Les conditions de la négociation ne s'y prêtent guère (prédominance des considérations « matérielles » et commerciales, rapidité, euphorie des « fiançailles », rôle parfois effacé des juristes). Tout contrat international, surtout de longue durée, et plus encore avec un Etat étranger, comporte « per definitionem » des risques de diverses natures, et la clause arbitrale, protection fondamentale, encore qu'imparfaite, aux yeux du juriste, n'est jamais pour les parties contractantes qu'une considération parmi beaucoup d'autres.

Tout ceci étant admis, il reste que la pratique semble révéler, quant aux accords entre Etats et particuliers étrangers, une caractéristique assez générale dans la rédaction de cette clause particulière : l'esprit de routine et d'imitation, le manque d'imagination, voire l'ignorance et la légèreté de nombreux rédacteurs, juristes ou non. Tout se passe comme si le caractère spécifique — du droit de l'arbitrage d'une part et, de l'autre, des rapports entre Etats et particuliers étrangers — échappait souvent aux juristes chargés de négocier le contrat, juristes de l'accord, rompus aux questions industrielles et commerciales, et cependant d'une coupable naïveté en l'espèce ! (Quelques exemples récents.) Il est permis de supposer que la mauvaise rédaction de clauses arbitrales est responsable, chaque année, de plusieurs litiges parfaitement évitables ou, en tout cas, de complications superflues s'ajoutant à des litiges nés d'autres causes. (Il est vrai que les imperfections des clauses arbitrales peuvent aussi exercer une influence en sens contraire, et diminuer le nombre des litiges, dans la mesure où, en se révélant, elles découragent une partie de poursuivre la défense de ses droits et l'incitent à des concessions !)

D. Pendant la « vie » du contrat : naissance et solution des litiges.

I. Une première influence des clauses arbitrales, essentielle pour beaucoup, serait de *prévention* des litiges et, donc, de bonne exécution du contrat. « The best arbitration clauses are never invoked », dit-on souvent (cf. *Rapport D. Sarre*, Conférence Londres, 1974); par leur « neutralité » quant au mécanisme de désignation des arbitres, quant au lieu de l'arbitrage, etc., elles détourneraient les parties de violer le contrat et les inciteraient à s'arranger sans avoir à recourir à l'arbitrage. Malgré sa part, évidente, de vérité, l'affirmation appelle diverses réserves ou observations : vu le caractère confidentiel de la grande majorité des contrats et des arbitrages internationaux avec un Etat, toute vérification, même approximative, d'un tel jugement est manifestement impossible. Les raisons d'un litige, et du fait qu'il ne peut être aplani à l'amiable, dépendent essentiellement d'autres facteurs, extérieurs à la clause

arbitrale. Enfin, on pourrait soutenir aussi, voire aussi bien, la proposition inverse — que les *pires* clauses arbitrales sont celles qui ne sont jamais invoquées, la partie intéressée se rendant compte (trop tard) de leur insuffisance, et de la protection aléatoire qu'elles offrent contre des violations du contrat ou l'arbitraire de l'Etat. Le rôle *préventif* de la clause compromissoire, un aspect de son « influence », variera énormément selon les circonstances d'espèce, l'objet, la nature, la durée du contrat, l'interdépendance de fait des parties (sans doute le meilleur facteur préventif), etc. La constatation est élémentaire, mais ne doit pas conduire à négliger l'influence, de ce point de vue, d'une bonne ou d'une mauvaise rédaction.

II. A la survenance du différend, c'est un truisme que d'affirmer l'existence d'une influence des clauses arbitrales (sur la constitution du tribunal, la procédure, le siège, le droit de l'arbitrage et le droit applicable au fond, donc la solution du litige). Il serait plus intéressant, mais combien plus difficile, d'en mesurer le *degré* — ce qui n'est guère possible, pour les raisons déjà invoquées. Si l'on connaît un certain nombre d'arbitrages internationaux, on ignore à peu près tout des nombreux cas où, la clause compromissoire ayant été invoquée, l'arbitrage « avorte », heureusement, soit avant même le début de la procédure, soit avant une sentence finale — l'arbitrage étant par nature favorable aux transactions (qui peuvent être stimulées, notamment, par le procédé des « sentences partielles »). Notons aussi que si la survenance d'un litige est considérée souvent comme un constat d'échec, cet échec est imputable au contrat lui-même et non pas, sinon accessoirement, à la clause compromissoire. Ce qui pourrait témoigner de l'échec de cette dernière, ce serait bien plutôt, après la naissance du litige, la réussite des manœuvres d'obstruction de la partie défenderesse.

III. L'influence de la clause se marquera enfin au stade de la décision et, surtout, de son *exécution*. Ces clauses n'ont de sens et d'utilité (préventive ou autre) que si une éventuelle sentence arbitrale peut être exécutée (« *enforced* ») — par exemple par des séquestres de comptes bancaires (cf. p. ex. *l'affaire Socobelge c. Etat hellénique*, 79, Clunet, 1954, p. 2; *R. Critique*, 1952, p. 111). On retrouve donc ici la question de l'*immunité d'exécution* de l'Etat (ou, ce qui soulève moins de difficultés, de l'organisme public qui a contracté, souvent en prenant la forme d'une société commerciale; cf. les prolongements de l'arbitrage Sapphire devant les tribunaux néerlandais). La question dépasse le cadre de ce rapport, et l'on se bornera à une ou deux observations : selon l'opinion dominante, la renonciation (à l'immunité) qui découle de la signature d'une clause compromissoire concerne la juridiction, et non pas l'exécution; aussi le co-contractant non-étatique serait-il mieux protégé, malgré le caractère le cas échéant clairement commercial de l'accord, s'il obtenait l'insertion d'une claire renonciation à l'immunité d'exécution dans le texte de la clause arbitrale. La Convention B.I.R.D. (article 55; cf. travaux du Colloque de Dijon, « Investis-

sements étrangers... », Paris, 1969, p. ex. p. 131), bien que représentant un progrès certain (cf. les articles 53 et 54), manifeste une grande prudence sur ce chapitre. Ici, aussi, l'on ne peut apprécier l'influence éventuelle des clauses arbitrales que dans le contexte général du droit international public (cf. p. ex. Mann, « State Contracts and International Arbitration », *Bybil*, 1967, pp. 15-19.) Genève, 21 octobre 1974.

