



HAL
open science

Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux

Ibrahim Elbeherri

► **To cite this version:**

Ibrahim Elbeherri. Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux. Sciences de l'Homme et Société. Université Nice Sophia Antipolis, 2004. Français. NNT: . tel-00412538

HAL Id: tel-00412538

<https://theses.hal.science/tel-00412538>

Submitted on 2 Sep 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS
Institut du Droit, de la Paix et du Développement (I.D.P.D.)

**THÉORIE DES CONTRATS
ADMINISTRATIFS ET MARCHÉS PUBLICS
INTERNATIONAUX**

THÈSE

**Pour le Doctorat en Droit
Présentée et soutenue publiquement**

Par

Ibrahim Réfaat Mohamed EL-BÉHÉRRY

JURY :

DIRECTEURS DE RECHERCHES :

- Madame Geneviève GOURDET, Présidente de l'Université de Nice Sophia-Antipolis
- Monsieur Ibrahim Ahmed IBRAHIM, Professeur à l'Université d'Aïn-Chams au Caire

SUFFRAGANTS :

- Monsieur Selim JAHEL, Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)
- Monsieur Jean-Baptiste RACINE, Professeur à l'Université de Toulon

Mars 2004

À mes parents

Remerciement

Toute ma gratitude à mes co-directeurs. Tous deux m'ont accordé des conseils pertinents et m'ont guidé dans la bonne direction. Tous deux ont fait preuve de patience et de tolérance. Je les remercie de tout cœur, espérant sincèrement que cette œuvre soit à la hauteur.

**Les opinions exprimées dans cette thèse sont propres à leur auteur et n'engagent
aucunement l'Université de Nice Sophia-Antipolis.**

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE

Contrats administratifs et marchés publics internationaux: autonomie ou proximité

TITRE I- Critères de publicisation et d'internationalisation

Chapitre 1 - Critère subjectif : qualité des contractants

Chapitre 2 - Critère objectif : service public et extranéité économique d'investissements

TITRE II- Maîtrise étatique des modes de passation et d'exécution

Chapitre 1- Modes d'accès et octroi des privilèges exceptionnels

Chapitre 2- Traitement juridique des engagements contractuels

DEUXIÈME PARTIE

Les contrats administratifs dans les marchés publics internationaux : qualification et règlement des différends

Titre I – Problème de la qualification des marchés publics internationaux

Chapitre 1- Désaccord sur la qualification : échec de la délocalisation et rejet de la publicisation

Chapitre 2 - Internationalité et publicisation : opposabilité ou cohabitation

Titre II - L'ordre juridique de l'État hôte dans le règlement des différends

Chapitre 1 - La loi de l'État dans le concert d'ordres concurrents

Chapitre 2 - Droit public et problème du recours au pouvoir exorbitant

Abréviations

A. J. D. A.	Actualité Juridique du Droit Administratif.
A. J. I. L.	American Journal of International Law.
A. M. I.	Accord Multilatéral sur l'Investissement.
Adde,	Ajouter.
Ann. Fr. Dr. Int.	Annuaire Français de Droit International.
Ann. Suisse. Dr. Int.	Annuaire Suisse de Droit International.
Arch. Philo. Dr.	Archive de Philosophie du Droit.
B. Y. I. L.	British Year-book of International Law
Bull. Civ.	Bulltin Civil des arrêts de la Cour de Cassation
C. Civ.	Code Civil.
C. I. J.	Cour International de Justice.
C. I. R. D. I.	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements.
C. M. P.	Code des marchés publics.
C. N. U. C. E. D.	Commission des Nations Unies pour le Commerce et le Développement.
C. N. U. D. C. I.	Commission des Nations Unies sur le Droit du Commerce International.
C. P. J. I.	Cour Permanente de Justice Internationale.
CCI	Chambre de Commerce International
Cf.	Confrontez.
Clunet ou J.D.I.	Journal du Droit International.
Com. Fr. Dr. Int. Priv.	Comité Français de Droit International Privé.
D. P. C. I.	Droit et Pratique du Commerce International.
D. S.	Recueil Dalloz Sirey
E. D. C. E.	Études et documents du Conseil d'État.
éd.,	édition.
et alii,	Plusieurs auteurs.
F. E. D.	Fonds Européens de Développement.
F. I. D. I. C.	Fédération Internationale d'Ingénieurs-Conseils.
Fasc.	Fascicules du Juris-Classeur.
GATT	General Agreement on Tariff and Trade (Accord général sur les tarifs et le commerce).
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly.
I.D.I.	Institut de Droit International
Ibid.	Ibidem aux mêmes références.
Ibidem.	Même auteur, même ouvrage, même numéro de page.
Infra	Ci-dessous.
J. O.	Journal officiel de la République française.
J. O. E.	Journal Officiel Égyptien (<i>Al-garidah El-rassmiah</i>).
J. O.C.E.	Journal Officiel des Communautés Européennes.

J.-C. Dr. Adm.	Juris-Classeur de Droit Administratif.
J.-C. Dr. Int.	Juris-Classeur de Droit International.
J.-C. P.	Juris-Classeur périodique, édition générale.
L. G. D. J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
Les Petit. Aff.	Les Petites Affiches.
M. P. I.	Marchés Publics Internationaux.
O.C.D.E.	Organisation de Coopération et de Développement Économiques.
O. M. C.	Organisation Mondiale du Commerce.
Obs.	Observations.
P. G. A.	Pétrole et Gaz Arabes.
P.U.F.	Presses Universitaires de France.
R. D. A. 1.	Revue de droit des affaires internationales.
R. D. P.	Revue de droit public
R. F. A. P.	Revue française d'administration publique.
R. F. D. A.	Revue française de droit administratif.
R. J. D. A.	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
R. M. C.	Revue du marché commun.
R.C.A.D.I.	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
Rec./ Lebon	Recueil des arrêts du Conseil d'État.
Rép. Dalloz Dr. Int.	Répertoire Dalloz (Droit international)
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Belg. Dr. Int.	Revue Belge de droit international
Rev. Crit. Dr. Int. Priv.	Revue Critique de Droit International Privé
Rev. Egypt. Dr. Int.	Revue égyptienne de droit international
Rev. Int. Dr. Comp.	Revue Internationale de Droit Comparé
Rev. Int. Dr. Econ.	Revue Internationale de Droit Economique.
Rev. Jur. Poli. Indép. Coö.	Revue Juridique et Politique de l'Indépendance et de la Coopération
Rev. Trim. Dr. Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
Rev. Trim. Dr. Com	Revue Trimestrielle de Droit Commercial.
Soc. Fr. Dr. Int.	Société Française de Droit International
Spéc.	Spécialement.
Supra	Ci-dessus.
T. A.	Tribunal Administratif.
T. C.	Tribunal des Conflits.
T. Com.	Tribunal de Commerce.
T. G. I.	Tribunal de Grande Instance.
Trav. Com. Fr. Dr. Int.	Travaux du Comité Français de Droit International

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Si la complexité de la vie juridique ainsi que l'unité des notions juridiques et de science du droit ne permettent pas de séparer, en deux modes distincts, le droit public du droit privé, les questions ne se posent et ne se résolvent pas de la même manière lorsqu'elles mettent en cause, avec l'État (...) l'intérêt public et, entre particuliers, des intérêts purement privés »⁽¹⁾.

1. Il y a fort longtemps que le contrat occupe, parmi les activités de l'Administration, une importance stratégique. La passation de contrats entre royaumes et ressortissants a enrichi ce phénomène marqué par l'extension de l'interventionnisme économique. En France, plusieurs accords de construction de canaux furent conclus avec des particuliers, conformément à la technique moderne de concession d'ouvrage public⁽²⁾. L'existence de contrats impliquant l'Administration est donc ancienne alors que sa conceptualisation ne l'est pas dans la plupart des régimes juridiques. Il a fallu attendre la création du Conseil d'État français pour qu'une théorie des contrats administratifs voie le jour. Au-delà des frontières, l'histoire de l'État contractant⁽³⁾ remonte à l'époque de la France ancienne, de la civilisation romaine et de l'Égypte pharaonique. D'innombrables accords d'exploitation de marchandises⁽⁴⁾, d'emprunts⁽⁵⁾ et d'échanges se sont succédé, enrichissant ainsi la connaissance juridique. Tout au long du Moyen-Âge, l'Europe a démarré des activités d'exploitation des ressources royales par l'intermédiaire d'hommes d'affaires afin de gérer au mieux ces rapports économiques. Le XIIIe siècle annonça l'émergence du capitalisme occidental, marquant le commencement d'un nouvel essor dans le commerce juridique⁽⁶⁾. Au cours de cette période, des opérations d'échanges ont régulièrement eu lieu entre les grandes villes

¹ () TROTABAS Louis, *Finances publiques*, 3^e éd., Paris, 1969, pp. 4 et s., spéc. p. 473.

² () FRIER Prière Laurent, *Précis de droit administratif*, Éd. Montchrestien, Paris, 2001, p. 323, n° 556.

³ () CISTAC Gilles, « Une histoire juridique de l'État contractant dans le commerce international », *Annales de l'Université de Toulouse*, T. XLIII, 1995, pp. 172-193.

⁴ () Les Pharaons exploitaient les huiliers, les empereurs romains commercialisaient les arsenaux et les Rois de France des manufactures d'art. RIAD Fouad, Les entreprises publiques et semi-publiques en Droit International Privé, *R.C.A.D.I.*, 1963, V. III, Tome 108, p. 565.

⁵ () Divers contrats d'emprunts passés par des monarques et des étrangers se sont rencontrés de façon régulière. Les emprunts conclus par le roi Salomon, qui au Xe siècle avant J.C. devait de l'argent à Hiram, roi de Tyr, ont été réglés par la cession de territoires en Galilée, G. CISTAC, *op. cit., supra*, *Annales de l'Université de Toulouse* T. XLIII 1995, spéc. pp. 173-74.

⁶ () *Ibidem*

commerçantes et le capitalisme islamique ⁽⁷⁾. Dès lors, l'activité contractante de l'État ne semble pas avoir faibli ou régressé. L'observation la plus élémentaire dénote la continuité de ce phénomène et son progrès logique. La révolution industrielle exigeait des infrastructures dont la réalisation dépassait la capacité des personnes privées et illustre la transformation du rôle de l'État dans les accords d'intérêt public ⁽⁸⁾. Parallèlement, l'apparition de gaz et de pétrole a remarquablement mis en évidence ce phénomène, vu leur importance pour les États qui en possèdent et pour ceux qui en sont dépourvus ⁽⁹⁾. Au cours du siècle dernier, la scène internationale a connu des changements politiques. Les deux grandes guerres ont occasionné la passation des marchés de reconstruction entre les entreprises ou gouvernements européens et des sociétés des États-Unis d'Amérique. La réapparition de nouveaux souverains a compliqué les rapports commerciaux en raison de l'intensité de l'intervention de l'État providence dans la vie économique ⁽¹⁰⁾.

2. Dans la plupart des ordres nationaux, ces contrats, dépourvus d'un régime spécifique, sont étudiés sous diverses dénominations et ont révélé une diversité sémantique : plusieurs juristes occidentaux ont utilisé des appellations liées à la qualité des parties pour faire appel à la *lex mercatoria* ou au droit international public ⁽¹¹⁾. Ceux des États en développement ont mis l'accent sur l'objet des projets pour faire intervenir le droit public économique ⁽¹²⁾. Les travaux d'organes internationaux ont

⁷ () EL-KOSHERI Ahmed-Sadek, « La conception islamique de l'Arbitrage », in *Aujourd'hui l'Égypte*, n° 29, Juillet -Août, 1995, pp. 28-33.

⁸ () Il en était ainsi concernant la réalisation du Canal de Suez par des sociétés françaises, comme FEB, 'FIVES-LILLE' dont la direction fut confiée au ressortissant français 'Ferdinand de Lesseps', in *L'Égypte aujourd'hui*, 1992, pp. 52-55.

⁹ () Ainsi on a pu écrire que « les hasards de la nature font que certains États possèdent un sous-sol riche en matière minérale, très recherché sur le marché international. Cependant, ces données historiques et mêmes naturelles font que ces mêmes États n'ont ni les moyens technologiques nécessaires à l'exploitation, ni les moyens matériels. Dès lors, ils ont été contraints à faire appel aux opérateurs étrangers, nommés à l'époque « le Cartel », SIDIBE Fodé-Flamoussa, Les enjeux de la qualification dans le contentieux des actes d'investissement international, Thèse, Nice, 1995, p. 179, n° 72 ; en ce sens, LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Economica, Paris, 1985 ; EL-SAYED Mustafa, *L'Organisation des pays exportateurs de Pétrole*, L.G.D.J., Paris, 1967, pp. 25 et s.

¹⁰ () JACQUET Jean-Michel, « L'État opérateur du commerce international », *Clunet*, 1989, pp. 621 et s.

¹¹ () JENNINGS R.Y., « State Contracts in International Law », *B.Y.B.I.L.*, 1961, XXXVII, pp.156-182 ; MANN F. A., « State Contracts and International Arbitration », *B.Y.B.I.L.*, 1967, XL-VII, pp. 1-37 ; WEIL P., *Droit International et Contrats d'État*, *Mélanges P. REUTER*, 1981, p. 549 ; LEBOULANGER Ph., *op. cit., supra*, Economica, Paris, 1985 ; LALIVE J.F., Les contrats entre États ou opérateurs étatiques et opérateurs privés étranger ; développements récents, *R.C.A.D.I.*, 1983, V. III, p. 99.

¹² () FONTAINE M., Notion du contrat économique international : Introduction, in *'le contrat économique international'*, édition à Bruylant-Pédone, Bruxelles-Paris, 1975, pp. 17-37, spéc. pp. 18 et 21 ; LAMATHE Didier, « Les relations entre les Gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d'investissement », *J.D.I.*, 1998, pp. 45 et s ; RIAD Fouad, « Les contrats de développement économique », *Les Petites-Affiches*, n° 86, 1986, pp. 17 et s ; HADAD Hafiza, *Al-aucoudes al-mobramah*

parlé d'« *Achats Gouvernementaux* », de « *Marchés Publics Étrangers* » ou de « *Marchés Publics Internationaux* »⁽¹³⁾. La diversité d'appellations n'est pas dénuée de sens : chacune exprime ou défend une idée ; celle liée aux adjectifs '*étranger ou international*' met en relief l'élément d'extranéité et renvoie au droit international privé et public⁽¹⁴⁾. Celle privilégiant la qualité étatique ou le développement économique fait prévaloir le recours légitime aux prérogatives de souveraineté. Dans une matière aussi nuancée, l'intitulé '*marchés publics internationaux*' apparaît le plus appropriée. En se plaçant entre ces tournures, ce thème dénonce certaine symétrie et neutralité sémantique. Le terme « *Marchés* », à la connotation la plus large, recouvre les grands projets d'investissement ou de développement économique. Sans susciter de difficultés, la qualité de l'État ou de ses démembrements est consolidée par l'épithète '*Publics*'. L'adjectif '*internationaux*' met en évidence l'élément d'extranéité, les besoins du commerce international et sa sécurité juridique.

3. Aussi expressives qu'elles paraissent l'être, les locutions « *Marchés publics* » et « *internationaux* » méritent une étude séparée en raison de leur caractère hybride et générique. En Droit interne, les *marchés publics* signifient les contrats « *par lesquels une personne publique ou assimilée achète, moyennant le versement d'un prix déterminé, des travaux, fournitures ou services, à une personne privée, dans les conditions définies au Code des marchés publics* »⁽¹⁵⁾. Cette définition a subi certaines

baeina aldouale wa al-ashkass al-agnabiah, (Les accords conclus entre les États et les personnes étrangères), 1^{ère} édition, Dar El-Nahhda El Arabia, Le Caire, 1996 ; SALAH EL DIN Gamal El-din., *Aucoude al-daoulah lenacle al-technologiah*, (Les contrats d'États du transfert de technologie), Dar-El-Nahda El-Arabia, Le Caire 1996. Certains auteurs occidentaux ont utilisé cette terminologie juridique, LEDUCQ X., Les accords de développement économique..., thèse précitée, Rouen, 1981 ; WEIL P., Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *Mélanges offert à ROUSSEAU Ch.*, 1974, pp. 300 et s.

¹³ () BARBANT A., *Marchés publics étrangers*, Guide et Pratique, Centre français du Commerce Extérieur (C.F.C.E.), 1988, T. 1, A, n° 2 ; WESTRING GÖSTA, *Marchés publics Internationaux*, C.C.I. (CNUCED/GATT), institut des Nations Unies pour la Formation et la Recherche (UNITAR), et Banque Internationale pour la reconstruction et le développement économique, 1985.

¹⁴ () CITAC G., « Le renouvellement du Rôle de l'État... », *op. cit.*, D.P.C.I., 1996, p. 196.

¹⁵ () BARACONNIER S., Le droit des marchés publics : dix ans de jurisprudence 1988-1998, *Éd. Juris-Classeur, Dr. Adm.*, 1999, pp. 3 et s ; André DE LAUBADÈRE, Jean-Clause VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Tome 2, 13^e Édition, L.G.D.J., 1998, n° 676, p. 377 ; WESTRING G., *op. cit.*, C.C.I. (CNUCED/GATT), 1985, p. 2. ; ROUGEVIN-BAVILLE M. et autres, *Leçon de Droit Administratif*, Hachette, 1989, pp. 191 et s ; BRECHON-MOULENES Christine, « Marchés publics », *Répertoire Dalloz (Droit international)*, 1998, p. 10, n° 44 ; à noter « *contrat* » et « *Marché* » ne sont pas synonymes ; si tout marché est un contrat, tout contrat n'est pas forcément un marché. Ainsi, lorsqu'on se place dans une perspective économique, les termes 'marchés boursiers' ou 'marchés financiers' ne comportent pas le sens de convention. Dans la science juridique, le contrat qui est une « *convention faisant naître une ou plusieurs obligations ou créant, transférant un droit réel* », remembre, sans réciprocité, tous les marchés : « *l'achat de biens, de services, et comprend donc non seulement l'achat de fournitures mais aussi l'acquisition de services d'entrepreneurs et de consultants...* ». *Le Petit Robert*, 1998, pp. 459 et 1351.

modifications : le Conseil d'État français a intégré dans son orbite les contrats passés exclusivement entre des opérateurs publics ⁽¹⁶⁾. Les Directives communautaires l'ont élargi, en y ajoutant les contrats des personnes privées dès lors qu'ils satisfont les besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et qu'ils sont étroitement liés à la puissance publique (contrôle étatique et mécanisme de financement) ⁽¹⁷⁾. C'est, peut-être, la raison pour laquelle le nouveau Code français des marchés publics, en vigueur depuis mars 2001 et réformé par le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 ⁽¹⁸⁾, a modulé cette définition : les marchés publics sont désormais « *les accords conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public autres que les établissements publics industriels et commerciaux (l'État) ou par leurs mandataires, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures et de services* » ⁽¹⁹⁾.

4. Cette évolution a élargi le champ d'application du code des marchés publics du fait que les **contrats** relevant du commerce privé sont qualifiés de '**publics**' dès lors qu'ils s'intègrent dans les instruments d'interventionnisme étatique. Cependant, l'expression '*marchés publics*' apparaît ambiguë : d'une part, parce que la notion de « *Marchés* » « *ne fait généralement pas l'objet de définition* » ⁽²⁰⁾, pas plus dans les droits nationaux. Le marché qui renvoie au commerce privé, s'introduit dans les instruments de l'intervention de l'État dès qu'il se qualifie de public. D'autre part, tout '*marché public*' engendre l'interrogation sur sa nature administrative car, là où la théorie des contrats administratifs existe, elle est essentiellement formée des marchés et des concessions ⁽²¹⁾.

¹⁶ () C.E., 20 mai 1998, Communauté Comm. Piémont de Barr, *Réc.* 20, Conclusions Savoie.

¹⁷ () FRIER Prière Laurent, *Précis de droit administratif, op. cit.*, pp. 326 et 353, ns° 554-606.

¹⁸ () Cette réforme est intervenue parce que la précédente modification de 2001 ne correspondait pas aux souhaits de simplification, de souplesse et d'efficacité des acheteurs publics. Dès lors, le nouveau code permet de trouver cet équilibre et de responsabiliser les acheteurs publics. Il simplifie les procédures, tout en maintenant l'obligation de respecter les principes fondamentaux de la commande publique. Il assure et garantit, à tous les stades de la procédure, la transparence et la sécurité juridique pour les contractants. http://www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/marches_publics/code2004/decret2004-15.pdf

¹⁹ () Articles 1, 2 et 11 du Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 qui a abrogé l'ancien Code des marchés publics, Journal Officiel, annexe au n° 57 du 9 mars 2001.

²⁰ () BRECHON-MOULENES Ch., *op. cit., Rép., Dalloz Dr. Int.*, 1998, pp. 3-10, ns° 2 et 44.

²¹ () Cf. *ibid.*, p. 3, n° 3; FRIER P.-L., *op. cit.*, Montchrestien, Paris, 2001, n° 554, p. 325; PAUTOT Serge, *Guide d'exportation du bâtiment et des travaux publics*, Moniteur, Paris, 1980, p. 28; WEIL P., Les critères du contrat administratif en crise, *Mélanges offerts à Marcel WALINE*, 1974, pp. 830 et s; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1995, p. 99; Conseil d'État, 23 décembre 1921, Société Générale d'armement, *R.D.P.*, 1922, p. 74, conclusions RIVET; C.E., 19 janvier 1973, Société de la rivière du Sant, *Rec.* 48, C.J.E.G., 1973, J. 239, Conclusion ROUGE VAIN

5. Lorsque les ‘marchés’ engagent au moins une personne publique pour la réalisation des opérations des travaux, de fourniture ou de service, on s’interroge alors sur cette qualification. Depuis longtemps, le Tribunal des conflits et le Conseil d’État ont fait du caractère administratif de certains accords un préalable pour leur attribuer la qualité de « *marché public* »⁽²²⁾. La plupart des marchés relatifs à un bien public sont administratifs parce qu’ils sont souvent des marchés de travaux publics⁽²³⁾. L’expression marché public n’est alors employée que pour désigner une catégorie particulière de contrats qui est à l’origine des contrats administratifs⁽²⁴⁾. Cette attitude a fait l’objet de quelques critiques. Les *publicistes* ont contesté la poursuite de cette démarche classique⁽²⁵⁾. Ce n’est pas parce qu’un marché porte sur un bien du domaine public qu’il doit être qualifié d’administratif. Quelques arrêts récents ont relativisé cette pratique. Le tribunal administratif de Strasbourg a admis l’applicabilité du Code des marchés publics à un contrat de droit privé ou de droit public⁽²⁶⁾. Le Tribunal des Conflits a précisé que la soumission d’un contrat au Code des marchés publics n’emportait pas, par elle-même, son caractère administratif⁽²⁷⁾. La juridiction ordinaire s’est attachée à cette position. La nature privée d’un marché de location-vente de matériel informatique à un établissement public a été affirmée par la Cour française de Cassation. Cet arrêt a contredit la Cour d’Appel ayant considéré que ce contrat était administratif parce qu’il « *constituait un marché public de fourniture et qu’il faisait participer le cocontractant à l’exécution du service public* ». La Haute Cour a refusé cette version : « *la soumission d’un contrat aux dispositions du Code des marchés*

BAVILLE ; DRAGO R., Paradoxes sur les contrats administratifs, *In Mélanges Jacques FLOUR*, pp. 151 et s.

²² () C.E., Sect., 11 mai 1956, Société française des transports Gontrand frères, *Rec.*, p. 202, *A.J.D.A.*, 1956, p. 247, conclusions LONG ; Dans deux arrêts, le tribunal des conflits a décidé que si le contrat de l’administration est de droit privé, il ne peut présenter la qualité d’un marché public. Arrêt du 12 juillet 1945, Société Les docks frigorifiques du Havre, *Rec.*, p. 278 ; arrêt du 6 avril 1946, Société franco-tunisienne d’armement, *Rec.*, p. 327 ; De même, un récent avis du Conseil d’État a fait du caractère « *administratif* » un critère distinctif entre concessions et marchés publics. Avis C.E., N° 327-449, 14 octobre 1980, in *Les grands arrêts du Conseil d’État*, Dalloz, 1997, pp. 169-177.

²³ () RICHER L., *Droit des contrats...*, *op. cit.*, 1^{ère} Éd. L.G.D.J., Paris, 1995, p. 98.

²⁴ () DE LAUBADÈRE André, (et alii.), *op. cit.*, T. 1, 13^{ème} Éd. Paris, 1994, pp. 689 et s ; G. VEDEL et P. DELVOLVE, *op. cit.*, T. I, P.U.F., Paris, 1992, pp. 373 et s.

²⁵ () RICHER L., « Le marché public : Problèmes actuels de définition », *C.J.E.G.*, 1986, pp. 37 et s ; adde, sa note sous l’Avis précité du Conseil d’État, in *Les grands arrêts du Conseil d’État*, *op. cit.*, spéc. p. 173.

²⁶ () Le Tribunal a jugé qu’un contrat de location-maintenance entre la ville de Strasbourg et une société de droit privé, fût-il de droit privé, *n’était pas* administratif, en raison de son objet et de sa nature, *exclu* du champ d’application du Code des marchés publics. Tribunal administratif de Strasbourg, 7 juillet 1987, Mme Bloch c./ Ville de Strasbourg, *A.J.D.A.*, 1988, p. 63, note PRÉTOT.

²⁷ () Tribunal des Conflits, 5 juillet 1999, Commune de Sauve c./ Société Gestetner, *A.J.D.A.*, 1999, p. 554.

publics ne lui confère pas, par elle-même, le caractère d'un contrat administratif »⁽²⁸⁾. En outre, portant sur la fourniture d'équipement destiné au traitement des opérations financières, cet accord « *ne faisait pas participer directement la société LOCUNIVERS à l'exécution du service public, alors qu'enfin il ne relevait l'existence de clauses exorbitantes* »⁽²⁹⁾.

6. Conformément à ces décisions, la soumission des marchés publics à leur Code spécifique n'influe en rien sur leur qualification. Fondée par le Conseil d'État français, la théorie des contrats administratifs a connu plusieurs évolutions⁽³⁰⁾. Le Conseil d'État s'est attribué la compétence d'un nombre évolutif d'accords dévolus à cette juridiction. Il s'agit de contrats législativement administratifs⁽³¹⁾ et de ceux ayant deux critères de distinction : l'un est subjectif (qualité des parties) et l'autre est objectif (service public et clauses exorbitantes). La nature des contrats ne dépend donc pas de la volonté des parties mais de l'objet de leur convention. Elle doit se faire conformément à la présence ou à l'absence en la matière des critères de telle ou telle qualification. C'est l'analyse du juge qui révèle à l'administration le choix qu'elle a effectué. Ceci étant, tout marché public ne peut être administratif qu'à partir du moment où il relève du service public et renferme une clause exorbitante. Tout marché dépourvu de ces critères serait un contrat de droit commun. Il ne faut donc pas confondre le caractère '*public*' de l'accord avec le processus de sa qualification. Un marché peut être '*public*' mais soumis au droit commun. Cet accord ne serait pas un contrat administratif mais un accord de l'administration⁽³²⁾.

7. Bien qu'elle soit française, la théorie des contrats administratifs a été sollicitée par d'autres États particulièrement en raison de son adaptabilité et de son adéquation.

²⁸ () Cour de Cassation, 1^{er} Ch. Civ., 17 décembre 1996, in *Le Droit des marchés publics : dix ans de jurisprudence 1988-1998*, Éd. *Juris-Classeur, Dr. Adm.*, 1999, n° 28.

²⁹ () Cf. *ibidem*.

³⁰ () La double juridiction est conçue pour soustraire aux juges judiciaires les procès impliquant l'Administration afin que le Parlement ne trouve pas d'occasion d'interventionnisme légal. Créée pour garantir la non-ingérence du Parlement dans les affaires du gouvernement, le Conseil d'Etat s'est ainsi reconnu compétente en matière contractuelle. Il a commencé par la mise en œuvre la dualité des contrats de l'État ou de ses personnes morales. Cette volonté dura peu face à l'exigence d'un dessaisissement de la justice ordinaire, engendrée par un besoin d'intérêt général. Faute de précision, le critère de la finalité de l'acte devait laisser place à la théorie des actes d'autorité et des actes de gestion. BADAoui Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1954, p. 7.

³¹ () Les contrats administratifs par détermination de la loi sont notamment ceux de dettes publiques (lois du 17 juillet 1790 et de 1793), ceux de marchés de travaux publics et de fourniture (loi du 28 pluviôse an VIII et le décret du 11 juin 1806). DE LAUBADERE André, VENEZIA Jean-Claude et GAUDEMET Yves, *Traité de Droit administratif*, Tome 1, 13^e édition, L.G.D.J., 1998, n° 1001, p. 689.

³² () George VEDEL et Pierre DELVOLLE, *Droit administratif*, Presse Universitaire de France, Paris, 1992, pp. 371 et s ; DE LAUBADERE A., (et alii.), *op. cit., supra*, T. I, 13^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 1994, pp. 687 et s ; WEIL P., *op. cit., supra, Mélanges Marcel WALINE*, 1974, pp. 831 et s.

L'influence du droit administratif français sur plusieurs ordres juridiques, y compris le système anglo-saxon, a été soulignée, atteignant également les règles communautaires et le Droit des gens⁽³³⁾. A ce stade de notre développement, on est en mesure de se demander si, dans les marchés publics « *internationaux* », le caractère administratif ou ordinaire est-il opérant. Dans un monde de plus en plus anglo-saxon, ces qualificatifs apparaissent non concluants : « *on opposerait plutôt les contrats de droit écrit à ceux de common Law* »⁽³⁴⁾. Plusieurs normes internationales intéressées aux *M.P.I.* n'utilisent pas ce classement. L'épithète « *publics* » est encourue rarement. Élaboré par la Banque mondiale en septembre 1996, le dossier type d'appel d'offres à l'intention des emprunteurs de tradition de droit civil est presque le seul à faire cette distinction⁽³⁵⁾. Ne faisant pas de séparation entre les contrats de droit public et ceux de droit privé, le droit communautaire s'aligne à cette position. Applicables aux marchés tant publics/administratifs qu'ordinaires, les directives communautaires conduisent le régime dérogatoire de droit public à un certain isolement⁽³⁶⁾.

8. Les intéressés par les *M.P.I.* encouragent donc une poussée lente mais incessante vers une réglementation élargie, qui internationalise les marchés d'investissements. Pour empêcher le retour des protectionnismes nationaux, divers auteurs et organes insistent sur l'internationalisation de ces opérations. Les expressions '*appel d'offre international*' et '*marché transnational*' se trouvent dans les travaux de la Banque mondiale et des Fonds Européens de développement⁽³⁷⁾. Ces organes ne précisent cependant pas ce qu'ils entendent par ces expressions, d'autant plus que la détermination du caractère international d'un accord fait l'objet de discussions⁽³⁸⁾. D'ailleurs, rien n'empêche juridiquement la soumission d'un contrat internationalisé à un ordre juridique interne. Dès lors, dire qu'indépendamment de la seule volonté de l'État, les *M.P.I.* sont soumis à une réglementation *anationale*, serait une parole vaine. Cette réglementation internationale commune, qui montre de plus en plus des limites et

³³ () C'est le droit administratif international qui régit en particulier les rapports juridiques entre Organes internationaux et leurs personnels, WEIL P., « Un nouveau champs d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *Recueil et Documents du Conseil d'État*, 1970, pp. 14 et s.

³⁴ () BRECHON-MOULENES Ch., *op. cit.*, *Rép. Dalloz, Dr. Int.*, 1998, p. 10, n° 44

³⁵ () Il s'y ajoute certaines directives de la Banque Mondiale concernant la coordination des procédures de la passation des marchés sur l'eau, l'énergie ou la télécommunication. Cf. *ibid.*, p. 3, n° 3, et ns° 52 et s.

³⁶ () PEZIN charlotte, Les marchés publics et le Code des marchés publics, *mémoire de DEA de droit public de l'économie, Paris II*, 2001, pp. 22 et s.

³⁷ () BRECHON-MOULENES Ch., *op. cit.*, *Rép. Dalloz, Dr. Int.*, 1998, p. 10, n° 44

³⁸ () *Infra*, deuxième Partie, Titre 1, chapitre 2, section 2.

dont le taux de couverture est actuellement faible, est réellement absente : « on parle, il y a quelques temps, de la *mise en place d'une réglementation internationale des marchés publics dont la réflexion sur cette notion est loin d'être achevée* »⁽³⁹⁾. Et ceci, malgré le renouvellement des questions juridiques posées depuis la décolonisation⁽⁴⁰⁾. Les agissements souverains contre les concessions *imméritées* n'ont pas fondamentalement changé la situation économique des États en développement. Ils ont causé le ralentissement des flux d'investissements qui a affecté la commercialisation de savoir-faire des opérateurs occidentaux dont les activités entretiennent des liens étroits avec l'économie de leurs pays d'origine⁽⁴¹⁾. Il devait y avoir un équilibre ou une coordination pour minimiser ces craintes et atteindre des objectifs prépondérants. Conscients *qu'il vaut mieux traiter avec Dieu qu'avec ses saints*⁽⁴²⁾, les investisseurs étrangers préfèrent contracter avec l'État ou ses émanations. Ce mode de traitement est envisageable car les personnes étatiques octroient à ces investisseurs divers privilèges et concessions. Il est inévitable puisqu'il s'agit d'États chargés du commerce extérieur à défaut d'entreprises capables techniquement et financièrement. En effet, les marchés publics internationaux sont lourds et engagent des montants très importants⁽⁴³⁾. Ils constituent un sujet « *d'une très grande actualité* » depuis le passage vers l'économie du marché qui gagne incessamment du terrain. C'est un phénomène qui a vocation à

³⁹ () Cette réglementation intéresse essentiellement les États les plus importants en parts de commerce mondial, d'où l'impression de *club de riches*, mais aussi parce qu'elle se révèle largement tributaire du milieu juridique ambiant dans lequel elle s'insère. De telle sorte qu'elle se voit de plus en plus concurrencée par une approche plus en amont de la libéralisation des échanges ou par le traitement de problèmes commerciaux plus aigus. BRECHON-MOULENES Ch., *op. cit., supra, Rép., Dalloz*, 1998, spéc. ns° 2 et 44.

⁴⁰ () RECZEI Laszlo, Préface ; *In Le contrat économique international, Bruylant-Pédone, Bruxelles-Paris*, 1975, p. 1.

⁴¹ () LEDUCQ Xavier, Les accords de développement économique conclus entre un partenaire étatique et une personne privée étrangère, *thèse, Rouen*, 1981, p. 1 ; EL-KOUSHERI A.S., Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *R.C.A.D.I.*, 1975, T. 147, V. IV ; G. COHEN JONATHAN, Les concessions en droit international public, *thèse, Paris*, 1966.

⁴² () BERLIN Dominique, « Les Contrats d'États 'State-contracts' et la protection des investissements internationaux », *D.P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s.

⁴³ () Au cours des années quatre-vingts, une entreprise publique indienne a conclu un marché de construction d'un ensemble d'aluminium avec la société française « *Aluminium Pechiney de France* » d'une valeur d'environ deux milliards de dollars. LEBEN Charles, « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement ; Réflexions sur la décennie écoulée '1976-1986' », *Clunet*, 1986, pp. 883 et s, spéc. 941 ; Courant décembre 2002, la Pologne a signé un marché d'un montant de trois milliards et demi de dollars pour l'achat de 48 avions (chasseurs) avec des sociétés ressortissantes des États-Unis d'Amérique Ratifié le 18 avril 2003, ce marché prévoit la réception des appareils courant 2006 ; En pleine guère de l'Iraq, l'administration *Bush* a attribué à ses entreprises de grands chantiers de reconstruction et de fourniture qui dépassent trente milliards de dollars À titre indicatif, le groupe pétrolier de Texas s'est octroyé un marché d'un montant d'environ 700 cents millions dollars. Cependant, les appels d'offres concernant ces marchés sont entachés d'une parfaite illégalité autant par rapport aux règles de la Organisation Mondiale du Commerce que conformément au Droit des gens.

prendre de l'ampleur. D'environ 1000 milliards de dollars, leur chiffre d'affaires annuel affirme la transformation du rôle des États, gros consommateurs par leurs commandes publiques. Selon la Banque mondiale, ces investissements sont représentatifs de 18 % du PIB (Produit National Brut) des pays développés, de 13 % du PIB des pays en développement et de 19 % du P.I.B. des États à économie en transition. Même si la majeure partie de ces achats ont été effectués auprès de fournisseurs nationaux, l'estimation de 1999 démontre que les affaires des secteurs publics à caractère extérieur occupent environ 19 % du marché mondial de l'approvisionnement et 16,5 % du commerce international ⁽⁴⁴⁾.

9. Ces estimations confirment que ces accords sont presque la raison d'être des *multinationales* ⁽⁴⁵⁾ et l'instrument du développement des opérateurs étatiques ⁽⁴⁶⁾. Ni les sociétés étrangères ne peuvent aisément trouver des clients pour ces projets, ni les États ne peuvent compter sur leurs ressortissants en raison de leur incapacité financière et technique. Les problèmes liés à l'exécution de ces marchés peuvent alors entraîner des effets néfastes autant sur les *multinationales* et sur leurs États d'origine que sur les cocontractants publics ⁽⁴⁷⁾. Ces problèmes peuvent avoir pour chacun des partenaires, des conséquences catastrophiques : la résiliation de grands projets peut conduire les investisseurs étrangers à la faillite, tandis que leur échec ou mauvais fonctionnement pourrait faire sombrer le gouvernement concerné dans des crises politico-économiques ⁽⁴⁸⁾. Évoqués depuis les célèbres nationalisations ⁽⁴⁹⁾, de tels différends n'ont pas trouvé de véritables solutions dans le droit de la protection diplomatique ⁽⁵⁰⁾. Le droit

⁴⁴ () Leur valeur s'élevait à 1.05 milliards de dollars. BRECHON-MOULENES Ch., *op. cit.*, *Rép. Dalloz, Dr. Int.*, 1998, p. 2, n° 1 ; l'évaluation statistique des investissements étrangers au cours des dernières décennies a enregistré des mutations symptomatiques : « il devait atteindre les 200 milliards en 1993 pour les dépasser nettement en 1994 avec plus de 240 milliards de dollars, pour atteindre les 350 milliards de dollars en 1996 », JUILLARD E., « Investissements », *Rép. Dalloz, Dr. Int.*, 1998, n° 30.