LES ENSEIGNEMENTS DU DROIT INTERNE

par

G. van HECKE

Professeur à l'Université Catholique de Louvain, K.U.L.

Dans sa contribution aux mélanges Rousseau¹, P. Weil distingue judicieusement deux formes de « l'aléa de souveraineté » auquel est soumis l'investisseur étranger qui se trouve en relation contractuelle avec l'Etat d'accueil.

Il y a d'abord « l'aléa législatif » proprement dit qui dérive du pouvoir législatif de l'Etat et qui peut se manifester par des mesures constitutionnelles, législatives ou réglementaires. Il y a ensuite l'aléa découlant des prérogatives de puissance publique de l'Etat contractant, qu'on pourrait appeler « l'aléa de puissance publique » et qui consiste dans l'exercice du pouvoir de modifier unilatéralement certaines dispositions du contrat ou même de le résilier.

Dans l'hypothèse où le contrat se trouve soumis aux « principes généraux de droit » il y a lieu de se demander ce qui existe, en droit interne, comme protection du contractant contre ces deux aléas auxquels sont soumis tous ceux qui contractent avec l'Etat, qu'ils soient nationaux ou étrangers.

*

**

L'aléa de puissance publique a trouvé son expression typique dans la théorie française du contrat administratif.

Cette théorie a été reçue dans certains pays mais est restée ignorée dans d'autres².

¹ WEIL, P., « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *Mélanges offerts à Charles Rousseau* (1974).

² Parmi les pays de la première catégorie on peut citer l'Espagne; parmi ceux de la seconde catégorie l'Allemagne et l'Italie.

V. *ad generalia* FLAMME, M., *Traité théorique et pratique des marchés publics*, I, pp. 70-169.

Dans les pays qui ignorent la théorie française du contrat administratif, il est toutefois admis que certains types de contrats avec l'administration ne sont pas soumis aux mêmes règles que celles qui régissent les contrats entre particuliers. C'est le cas de la concession de service public³.

Même en France les prérogatives de puissance publique, qui constituent l'essence de la théorie du contrat administratif, ne se manifestent pas avec la même intensité dans tous les types de contrats.

Si certains auteurs admettent le pouvoir de modification dans tous les contrats administratifs⁴, d'autres le nient⁵. Pour atténuer cette opposition il y a lieu de tenir compte des propositions suivantes. L'administration ayant le pouvoir de contracter sous l'empire du droit privé⁶, le droit de modification n'existe que lorsqu'elle n'y a pas renoncé en concluant un contrat de droit privé par opposition à un contrat de droit administratif. La présence de « clauses exorbitantes du droit commun » étant révélatrice de l'existence d'un contrat administratif⁷, on pourrait réciproquement admettre que l'insertion d'une clause renonçant au pouvoir de modification serait valable et aboutirait à exclure ce pouvoir unilatéral⁸.

La règle généralement considérée comme typique du droit français des contrats administratifs est le pouvoir unilatéral de modification de l'autorité administrative moyennant l'obligation d'indemniser le co-contractant de manière à maintenir l'équilibre financier du contrat.

On en trouve une bonne illustration dans l'arrêt du 15.7.1959 du Conseil d'Etat en cause Société des Alcools de Vexin⁹.

Ce pouvoir de modification unilatérale n'est toutefois pas arbitraire. Il ne peut être exercé que dans l'intérêt public et se trouve soumis au contrôle du juge administratif. Si l'intérêt public ne justifie pas la mesure prise unilatéralement par l'administration, le juge annulera cette mesure et assurera ainsi le respect du contrat¹⁰ tout au moins pour certains types de contrats.

Le pouvoir du juge administratif d'annuler une mesure unilatérale de l'admi-

³ Cf. pour la Belgique DE VISSCHERE, F. E., *Rechtskundig Weekblad*, 1962, col. 2401-2403; pour les Pays-Bas l'arrêt H.R. 12.4.1912, *Weekblad van het recht*, n° 9370; En Allemagne il en est autrement.

⁴ DE LAUBADÈRE, A., *Traité élémentaire de droit administratif*, n° 801-803.

⁵ L'HUILLIER, J., Dalloz, 1953, Chron., p. 87.

⁶ DE LAUBADÈRE, A., *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, vol. I, p. 81.

⁷ Cf. Trib. confl. 16.1.1967, *Vélodrome du Parc des Princes*, D., 1967, J. 416.

⁸ En ce sens, pour le droit français, L'HUILLIER, *loc. cit.*, p. 90; au point de vue des principes généraux, WEIL, P., *loc. cit.*, p. 326

⁹ C.E., 15.7.1959, *Sté des Alcools du Vexin*, *Revue de droit public*, 1960.