⁴⁵ () CISTAC Gilles, « Le renouvellement du Rôle de l'État dans le Commerce international : élément d'une Théorie Générale », *D. P. C. I.*, 1996, pp. 176 et s.

⁴⁶ () *Infra.*, première partie, Titre 1, Deuxième Chapitre, section I.

⁴⁷ () LEDUCQ X., *Les accords de développement économique...*, *op. cit.*, thèse, Rouen, 1981, p. 8.

⁴⁸ () MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *Clunet*, 1986, pp. 5 et s.

⁴⁹ () Ex., nationalisations égyptiennes (*canal de Suez*), chiliennes, libyennes (*B.P., Texaco-calasiatic, Liamco*) ou koweïtiennes (*Aminoil*)

⁵⁰ () Bien au contraire, le recours à ce droit a occasionné des mesures de représailles ou d'intervention militaire. LUCIEN Siorat, *Les limitations apportées à la souveraineté des États par la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements privés internationaux, in investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées, Convention du B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Éditions à Pédone, Paris, 1969, pp. 59 et s ; EL-KOSHERI A.S. *Stabilité et évolution dans les techniques juridiques utilisées par les pays en voie d'industrialisation, In Le contrat économique international, Bruylant-Pédone, Bruxelles-Paris, 1975*, pp. 285 et s.

international classique s'est toujours désintéressé des problèmes relevant de ces accords. Les défenseurs des opérateurs étrangers ont refusé leur soumission aux seules lois nationales. Faisant preuve d'imagination, ces auteurs ont internationalisé leurs problèmes juridiques (⁵¹). Ces doctrines, investies par l'arbitrage, ont toujours été rejetées, surtout par les pays en développement qui ont imposé des résolutions assurant la souveraineté des États sur leurs ressources énergétiques. Par voie de législation et de négociation, ces gouvernements ont imposé aux opérateurs étrangers le partenariat et/ou la coopération pour réaliser leur développement économique. Toutefois, ces États ont été aussitôt confrontés à des difficultés, nécessitant leur passage vers l'économie de marché à cause de la survenance de la crise d'investissement et de l'effondrement du bloc soviétique. Ils se sont alors livrés à une surenchère des traités internationaux, aménageant leurs pouvoirs souverains au nom et sous réserve de l'intérêt public. La neutralisation des risques de nationalisation par le biais de ces conventions de protection d'investissements ne signifie aucunement que le problème soit résolu sur le plan de l'effectivité. L'État d'accueil possède toujours son arme législative et peut à tout moment l'utiliser, aggravant pour le moins les conditions des sociétés transnationales (⁵²). Dans la science juridique pure, cette intervention négative peut être soutenue par un argument basé sur la nationalisation procédurale. Pour plus de crédibilité, certains États estiment que ces accords ne sont ni plus ni moins que des contrats administratifs, originaires conceptualisés par le système juridique de l'une des puissances économiques mondiales (⁵³). S'agissant de problèmes similaires, la théorie des contrats administratifs est donc destinée à jouer un rôle essentiel : les *M.P.I.* impliquent les éléments de la publicisation. Leurs modes d'accès et d'exécution se soumettent principalement aux règles applicables aux accords liant l'Administration à ses personnes locales. Dans les deux catégories d'accords, c'est l'État *stricto ou lato sensu* qui contracte et qui mène son intervention unilatérale. Toutefois, les accords visés impliquent des stipulations conduisant à des interprétations paradoxales : les clauses d'arbitrage et de stabilisation ont l'apparence d'une expression de la souveraineté alors qu'elles sont foncièrement limitatives de son exercice. À cet élément de suspicion s'ajoute l'implication de ces accords des éléments de l'extranéité juridique (nationalité

⁵¹ () WEIL P., *op. cit.*, *Recueil et documents du Conseil d'État*, 1970, pp. 13-25 ; pour le même auteur, Problèmes relatifs aux accords entre un État et un particulier, *R.C.A.D.I.*, V. III, t. 128, 1969, p. 120.

⁵² () Modification ou résiliation unilatérale

⁵³ () SIDIBE F.F., *Les enjeux de la qualification...*, *op. cit.*, thèse, Nice, 1995, p. 178.

étrangère, passation ou exécution à l'étranger) et économique (flux d'investissements, mis en jeu du commerce international). A ce titre, ils sont des contrats internationaux. Leur dimension internationale est affirmée à cause de leur encadrement par un volet des traités bilatéraux et des conventions multilatérales. Ce sont des marchés dont la passation, l'exécution et même la résiliation relèvent directement ou non des relations internationales. Plusieurs investissements étrangers trouvent leur centre de gravité ou leur irradiation dans les relations d'État à État : « *combien de chefs d'État ou de ministres ne se font-ils pas accompagner dans leur déplacement à l'étranger par une pléiade d'hommes d'affaires qui attendent du voyage la conclusion de profitables contrats ? Et combien de « grands contrats » ne sont-ils pas fonction des relations politiques... ?* »⁽⁵⁴⁾. L'importance des *M.P.I.* est accrue depuis l'implication indirecte des tiers (*bailleurs de fonds étrangers, aides et crédits publics*). En effet, des entités internationales comme la Banque Mondiale, le Fond Monétaire International (*F.M.I.*) ou la Banque Européenne pour la reconstruction et le développement financent ou participent à des projets d'investissements publics. Ces spécificités, qui soutiennent leur soumission accessoirement aux lois internes, principalement au Droit des gens⁽⁵⁵⁾, nient leur assimilation aux contrats ordinaires : leur ouverture à la concurrence, peu naturelle pour les marchés internes, l'est encore moins pour les accords internationalisés⁽⁵⁶⁾.

10. Cet ensemble de contradictions entraîne quelques interrogations majeures : les contrats administratifs et les marchés publics internationaux s'identifient-ils les uns aux autres ou sont-ils autonomes ? De là, l'État apparaît-il dans la majesté de sa souveraineté comme le co-détenteur d'un pouvoir partagé avec une société étrangère (transnationale ou collectivité territoriale) ? Les *M.P.I.* sont-ils des contrats à domination étatique, des accords spécifiques ou des contrats proches de ceux de type commercial ? Ces Conventions peuvent-elles être qualifiées d'« *administratives* » ? Les enseignements de cette qualification peuvent-ils être à l'origine d'un nouveau concept du contrat administratif international ? Quel rôle joue effectivement le droit public interne dans le règlement de leurs problèmes contractuels ? Si ces questions cristallisent notre préoccupation, la réalité du sujet est trop complexe pour être reflétée aussi simplement. La lecture de certains arrêts et sentences conduit à une vision plus floue,

⁵⁴ () L'Avant-propos de M. WEIL P., in *Les contrats d'État à la preuve du droit international*, Lila LANKARANI EL-ZEIN, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. XVIII.

⁵⁵ () JUILLARD E., *op. cit.*, *Rép. Dalloz, Dr. Int.*, 1998, ns° 35-36.

⁵⁶ () BRECHON-MOULENES Ch., *op. cit.*, *Rép. D., Dr. Int.*, 1998, p. 2, n° 2.

rejetant toute réponse formelle. Le pouvoir de la justice étatique est largement nuancé et la plupart des sentences arbitrales ont été rendues dans un climat politique à caractère exceptionnel (⁵⁷). Malgré les efforts qu'elle a consacrés à ces accords, la doctrine reste très divisée. L'intérêt qu'elle manifeste à leur égard est considérable, mais rien n'est définitivement tranché (⁵⁸). Ainsi, ce sujet constitue, pour la recherche, un apanage privilégié : si l'influence des contrats administratifs sur les contrats d'État a été évoquée par des cours, des rapports ou des sentences, cette théorie n'a pas été fondamentalement confrontée aux *M.P.I.* (⁵⁹). Le rôle réservé aux contrats administratifs et à son droit dans ce domaine est alors non négligeable. Se plaçant au carrefour des toutes les branches du droit (⁶⁰), les *M.P.I.* sont dépourvus de régime spécifique (⁶¹). Les divers Codes des marchés publics n'évoquent les problèmes liés aux marchés passés à l'étranger ni pour les soustraire de leur champ d'application ni pour les inclure parmi les contrats qu'ils réglementent (⁶²). En dehors même de ces codes, aucune réglementation particulière ne les régit : les Codes d'investissements ne leur offrent pas de solutions spécifiques (⁶³). Il s'agit donc d'une véritable lacune législative qui est à l'origine du paradoxe concernant une littérature tout à la fois abondante et insuffisante sur des accords dont les différends affectent l'intérêt public (⁶⁴). C'est elle qui a poussé la doctrine à évoquer la présence

⁵⁷ () Il s'agit de circonstances des nationalisations, pouvant être considérées comme un droit transitoire, KAHN Philippe, « Souveraineté de l'État et Règlement du Litige ; Régime Juridique du Contrat d'État », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 639 et s.

⁵⁸ () On verra qu'une solution comme celle de la délocalisation ne règne pas en théorie, même si elle l'est en pratique. Voyez la seconde partie, Titre I, Chapitre 1.

⁵⁹ () A l'exception de la récente thèse de Abdel-aziz Mohamed Ali BAKR, *Fikrat al-hccde al-édari abra alhdoude ; dé Rassah fi al-né zam al-quanouni Llhoucoudes almobramah baein al-douale wa al sharékate al-agnabiah*, (*La notion de contrat administratif au-delà des frontières ; une étude dans le régime juridique des accords conclus entre États et personnes étrangères*), thèse, Université de Hilwan, le Caire, 2000.

⁶⁰ () Droit international public, droit international privé, droit public et du droit privé, AUDIT Mathias, *Les conventions transnationales entre Personnes publiques*, préface de Pierre Mayer, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 5, n° 11 ; RIGAUX F., *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pédone, 1977, p. 1.

⁶¹ () TAÏMOUR Mustapha K., « La conception du contrat clé en main et son application dans le système égyptien », *Rev. Juri. Polit. Indép. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 382-409, spéc. p. 397 ; BOUDAHRAIN Abdellah, « Problème d'adaptation du droit marocain aux contrats internationaux clé en main », *Rev. Juri. Polit. Indép. Coop.*, 1988, pp. 442 et s., spéc. p. 452.

⁶² () PEZIN Charlotte, *Les marchés internationaux et...op. cit., mémoire de D. E.A., Paris II*, 2001, p. 37.

⁶³ () TAÏMOUR M. K., *op. cit., supra, Rev. Juri. Polit. Indép. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 382-409, spéc., p. 397 ; BOUDAHRAIN Abd., « Problème d'adaptation du droit marocain... », *op. cit., Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 442 et s.

⁶⁴ () « Ni sur les principes de base, ni sur les analyses de la pratique et de la jurisprudence, ni sur l'énoncé de règles de droit positif... », WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, *R. C. A. D. I.*, 1969, Vol. III, T. 128, pp. 101 et s., spéc. p. 102.

« d'un grand vide »⁽⁶⁵⁾ non rempli : « jusqu'à nos jours, l'on ne connaît toujours pas de principe général du droit international propre aux marchés publics »⁽⁶⁶⁾.

11. Il est dès lors concevable que leurs contentieux de passation et d'exécution soulèvent inlassablement plusieurs débats et polémiques : les *publicistes* de droit interne s'intéressent aux atteintes de ces accords à l'unité de l'État et à ses démembrements, s'interrogeant encore sur la capacité de ceux-ci dans leur conclusion. Ils ne se préoccupent pas de leur qualification ni de leur régime juridique. Les *internationalistes*, proprement dit, examinent l'appartenance de ces marchés au Droit des gens originellement conçu aux seuls rapports étatiques. Les *spécialistes* du droit international privé se trouvent directement concernés par ces accords et par leurs problèmes spécifiques. Les caractères hybrides de ces conventions affectent leur incorporation dans une discipline ignorant des règles bilatérales en matière de droit public⁽⁶⁷⁾. Ces controverses relèvent vraisemblablement de l'attachement de chacun des spécialistes à un aspect qui est le sien. Or, même si les *M.P.I.* sont aux frontières de plusieurs disciplines juridiques, le fait de les envisager sous l'empire d'une seule revient à n'en proposer qu'une vision tronquée. Pour s'en détacher, il faudra alors associer et concilier les visions posées en vue d'essayer l'élaboration d'une théorie juridique. Cette tentative devrait être plurilatérale car la publicisation, c'est-à-dire la nature administrative des accords d'investissements, quoique acceptable en théorie, risque fort d'être exclue par la pratique. En effet, la publicisation pure et dure des *M.P.I.* paraît marginale vu l'hostilité de l'arbitrage à son égard et à l'égard du droit public. On ne doit pas alors s'arrêter sur l'ampleur de sa transposition qui reste problématique. On doit analyser ses liens avec la délocalisation, mesurer la place de son droit dans le règlement des différends et préciser si les solutions qu'il fournit sont bénéfiques.

12. Aussi ambitieux qu'il puisse l'être, l'objectif visant à assigner aux contrats administratifs une place respective dans le régime des *M.P.I.* se heurte à des difficultés théoriques et pratiques. Le pouvoir d'accès aux informations sur des marchés récents ou importants en est une. La confidentialité de ces projets et l'absence de publicité de certains arbitrages conduisent à n'accepter qu'un échantillonnage. Si celui-ci devient plus important qu'auparavant, la publication par extraits peut rendre difficile

⁶⁵ () Cf. *ibid.*, p. 102.

⁶⁶ () BRECHON-MOULENES Ch., *op. cit.*, *Rép. Dalloz, Dr. Int.*, 1998, p. 3, n° 32 et p. 8, n° 44 ; dans ce sens, « dans le domaine d'investissement, il n'existe pas-du moins pas encore de « système » international comme il existe en matière commerciale et monétaire », JUILLARD E., « Investissements », *Rép. Dalloz, Dr. Int.*, 1998, n° 87, p. 15.

⁶⁷ () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, *op. cit.*, L. G. D. J., Paris, 2002, p. 6, n° 12.

l'enracinement des décisions prises ou handicaper la perfection analytique. Il est regrettable que le Tiers-Monde, habituellement confronté à ces affaires, refuse la publication de ces dernières pour enrichir ses revues ou chroniques juridiques ⁽⁶⁸⁾. Cet obstacle ne nous est pas particulier. Il est constamment accentué par les auteurs confrontés aux études des contrats impliquant au moins un opérateur étatique ⁽⁶⁹⁾. Notre étude est également marquée par des enjeux académiques. La détermination de l'internationalité d'un contrat est âprement discutée. La distinction entre des notions comme le commerce et l'investissement souffre de difficultés sémantiques. D'ailleurs, il résulte du caractère quasiment jurisprudentiel des contrats administratifs que l'appréciation de leurs critères distinctifs est relative et évolutive. Elle est relative dans le sens où la définition de chacun de ces critères diffère d'un État à un autre en raison de la diversité de leurs intérêts et cultures juridiques. Elle est évolutive dans la mesure où les solutions des praticiens peuvent être nuancées en l'absence de textes déterminants. Les juristes concernés se trouvent alors au centre de confrontations puisqu'il s'agit d'accords placés au carrefour des lois classiques. Dans une seule affaire, nous constaterons que les motivations des arbitres et leurs qualifications diffèrent de celles opérées par les juges étatiques. Face à ces considérations, le traitement de certaines questions risque de nous confronter à des contraintes et hésitations, s'interrogeant sur la dualité du droit : le droit en théorie et le droit en pratique ⁽⁷⁰⁾.

13. Malgré ces difficultés, on laisse présager de l'accomplissement d'une analyse équilibrée à la lumière de célèbres affaires, en particulier celles impliquant l'Égypte ou ses émanations personnalisées. Pour ce faire, on doit se concentrer sur la problématique abordée, même si la curiosité intellectuelle peut attirer l'étude des questions primaires au détriment d'autres qui auraient pu mériter un traitement plus poussé. Ce préalable étant posé, il est indispensable de limiter le champ de la recherche avant de tracer la

⁶⁸ () Ainsi l'a souligné un auteur « *il est regrettable de constater que le règlement d'arbitrage franco-algérien n'ait pas été publié en Algérie. Est-ce que les autorités hésitent devant sa qualification ? Le problème de sa compatibilité avec la loi algérienne est-il posé ? En quels termes ?* », Abdel-Whab BEKHECHI, Quelques éléments de réflexion sur la pratique algérienne du contrat d'État, in *Les contrats internationaux et Pays en voie de développement*, pp. 223-249, spéc. note de bas de page 247.

⁶⁹ () M. WEIL a fait savoir que « s'ils (les contrats d'État) ne sont pas tous secrets, nombre de ces contrats demeurent inconnus et force est de s'appuyer sur un échantillonnage que l'on espère du moins représentatif », in *Principes généraux du droit et contrats d'État*, In *Mélanges GOLDEMAN B.*, p. 388 ; M. TAÏMOUR M.-K. a mis en évidence que « *les sources des documentations sont limitées en raisons des grands secrets qui entourent ces contrats...* », in « La conception du contrat clé en main... », *op. cit.*, *Rev. Juri. Polit. Indép. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 382-409, spéc. p. 397 ; adde, EL-YOUNSI Malika, Les règles matérielles du droit des contrats d'États à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine, *thèse*, Paris II, 1994, p. 10.

⁷⁰ () Ex. , le problème de la qualification.

méthode envisagée. Le choix se portera, d'une part, sur les marchés publics/contrats administratifs pour se consacrer aux accords similaires aux conventions visées. D'autre part, il s'intéressera aux marchés publics internationaux liés aux grands projets. Cette délimitation est nécessaire car l'État s'implique dans des marchés courants ou importants, instantanés ou de longue durée. Il s'agit bien des accords de développement d'un territoire ou d'une zone déterminée. Il peut s'agir de marchés passés avec des opérateurs du Tiers-Monde ou des États développés. Ces accords peuvent relever de ressources primaires ou de secteurs secondaires. Corrélativement aux contrats administratifs ⁽⁷¹⁾, ils réalisent des missions liées à l'intérêt général ou au service public. Les *M.P.I.* connaissent des formes « nommées » ou « innommées », riches en quantité, en qualité et en complexité. Ils peuvent revêtir des formes nouvelles ou classiques ⁽⁷²⁾ : accords de ressources naturelles (concessions pétrolières, contrats de participation ou de partage de production), marchés de services et de travaux publics (notamment le groupement de contrats, les marchés *Build, Operate, Transfer B.O.T.* ⁽⁷³⁾, conventions de transfert technologique (coopération industrielle ⁽⁷⁴⁾⁽⁷⁵⁾, *contrats clé en main* ⁽⁷⁶⁾...).

⁷¹ () Concessions, marchés publics, occupation de domaine public, accords passés avec les usagers..., FRIER P.L., *Précis de droit administratif*, op. cit., n° 553, p. 325.

⁷² () FEUER G., *Contrats Nord-Sud et transfert de technologie*, in *Les contrats internationaux et pays en voie de développement*, sous la direction de CASSAN, Paris, 1989, pp. 137-158 ; OMAN C., *Les nouvelles formes des investissements internationaux en pays en voie de développement*, O.C.D.E., 1984, pp. 154 et s ; ELLAINGAN H., *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays d'Afrique Zone Franche*, thèse, Nice, 1998.

⁷³ () Les contrats de construction, transfert, opération engagent l'investisseur étranger par la construction et l'exploitation d'un projet d'infrastructure dans un délai au terme duquel l'ouvrage sera totalement restitué à l'administration sans remboursement. Il s'y ajoute les contrats *Build, Transfer (B.T.)* et *Build, Transfer, Operate (B.T.O.)*. Le contrat *Build, Transfer* concerne la construction d'une infrastructure transférable aussitôt au pouvoir public en contrepartie de l'octroi à l'investisseur d'un autre projet favorable au remboursement des apports investis et à la réalisation des profits. Le marché *Build, Transfer, Operate* réalise un ouvrage dont la propriété sera transférée à l'État, mais l'exploitation restera au constructeur dans un certain délai. LUU VAN DAT, « Investissements étrangers en *B.O.T.* », *Rev. Int. Dr. Comparé*, N° 4, 1997, pp. 869 et s, spéc. p. 870 ; VADCAR Corinne, « Droit d'investissement ; Régime applicable à l'investissement direct étranger en droit international », *Éd. Juris-Classeur, Droit international*, 1999, Fasc. 565-50, p. 16 ; LAMATHE Dédier, « Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matières de grands projets d'investissement », *Clunet*, 1998, pp. 45-65, spéc. p. 47.

⁷⁴ () KAHN Ph., *Typologie du contrat de transfert de technologie*, in *Transfert de technologie et développement*, 1977, pp. 435-465.

⁷⁵ () La coopération est un contrat par lequel des opérateurs nationaux et étrangers mettent en commun certains de leurs moyens pour réaliser un projet industriel. DUBISSON M., « Les caractères juridiques de coopération en matière industrielle et commerciale », *D.P.C.I.*, 1984, T.X, n° 3, pp. 298-306. Cet accord suppose le ralliement de divers opérateurs pour la réalisation d'un ou des projets, tout en préservant à chacun son autonomie. La coopération est « toute opération qui, en allant au-delà de la vente ou de l'achat implique la création d'une communauté d'intérêts, sur une certaine durée, ayant pour but la constitution d'avantages mutuels ». PREVISANI A., « Les caractères juridiques principaux des statuts légaux de coopération », *D.P.C.I.*, 1984, p. 340 ; LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et personnes privées...*, op. cit., pp. 13 et s.

⁷⁶ () Les Contrats *clé en main* engagent l'opérateur étranger (par ses moyens techniques et humains) à livrer un ensemble industriel prêt à fonctionner, en garantissant sa performance dans une

Il s'y ajoute les accords de coopération décentralisée, appelés contrats ou actions para-diplomatiques ⁽⁷⁷⁾.

14. Avant d'aborder le vif du sujet, il faut alors préciser la démarche opérée. Les contrats administratifs et les M.P.I. ne sont pas fondamentalement différents : certains techniques et concepts se retrouvent ici et là. Ces accords impliquent une personne publique, remplissent les mêmes missions et relèvent des mêmes modes d'accès. Ils ont des liens communs à travers les problèmes soulevés et les solutions adoptées. Les défis auxquels ils sont confrontés et leurs réponses sont mêlés. Les marchés publics internes et internationaux constituent une modalité et un objet de l'interventionnisme étatique : contractant, l'État s'engage par le biais d'un marché. Législateur, il s'interpose entre les parties pour réglementer certains accords ou décider leur fin anticipée. On peut comprendre qu'en raison de cette proximité la comparaison n'ait guère jusqu'ici tenté les auteurs. Mais, on ne doit pas oublier que la substance de chaque catégorie et ses enjeux diffèrent. Cet ensemble de paradoxe suscite un essai de confrontation des accords étudiés car l'intuition de leur unité et celle de leur autonomie ne se vérifient

période au moins égale à trois ans. A son tour, ce type d'accords connaît une diversité typologique. De l'expression *clé en main*, les opérateurs étatiques ont fait naître les contrats '*produit en main*', '*marché en main*', ou '*marché cost and fees*'. ELLAINGAN H., Aspects juridiques des nouvelles formes d'investissements dans les pays d'Afrique zone franche, thèse, Nice, 1998, pp. 111 et s ; LAMATHE, D., « Les nouveaux accords internationaux d'industrialisation : esquisse d'un manifeste dans les rapports Nord-Sud », *J.D.I.*, 1992, pp. 81 et s ; SALAH ELDIN G. EL., *Aucoude al-daoulah lenacle al-technologiah*, Dar-El-Nahda El-Arabia, Le Caire, 1997, p. 103 ; AWAD-Allha Shibha EL-HAMED EL-MARAHGI, *Aoucouod almonshaate al-sénahiah bain Al-douales wa al-sharikates al-khassa al-agnabia*, (Contrats d'établissements industriels entre les États et les sociétés privées étrangères), Dar-El-Nahda El-arabia, 1993 ; FEUER G., Contrats Nord-Sud et transfert de technologie, in *les contrats internationaux et Pays en voie de développement*, Paris, 1989, p. 146 ; DUBISSON M., *La négociation des marchés internationaux*, Paris, 1983, pp. 172 et s ; TUTS Michel, « L'évolution des contrats clé en main », *D.P.C.I.*, T. III, 1977, n° 5, pp. 603 et s

⁷⁷ () Ce sont les marchés des collectivités territoriales relevant de plusieurs États. L'absence d'un contenu juridique conceptualisant leurs formes est à l'origine de leurs diversités typologiques. Ainsi une simple déclaration d'intention aurait cédé celle de la coopération transfrontière, créant des droits et d'obligations. Utilisée pour la première fois en 1985 dans une circulaire du Premier ministre français sur l'action extérieure des collectivités locales, l'expression *coopération décentralisée* recèle ce phénomène. Il s'agit de relations transfrontalières, c'est-à-dire qui dépassent la frontière commune et impliquent l'élément d'extranéité, critère requis de l'internationalisation. L'article 1/ a de l'avant-projet de la convention définit la coopération extra-territoriale comme visant à établir des rapports entre collectivités ou autorités territoriales de deux ou plusieurs Parties, autres que les rapports de coopération transfrontalière LUCHAIRE Y., Le cadre inter-français de l'action extérieure des collectivités territoriales, in *Le droit de la coopération interrégionale en Europe*, ouvrage collectif sous la direction de la Commission de l'Union Européenne et de l'Assemblée des régions d'Europe, Paris, L.G.D.I., 1995, p. 178 ; FILALI Osman, « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé ; La coopération transfrontalière entre les collectivités publiques infra-étatiques », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, pp. 404 et s, spéc. 410 ; BURDEAU Genviève, Les accords conclus entre autorités administratives ou Organismes publics des pays différents, in *Mélanges Paul REUTER*, pp. 111 et s ; AUDIT Mathias, *Les conventions transnationales entre Personnes publiques*, L.G.D.J., Paris, 2002 ; LEMAIRE Sophie, Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé, thèse, Paris I, mars 1999.

qu'à travers une analyse très poussée. Ce sont donc les traits spécifiques aux marchés publics internationaux qui méritent un traitement particulier (**Partie I**). Cette analyse entend développer les critères distinctifs de ces contrats et mesurer le rôle de l'État dans leurs modes d'accès et d'exécution pour savoir si leur autonomie est contestée. Elle permettrait d'enrichir la connaissance de ces accords, d'éclairer leur identité, de briser leur obscurité et de dégager l'ambiguïté concernant leur qualification. C'est donc à travers le pont jeté entre ces marchés et leur confrontation que l'on pourra ensuite évaluer la place de la théorie des contrats administratifs et de son droit lors du règlement des différends (**Partie II**).

PREMIÈRE PARTIE

CONTRATS ADMINISTRATIFS ET MARCHES PUBLICS INTERNATIONAUX : AUTONOMIE OU PROXIMITÉ

15. Synonyme de l'indépendance, de la souveraineté ou de la personnalité, l'autonomie est le droit de se gouverner par ses propres lois. Synonyme de voisinage ou de parenté, la proximité est en revanche la situation d'une chose qui est à peu de distance d'une autre voire des plusieurs qui lui sont proches (⁷⁸). Ceci étant, contrats administratifs et marchés publics internationaux sont-ils fondamentalement différents ? La réponse à cette question dépend d'autres interrogations : les critères distinctifs des contrats administratifs associent-ils les accords objet de comparaison ? Les engagements suscrits démontrent-ils un traitement d'égal à égal ou un rapport de domination ? Doit-on faire prévaloir sur l'élément d'extranéité et les intérêts qui s'y attachent la présence dans les *M.P.I.* d'un opérateur étatique et l'accomplissement d'un service public pour identifier ces accords aux contrats publics de l'Administration ? En dépit d'une similitude incontestable et irréductible entre les marchés confrontés, on doit examiner ces questions à travers l'analyse de leurs critères de distinction (**Titre I**). Cette analyse ne garantit pas une parfaite conclusion : aussi classique qu'il paraît l'être, l'objectif annoncé souffre de complexités liées aux points de dissemblance et d'affinité entre ces conventions. On peut avoir l'impression qu'une certaine unité règne déjà entre ces marchés et on doit craindre l'éventuelle perplexité ou indécision. Il va de soi que ces marchés constituent une modalité d'interventionnisme, évoquant la maîtrise étatique de

⁷⁸ () Petit Robert, Grand format, Paris, 1997, pp. 163 et 1812.

leurs modes d'accès et d'exécution. Cette intervention, c'est-à-dire l'exercice par l'État de ses fonctions, établit une seconde zone d'ombre et un autre terrain de discussion. Elle engendre la question de savoir si l'État intervient suffisamment pour incorporer les accords visés dans le concept du régime exorbitant ? Dans quelle mesure l'État abdique-t-il son pouvoir souverain en matière d'investissement ? Par-delà les différences qui séparent les deux figures contractuelles et leurs points de contact, ils ne se vérifient pas si on ne confronte pas l'ensemble des éléments qui relèvent ou occasionnent leur passation et exécution (**Titre II**).

TITRE I CRITÈRES DE PUBLICISATION ET D'INTERNATIONALISATION

16. Tout contrat administratif doit combiner deux critères distinctifs : l'un subjectif (présence d'une personne publique), l'autre objectif (service public et clauses exorbitantes). Il n'en est pas toujours ainsi car il existe des contrats que la loi pré-qualifie d'« *administratifs* ». Il s'agit d'accords dont les conflits sont législativement confiés au juge administratif, sans détermination de leur nature ou de leur droit : contrats de travaux publics (*loi du 18 pluviôse, An VIII*), de ventes d'immeubles de l'État, d'occupation du domaine public (*article L. 84, Code du domaine de l'État*), d'affermage des taxes municipales (*décret du 17 mai 1809*) ⁽⁷⁹⁾. Au-delà de cette exception, la nature *administrative* d'un contrat exige la présence cumulative ou supplétive des critères subjectif et objectif de cette qualification ⁽⁸⁰⁾. Dès lors, celle-ci

⁷⁹ () TRUCHET D., « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », *in le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives, Economica, Paris, 1985*, pp. 185-205, spéc. 201 et s. En droit égyptien, les contrats de fournitures et de travaux publics se qualifient d'administratifs, (article 5 de la loi n° 9 de 1949, art. 10 de la loi n° 165 de 1959 et art. 11 de la loi n° 47 du 1972). EL-TAMAOUI Sulaiman, *Ausses al-aucoud al-édariah ; dérassah mocaranh, (Les fondements des contrats administratifs ; étude comparée)*, 5^e édition, *Maktabette Ain-Chamess, Le Caire, 1991*, pp. 57 et s., (en Arabe) ; v. en Droit Libyen, KADIDI Khaled, *Contrats internationaux des travaux publics en droit libyen, thèse, Dijon, 1978*, p. 364.

⁸⁰ () Le Conseil d'État français se satisfait de la présence alternative de l'un des deux critères pour la publicisation du contrat. Au lendemain de l'arrêt Bertin, le contrat était administratif, soit par son objet, soit par ses clauses ; un seul de ces éléments suffisait pour le rendre « administratif » WEIL P., Le critère

ne dépend pas seulement de la simple présence de l'administration, partenaire d'accords de toute nature. La décision du Tribunal des Conflits dans l'affaire '*Entreprise Solon et Barrault*' démontre cette affirmation. Ces marchés de travaux passés par la *S.N.C.F.* ont été qualifiés de contrats de *droit privé* et non de *droit public* ⁽⁸¹⁾. En revanche, conclus entre des particuliers, certains accords, comme ceux des travaux mandatés par l'Administration ou réalisés pour son compte, sont susceptibles d'être administratifs ⁽⁸²⁾. Les contrats passés par des personnes privées pour la gestion d'un service public s'insèrent dans le cadre de l'action administrative ⁽⁸³⁾. Tout accord conclu dans ce cadre devrait pouvoir être administratif, et la portée de la notion de cette action ne devrait pas être limitée par la nature juridique de l'organisme qui l'assume ⁽⁸⁴⁾. Ainsi manifesté, le critère objectif permet de compléter ou de remplacer la fonction du critère subjectif : « *Tout contrat administratif devrait avoir des clauses exorbitantes ou confier à l'un des cocontractants l'exécution ou la participation à l'exécution d'un service public* » ⁽⁸⁵⁾.

17. Parallèlement, les *M.P.I.* doivent avoir ces éléments constitutifs. D'une part, tout marché public international doit être « *conclu entre État et personne privée étrangère* » ⁽⁸⁶⁾. Le nom 'État' est compris ici dans un sens *large* qui englobe l'État lui-même et ses démembrements. Il est entendu dans un sens *étroit*, excluant tout autre sujet de Droit des gens ⁽⁸⁷⁾. Cet élément, insuffisant à lui seul, convient au point du départ à une étude ⁽⁸⁸⁾. Il doit néanmoins se joindre à un critère objectif : objet, buts visés et manifestation

du contrat administratif en crise, in *Mélanges offert à Marcel WALINE*, 1974, pp. 831 et s., spéc. p. 842 ; par ailleurs, en sa qualité de Tribunal des conflits, la Cour Constitutionnelle égyptienne exige la présence cumulative des ces critères dans le contrat administratif. Tout contrat de ce genre doit impliquer une personne publique, exécuter ou participer à l'exécution d'un service public et contenir au moins une clause exorbitante, Arrêt du 26 février 1972, *Allmagmouha 13^{ème} année kadaiah (Le groupe 13^{ème} judiciaire)*, p. 263 ; Affaire n° 10 de 1974, Cf. *Allmagmouha 4^{ème} année kadaiah*, 29 juin 1974 ; affaire n° 7 du 19 janvier du 1980, Cf. *Allmagmouha 1^{ère} année judiciaire*, EL-TAMAWOI S., *op. cit., supra*, Le Caire, 1991, pp. 60-62.

⁸¹ () Tribunal des Conflits, 17 janvier 1972, SNCF c./ Entreprise Solon et Barrault, *Rec.* 1972, p. 944, note MODERNE.

⁸² () Conseil d'État, 2 juin 1961, *Rec.* 1961, p. 365 ; *A.J.D.A.*, 1961, p. 345, Conclusions BRAIBANT.

⁸³ () WEIL P., *op. cit.*, *Mélanges offert à Marcel WALINE*, 1974, pp. 831 et s., p. 840.

⁸⁴ () PREVOST A. « A la recherche du critère du contrat administratif : qualités des contractants », *R.D.P.*, 1971, p. 817 ; WEIL P., *op. cit., supra, Mélanges offert à Marcel WALINE*, 1974, spéc. p. 841.

⁸⁵ () Conseil d'État, 24 avril 1968, Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier du Mont Blanc, *Rec.*, 1968, p. 256.

⁸⁶ () Les contrats conclus entre État, sujet du droit international, et personne privée étrangère' MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État... », *op. cit.*, *Clunet*, 1986, pp. 5 et s ; add, LEBOULANGER Ph., *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, pp. 7 et s ; « *Les contrats représentants un opérateur privé étranger et un opérateur étatique* », LEDUCQ X., *Les accords de développement économique...*, *op. cit., thèse*, Rouen, 1981, p. 1.

⁸⁷ () WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, *R.C.A.D.I.*, T. 128, v. III, 1969, pp. 98 et s.

⁸⁸ () JACQUET J.M., « Le contrat d'État », *Éd. J.-C., Dr. Int.*, 1998, fasc. 565-60, pp. 1 et s.

de certaines stipulations distinctives. Aucune qualification de ces marchés ne serait satisfaisante sans recours à ces éléments qui motivent la présence de l'État dans ces accords et peuvent argumenter le recours aux pouvoirs réglementaires ou législatifs ⁽⁸⁹⁾.

18. Les M.P.I. sont donc les accords par lesquels « *le pouvoir public s'accorde avec les entreprises privées, dans le cadre d'une économie concertée, en vue d'obtenir leurs concours à la planification ou à d'autres tâches de la politique économique* » ⁽⁹⁰⁾. Ils sont des contrats semi-publics entre un État ou une organisation gouvernementale et une personne étrangère ; « *ils portent sur la construction de complexe industriel et s'accompagnent d'accords d'assistance technique, dont fait partie la commercialisation de ressources naturelles. Ces contrats tentent de régler l'ensemble des rapports susceptibles de naître entre les deux contractants. Ils se présentent sous forme juridique standardisée, marquée par la présence de clauses financières, économiques et juridiques, et permettent l'usage de divers droits et privilèges exorbitants inhabituels* » ⁽⁹¹⁾. Cette définition a le mérite de préciser que si les contrats d'État exigent la présence de celui-ci, tout contrat d'État n'est pas forcément un marché public international ⁽⁹²⁾. D'une variété infinie, les contrats d'État peuvent être de contrats simples et peuvent relever de marchés de grands projets. Or, s'ils se réduisent aux accords importants, ils sont l'expression consubstantielle des marchés publics internationaux. Si les contrats d'État ont une dimension ample impliquant les accords extérieurs de l'État dans leur ensemble, ils constituent alors leur forme essentielle. Cette appréciation objective s'étale aux actions extérieures des collectivités territoriales ⁽⁹³⁾. Comme les contrats d'État, ces accords impliquent les mêmes sujets, remplissent les mêmes objets et revendiquent les mêmes modes d'accès. Dans le cadre de ces données, on est en mesure de se demander si les critères des contrats administratifs et des M.P.I. sont-ils identiques ? Les concepts d'investissements et de développement remplissent-ils une fonction de service public ? La définition de la clause exorbitante apparaît-elle dans les

⁸⁹ () Cf. *ibid.*, p. 2 ; BEKHECHI Abdul., Quelques éléments de réflexion sur ..., *op. cit.*, in *les contrats internationaux et les pays en voie de développement*, economica, Paris, 1989, pp. 223 et s ; BERLIN Dominique, *Le régime juridique international des accords entre États et ressortissants d'autres États*, thèse, Paris, 1981, p. 34.