¹⁰ V. à titre d'exemple, C.E., 7.8.1891, *Morelli*, D., 1893, III, 18.

nistration dans l'exécution d'un contrat, qui n'était traditionnellement reconnu que pour les contrats de concession, a été étendu récemment à tous les « contrats de longue durée ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants dont l'amortissement doit être effectué pendant toute la durée de l'exploitation »¹¹.

Dans les pays où, par opposition au droit français, les contrats de l'administration sont soumis au droit privé et justiciables du juge ordinaire, il est évident que toute modification unilatérale du contrat donnera lieu à indemnisation au titre de manquement contractuel.

La question de savoir si le juge peut, au lieu de se borner à accorder des dommages-intérêts, rétablir une situation conforme au contrat en annulant la mesure unilatérale est plus délicate. La tendance générale des tribunaux paraît être négative. Elle est influencée par une crainte de se substituer à l'administration active qui dérive de la théorie de la séparation des pouvoirs.

C'est ainsi qu'en droit anglais les actions de « mandamus » et de « injunction » ne sont pas accordées à l'encontre du gouvernement central mais seulement à l'encontre des pouvoirs subordonnés¹².

Il est toutefois intéressant de citer un arrêt de la Cour de cassation de Belgique qui, au motif qu'aucun service public n'était en jeu, a condamné une commune à exécuter une promesse d'achat d'un immeuble en spécifiant que la décision judiciaire vaudrait acte de vente¹³ (*specific performance*).

*
**

L'*aléa législatif* peut se manifester par des mesures constitutionnelles, législatives ou réglementaires. Le niveau auquel s'exerce l'activité normale de l'Etat est important quant au degré de protection que peut invoquer le co-contractant.

On trouve de manière générale dans la plupart des pays le pouvoir du juge d'examiner la validité d'un texte réglementaire qu'il est amené à appliquer et de refuser cette application si le résultat de l'examen est négatif. En revanche le pouvoir d'examiner la validité d'un texte législatif, qu'il soit reconnu à tous les juges¹⁴ ou réservé à une juridiction spéciale¹⁵, ne peut pas encore être considéré comme général, plusieurs systèmes juridiques, dont l'importance

¹¹ C.E., 26.11.1971, *S.I.M.A., R.D.P.*, 1972, p. 239.

¹² Règle bien établie, cf. JAMES, P.S., *Introduction to English Law* (2d. ed.), pp. 159 et 161.

¹³ Cass., 24.10.1958, *Pas.*, 1959, I, 202.

¹⁴ Comme aux Etats-Unis.

¹⁵ Comme en Allemagne (*Bundesverfassungsgericht*) et en Italie (*Corte costituzionale*).

ne peut être niée¹⁶, refusant ce pouvoir au juge. Enfin des textes de rang constitutionnel, sont partout¹⁷ soustraits au contrôle judiciaire.

L'absence de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois ne signifie toutefois pas que le contractant est privé de toute protection quelconque contre l'exercice à son détriment de l'activité législative de l'Etat.

En matière de relations entre la loi et un traité antérieur, le conflit peut être évité en introduisant dans la loi, par voie d'interprétation, une exception implicite en faveur de ceux qui peuvent se prévaloir du traité. Cette même technique d'interprétation pourrait également être utilisée dans le problème des relations entre la loi et un contrat antérieur¹⁸.

L'application de la loi qui est faite au contractant peut d'autre part constituer pour lui un préjudice spécial, rompant l'égalité des citoyens, qui donnera lieu à l'indemnisation¹⁹.

Enfin le régime français du contrat administratif permet, en faisant application de la théorie de l'imprévision, de considérer toute loi nouvelle et imprévisible comme portant atteinte aux bases mêmes du contrat et ouvrant pour le contractant le droit à une indemnisation compensant, tout au moins en partie, le préjudice que lui a causé l'exercice de l'activité législative²⁰.

*
**

Dans les pays où existe le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, la possibilité pour le juge de protéger le contractant contre l'atteinte portée au contrat par voie législative dépendra de la teneur des dispositions constitutionnelles auxquelles ce juge peut se référer.

En l'absence d'une disposition spécifique sur l'atteinte aux droits contractuels, les dispositions constitutionnelles sur le respect de la propriété peuvent entrer en ligne de compte.

C'est ainsi qu'en Allemagne (République fédérale) le concept de propriété figurant à l'article 14 de la Constitution (*Grundgesetz*) a reçu une interprétation assez large.

Selon la jurisprudence allemande tout droit subjectif absolu de nature patri-

¹⁶ Comme la France et l'Angleterre.

¹⁷ Sous réserve d'un *obiter dictum* du Bundesverfassungsgericht dans un de ses premiers arrêts, BVerfGE I, 14; cf. à ce sujet MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht* (16^e éd.), pp. 269-270.

¹⁸ C'est en ce sens qu'on peut interpréter l'arrêt du 5 mars 1917 de la Cour de cassation de Belgique, *Pas.*, 1917, I, 118.

¹⁹ V. à titre d'exemple C.E., 14.1.1928, *Sté La Fleurette*, C.E., 28.10.1949, *S.A. des Ateliers du Cap Janet*, *Rec. Lebon*, 1949, p. 450, *J.C.P.*, 1950, II, n^o 5861. V. aussi la note du procureur général Leclercq sous l'arrêt du 5.3.1917, *Pas.*, 1917, I, 118.

²⁰ V. l'étude de Bosc, A., « Des conséquences juridiques des mesures législatives ou réglementaires de caractère général tendant à modifier les conditions d'exécution des contrats administratifs », *R.D.P.*, 1927, pp. 177-204.

moniale est à assimiler à la propriété au point de vue de la protection constitutionnelle de la propriété.

Le droit allemand connaît une distinction entre les mesures constituant une atteinte *individuelle* à un droit subjectif patrimonial et les mesures normatives fixant de manière générale les limites d'un droit patrimonial.

Le retrait d'une autorisation d'exploitation d'une pharmacie a été assimilé à une privation de propriété de son titulaire, ne pouvant en conséquence se faire sans indemnisation²¹. Il en est de même de l'atteinte au monopole territorial d'un ramoneur-juré par la nomination d'un second ramoneur pour le même territoire²². En revanche l'établissement d'une limite d'âge pour les ramoneurs-jurés n'a pas été considérée comme une atteinte à la propriété des titulaires²³. En matière de restrictions urbanistiques au droit de construire il existe une jurisprudence nombreuse qui ne peut pas être considérée comme absolument claire et uniforme²⁴.

Quant aux mesures normatives *générales*, si elles ne donnent pas lieu à indemnisation, au titre de quasi-expropriation, elles sont néanmoins soumises à un contrôle de constitutionnalité au regard de l'article 19 du *Grundgesetz* qui interdit au législateur de porter atteinte à l'essence même d'un droit constitutionnel²⁵. En outre elles ne peuvent, au même titre que l'expropriation proprement dite, être valablement introduites que si elles sont justifiées par l'intérêt général²⁶.

DISCUSSION DES RAPPORTS *

1. Délimitation du sujet.

Prof. SALMON. — Le sujet du colloque comporte deux sortes de contrats entre Etats et personnes étrangères : d'une part les contrats commerciaux conclus entre un Etat et une grande entreprise étrangère qui est son égal en « bargaining power » et d'autre part les contrats de travail conclus par un Etat avec des

²¹ B.G.H., 7.10.1954, *BGHZ*, 15, 17.

²² B.G.H., 23.4.1956, *N.J.W.*, 1956, p. 1109.

²³ BVerfG., 30.4.1952, *BVerfGE* 1, 264, *N.J.W.*, 1952, p. 865.

²⁴ Cf. MADUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, p. 164; KAISER, J.H., in *Staat und Privateigentum* (Max Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1970), p. 39.

²⁵ V. à ce sujet KAISER, loc. cit., pp. 43-44.

²⁶ KAISER, loc. cit., pp. 44-45.

* Le résumé de la discussion des rapports a été élaboré par M. Hans Van Houtte, assistant à la Faculté de droit de la K.U.L.

étrangers. La première catégorie de contractants étrangers sera protégée par le droit des gens, la seconde par le droit interne du travail. Ne faut-il pas séparer les problèmes qui se rapportent à ces deux types de contrats ?

Prof. DE VISSCHER. — Il serait arbitraire d'exclure les contrats qui ne sont pas de nature économique. D'ailleurs les contrats de travail sont également de nature économique. Il faut élaborer des principes généraux qui sont valables pour tous les types de contrats entre Etats et particuliers.

Prof. LALIVE. — Il faut considérer le problème de façon abstraite. Dans le droit international privé des contrats de travail on a souvent voulu raisonner en fonction de la puissance respective de l'employeur et de l'employé, déclarant p. ex. applicable la loi la plus favorable à la partie la plus faible. En pratique cela a mené à des résultats qui ne sont guère acceptables. Le même problème des rapports de force se pose aussi bien lorsqu'une petite ou moyenne entreprise contracte avec un Etat que lorsqu'un Etat petit et faible conclut un contrat avec une grande entreprise multinationale.

Dr. MANN. — In my report I did not consider only concession agreements or economic development agreements. There is a whole series of agreements. Certain types are widely used (e.g. loans) and other types are disappearing.

M. VERWILGHEN. — Ne faut-il pas distinguer entre les contrats conclus par l'Etat et ceux qui sont conclus par une entreprise dirigée ou contrôlée par l'Etat (p. ex. la NIOC) ?

Prof. LALIVE. — Il serait trop facile pour l'Etat d'agir par l'entremise de sociétés commerciales et ensuite, si cela lui chante, de prétendre qu'il a agi en tant que sujet du droit des gens. « One cannot choose the best of both worlds ». Un exemple en a été donné par M. Logie dans son article à la *Revue belge de droit international* sur les contrats pétroliers iraniens.

Prof. SEIOL-HOHENVELDERN. — D'après Fischer la NIOC représente l'Etat iranien et participe à son pouvoir public. Lorsque la NIOC concède des droits d'exploitation à un particulier, elle concède les droits de l'Etat iranien. Aussi peut-on dans certains cas « percer le voile » de l'entremise d'Etat et pas dans d'autres cas.

Prof. DE VISSCHER. — La question de l'assimilation d'une entreprise de droit public à l'Etat se pose en droit interne et en droit des gens. La solution du droit interne a d'ailleurs valeur d'indication pour la solution du problème de la personnalité en droit des gens. Mais il vaut mieux écarter cette difficulté et s'en tenir aux contrats entre Etats et particuliers.

Prof. KAHN. — Le problème des contrats entre Etats et particuliers étrangers, tel que Verdross le concevait, appartient presque à l'histoire. Selon la pratique actuelle l'Etat conclut un « contrat-cadre » qui porte sur le développement économique. Ce contrat est exécuté et concrétisé par un ensemble de nombreux

contrats concrets de type commercial. Il est logique de ne pas soumettre les deux types d'accords au même ordre juridique.