⁹⁰ () FONTAINE M., *op. cit.*, in le contrat économique international, spéc. p. 21.

⁹¹ () REGLI J.P., *Contrats entre État et personnes privées étrangères*, thèse, Lausanne 1989, p. 19.

⁹² () JUILLARD Patrick, Contrats d'État et investissements, in '*Contrats internationaux et pays en voie de développement*', sous la direction de CASSAN H., Paris, 1989, pp. 159 et s ; LEBEN Ch., « *Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci* », In *Mélanges HUBERT Thierry*, édition à Pédone, Paris, 1998, pp. 248 et s.

⁹³ () FILALI Osman, « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé ; La coopération transfrontalière entre les collectivités publiques infraétatiques », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, pp. 404 et s.

engagements de protection juridique ? Pour y répondre, il convient de traiter le critère fonctionnel (**Chapitre II**) après l'étude du critère organique (**Chapitre I**).

CHAPITRE 1 **CRITÈRE SUBJECTIF : QUALITÉ DES CONTRACTANTS**

19. Le critère organique est relativement précis. Pour qu'il y ait contrat administratif ou marché public international, il faut généralement la présence d'une personne publique. Dans l'ordre national ou international, l'État doit s'occuper d'activités étrangères à ses prérogatives de puissance publique. Il doit remplir les tâches classiques (*activités sociales et pédagogiques*). Le Tiers-Monde doit planifier l'économie, réaliser son infrastructure car la précarité implique la rareté des secteurs privés aptes à se charger de missions d'envergure ou d'importance stratégique. Le chômage, la pénurie financière et le retard, auxquels s'ajoute le *néo-colonialisme ou impérialisme*, exigent l'intervention d'entités étatiques. Ces facteurs manifestent le rôle prépondérant des *pays en développement* dans la vie économique. Dans ces territoires, le secteur public est dominant. L'État reste le principal investisseur, commerçant et le seul opérateur économique⁽⁹⁴⁾.

⁹⁴ () MEZGHANI Ali., « Souveraineté d'État et participation à l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1985, spéc. pp. 564 et 65 ; GILLE C., « Le renouvellement du rôle de l'État dans le Commerce international », *D.P.C.I.*, 1996, pp. 176-178.

20. Apanages privilégiés du Tiers-Monde, les *M.P.I.* impliquent davantage les États développés qui soutiennent l'ouverture de leurs collectivités territoriales sur les actions infraétatiques⁽⁹⁵⁾. Cette tendance peut se traduire par la présence gouvernementale dans des projets sophistiqués, comme l'accord du *tunnel de la Manche* entre les États français et britannique⁽⁹⁶⁾. Ainsi, ici comme là, l'État moderne s'occupe de projets de grande envergure et réalise de grands programmes de transfert technologique. Il surcharge ses diplomates de missions d'encouragement des flux d'investissements⁽⁹⁷⁾. Ces évolutions n'entraînent cependant pas d'envahissement du droit privé par le droit public. Il n'y a pas eu publicisation du droit⁽⁹⁸⁾ du seul fait de la participation de l'État aux opérations économiques. Sans doute les enjeux de la mondialisation ont-ils enclin l'État à la privatisation progressive de plusieurs secteurs publics. Néanmoins, cette tendance (assimilation de l'État aux particuliers) ne domine pas tous les secteurs d'activités : si elle a réussi à réduire le domaine de l'intervention de l'État, elle n'y est pas parvenue dans les domaines stratégiques. Dans ces conditions, le cocontractant étatique traduit une notion juridique vaste qui englobe les contrats conclus par l'État ou une de ses émanations et comprend un concept restreint qui se désintéresse des contrats passés avec d'autres sujets du droit international public⁽⁹⁹⁾. Il faut alors identifier l'État qui ne se détache pas aisément d'une souveraineté assortie d'exceptions et de problèmes spécifiques : non reconnaissance d'un pays contractant par celui du juge du fond ou implication de l'État souverain dans les accords *administrativement* agréés par un Ministre compétent. Liées à la dualité de la personne étatique, ces difficultés, rares en matière interne, touchent les marchés publics internationaux, même si la présence de l'État est une priorité sémantique.

21. Les partenaires de la personne publique (*sociétés transnationales, voire collectivités territoriales*) ébranlent le choix d'un ou plusieurs ordres juridiques. Leur présence ne doit pas être banalisée puisqu'ils jouissent d'un remarquable poids

⁹⁵ () BURDEAU G., Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de pays différents, *In Mélanges Paul REUTER*, p. 107 ; SCHNEIDER Catherine, La souveraineté de l'État au carrefour du droit international et du droit administratif ; Réflexions sur les développements récents du droit transnational de l'action extérieure des collectivités infra-étatiques, *In Mélanges Gustave PEISER, Paris*, 1995, pp. 423-449.

⁹⁶ () MORAND-DEVILLER J., « EUROTUNNEL : le contrat relatif à la construction du Tunnel sous la Manche », *Les Petites-Affiches*, 20 septembre 1995, n° 113, p. 4.

⁹⁷ () GEORGE ELIN, Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international, *R.C.A.D.I.*, 1976, T. 149, V. 1, pp. 2 et s., spéc. p. 10.

⁹⁸ () MEZGHANI A., *op. cit.*, 1985, p. 565.

⁹⁹ () WEIL P., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, T. 128, V. III, 196, spéc. pp. 104 et s.

économique. Dans le commerce international, « *l'État contractant n'a pas en face lui les partenaires habituels qu'il domine dans les contrats administratifs. Il est en face de lui des autres opérateurs économiquement bien souvent plus fort que lui, ils dominent sans être dominés...* »⁽¹⁰⁰⁾. Le volume croissant de ces entités et leur influence sur l'économie ont enclin les États en développement à aménager les typologies contractuelles classiques. Ces pays ont ainsi réussi à remplacer les concessions par la participation ou la coopération afin de répondre à des considérations extra-juridiques : « *l'État moderne ne peut plus tolérer l'existence sur les territoires nationaux des enclaves économiques contrôlées par des sociétés étrangères* »⁽¹⁰¹⁾. Cette intolérance avait trouvé son souffle dans les résolutions de l'O.N.U.⁽¹⁰²⁾ qui ont fondé l'appel révolu vers un nouvel ordre économique. Elle s'est infléchie sous la pression d'une mondialisation conduisant les États aux enchères d'exonération au détriment de la souveraineté étatique. Il faut alors s'interroger sur l'importance et la pertinence de l'extranéité à vocation multinationale, transnationale voire infra-étatique...

Section I **État souverain ou État Administration**

22. Pour réaliser ses missions, l'État met en œuvre des plans impliquant la passation de plusieurs projets contractuels. Il peut s'engager *stricto sensu*, par le biais de ses hautes autorités, avec ses nationaux ou avec des sociétés transnationales. Ne soulevant pas de difficulté en matière interne, la présence étatique n'est pas sans conséquence pour les accords à caractère international. Il est admis que l'État est une personne morale de droit public qui, en tant que telle, se différencie des autres personnes du même type (établissements publics ou collectivités territoriales). Cette distinction, quasiment connue dans tous les systèmes juridiques, évoque un certain nombre d'interrogations. L'État contractant s'identifie-t-il à l'État-Administration ou s'engage-t-il en sa qualité de sujet du Droit des gens ? Lorsqu'il traite avec des étrangers, doit-il être mené à perdre ses attributs, s'assimilant ainsi aux simples contractants ? (**Sous-section I**). Sujet de son propre droit et du droit international, l'État, qui s'autolimit

¹⁰⁰ () CISTAC G., « Le renouvellement du rôle de l'État... », op cit., pp. 168 et s.

¹⁰¹ () « *et l'action étatique se dirige nécessairement vers l'intégration du secteur pétrolier dans le rouage de l'économie nationale* », EL-KOSHERI A. S., Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *R.C.A.D.I.*, 1975, V. IV, T. 147, pp. 221-393, spéc. p. 230.

¹⁰² () Principe de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles et Charte de droits et devoirs économiques des États.

comme il l'entend, bénéficie de sa pleine souveraineté dans la détermination de son régime juridique, économique et social ⁽¹⁰³⁾. L'État constitue un complexe divisé en de multiples organes ou autorités chargés de tâches particulières et se compose d'entités centrales ou fédérales, départementales et locales. L'État peut créer de nouvelles institutions ou en transformer d'autres. Il peut leur attribuer un caractère administratif, mixte, voire une qualité *économique et commerciale*. Tout comme l'État, ces entités sont habilitées à la passation de plusieurs contrats pour remplir leurs missions initiales. Sur l'ensemble du territoire, elles peuvent être menées à contracter avec des opérateurs étrangers. Ce phénomène introduit une interrogation sur la capacité de ces entités à insérer certaines stipulations (clause arbitrale) et sur l'implication de l'État dans les accords de ses autres personnes morales (**Sous-section 2**).

Sous-section I **L'État *stricto sensu* « contractant » et ses concepts théoriques**

23. Lorsque l'État est directement représenté dans un accord, sa définition ne suscite pas de difficulté d'appréciation dans la sphère des rapports interétatiques ou interpartes. L'État se définit par ses éléments précis en droit constitutionnel et en droit international ⁽¹⁰⁴⁾. L'État est une collectivité composée d'une population soumise à un pouvoir souverain sur un espace territorial ⁽¹⁰⁵⁾. Cependant, l'utilisation du terme '*État*' n'est pas toujours aisée. Tout discours juridique sur lui éveille l'ambiguïté de ce terme. Il y a bien des définitions de l'État selon l'angle sur lequel on se place. L'État détenteur de souveraineté paraît comme un centre de pouvoir qui impose des normes obligatoires aux acteurs juridiques exerçant sur son territoire. La multiplicité des sens qui lui sont conférés est à l'origine de diverses ambiguïtés. Plusieurs auteurs ont noté que « *l'État*

¹⁰³ () Ainsi, l'État peut adopter un système socialiste, mixte ou capitaliste libéral. VEHOVEN Joe, Les contrats entre États et ressortissants des autres États, in *le contrat économique international*, Paris-Pédone, 1975, pp. 120 et s ; LEDUCQ X., Les accords de développement économique..., *op. cit.*, thèse, Rouen, 1981, p. 282 ; Cour de Cassation, Ch. Civ., 21 juillet 1987, société Italienne c./ Banque Commerciale Congolaise, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1988, spéc. pp. 347-48 et s, note RÉMOND-GOUILLOUD M..

¹⁰⁴ () HAURIOU A., GICQUEL J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 7^{ème} Éd. 1980, p. 97.

¹⁰⁵ () Avis de la Commission d'arbitrage pour le problème de la paix en Ex-Yougoslavie, 29 novembre 1991, *R. G.D.I.P.*, 1992, p. 264.

est une personne morale d'un type tout à fait particulier, et parler de l'État comme personne morale ce n'est saisir qu'une petite partie de sa réalité »⁽¹⁰⁶⁾. La définition attribuée à l'État *souverain* n'est donc pas suffisante sur le plan contractuel⁽¹⁰⁷⁾. Elle est, certes, un élément indispensable pour parler d'un État, mais sa qualité de « contractant » exige un élément substantiel. La Charte de La Havane a tenté d'élaborer une définition particulière à 'l'État commerçant'. Elle lui a confié la qualité de *cocontractant du droit Privé* lorsqu'il négocie avec des étrangers ou contrôle ses émanations impliquées avec eux dans des relations économiques ou commerciales⁽¹⁰⁸⁾. Cette définition a été critiquée puisqu'elle ne distinguait pas l'État de ses démembrements, participant indépendamment de lui aux investissements ou au commerce international⁽¹⁰⁹⁾. Cette critique a incité certains à rechercher une appréciation adéquate de l'État contractant à travers l'évaluation statistique de ses activités extérieures et l'examen de leurs effets sur son économie nationale⁽¹¹⁰⁾.

24. Ces appréciations n'ont pas délimité la frontière entre les qualités « souveraine » et « contractante » de l'État. Une telle distinction est essentielle. Les actes de l'État souverain et ceux de l'État contractant ne relèvent pas forcément d'un seul système juridictionnel. La pratique est riche d'enseignements à propos des États qui modulent leurs qualités au gré de leurs besoins ou de ceux de leurs entités. Il est difficilement imaginable que l'État contractant ne tienne pas compte des intérêts du souverain ou que ce dernier ne vienne au secours du contractant⁽¹¹¹⁾. Malgré son intérêt, la distinction sus-indiquée est une démarche malaisée. Les deux qualités fusionnent en une seule entité : l'État. Elles sont loin d'être identifiables car, en se liant par des contrats et en les

¹⁰⁶ () DREYFUS F., F. D'ARCY, *Les Institutions politiques et administratives de la France*, 3^{ème} édition, Economica, Paris, 1989, p. 207.

¹⁰⁷ () Ainsi, la non-reconnaissance d'un État par celui du juge du for n'est guère indispensable en matière conflictuelle. L'État non-reconnu peut contracter et ester en justice à condition qu'il soit stable, effectif et opérationnel. COSNARD M., *La soumission des États aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des États*, Publication de la R.G.D.I.P., 1996, pp. 83 et s. Dans une affaire opposant la Banque de la République Démocratique du Vietnam, la Cour d'Appel de Paris a tracé ce principe essentiel. Bien que cette émanation relevait d'un État non reconnu par la France, la Cour lui a accordé les immunités de juridiction et d'exécution considérant qu'elles « résultent de l'indépendance et de la souveraineté de l'État, non de sa reconnaissance. La personnalité d'un État se fonde sur l'exercice effectif des compétences étatiques internes et internationales, sur un territoire déterminé où son gouvernement est obéi par la majorité de sa population. Par ces faits, la République Démocratique du Vietnam et ses entreprises doivent bénéficier en France de l'immunité nécessaire à l'exercice de leurs actes », MAYER P., *Le Droit International Privé*, 6^{ème} Éd. Montchrestien, 1998, p. 209, n° 325 ; RAID Fouad., « Les contrats de développement économique, Contrats conclus entre les États en développement et les Multinationales », *Les Petites-Affiches*, 1986, n° 86, p. 23.

¹⁰⁸ () CISTAC G., « Le renouvellement du rôle de l'État... », *op. cit.*, D.P.C.I., 1996, p. 173.

¹⁰⁹ () MAYER P., *op. cit.*, , pp. 5 et s.

¹¹⁰ () CISTAC G., *op. cit.*, D.P.C.I., 1996, pp. 168-182.

¹¹¹ () JACQUET J.-M., *op. cit.*, éd. Juris-Classeur, Dr. Int., 1998, fasc. 565-60, p. 25, n° 121.

résiliant, l'État exerce sa souveraineté ⁽¹¹²⁾. Ce constat est marqué par sa pérennité. La *Cour Permanente de Justice Internationale* l'a solennellement affirmé : l'engagement contractuel de l'État n'est pas une restriction mais une manifestation de la souveraineté. Celle-ci est un concept difficilement compatible avec l'application des normes juridiques ⁽¹¹³⁾. Concevable est alors la position d'une doctrine divisée. L'internationaliste de droit public nie à l'État contractant la dualité entre souverain et Administration (I), celui de Droit privé tend à l'assimiler aux opérateurs ordinaires du droit commun. Ces deux visions sont contestées : l'une est malmenée, l'autre est exagérée (II).

I / De l'identification entre État souverain et État-Administration

A) La théorie et ses objections

25. En matière de contrats, y a-t-il effectivement séparation entre État souverain et État-Administration ? Sur le plan international, l'État peut-il avoir une double personnification ? Ces questions anciennes s'imposent inlassablement. Dans son cours de 1929, *Anzilotti* évoqua que le terme 'État' au sens où il désigne le sujet d'un ordre juridique, détermine un sujet différent de l'État en tant que sujet de Droit des gens ⁽¹¹⁴⁾. Il a considéré que la science juridique doit voir en l'État deux sujets distincts là où le langage commun semble en désigner un seul : « *la loi a en vue des manières de se comporter d'entités soumises à l'autorité du législateur, y compris l'État lui-même* ». Le mot 'État' indique « *alors un sujet différent de l'État sujet du droit international* » ⁽¹¹⁵⁾.

26. Dans le cadre d'une perspective critique de cette vision, *Kelsen* a distingué l'État souverain (*métamorphose de l'ordre juridique national*) de l'État (*appareil bureaucratique de fonctionnaires, ayant à sa tête le gouvernement*) ⁽¹¹⁶⁾. De ce postulat, *M. Mayer* a tenté de neutraliser le pouvoir normatif de l'État contractant. Il a commencé par la distinction entre l'État *Administration*, créateur de son Droit et l'État *souverain*,

¹¹² () *Ibidem*.
¹¹³

() WEIL P., Droit international public et droit administratif, *Mélanges Louis TROTABAS*, L.G.D.J., Paris, 1970, pp. 511 et s., spéc. 516.

¹¹⁴ () « *lorsque des lois nationales s'appliquent à des États étrangers (par exemple si l'État étranger acquiert des biens ou passe des contrats), le mot État désigne un sujet juridique différent de celui auquel se réfère le même mot en droit international* ». ANZILOTTI D., *Cours de Droit international*, T. 1, Paris, Sirey, 1929, traduction GIDEL, reprise Université Panthéon-Assas (Paris II), *Collection, Les introuvables*, 1999, pp. 53-54.

¹¹⁵ () *Ibidem*.