II. *Base de la force obligatoire du contrat.*

Prof. BÖCKSTIEGEL. — I generally agree with what has been said by the two first rapporteurs, principally with the thesis that all agreements, hence also agreements between a State and a foreign private person, must be governed by some legal system. In the conflict of laws however the question of the proper law, that governs the contract, must be separated from the question of the basis (« Grundlegung ») of the binding force of the contract.

It is not difficult to accept that public international law can be the proper law of the contract, if the parties so choose. That does not mean that a breach of the contract is a violation of public international law.

The next question however is whether the contract can derive its binding force (can have its « Grundlegung ») in public international law, with the consequence that a breach of the contract is a violation of public international law. This question is not solved and the discussion has not come to an end. Fischer and I believe that in some very special circumstances a contract can derive its binding force from public international law.

Dr. MANN. — Is there a rule of public international law that subjects such contracts to public international law? Not at present. The binding force must still be derived from private international law. Perhaps this will change later. But at present we must still start from private international law to subject the contract to international law.

Dr. VERHEUL. — If there is no dispute, there will be no arbitral decision. In what system of law will the contract then be rooted?

As long as there is no dispute, there is no forum and in this opinion, no anchoring law from which the contract derives its binding force. Nevertheless, there is a contract. One cannot say that the rights and obligations of the parties are suspended until a dispute will arise.

Prof. VAN HECKE. — In Germany and Austria the view seems to exist that the legal system in which the contract is rooted (« Grundlegung ») is not necessarily the legal system that governs the contract (« proper law »). Is such a distinction necessary and acceptable? Is the anchorage (« Grundlegung ») not always to be found in the *lex fori*?

Dr. MANN. — A rule of the *lex fori* states that the parties may choose the law of the contract and that *lex fori* gives the contract its binding force.

Prof. SEIDL-HOHENVELDERN. — The idea of « Grundlegung » derives from the German notion of the « Grundnorm ». No facts can be adduced to support the distinction between « Grundlegung » and « proper law ».

Prof. LALIVE. — Si le droit des gens peut conférer au contrat sa forme obligatoire, la violation du contrat aurait les mêmes conséquences que la violation d'un traité. Les spécialistes du droit des gens peuvent toutefois montrer que la violation d'un contrat n'a pas, au moins en principe, les mêmes conséquences que la violation d'un traité.

Prof. BÖCKSTIEGEL. — The question is whether the breach of a quasi-international contract has the same legal consequences as the breach of a treaty. The private party does not, by entering into the contract, become a State. Certain rules of international law (such as those of the Vienna Convention) are therefore not applicable.

If however we accept that under certain exceptional circumstances quasi-international contracts are concluded on the basis of public international law, the logical consequence is that for the purposes of that contract the private party becomes a subject of international law. This is analogous with the possibility for international organisations to become subjects of international law.

International law has only developed rules in connection with treaties. Only after further evolution will it be possible to see whether international law will develop rules for contracts.

Prof. DEELEN. — I agree with Lalive that a State can bind itself by contract but do not accept Mann's view that a contract is necessarily governed by a specific legal order. A contract can be subjected to more than one legal order. Mandatory rules from various legal orders can be applicable on the basis of the contract's factual connection with various countries. Within the limits of these various mandatory rules with export pretention parties are free to choose optional law. They may choose more than one system, they may also choose international law.

Dr. VERHEUL. — It can be that the contract is declared a nullity by the law chosen by the parties. Is the contract then void or does the *favor negotii* govern?

Dr. MANN. — If the contract is invalid by the chosen law it can not be cured.

III. *Irrévocabilité du contrat.*

Mr. JITTA. — The prevailing view that the State's commitment is irrevocable is questioned by those who contend that a State can not bind itself by contract.

According to a draft for the U.N. Charter of Economic Rights and Duties of States every State may expropriate its natural resources; the payment of compensation is to be governed by the national law of the nationalizing State and disputes about compensation are to be settled by the nationalizing State's Courts according to that State's internal law.

That would make it impossible for a State to bind itself by contract where natural resources are involved.

Prof. LALIVE. — Il faut distinguer entre des déclarations politiques faites pour des raisons tactiques et la situation réelle. Vedel a également soutenu que l'Etat ne peut pas se lier irrévocablement par contrat. Pour les Etats, ou tout au moins ceux d'entre eux qui ont besoin de participer au commerce international, et donc d'inspirer un minimum de confiance, cette thèse paraît néfaste en pratique, comme elle est inacceptable sur le plan juridique. La distinction faite par P. Weil, dans son article des *Mélanges Rousseau*, entre la question de savoir si l'Etat peut se lier irrévocablement et la question de savoir si dans certaines circonstances l'Etat peut unilatéralement modifier le contrat paraît importante.

Prof. SEIDL-HOHENVELDERN. — « Pacta sunt servanda » et « Rebus sic stantibus » sont des principes généralement reconnus (p. ex. dans les pays socialistes). Dans tous les droits on trouve le principe que l'Etat partie à un contrat ne peut pas modifier le contrat arbitrairement mais seulement dans l'intérêt général. C'est également un principe général que l'Etat ne peut pas traiter un particulier de manière arbitraire.

IV. *Référence au droit des gens.*

Prof. SEIDL-HOHENVELDERN. — According to Verdross' theory an individual could become a subject of international law if there is a rule of international law conferring that quality on him. The existence of such a rule of international law has however not yet been proven.

Dr. MANN. — If a contract between a State and a private party is governed by international law, it does not thereby become a treaty and the private party does not become a subject of international law.

Prof. LALIVE. — L'Etat a-t-il besoin d'une norme permissive du droit des gens pour pouvoir s'abaisser au niveau d'un particulier et se soumettre à un droit interne s'il le juge utile ?

Prof. SEIDL-HOHENVELDERN. — Aucune règle du droit des gens n'interdit à un Etat de s'abaisser au niveau du droit privé. L'Etat peut donc le faire. Si des droits de souveraineté font l'objet du contrat (p. ex. concession) cela sera difficile. Mais dans d'autres cas (p. ex. emprunt) ce sera possible.

Prof. LALIVE. — On dit qu'un contrat soumis au droit des gens ne peut pas être régi par toutes les règles du droit des gens. Un contrat peut-il être soumis en partie au droit international et en partie à un droit interne ou même à différents droits internes ? Cette « Spaltung » pourrait être utile pour les contrats entre Etats et particuliers. Peut-être est-ce dans cette voie que des solutions satisfaisantes peuvent être trouvées.

V. *Contrat anational.*

Prof. JENNINGS. — I do not like a « *contrat anational* » any more than Dr. Mann does. However what is the theoretical foundation of that position supposing the parties to a contract of which one is outside the legal systems (e.g. an international agency, governing the international area of the sea) do state quite clearly that they wish the contract to be governed by itself and not by any system of law ?

Dr. MANN. — For the private international lawyer this is not a choice of law because only a living system of law can be chosen. There must always be a legal system that is applicable in its mandatory rules. If it is not chosen by the parties it must be designated by the normal choice-of-law- rules.

Prof. LALIVE. — La possibilité d'un contrat « *anational* » ne doit-elle pas être liée à l'idée d'un arbitrage qui ne possède pas de sanction étatique ? Dans ses « *Aspects philosophiques du droit international privé* » M. Batiffol a reconnu que, dans ce cadre, on pouvait envisager un contrat *anational*. Mais cela soulève la question de principe de ce qu'est le droit.

Dr. MANN. — It is wrong to distinguish a law applied by arbitrators from the law applied by the Courts. One should keep in mind that numerous awards are not complied with voluntarily and thus end up in Court. For a lawyer it is not acceptable to state that another law is applicable in the case of arbitration.

Prof. SALMON. — Il est possible qu'un contrat entre un particulier et une organisation internationale soit régi par le seul contrat. Le contrat doit être soumis à arbitrage pour pouvoir échapper au droit interne. La personne juridique de droit international échappe d'ailleurs à la juridiction interne par l'immunité (cf. Weil dans les *Mélanges Rousseau*). Si on n'admet pas qu'un tel contrat est *anational*, on dit que le droit du contrat est un « *droit en soi* », un droit de l'organisation internationale composé de principes généraux qui sont analogues aux principes du droit national et qui n'ont rien à voir avec le droit des gens.

VI. *Clause arbitrale.*

Prof. BÖCKSTIEGEL. — The wording of arbitration clauses is less important for the parties than the fact a contract is concluded. Therefore, if they fail to agree on the text of the ideal arbitration clause, they will settle for a less perfect clause, hoping that it never will be used.

Prof. LALIVE. — Je suis d'accord avec vous. Cependant le juriste doit veiller qu'il n'y ait pas d'erreurs grossières dans la rédaction de telles clauses. Dans les contrats d'investissement, notamment ceux qui utilisent la clause de la Banque Mondiale, il y a une disposition bien connue aux termes de laquelle l'Etat ne s'engage qu'à l'égard de ressortissants étrangers. Cependant l'investissement est

souvent fait sous forme d'une société locale, exigée parfois par l'Etat. Dans un litige récent arbitré selon le système de la Banque Mondiale, l'Etat en cause a tiré argument du fait que plusieurs problèmes se situaient entre l'Etat et la société locale incorporée sous ses lois, et que la clause d'arbitrage initiale n'avait pas expressément visé cette situation. C'est un exemple de négligence assez impardonnable de la part de ceux qui rédigent les contrats.

Prof. BÖCKSTIEGEL. — Especially in East-West trade, but in fact in each arbitration between States and private parties, the selection of arbitrators is much more important than in arbitration between private parties. If all or a majority of the arbitrators come from the State, party to the contract, the private party will fear that the decision-making process of the arbitrators may be influenced by the State.

Prof. LALIVE. — On peut se demander si un Etat fait bien d'exiger que la totalité des arbitres soient des nationaux. La sentence, aussi objective qu'elle soit, risque de n'être pas acceptable, et tout le monde aura tendance à croire que la situation des arbitres les mettait dans un état de dépendance.

M. PEVTCHIN. — Le recours à une institution d'arbitrage, avec son mécanisme détaché de procédure d'arbitrage, me semble être à première vue, une sécurité pour le contrat.

Prof. LALIVE. — On pourrait croire *a priori* que le recours à une institution d'arbitrage, comme la C.C.I., donne aux parties plus de sécurité. Cela n'est pas toujours sûr. Cela donne peut-être plus de confort à l'arbitre lorsqu'il est tout nu sur la ligne de feu ! La Convention de Washington, elle, paraît donner une plus grande sécurité parce qu'elle consacre une obligation véritablement internationale d'arbitrage.

Prof. VAN HECKE. — Dans l'affaire Losinger, la Yougoslavie faisait valoir une modification législative qui était intervenue et qui concernait précisément l'arbitrage.

Toute modification de la loi de l'Etat contractant sur l'arbitrage, dans l'hypothèse où la loi de cet Etat régit l'arbitrage, est-elle interdite ou bien y a-t-il des distinctions à faire ?