¹¹⁶ () Hans KELSEN, *Théorie pure du Droit*, 2^{ème} Éd. traduction Ch. EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962, pp. 354 et 388.

sujet du Droit des gens ⁽¹¹⁷⁾. Le mot 'État', écrit-il, n'a pas le même sens quand on l'utilise dans les deux situations. Lorsqu'on évoque ses relations avec ses ressortissants, l'État est entendu dans le sens *appareil d'État* ou *Administration*. Dans ce sens, il constitue l'élément du gouvernement ⁽¹¹⁸⁾ dont la coexistence avec un territoire et la population forme ce que les *internationalistes* appellent *État souverain*. L'auteur s'est référé à la *langue anglaise* qui distingue 'State,' équivalent à 'État', et 'government', au sens 'Administration'. Il s'est référé à la distinction des *administrativistes* entre 'État' *au sens moral* et 'État' *au sens formel*. Affirmant l'usage fréquent du terme « État » sans préciser dans quel sens le mot était pris, il a reconnu la difficulté de *déterminer* les frontières des deux notions. M. Mayer est persuadé que ce problème prendrait fin à travers « *une vue intuitive* » de l'État en dehors du domaine du droit. Ainsi, s'explique-t-il, le déploiement d'un entrepreneur français d'un pays interventionniste dans ses rapports internes se remplace dans ses rapports internationaux par la jouissance de la place qu'occupe la France en tant que puissance considérée parmi la Communauté des Nations ⁽¹¹⁹⁾. Dans ces situations, l'État 'Administration' prend l'allure d'un opposant tandis que l'État *souverain* est pour le même citoyen un gardien. La distinction est floue en théorie puisque les normes édictées à l'État 'Administration' s'accomplissent au nom de l'État *souverain*. Elle l'est moins en pratique, car il y a une séparation des pouvoirs. L'organe public contractant diffère de celui édictant les normes, lequel se sépare de celui qui les applique. Il n'en demeure pas moins que les organes normatifs (Parlement, Président, Ministres, juges) sont à la foi les instruments de l'État souverain et de l'État Administration. Au niveau des activités internes, l'État 'Administration' peut former un sujet du droit public ou s'assimiler aux particuliers, sujets de droit commun ⁽¹²⁰⁾. Il peut paraître paradoxal de voir en l'État deux personnes (*souveraine* et *Administration*) sans qu'elles ne puissent s'interférer dans des relations. L'État Administration est une personne publique du droit de l'État souverain. Il n'a pas de rôle propre dans le domaine international. Corrélativement, l'État souverain n'a pas de rôle à jouer dans l'ordre

¹¹⁷ () MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État... », *op. cit.*, *Clunet*, 1986, spéc. p. 12.

¹¹⁸ () Il entend par 'gouvernement' une définition plus large, qui implique l'ensemble des pouvoirs publics (politique, exécutif, judiciaire et législatif).

¹¹⁹ () Cf. *ibid.*, p. 9.

¹²⁰ () Cf. *ibid.*, p. 10, note de bas de page.

interne dont il est le gardien⁽¹²¹⁾. Au niveau international, l'État accomplit ses missions et constitue, avec les autres États, les créateurs du Droit des gens⁽¹²²⁾.

27. L'idée n'a pas perdu de sa valeur. Dans ses réflexions sur les pensées de *Hans Kelsen*, un auteur a écrit qu'« à côté du concept formel d'État, on peut distinguer un second concept matériel plus étroit d'État, qui cependant présuppose le premier »⁽¹²³⁾. Dans sa thèse consacrée aux contrats des personnes publiques internes en droit international privé⁽¹²⁴⁾, un autre auteur a réactivé cette distinction. Il a consacré son chapitre préliminaire à défendre la double personnalité de l'État dans deux terminaisons : démontrer la confusion doctrinale entre contrats de l'État-Administration et contrats de l'État sujet du Droit des gens. Et par conséquent, il a critiqué une doctrine démesurément attachée au « rôle joué par l'État sujet du Droit des gens au détriment de celui de l'État-Administration... »⁽¹²⁵⁾. En effet, l'intérêt de la distinction n'est pas seulement académique car d'importantes conséquences résulteraient d'un classement entre contrats assignés à l'État souverain et ceux de son homonyme, sujet du droit interne⁽¹²⁶⁾. Cette démonstration bouleverserait le sens des débats relatifs aux contrats d'États. L'imputation de ces accords à l'État-Administration donnerait lieu à des analyses éloignées de celles qui restent jusqu'à présent fondées sur la participation de l'État souverain »⁽¹²⁷⁾, sous l'auspice de l'internationalisation : « imputer les contrats étatiques internationaux, ou au moins une part d'entre eux, à l'Administration conduirait à rapprocher ces conventions des accords passés entre simples sujets de droit interne. International, le contrat d'État pourrait, en l'absence aujourd'hui d'un véritable droit administratif international, être confronté aux contrats internationaux conclus entre personnes privées. Sachant, en outre, qu'il engage l'État-Administration, il serait justifié de le comparer aux contrats internes passés par ce même sujet »⁽¹²⁸⁾. Néanmoins, l'auteur est resté prudent. Il a avoué l'existence de contrats de l'État souverain tout en affirmant la domination quantitative des contrats impliquant l'État-

¹²¹ () Cf. *ibidem*.

¹²² () Cf. *ibid.*, p. 11.

¹²³ () TROPER M., Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État, in '*la pensée politique de Hans Kelsen*', Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publications de l'Université de Caen, 1990, n° 17.

¹²⁴ () LEMAIRE Sophie, Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé, thèse, Paris I, mars, 1999.

¹²⁵ () Cf. *ibid.*, pp. 6 et s.

¹²⁶ () *Ibidem*.

¹²⁷ () « Il ne s'agirait plus de relation unissant l'État et son cocontractant sujet de droit privé, par référence aux traités conclus entre États personnes de droit des gens », Cf. *ibid.*, p. 7.

¹²⁸ () Cf. *ibidem*.

Administration : « une très grande majorité de contrats d'État sont conclus avec l'Administration interne ». Il ajoute que cela doit entraîner « un bouleversement fondamental de la majeure partie des études ayant trait à ces contrats, généralement fondées sur le principe de leur conclusion par l'État, souverain international »⁽¹²⁹⁾.

28. L'idée sur laquelle repose cette thèse a été critiquée par une doctrine⁽¹³⁰⁾, s'appuyant sur les écrits de Hans Kelsen relatifs à cette question : « la trop fameuse théorie du double aspect ou de la double nature de l'État »⁽¹³¹⁾. L'admission de la double personnalité est exclue. Ici et là, il s'agit bien du seul et même État. L'existence d'une substance de l'État indépendante de sa personnalité juridique est supplantée sur le plan théorique, « l'État n'existe pour la théorie du droit qu'en tant que sujet du droit ou en tant qu'ordre juridique », et « si, dans une théorie juridique, deux sujets de droit différents sont qualifiés l'un et l'autre d'État, ce ne peut être que deux États différents »⁽¹³²⁾. Toujours dans cet esprit de réfutation, l'auteur transpose des propos intéressants : « si nulle relation unissait le droit international au droit étatique (thèse dualiste), l'État en tant que sujet du droit international représenterait une entité totalement distincte de l'État comme substratum du droit étatique. Du point de vue juridique, il existerait alors deux États différents sous le même nom, deux France, deux États-Unis... La France du droit étatique et la France du droit international... »⁽¹³³⁾. Ces arguments ont soutenu M. Leben dans sa négation de la dualité de l'État entre *Souverain* et *Administration*. Cette dualité, dit-il, doit être comprise dans le sens où on dit qu'une *personne humaine* est également un *sujet moral*⁽¹³⁴⁾. L'auteur a donc conclu que « la théorie de la double personnalité de l'État ne semble pas défendable. S'agissant alors de contrats, quelles sont les conséquences de ces analyses ? Il est bien clair tout d'abord qu'un contrat peut être conclu au sein de l'ordre juridique étatique total par un particulier (national ou

¹²⁹ () Cf. *ibid.*, pp. 10 et 123.

¹³⁰ () LEBEN Charles, Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État, in '*souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^{ème} siècle*', Mélanges Philippe KAHN, LITIC-CREDIMI, Dijon, 2000, pp. 119-175.

¹³¹ () KELSEN H., « La transformation du droit international en droit interne », *R.G.D.I.P.*, 1936, pp. 5-49, spéc. 22.

¹³² () ajoutant que la suppression de l'identité de l'État en tant que sujet à la fois de l'ordre juridique international et de l'ordre juridique interne n'est, à vrai dire, qu'une conséquence inévitable de la conception dualiste selon laquelle le droit international et le droit interne de l'État seraient deux systèmes de normes absolument différents et isolés l'un par rapport à l'autre. Mais cette conséquence, à laquelle aboutit logiquement la conception dualiste, en fait précisément apparaître l'absurdité. Cf. *ibid.*, p. 23.

¹³³ () KELSEN H., *La théorie générale du droit et de l'État*, traduction B. LAROCHE et V. FAURE, L.G.D.J./ Bruylant, Paris/Bruxelles, 1997, p. 422.

¹³⁴ () C'est-à-dire qu'elle est le destinataire de normes morales, et un sujet juridique, car elle est aussi le destinataire de normes de droit, Ch. LEBEN, *op. cit.*, in '*souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^{ème} siècle*', Mélanges de Ph. KAHN, éd. Litic-Credimi, Dijon, 2000, spéc. p. 125.

étranger) avec l'État personnification de l'ordre juridique partiel (l'État-Administration). Ce contrat, qu'on appelle 'administratif' (et éventuellement contrat administratif international) ou non, est régi par les règles de l'État »⁽¹³⁵⁾.

B) Unité de l'État et multiplicité de sa représentation

29. Si l'État n'a pas de double personnalité, pourquoi en distingue-t-on un sens étroit et un sens général ? Pour y répondre, il faut partir de l'identification de l'État et de son ordre juridique. Il n'y a pas d'un côté un *substratum* préexistant qui serait l'État et qui donnerait naissance à un ordre juridique. Ce dernier est l'État lui-même, autrement dit sa personnification. En matière contractuelle, l'État n'est pas composé de trois éléments (*peuple, territoire, puissance publique*). Il se définit par ses sphères de validité personnelle et territoriale ainsi que par sa centralisation et son efficacité⁽¹³⁶⁾. Il est l'ordre juridique étatique total à l'intérieur duquel existe un ordre juridique partiel. Celui-ci est l'État au sens étroit du terme, à savoir « *l'appareil bureaucratique de fonctionnaires, avec à sa tête le gouvernement* ». Cet État « *est la personnification de l'ordre juridique partiel qui ne règle que les fonctions des individus ayant la qualité de fonctionnaires publics* ». Ce concept matériel plus étroit présuppose un concept de l'État en tant qu'ordre juridique total. L'attribution de ces fonctions bureaucratiques signifie qu'on les rapporte à l'unité de l'ordre juridique partiel. Mais par-là même, on les rapporte en même temps à l'unité de l'ordre juridique total dans lequel est inclus cet ordre partiel. Toute action de l'État au sens étroit du terme est *ipso facto* une action de l'État au sens large du terme. Il n'y a donc pas de double personnalité de l'État 'souverain' et 'Administration', mais un *emboîtement* d'ordres juridiques. Tout comme pour son ordre juridique total, l'État s'emboîte dans l'ordre juridique international pour former un ordre juridique unique et universel : « *l'identité de l'État comme sujet du droit international et sujet du droit étatique signifie qu'en dernière analyse, l'ordre juridique international - qui oblige et autorise l'État - et l'ordre étatique - qui désigne des individus qui, en leur qualité d'organes de l'État, remplissent ses obligations internationales et exercent ses droits fondamentaux - forment un seul et même ordre juridique universel* »⁽¹³⁷⁾. En effet, « *on ne peut nier qu'organiquement les plus hautes autorités étatiques, les ministres, représentent l'État, sujet de droit international, en*

¹³⁵ () Cf. *Ibid.*, p. 128.

¹³⁶ () KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 17, 380 et 383 ; LEBEN Ch., op. cit., supra, *Mélanges KAHN Ph.*, éd. LITIC-CREDIMI, Dijon, 2000, spéc. p. 126.

¹³⁷ () KELSEN H., *ibid.*, pp. 354, 416 et 423 ; Ch. LEBEN, op. cit., *Mélanges Ph. KAHN*, LITIC-CREDIMI, Dijon, 2000, spéc. pp. 126 et s.

même temps qu'ils appartiennent à l'Administration »⁽¹³⁸⁾. On n'imagine pas qu'un État ayant conclu avec un autre un traité par l'intermédiaire de ces agents diffère de celui qui l'exécute par leur intermédiaire dans son ordre interne⁽¹³⁹⁾.

30. Si cette analyse s'avère exacte, l'État souverain et l'État Administration ne peuvent être deux personnes différentes. Cependant, le problème est loin d'être résolu car qu'en est-il de leurs relations ? *Kelsen* nous a parlé d'un mode de corporation, lequel assimile l'État à une société ou à une association. Cette corporation est conforme aux lois de l'État qui en règlent le fonctionnement, désignent les organes constitutifs de son ordre juridique total et régissent l'ordre juridique partiel : « *de même que pour les corporations soumises à l'ordre juridique étatique, on peut distinguer, en ce qui concerne l'État en tant que corporation soumise au droit international, des obligations et des droits externes, et des obligations et des droits internes ; les premiers sont établis par le droit international, les seconds sont établis par l'ordre juridique étatique* »⁽¹⁴⁰⁾. Cette présentation répond aux difficultés conduisant au *mythe* de la dualité et témoigne que l'État peut avoir *deux visages et non une double personnification*. *Indépendamment du fait qu'elle ne constitue point deux autorités distinctes*⁽¹⁴¹⁾, la souveraineté comporte deux aspects dans lesquels les publicistes classiques voient clairement les deux faces du même objet '*État*'⁽¹⁴²⁾. Dans ce sens, le droit administratif attribue à l'État la forme d'une personne morale⁽¹⁴³⁾. Il considère que son contenu est variable (*personnification d'une ou plusieurs nations*) mais que sa forme est universelle (*possession des institutions parlementaire, judiciaire ou ministérielle*). L'État n'est pas une personne comme les autres car il a des caractéristiques qui lui sont propres. Il se distingue par *l'universalisme* de sa définition et par sa suprématie dans l'ordre interne et international. Sur son territoire, il est une personne sans spécialité, pouvant exercer des activités politiques, économiques ou socioculturelles. La souveraineté interne démontre que *l'État n'est pas dans le système du droit : il est ce système*. Toute autre personne est soumise à un contrôle de création, d'exercice, de mutation ou de suppression. L'État est

¹³⁸ () LEMAIRE Sophie, Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé, thèse, Paris I, mars, 1999.

¹³⁹ () LEBEN Ch., *op. cit.*, *supra*, spéc. p. 127.

¹⁴⁰ () Cf. *ibid.*, p. 127 ; KELSEN H., *op. cit.*, *supra*, p. 384.

¹⁴¹ () CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, reprise CNRS, 1969, p. 71, n° 26, cité par Ch. LEBEN, *op. cit.*, *supra*, p. 124 (note de bas de page).

¹⁴² () COMBACAU J., « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 49-50, cité par LEBEN Ch., *idem.*, spéc. p. 124, note de bas de page.

¹⁴³ () BRAIBANT G. et B. STIRN, *Le droit administratif français*, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1996, p. 54.

le seul à réglementer sa naissance et sa mort au travers des normes nationales. Il est donc la seule personne publique qui puisse déterminer ses attributs essentiels (¹⁴⁴).

31. Au-delà de son caractère souverain, les *administrativistes* l'assimilent à une importante entreprise territoriale ou multinationale. Il s'agit d'une *unité constitutive d'une seule personne*, malgré sa complexité institutionnelle (¹⁴⁵). Parallèlement à sa capacité de conclure des contrats, l'État peut ester en justice et être condamné par son juge national. Simples représentants de l'État, ses Ministres sont dépourvus de personnalité morale. Ils peuvent être assimilés aux chefs de rayon de la société mère ou aux administrateurs de ses filiales. Ils peuvent alors engager la responsabilité du Centre d'administration s'ils contractent sans excès de pouvoir et sans commettre de faute personnelle (¹⁴⁶). Dans la limite de leur compétence, ces Ministres peuvent représenter l'État dans la conclusion d'un contrat administratif ou d'un marché public international (¹⁴⁷). Cependant, leur simple agrément accordé aux marchés passés par un organe public n'implique pas nécessairement l'État à ces opérations contractuelles. La question a été soulevée au cours de la sentence CCI de l'affaire *du Plateau des Pyramides* concernant deux marchés d'aménagement et de réalisation, en Égypte, de villages touristiques et d'un lac artificiel (¹⁴⁸). En raison d'objections d'archéologues, de pressions publiques et du rejet parlementaire, ces accords, approuvés en 1977, ont été abrogés par des mesures gouvernementales. La société *S.P.P.* a mis en vigueur la clause compromissoire conclue lors du second accord de décembre 1974 et a réclamé réparation et indemnisation pour rupture unilatérale. Elle a invoqué l'implication de l'Égypte dans l'accord litigieux, en raison de la signature de son autorité ministérielle (¹⁴⁹). Ses dirigeants ont souligné que cette signature était un préalable pour que l'affaire suive son cours. Elle *signifiait donc l'engagement du gouvernement et non une quelconque validation de l'engagement de son émanation personnelle*. L'Égypte s'est opposée à l'arbitrage, déclarant sa non-implication dans ces accords. L'on s'est alors demandé si ladite signature signifiait

¹⁴⁴ () Conformément au principe selon lequel l'État a la compétence de sa compétence. *Le principe de spécialité qui concerne les personnes morales de droit public ayant une compétence limitée par les textes les instituant ne s'applique pas à l'État*. Cf. *ibidem*.

¹⁴⁵ () Cf. *ibid.*, p. 54.

¹⁴⁶ () Cf. *ibid.*, pp. 53 et 55.

¹⁴⁷ () KADIDI k., *Les contrats internationaux de travaux publics...*, *op. cit.*, thèse, Dijon, 1978, p. 93.

¹⁴⁸ () Ces accords ont été conclus en 1974 entre l'EGOTH (Organisme Public Égyptien) et la société étrangère SPP pour une durée prolongée à quatre-vingt-dix-neuf ans. LEBOULANGER Ph., « État, politique et arbitrage ; l'Affaire du Plateau des Pyramides », *Rev. Arb.*, 1986, pp. 3-28, spéc. pp. 5-8 ; RAMBAUD Patrice, « L'affaire des Pyramides », *A.F.D.I.*, 1985, pp. 508-520, spéc. p. 512.

¹⁴⁹ () La signature du Ministre du tourisme a été précédée des mots « *accepté, approuvé et ratifié* »

l'engagement de l'Égypte en qualité de partenaire à cette opération contractuelle... Les arbitres de la CCI ont estimé que l'Égypte est devenue une partie contractante en raison de l'approbation de son 'ministre du tourisme', Président du Conseil d'Administration de l'EGOTH et détenteur d'une autorité de tutelle. S'alignant sur la position de la SPP, ils ont manifesté leur fermeté à l'égard de ce point conflictuel. Les arbitres ont conclu que la signature en cause « *a garanti à l'investisseur la permanence de l'accord du gouvernement et le soutien de celui-ci au projet. Le gouvernement est devenu l'une des parties au contrat de décembre 1974* »⁽¹⁵⁰⁾.