Prof. LALIVE. — J'avais compris l'affaire Losinger comme un cas où l'Etat supprime sa capacité de compromettre alors que l'arbitrage était déjà en cours. Mann ne semble pas attacher une grande importance à cette circonstance. Cependant, la lecture des plaidoiries montre que c'est une circonstance importante. C'est une chose pour un Etat de modifier sa législation générale. C'est une autre pour un Etat de modifier sa loi d'arbitrage pour échapper à un arbitrage auquel il est partie. Sinon il faut admettre que la clause compromissoire n'est pas obligatoire, et qu'un Etat ne fait qu'y promettre de se soumettre à l'arbitrage... s'il le veut bien le moment venu !

Prof. KAHN. — La clause d'arbitrage a une grande valeur pour la partie privée. Si l'Etat modifie sa loi sur l'arbitrage afin de rendre la clause nulle avant

tout litige, peut on soutenir qu'une telle modification entraîne la résolution du contrat ?

Prof. LALIVE. — « Malheureusement pour les juristes », si l'on peut dire, l'affaire *Losinger* s'est arrangée à l'amiable mais après recours à la C.P.J.I. Il se peut qu'une des raisons en ait été, que la Yougoslavie a finalement jugé sa position juridique comme faible.

M. Weil développe l'idée que si l'Etat par sa législation sur l'arbitrage a créé une expectative et a favorisé la conclusion du contrat avec la clause d'arbitrage, le principe de la bonne foi pourrait intervenir. Dans une affaire où une concession fiscale d'une durée de trois ans était retirée trois mois après, les arbitres ont jugé que c'était un abus de droit. Une sentence partielle dans une affaire arbitrale récente du Centre de la Banque Mondiale confirme que la clause d'arbitrage est une partie fondamentale du contrat.

Prof. DE VISSCHER. — En vertu de la loi dite du changement, un Etat peut modifier sa loi d'arbitrage pour des raisons d'ordre public interne (p. ex. une constitution nouvelle peut déclarer que soumettre des litiges concernant le trafic d'armes à l'arbitrage est contraire à l'ordre public). Dans une telle hypothèse, il peut modifier la clause d'arbitrage d'un contrat déjà conclu. Cependant la modification n'aura pas d'effet sur la procédure arbitrale entamée. En principe, une fois qu'une instance est engagée, il faut se soumettre au droit qui existait au moment où l'instance a été nouée. Dans la Convention de Vienne (art. 46), des limitations de conclure des traités s'imposent ou ne s'imposent pas selon qu'il s'agit de violations manifestes de règles d'importance fondamentale. Est-ce que nous ne sommes pas dans la même situation à l'égard des limitations de droit constitutionnel ou législatif ?

Prof. LALIVE. — Dans un cas évident d'ordre public, l'Etat pourrait sans doute changer sa loi, sous réserve de son éventuelle responsabilité. Il semble que le problème soit peut-être plus facile à résoudre en pratique qu'en théorie.

Prof. VAN HECKE. — Contrairement à l'affaire *Aramco*, où les arbitres avaient déclaré que l'arbitrage était un arbitrage de droit international public soumis à aucun droit national de procédure, dans l'affaire *Sapphire* l'arbitre a considéré comme applicables les règles de procédure du canton de Vaud. Cependant un jugement du 4 juillet 1963 du canton de Vaud a refusé le dépôt de la sentence.

Pourquoi, les arbitres dans l'affaire *Aramco* ont-ils décidé qu'il s'agissait d'un arbitrage de droit international public, tandis que dans *Sapphire* et *Alsing* ils étaient d'accord que l'arbitrage était soumis à une loi de procédure nationale ?

Prof. LALIVE. — Les circonstances particulières de chaque cas d'arbitrage sont importantes, et tout n'est pas toujours exprimé dans la sentence : il faut connaître le dossier, lire les plaidoiries, voire consulter les lois locales de procédure. Dans le cas *Aramco*, la volonté des parties n'était certes pas de donner aux tribunaux genevois la compétence d'intervenir dans l'arbitrage ou de créer la possibilité pour la partie perdante de faire des recours ou appels.

En outre les deux parties n'étaient pas soumises à la compétence fiscale du Canton de Genève, où une sentence arbitrale en général est soumise à des droits d'enregistrement proportionnellement aux montants en litige. Ces divers éléments ont sans doute contribué à inciter les arbitres à proclamer que la fixation du siège de l'arbitrage en Suisse, dans cette affaire, n'avait pas d'effets pour un arbitrage entre un Etat et un particulier. Dans l'affaire Sapphire, l'enregistrement de la sentence a été refusé parce qu'elle n'était pas, — selon les particularités du droit vaudois —, une « sentence » au sens étroit et technique de la procédure cantonale. Un problème analogue s'est présenté pour la sentence de la Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises.

Prof. KAHN. — Quel est le sort des contrats, et des clauses d'arbitrages, conclus entre un Etat et une série de petites sociétés (p. ex. pétrolières), si celles-ci fusionnent ? La nouvelle société sera plus puissante et donc assez différente des sociétés dont elle est issue.

Prof. LALIVE. — Il y a là une analogie entre ce problème et celui de la protection de créanciers en cas de fusion de sociétés. L'Etat est ici créancier, en même temps du reste que débiteur, d'une obligation d'arbitrage.

Prof. VAN HECKE. — C'est là une question de droit privé qui se pose et qui est résolue par la « *lex contractus* ». C'est une bonne illustration du fait qu'il y a des problèmes pour lesquels il est très utile d'avoir une « *lex contractus* » qu'on connaît.

VII. *Référence aux principes généraux.*

Prof. JENNINGS. — I greatly sympathize with Dr. Mann's views that every contract ought to be governed either by a municipal law or by international law. One of its arguments is that the general principles of law would not be sufficient to answer the questions that might be asked in respect to the contract. However is it not also that there are some national systems of law which are even less adequate perhaps than the general principles of law for answering problems concerning international contracts ?

Prof. SEIDL-HOHENVELDERN. — The fact that it is not possible to have the contract governed by the general principles of law is evidenced by the fact that there are not general principles concerning the coming into existence of a contract *inter absentes*. Every system of law has its own solution. The Vienna Convention has not answered that question for treaties. If a contract is not governed by a municipal system of law, what rule will decide when and where the contract came into being *inter absentes* ?

Prof. KAHN. — Les principes généraux du droit doivent comprendre les règles élaborées au sein des Nations Unies. Sinon le droit international public ne pourrait constituer une solution alternative par rapport au droit national des Etats.

Prof. SALMON. — Dans plusieurs contrats on a considéré les principes généraux comme des normes. Je crains toutefois que les principes généraux se révèlent peu efficaces. Les tentatives de privatisation du droit des gens (p. ex. pour les contrats entre Etats) n'ont rien donné. C'est seulement si un droit privé est applicable au contrat entre un Etat et un particulier que des principes généraux peuvent jouer le rôle de source secondaire et subsidiaire du droit des gens. Il est en outre difficile de trouver des principes protégeant l'individu contre l'action de l'Etat qui existent vraiment dans tous les systèmes juridiques. Le contenu qui sera donné aux principes généraux dépend en fait de l'arbitre qui pourra toujours trouver un principe général dans la direction qu'il désire.

Prof. KAHN. — La *lex mercatoria* comprend des principes généraux sectoriels. Les clauses de force majeure et d'adaptation monétaire p. ex. expriment des principes d'application générale.

Prof. LALIVE. — Charles De Visscher a fait une distinction fondamentale entre le principe et la règle. Les principes généraux sont une source subsidiaire du droit international. Si l'on prétend que les principes généraux ne sont applicables que s'il y a une analogie entre les relations internationales et les relations « nationales », on ajoute une condition qui ne figure pas dans l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et on exclut du même coup toute possibilité d'appliquer les principes généraux à une relation interne.

Dans la sentence Aramco il a été parfaitement possible d'énoncer les principes qui étaient communs au droit musulman, à la *common law* et au droit civil.

Dr. MANN. — The distinction between « règles » and « principes de droit » seems to me to be a verbal distinction. In practice many « règles » are « principes » and vice versa.

Prof. DE VISSCHER. — Par les principes généraux le droit des gens emprunte des principes, développés *in foro domestico* et qui sont des principes de droit interne. Si les principes généraux sont applicables aux contrats transnationaux, cela ne signifie pas que l'on applique le droit des gens.

VIII. Contenu des principes généraux.

Prof. SALMON. — M. van Hecke a fait la distinction entre le recours de l'individu contre l'administration et contre le législateur.

Dans le droit international public, c'est l'Etat qui est responsable, quel que soit l'organe (législatif, administration, judiciaire) qui agit. Tout ce qu'on peut trouver en droit interne à propos de la séparation des pouvoirs et de la protection du contractant, est irrelevant pour déterminer la responsabilité internationale de l'Etat. M. van Hecke a examiné la possibilité qu'une concession soit déclarée nulle. Cependant, dans le droit international public pour un acte fait à l'égard de l'individu, la nullité est une sanction rarissime qui existe dans des conditions extrêmement limitées. Les juges internationaux répugnent à déclarer qu'un acte

est nul (*cf.* Nottebohm, jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le paiement d'indemnité au lieu d'une réintégration pour les fonctionnaires internationaux licenciés injustement).

Prof. VAN HECKE. — Je suis d'accord avec M. Salmon en ce qui concerne les sanctions en droit international. Cependant, dans ma perspective, l'inopposabilité est de la même catégorie que la nullité.

Prof. LALIVE. — La distinction entre les règles et les principes, faite par Ch. De Visscher, conserve sa pertinence et son utilité. A travers, et au-delà de la différence de règles nationales il y avait tout de même un principe général de droit en matière du pouvoir de l'Etat-contractant de modifier unilatéralement le contrat par un acte de puissance public : l'Etat contractant a le pouvoir de modification unilatérale, mais ce pouvoir est lié à un certain contrôle judiciaire.

Prof. VAN HECKE. — Mes recherches permettent d'affirmer qu'il y a un principe général de contrôle judiciaire sur les actes administratifs et un autre principe général que l'atteinte à un droit contractuel donne lieu à une indemnisation.

Dr. MANN. — Let us assume that a contract, made with State X, is subjected to the general principles of law. State X by legislation purports to alter the terms of the contract. That variation may be unconstitutional, it may be impossible to question it, it may allow a claim for compensation etc... There are no general principles of law on this point. However, many parties believe that the general principles of law give them a protection against this sort of interference.

It is a danger to believe that general principles of law are in this event a protection. If, on the other hand, you submit the contract to public international law, the legislative measures of State X are simply irrelevant.

Prof. VAN HECKE. — Dr. Mann stated the conclusion which was the result of my inquiry.

Prof. KEGEL. — The general principles are not very relevant. There may exist some rather vague rules, but they should be more detailed to be useful. I doubt that general principles would be a great help to the arbitrators.

IX. *Conclusion.*

Dr. MANN. — A gap must be bridged between international lawyers and private international lawyers. Constantly in this discussion that lack of understanding has made itself felt. Private international lawyers should learn something about public international law and vice versa. There is more public international law available than private international lawyers know and private international law gives a more secure foundation than public international law.