32. Lors d'un recours en annulation, la Cour d'Appel de Paris a rejeté l'implication de l'Égypte en tant que partie aux marchés litigieux. La signature de son ministre n'a nullement traduit sa volonté de s'intégrer au contrat ou de renoncer à son immunité juridictionnelle. Les termes d'agrément (*accepté, approuvé et ratifié*) auraient dû être interprétés conformément au Droit égyptien qui subordonne l'entrée en vigueur du projet litigieux à l'approbation des autorités gouvernementales. Ainsi, cette intervention administrative n'était pas l'engagement solennel de l'État mais la matérialisation de l'approbation de l'autorité de tutelle. Les commentateurs de la sentence ont regretté qu'elle n'ait pu parvenir à cette conclusion. L'absence de signature du ministre n'aurait pas dû affecter la validité de l'accord en question. Il n'était pas inhabituel qu'il donne son agrément par le biais d'une signature apposée au contrat, après celles des cocontractants (*EGOTH et SPP*). Lorsqu'une approbation est nécessaire, elle apparaît généralement sous forme de lettre officielle. La forme ne constitue en aucun cas une condition à la validité de l'acte. Contrairement aux dires des arbitres, la législation égyptienne impose un contrôle rigoureux des investissements étrangers. La bureaucratie est une véritable institution qui remonte à l'époque des pharaons. Pourquoi devrait-on uniquement tenir compte de la volonté de l'investisseur transnational ? L'attribution d'une nature 'contractuelle' à l'initiative *du gouvernement*, donc l'implication de l'État dans l'accord *arbitral, était injustifiable*. A aucun moment, l'Égypte n'a nié avoir soutenu le projet. Cela n'implique pas pour autant qu'elle en soit partie intégrante. Cet appui serait plutôt la preuve que l'État n'avait pas l'intention de devenir partie à l'opération. Le cas échéant, il n'aurait pas eu besoin de soutenir cet accord par

¹⁵⁰ () Cf. LÉBOULANGER Ph., *op. cit., supra*, pp. 10 et s., ns° 20 et 30 ; RAMBAUD P., *op. cit.*, p. 512.

intervention présidentielle ⁽¹⁵¹⁾. On imagine mal en effet qu'une partie puisse vouloir une chose et son contraire, sauf en cas de mauvaise foi caractérisée. Or, aucune duplicité n'a pu être imputée à l'État. Il n'en demeure pas moins qu'en apportant son assistance au dessein, l'Égypte avait l'intention de se dissimuler derrière son démembrement (*EGOTH*). Elle voulait se réfugier dans sa sphère de compétence et de puissance publique, ce qui constituait une démarche logique et courante ⁽¹⁵²⁾.

33. Sous un angle différent, l'État *stricto sensu* peut agir directement sur le plan international. L'exemple donné pourrait être celui du litige relatif aux accords conclus avec des *Organes para-étatiques*, fruits d'un groupement régional ⁽¹⁵³⁾. Il s'agit de l'*Arabie Organization of Industrialization (A.O.I.)*, entreprise créée le 29 avril 1975 par les Émirats Arabes Unis, Qatar, l'Arabie Saoudite et l'Égypte pour développer leur industrie aéronautique ⁽¹⁵⁴⁾. Le 27 février 1978, elle a été impliquée dans un marché d'industrialisation. Conclu avec un cocontractant anglais, *Westland Helicopters*, l'accord prévoyait l'instauration de la « *joint stock company* », à participation majoritaire de l'*A.O.I.* (70 %). Le 4 janvier 1977, le comité suprême de l'*A.O.I.* avait déjà signé avec l'Angleterre un *memorandum of understanding*, garantissant l'exécution de tout engagement pris avec les sociétés britanniques par les États membres du groupement. Le 14 mai 1979, les trois premiers États ont pris fait et cause de l'Accord de *Camp-David* pour dissoudre cette création (l'*A.O.I.*). L'Égypte l'a intégré dans son rouage par voie de nationalisation ⁽¹⁵⁵⁾. Cette dissolution a mis en cause les engagements souscrits à l'égard de la société anglaise, qui a saisi l'arbitrage *CCI* pour le règlement du différend. Le 5 mars 1985, la sentence arbitrale s'est penchée sur le statut de l'*A.O.I.* par rapport aux États membres, affirmant son caractère supranational en ces termes : « *le fait que les États associés dans un organisme signent la clause compromissoire n'est pas un argument suffisant pour écarter d'emblée l'obligation de ces États à se soumettre à l'arbitrage* ». Cette conséquence résulte du fait que l'organisme s'identifie aux États membres. Les partenaires de cet organe alors mettre en

¹⁵¹ () Le Président égyptien est intervenu auprès du Parlement pour défendre le projet lors des débats concernant son effectivité et adéquation.

¹⁵² () LEBOULANGER Ph., *op. cit.*, pp. 17 et s., ns° 29-30.

¹⁵³ () Il s'agit d'entités conçues pour la réalisation d'objectifs politico-économiques dans des secteurs relevant de l'intérêt national. Ces Organes ont souvent une structure momentanée, qui repose sur les réglementations internes des États concernés et sur le droit International.

¹⁵⁴ () NADJAR D., « La tendance actuelle du Droit International des immunités d'État », *J.D.I.*, 1997, p. 86.

¹⁵⁵ () Elle est devenue un établissement public égyptien, conformément à la loi égyptienne n° 30 de 1979, SALAH ELDIN Gamal Eldin, *Aoucouid al-daoulah lanaql al-technologiah*, (*Les contrats d'État du transfert de technologie*), Le Caire, 1997, p. 146.

jeu la responsabilité de derniers conformément aux *principes généraux du Droit et de la bonne foi* (¹⁵⁶).

34. Ainsi, en matière de contrats, la distinction entre l'État souverain et l'État Administration n'aboutit pas à de véritables solutions. Le recours à cette logique complexe octroie à l'État non pas une double mais *une triple personnalité*, si on tient compte de sa qualité de simple contractant (¹⁵⁷). Qu'il soit Souverain ou Administration, l'État jouit de ses autorités. Il convient donc plutôt de consacrer nos efforts à l'intégrer au sein même du processus de contractualisation.

II / De l'assimilation entre l'État et ses contractants

35. La particularité des opérateurs étrangers a encouragé *des internationalistes* du droit privé à placer les États et les multinationales au pied d'égalité. Lorsque l'État s'engage par contrat, il doit tenir sa promesse et respecter la parole donnée. Ces auteurs contestent le recours de l'État à ses prérogatives d'autorité. Ils se demandent dans quelle limite doit-on laisser l'État contractant s'abriter derrière sa souveraineté. De la même manière, les civilistes sont hostiles à l'égard de cette qualité : « *l'État ou ses organes publics sont, pour les multinationales étrangères, des clients. Et si elles travaillent avec ceux-ci, c'est pour gagner de l'argent (...). Dans le cadre de la politique économique générale de l'État, l'entreprise privée doit savoir qu'un jour ou l'autre cette politique peut se changer* ». L'auteur poursuit en disant qu'il trouve cela « *choquant (...). L'entreprise doit se méfier (...). L'expérience en a suffisamment prouvé...* ». En passant un marché, l'État ne doit pas tout confondre et sa démarche est donc, selon lui, absolument injustifiée. Il lui est impensable que l'une des deux parties, sous prétexte d'être un État, puisse modifier le contrat à sa guise : « *on ne gèle pas ce contrat dans le but de le modifier* » (¹⁵⁸). Cette opinion est partagée par plusieurs décisions. Dans son arrêt du 21 juillet 1987, la Cour de Cassation a fait savoir que « *le commerce international dispose d'une certaine série d'instruments destinés à assurer l'égalité*

¹⁵⁶ () Sentence arbitrale préjudicielle rendue sous l'égide de la CCI le 5 mars 1984, Westland Helicopters United c./ Arab Organization for Industrialization et autres, *Rev. Arb.*, 1989, pp. 547 et s.

¹⁵⁷ () Cette objection ne signifie pas l'attachement aux fins des internationalistes avec qui on a partagé les critiques de la thèse abordée. Affectée d'arrière pensée, leur vision est à son tour abandonnée, même si la pratique lui emprunte certains enseignements. *L'internationalisation proprement dite des M.P.I.* reste une solution contestée malgré ses raisonnements. *Infra*, Partie II, Titre I, Chapitre I.

¹⁵⁸ () « *Bien sûr, on va pouvoir le faire, mais soit les parties ont prévu une clause de modification, soit l'une d'elles s'est présentée devant un juge pour la demander* », CHARTIER, *son intervention lors des débats sur 'souveraineté d'État et arbitrage'*, *Rev. Arb.*, 1985, p. 666.

entre l'État et son contractant privé » (159). En effet, les États « sont devenus des acteurs à part entière. Souvent, ils ont chez eux le premier commerçant ». Leur incursion sur la scène commerciale résulte de l'interférence entre le droit public et le droit privé dont l'un postule la prééminence de l'État à raison de ses compétences souveraines tandis que l'autre est fondé sur l'égalité de ses sujets. Considérant le contrat entre État et particulier « un phénomène contre nature », la Cour a proposé deux solutions pour concilier ses constructions opposées : rehausser la partie privée au rang de sujet du droit international ou, à l'inverse, ramener l'État contractant au niveau de son contractant privé. Ces deux solutions sont très nuancées car « rien ne justifie qu'un commerçant soit autorisé à violer ses engagements sous prétexte qu'il a la qualité d'État ou est une de ses émanations. L'intérêt de l'État n'est pas loin de l'intérêt du créancier privé, et l'intérêt diplomatique n'est pas loin de l'intérêt financier. Il n'y a pas d'intérêt à distinguer la personnalité souveraine ou publique qui échapperait à la compétence juridictionnelle de la personnalité morale assujettie à l'immunité des États » (160).

36. La revendication d'une égalité absolue entre l'État contractant et ses partenaires étrangers est contestée. Les propos avancés ont fait l'objet de répliques très élaborées. Le retrait des attributs de l'État est fondé sur la présomption qui fait du domaine économique et commercial l'apanage des personnes privées. Cette vision, correspondant à un élémentaire souci d'équilibre ou de justice n'empêche en rien d'être sensible aux excès potentiels qu'elle comporte (161). L'État ne peut être aisément privé de ses doses d'autorité. Avant d'être acteur du commerce international, il est le gardien de l'intérêt public, le protecteur de son économie et le régulateur de la vie en société (162). L'État doit accéder aux procédés contractuels pour faire face aux exigences liées à l'éducation,

¹⁵⁹ () « Diverses clauses tendent à soustraire les vicissitudes du contrat à la loi de l'État partie. Mais ces mécanismes souffrent du même vice congénital, ils supposent que l'État contractant va de bonne foi se plier à la loi du contrat. Car si tel n'est pas le cas, l'État dispose d'une arme exorbitante. Il peut légiférer tel l'enfant qui, voyant le jeu tourner à son désavantage, refuse de continuer à jouer ; l'État refuse alors de se soumettre à la règle contractuelle, rejetant l'ordre privé dès lors qu'il est le dessert, il se réfugie dans le droit public interne ou international, qui lui permet soit de se retrancher derrière une immunité, soit de manipuler sa législation au mieux de ses intérêts. Dans les deux droits est inscrit le même principe qui impose le respect de l'engagement pris : « pacta sunt servanda dans le droit international », Cour de Cassation, 1^{ère} Ch. Civ., 21 juillet 1987, *Société Benvenuti et Bonfant c./ banque Commerciale Congolaise*, *Revue Critique Dr. Int. Pri.*, 1988, pp. 350 et s., note REMOND-GOUILOUD Martine.

¹⁶⁰ () *Ibid.*, pp. 353, 356.

¹⁶¹ () Cf. *ibidem*.

¹⁶² () CISTAC G., « Le renouvellement du rôle de l'État... », *op. cit.*, *D.P.C.I.*, 1996, pp. 169 et s. spéc. 177 ; RAULIN Armand, « L'État et l'Administration du développement », *Rev. Jur. Pol. Ind. Co.*, 43^e année, n° 2, 1989, pp. 183-199.

à la santé, aux transports, communications, à l'électricité, aux technologies, à la justice, sécurité ⁽¹⁶³⁾. Nul autre que l'État-Administration ne peut s'occuper de la reconstruction en cas de crise militaire ou de catastrophes inopinées ⁽¹⁶⁴⁾. De même, seule une Administration forte est en mesure de réaliser la sécurité et le développement territorial. La présence d'une Administration faible, insuffisante ou bureaucratique n'engendrerait que le désarroi et le trouble, menaçant ainsi la paix interne et régionale. Ces raisons démontrent que l'État souverain et Administration est 'une nécessité sans laquelle rien n'est possible, ni aujourd'hui, ni demain ou à terme' ⁽¹⁶⁵⁾. Ainsi, on comprend que ce phénomène contractuel (M.P.I.) soit fondé sur un système juridique « dont l'âme est la puissance publique ou mieux, la souveraineté » ⁽¹⁶⁶⁾. Il faut donc « respecter la situation spéciale de l'État et tenir compte de ce qui doit impliquer l'intérêt général de la souveraineté » ⁽¹⁶⁷⁾.

37. A l'évidence, chacune des thèses précédentes est défendable. L'État, sujet du Droit des gens, jouit de sa pleine souveraineté. Il est opérateur du commerce international, c'est-à-dire partenaire des personnes privées. La reconnaissance d'une souveraineté absolue est une menace des intérêts opposés. L'appel à une égalité totale ne peut cependant pas être réellement entendu. Le recours de l'État à ses pouvoirs a toujours été pratiqué. Plusieurs événements vont démontrer que lors de la passation des contrats, l'État intervient en sa qualité de personne souveraine ⁽¹⁶⁸⁾. D'autres vont témoigner que, sans tenir compte de son niveau et sans déterminer s'il doit ou non agir, il intervient... ⁽¹⁶⁹⁾. Au-delà des résolutions de l'ONU, tenues comme légendes sinon révolues, les principes directeurs de la *Banque Mondiale* accordent à l'État ses attributs.

¹⁶³ () MAYSTADT Ph., « Échange international, quelques questions à propos de l'intervention publique dans l'économie », *Revue échange et projet*, 1994, n°72, pp. 51-53 ; FOUCHARD Ph., L'État face aux usages du commerce international, in *Travaux du Comité Français du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1977, pp. 71-102, spéc. p. 72.

¹⁶⁴ () Ex., l'Afghanistan ou l'Iraq...

¹⁶⁵ () BRAIBANT GUY, « Administration publique et développement », *Revue Administrative*, n° 287, p. 533 ; MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État... », *op. cit.*, *J.D.I.*, 1986, pp. 5 et s.

¹⁶⁶ () WEIL P., *op. cit.*, 1970, p. 13 ; *Ces accords mettent en « en présence des États jaloux de leur souveraineté et des entreprises étrangères inquiètes des empiètements de cette souveraineté sur leurs droits contractuels »*. La faculté pour l'État d'accueil d'user des pouvoirs découlant non pas de sa qualité de contractant mais de la qualité de l'État souverain : « L'État hôte a la maîtrise de son droit interne, et il peut par des mesures constitutionnelles, législatives ou réglementaires, modifier l'environnement juridique dans lequel le contrat s'exécute », WEIL P., Les clauses de stabilisation et d'intangibilité insérées dans les accords du développement économique, in *Mélanges ROUSSEAU*, Pédone, Paris, 1974, pp. 301 et s.

¹⁶⁷ () VERHOEVEN Joe, son intervention, in *Rev. Arb.*, 1985, pp. 664-665 ; adde, MEZGANI A., son observation, même revue, 1985, p. 671.

¹⁶⁸ () Titre II de cette Partie.

¹⁶⁹ () Expression empruntée à COLLIARD, L'intervention de l'État en matière d'hydrocarbures, *Annuaire de la Faculté de Droit d'Aix en Provence*, 1960, p. 65.

Ils lui octroient *la réglementation d'accès aux investissements étrangers et l'exigence de la participation de ses nationaux dans la réalisation de tels projets* (¹⁷⁰). Hostiles à l'État et à son droit public, les arbitres ne lui nient pas ses attributs. Le tribunal de l'affaire de *l'Aramco* s'est demandé si l'arbitrage constituait une violation de la souveraineté de l'État concerné (Arabie saoudite). Se livrant à l'examen de l'applicabilité de la loi saoudienne, il a répondu positivement, conformément aux règles de rattachement et au caractère souverain de l'État partie (¹⁷¹). Dans la sentence *Texaco-Calasiatic*, *M Dupuy* a affirmé que l'engagement contractuel d'un État ne pouvait par principe entraver ses attributs : « *un État a sans nul doute la faculté, dans l'exercice de sa souveraineté, de s'engager internationalement* » (¹⁷²). L'arbitre de *l'Affaire Liamco* a mis en relief cette qualité : « *les parties contractantes ne sont pas des personnes privées ordinaires, l'une d'entre elles est un État ou un organisme gouvernemental* » (¹⁷³). Cela étant, *jusqu'où faut-il aller à dépouiller l'État de tous ses attributs lorsqu'il est amené à contracter avec un particulier étranger ?* (¹⁷⁴). Pourquoi ne lui admet-on pas, sous certaines réserves, des caractères qui lui sont propres ? Les arguments avancés affirment que l'État contractant des *M.P.I.* ne s'assimile pas aux contractants privés. Il n'est pas une personne ordinaire et doit jouir de ses prérogatives pour faire face à ses obligations. Pourtant, cette jouissance doit être réglementée car l'État contractant participe à des opérations très diversifiées (¹⁷⁵). Il faut prendre en compte *les intérêts* de l'État dans un domaine plus restreint et en faire une exception tolérée (¹⁷⁶). La *qualité souveraine* doit être recherchée au moment de la conclusion de l'accord afin de s'assurer de son

¹⁷⁰ () Ces principes ont été élaborés par le Comité de développement de la Banque Mondiale, JUILIARD Patrick, « Investissement », *A.F.D.I.*, 1992, pp.789-791.

¹⁷¹ () La sentence s'est référée explicitement à la décision de la *C.P.J.I.* de 1929 dans l'affaire des emprunts Serbes : « *Un État souverain est présumé soumis à sa loi nationale jusqu'à preuve contraire* » ; BATIFFOLÉ H., « La sentence de *l'ARAMCO* et le droit international privé », *Rec. Crit. Dr. Int. Privé*, 1964, pp. 645-662,

¹⁷² () LALIVE J.-F., « Un grand arbitrage pétrolier entre Gouvernement et deux sociétés privées étrangères ; Arbitrage *Texaco-Calasiatic* c./ gouvernement libyen », *Clunet*, 1977, p. 371,

¹⁷³ () MAHMASSNIE S., *L'Affaire Liamco c./ le Gouvernement Libyen*, *Rev. Arb.*, 1980, pp. 135-146 ; Se demandant si l'Égypte aurait dû être intégré dans l'accord en raison de la ratification du Ministre du tourisme sur l'accord engageant l'Organisme Public Égyptien, les arbitres de la CCI ont souligné que « *l'Égypte est un État souverain, c'est-à-dire un organisme public dont la fonction est, entre autres, de prendre en considération les vœux culturels, sociaux et politiques qui sont émis par la communauté des citoyens...* », LÉBOULANGER Ph., *État, politique et arbitrage...*, *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 1986, pp. 25 et s.

¹⁷⁴ () JACQUET J.M., « Le contrat d'État », *op. cit.*, *Éd. Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, p. 2.

¹⁷⁵ () HIRSCH, intervention lors des débats consacrés à la souveraineté et arbitrage, *Rev. Arb.*, 1985, p. 671.

¹⁷⁶ () Intervention de M. BOLARD, in *débats sur Souveraineté d'État et arbitrage*, *Rev. Arb.*, 1985, p. 665.

engagement en tant que tel ou en tant que particulier ⁽¹⁷⁷⁾. Toute intervention au détriment de ces accords doit être réduite à l'hypothèse d'utilité publique et au versement d'une véritable indemnité ⁽¹⁷⁸⁾.

L'État contractant ne peut être assimilé à un simple particulier ; lorsqu'il conclut un contrat, un régime différent doit lui être applicable pour permettre l'accomplissement de ses missions ⁽¹⁷⁹⁾. Ce n'est pas la souveraineté de l'État mais la sauvegarde de son intérêt public qui justifie ce régime. S'engageant par le biais d'un marché ou d'un traité, il peut exercer ses pouvoirs régaliens dans le strict respect de ce motif prépondérant ⁽¹⁸⁰⁾. Sa capacité contractuelle n'a jamais été contestée puisqu'il s'agit d'une personne morale qui assume pleinement ses fonctions ⁽¹⁸¹⁾. On peut parler d'un État contractant lorsqu'il dispose de ses éléments constitutifs et conclut des marchés par l'intermédiaire de ses agents ⁽¹⁸²⁾. Son implication dans les *M.P.I.* ne le prive pas de ses attributs pour en faire un simple contractant. De même, il ne peut être contractuellement impliqué par l'agrément de ses ministres aux accords de ses émanations. En revanche, il ne peut se désengager des rapports initiés par les entités fruits d'un groupement. L'État *stricto-sensu* se libère progressivement de la passation des contrats, laissant cette faculté à d'autres émanations, objets d'autres interrogations...

¹⁷⁷ () BERLIN D., Le régime juridique international des accords entre États et ressortissants d'autres États, *Thèse*, Paris, 1981, pp. 36-37.

¹⁷⁸ () JACQUET J.M., « Le contrat d'État », *Éd. J.-C., Dr. Int.*, 1998, spéc. pp. 33-35.

¹⁷⁹ () KAHN Ph., « Contrat d'État et nationalisation », *J.D.I.*, 1982, pp. 844 et s., p. 851.

¹⁸⁰ () VERHOVEN Joe, « Arbitrages entre État et entreprises étrangères : des règles spécifiques », *Rev. arb.*, 1985, pp. 609-640, spéc., p. 613.

¹⁸¹ () LALIVE J.L., « Contrats entre États ou Opérateurs étatiques et personnes privées ; développements récents », *R.C.A.D.I.*, 1983, vol. III, pp. 21 et s. spéc. p. 28 ; JACQUET J.M., « L'État opérateur du commerce international », *Clunet*, 1989, pp. 621 et s. ; CISTAC G. *op. cit.*, *D.P.C.I.*, 1996, T. XXII, n° 2, pp. 167 et s. ; son article « Une histoire juridique de l'État contractant dans le commerce international », in *Annales de l'Université de Toulouse*, T. XIII, pp. 175 et s.

¹⁸² () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États...*, *op. cit.*, p. 9 ; SERAGE Hussein M. Abu., *Al-tahkim fi aucoud al-pétrole*, (L'arbitrage dans les contrats pétroliers), *op. cit.*, *thèse*, Ain-Chamss, Le Caire, 1998, p. 24 ; RICHER L., *Droit des contrats*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 345, n° 544.

Sous-section II

L'État « lato sensu » et capacité contractuelle de ses personnes publiques

38. Les inconvénients de la participation directe de l'État au secteur économique sont à l'origine de la création d'*entreprise publique* par le Monde Occidental. En fonction de leur gage économique-social et de leur tradition juridique, les États en développement ont poursuivi cette démarche institutionnelle. Le système égyptien s'est adapté à cette évolution, en édifiait très tôt certaines sociétés financières comme la Banque égyptienne du Crédit Agricole (1930) et du Crédit Industriel (1949) ⁽¹⁸³⁾. Devenue '*physionomie domestique*' du commerce et de l'investissement, ce phénomène s'est accompagné d'une politique d'encouragement et a subit dernièrement des mutations fondamentales ⁽¹⁸⁴⁾. Après leurs vagues de nationalisation, ces États sont devenus *propriétaires* de certaines sociétés '*filiales*' ⁽¹⁸⁵⁾. Considérées comme un instrument leur permettant de surmonter leurs défaillances économiques, ces entreprises nationalisées devaient se développer en amont et en aval. Il devait y avoir d'autres entités capables de faire face aux nouvelles missions et au changement international ⁽¹⁸⁶⁾. La mondialisation et les approches adressées à la publicisation du commerce extérieur du Tiers-Monde ⁽¹⁸⁷⁾ ont conduit ces pays au désengagement progressif d'une partie considérable des activités économiques ⁽¹⁸⁸⁾ au profit de la privatisation visant à concilier entre les exigences du commerce extérieur et celles du développement ⁽¹⁸⁹⁾. Ces évolutions ont multiplié les représentants de l'État qui peuvent être des entreprises

¹⁸³ () EL-KOHLI Aktham, « L'entreprise publique et semi-publique en Droit égyptien », *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1961, pp. 27-39 ; RIAD Fouad, Les entreprises publiques et semi-publiques en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1963, V. III, spéc. p. 581.

¹⁸⁴ () BREDIN D., *L'entreprise publique et semi-publique et le droit privé*, Paris, 1957, pp. 13-15.

¹⁸⁵ () REMOND-GOULOUD M., note sous la décision de la C. Cass., 1^{ère} Ch. Civile, 21 juillet 1987, société italienne c./Banque Commerciale Congolaise, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1988, pp. 348 et s.

¹⁸⁶ () RIAD F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1963, pp. 566, 581 ; CISTAC G., « Le renouvellement du rôle de l'État ... », *op. cit.*, *D.P.C.I.*, 1996, spéc. pp. 180 et s.

¹⁸⁷ () Il s'agit de critiques formulées par représentants des États développés pendant les négociations du GAT. MAYSTADT Ph., « Échange international : quelques questions à propos de l'intervention publique dans l'économie », *Rev. Échange et Projet Trimestriel*, n° 72, 1994, p. 55.

¹⁸⁸ () BOITEAU C., « L'entreprise nationale France Télécom : Commentaire de la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 », *Doctrine, La semaine Juridique (J.C.P.)*, éd. G, n° 41, § 4.

¹⁸⁹ () ABDELHAMID Rida El-Sayd, Al khasskash fi alqanoun almessry, (La privatisation en droit égyptien), étude critique de la loi n° 9 de 1992, *Cours de D.E.S. de Droit privé*, Université de Tanta, 1993, pp. 4 et s.

publiques, mixtes voire privatisées et les départements ou les collectivités locales. Ces diverses entités s'engagent avec d'autres partenaires par le biais de contrats qui ne lient pas directement l'État. Il convient alors d'étudier leurs formes, d'évaluer la portée du contrôle de leurs activités et de résoudre les difficultés concernant leur capacité contractuelle.

I / Formes institutionnelles et contrôle de tutelle

39. Selon une règle du Droit des gens, il appartient à chaque État d'organiser et de réglementer ses représentants ⁽¹⁹⁰⁾. Ces entités sont notamment les collectivités territoriales et les entreprises ou établissements publics. **Les collectivités territoriales** sont des personnes morales à caractère politique et à vocation locale. Elles sont formées de départements, communes, régions et possèdent la faculté de contracter, d'avoir des biens, d'ester en justice suivant une capacité délimitée en amont et en aval ⁽¹⁹¹⁾. Leur champ d'action qui varie d'un pays à l'autre, comprend les domaines administratifs, économiques (*voiries, transports en commun, zones industrielles...*) et socio-culturels (*habitations, hôpitaux...*) ⁽¹⁹²⁾. Ces collectivités, dont le statut a un caractère législatif, sont gérées par des principes constitutionnels (principe de libre administration) ⁽¹⁹³⁾ et se soumettent au contrôle de l'État ou d'autres autorités de tutelle ⁽¹⁹⁴⁾.

40. Les entreprises publiques sont des entités fondées par l'État pour réaliser des missions souvent liées au service public ou à l'intérêt général. Chacune d'elles dispose d'une personnalité juridique distincte, lui permettant de gérer son capital ⁽¹⁹⁵⁾. Elles revêtent des caractères juridiques hétérogènes et peuvent être des établissements publics, des sociétés d'économie mixte ou nationalisées. Apparues au XIX^e siècle, les établissements publics sont des entités à vocation technique et/ou fonctionnelle. Leur personnalisation, leur spécialisation ⁽¹⁹⁶⁾ et leur soumission à divers contrôles ⁽¹⁹⁷⁾ les

¹⁹⁰ () VERHOVEN J., Contrats entre États et ressortissants d'autres États, In *'Le contrat économique international'*, Bruxelles-Paris, 1975, p. 118.

¹⁹¹ () BRAIBANT G. et autres, *Droit administratif français, op. cit.*, 5^e édition, Paris, 1996, pp. 79-81.

¹⁹² () Cf. *ibid.*, p. 82.

¹⁹³ () Selon l'article 72 de la Constitution française : « les collectivités s'administrent librement par des conseils élus ». Ce principe remonte à la loi du 10 août 1871 pour les départements et à la loi du 5 avril 1884 pour les communes. Ces lois sont actuellement intégrées dans le Code des collectivités territoriales. Cf. *Ibidem.*

¹⁹⁴ () Ce principe est aussi encré dans l'article 72, alinéa 3 de la Constitution française, confirmant ainsi l'indivisibilité de la République, Cf. *ibid.*, p. 87.

¹⁹⁵ () RIAD F., Les entreprises publiques et semi-publiques..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, v. III, 1963, p. 573.

¹⁹⁶ () Alors que la compétence de l'État est marquée par l'universalité (compétence de la compétence), les établissements publics se caractérisent par la spécialité. Dans son Avis relatif à EDF et

séparent des autres personnes publiques comme l'État ou les collectivités territoriales⁽¹⁹⁸⁾. Leur identification peut toutefois être une source de difficultés. Plusieurs facteurs aggravent cette réalité. Si leur appellation varie (*Caisses, Offices, Établissements, Bureaux ou Organismes publics...*), leur mission et leur dimension sont diverses et le législateur évite parfois de leur apporter une qualification textuelle⁽¹⁹⁹⁾. Ces entités peuvent être des établissements publics à caractère administratif ou à caractère économique et commercial. Les premiers dénombrent diverses institutions : syndicats des communes spécialisées, communautés urbaines, institutions de planification et d'aménagement des villes et des régions, Caisses de Sécurité Sociale, hôpitaux, institutions scolaires et universitaires ou culturelles.... Les seconds sont des services publics personnalisés, souvent régis par le droit privé en matière de fiscalité, comptabilité, statut du personnel (entreprise publique des charbonnages de France, Électricité de France, la SNCF [depuis 1983], la Poste [depuis 1991], Commissariat de l'énergie atomique⁽²⁰⁰⁾, *Egyptian General Petroleum Corporation* ou *Egyptian General for Tourism and Hotels*)⁽²⁰¹⁾. Au côté de ces établissements se trouvent d'autres qui ont à la fois le caractère administratif, industriel et commercial puisqu'ils remplissent une double fonction (Ports, Aéroports, Office National de la Navigation ou Office National Interprofessionnel des Céréales)⁽²⁰²⁾.

41. Les Sociétés d'économie mixte associent des capitaux publics et privés dans des proportions variables⁽²⁰³⁾. Elles ont des finalités économiques qui impliquent la participation étatique dans leurs capitaux afin d'encourager les actionnaires et de réaliser certaines missions⁽²⁰⁴⁾. Ce sont des sociétés bénéficiaires d'un statut commercial, mais chargées d'importants projets. Elles échappent, par l'objectif de rentabilité, aux enjeux d'intérêt général. Les mouvements des nationalisations ont

GDF, le Conseil d'État a confirmé ce principe. Cependant, il a accordé à ces établissements l'exercice des activités annexes du moment où elles sont liées à leur mission statutaire principale.

¹⁹⁷ () contrôle de collectivités de tutelle et/ou de l'Administration centrale

¹⁹⁸ () BRAIBANT G., (et alii.), *op. cit., supra*, 5^e édition, Paris, 1996, pp. 114 et s.

¹⁹⁹ () Ainsi, la loi du 2 juillet 1990 qualifie la Poste d'exploitant public alors que, personne morale spécialisée de Droit Public, elle avait les caractères des établissements publics, Cf. *ibid.*, p. 111.

²⁰⁰ () *Ibidm.*

²⁰¹ () RAMBAUD P., « L'Affaire des Pyramides », *A.F.D.I.*, 1985, pp. 509 et s.

²⁰² () ce classement porte sur l'objet, l'organisation et le mode de financement de l'établissement. BRAIBANT G., (et alii.), *op. cit., supra*, pp. 118-119.

²⁰³ () GUILLIEN R., *Lexique ; Termes juridiques*, 11^{ème} édition, Dalloz, 1998, p. 496 ; EL-KOHLI A., « L'entreprise publique et... », *op. cit., Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1961, pp. 34 et s.

²⁰⁴ () LEBEN Ch., « Les modes de coopération entre Pays en développement et entreprises multinationales », *Clunet*, 1980, pp. 550-551.

accéléral leur création par conversion ou par participation ⁽²⁰⁵⁾ et l'accès aux grands projets a contribué à leur amplification ⁽²⁰⁶⁾. Diverses firmes travaillant en Égypte ont participé à leur création lors de la réalisation de grands investissements. Une estimation récente a affirmé qu'environ une soixantaine d'entreprises françaises opérant en Égypte sont à l'origine du développement de cette tendance dans divers secteurs industriels ⁽²⁰⁷⁾. L'État s'est habitué à minimiser son intervention dans leurs activités, à l'exception de celles liées à l'économie nationale ⁽²⁰⁸⁾. Cependant, les contrats qu'elles concluent avec des nationaux se qualifient d'administratifs, sauf si leur nature est purement commerciale ⁽²⁰⁹⁾.

42. Créatrice de nouvelle forme statutaire, la *privatisation* attribue ou transfère au secteur privé des activités ou des biens de personnes publiques ⁽²¹⁰⁾. Phénomène touchant tous les États, elle se traduit par la transformation de certains monopoles publics en *sociétés privatisées* dans les capitaux desquelles participe l'État ou ses émanations personnelles ⁽²¹¹⁾. Ainsi la loi française du 26 juillet 1996 a privatisé l'opérateur des télécommunications, devenu une société de droit commercial. Dès lors, la participation de *France Télécom* à la concurrence, sa politique financière et tarifaire se caractérisent désormais par l'autonomie conjuguant les intérêts des actionnaires accessoires et de l'État, en tant qu'actionnaire principal ⁽²¹²⁾. De même, la loi

²⁰⁵ () Comme les nationalisations égyptiennes, libyennes, iraqiennes...et les négociations franco-algériennes des années soixante. EL-KOSHERI A.S., *Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier*, R.C.A.D.I., 1975, T. 147, V. IV, spéc. pp. 250-264.

²⁰⁶ () Ainsi, certains marchés comme celui de la construction d'usine d'enrichissement d'uranium, qui fut conclu entre un groupe français et un opérateur iranien, avait prévu la création d'une société franco-iranienne dont les capitaux étaient majoritairement (40/60 %) détenu par le groupe transnational. Cour d'Appel de Versailles (Chambres réunies), 7 mars 1990, Oiaeti et Sofidifg c./ Cogema, Seru, Eurodif, Cea, *Rev. Arb.*, 1991, pp. 326 et s., note, LOQUIN Eric ; adde, SALAH EL-DIN G., *Aucoud Aldaoulah lenacl al-technologiah*, *op. cit.*, p. 150.

²⁰⁷ () Il existe environ 46 entreprises françaises exerçant en Égypte (*Total, Elf, Groupe Schneider, CEA, Club Méditerranée, Grands Moulins de Paris, Vittel, Nestlé, Société Générale, BNP, Crédit Lyonnais...*) dont 18 dans le secteur industriel, 5 dans les activités bancaires, 4 dans les produits chimiques, 3 dans les travaux publics et 3 dans le tourisme... BLIN Louis, (et alii.), *L'Égypte 1993 ; perspectives économiques, Les principaux décideurs*, Centre d'Études et de recherches d'Arabes, Paris, 1993, pp. 11 et s.

²⁰⁸ () EL-KOHLI A., « L'entreprise publique et... », *op. cit.*, *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1960, pp. 34 et s.

²⁰⁹ () SALIM Mustapha, *Méhiar al-accd al-idari wa asroh ala aktessas magless aldaoula al-messry et al-frensi*, (Le critère du contrat administratif et son impact sur la compétence du Conseil d'État français et égyptien), Dar ELnahda, Égypte, 1995, pp. 91 et s.

²¹⁰ () GUILLIEN R., (et alii.), *Lexique : termes juridiques*, *op. cit.*, 11^{ème} Éd. 1998, Dalloz, p. 422.

²¹¹ () Excepté les biens nécessaires aux missions de service public (enseignement supérieur des télécommunications) ; BOITEAU C., « L'entreprise nationale France Télécom : Commentaire de la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 », *Doctrine, La semaine Juridique (J.C.P.)*, éd. G, n° 41, § 5.

²¹² () *Ibid.*, n° 7.

égyptienne n° 203 de 1991⁽²¹³⁾ a privatisé un bon nombre d'entreprises publiques les divisant en sociétés *holding* et sociétés dépendantes. Alors que les *holdings* remplacent les organes du secteur public de la loi n° 97 de 1983, les sociétés *dépendantes* se substituent à celles déjà soumises à leur direction. ⁽²¹⁴⁾. La nouvelle loi n'a pas abrogé celle du secteur public, mais elle a délimité son champ d'application aux entreprises désobéissant à la privatisation. D'ailleurs, l'État reste le seul détenteur des patrimoines des sociétés *Holding* et il est, pour les capitaux des sociétés *dépendantes*, un partenaire majeur (par au moins 51 %) ⁽²¹⁵⁾. Ces règlements laissent raisonnablement croire qu'il n'y ait vraiment pas de '*privatisation*'. Cette mutation a cependant nécessité une évolution de la nature juridique des biens de l'exploitant public vers une réglementation résidant davantage dans le droit *privé*. L'article 1 de la loi égyptienne assimile les sociétés '*dépendantes*' à celles du droit privé. Il considère que leur fond est une propriété privée et les soumet au droit des sociétés. Certains de leurs contentieux, qui relevaient de la juridiction administrative, relèvent désormais du droit commun et peuvent être réglés par l'arbitrage ou par le juge ordinaire ⁽²¹⁶⁾. Néanmoins, la privatisation est sujette à caution (incomplète) car la qualité d'opérateur public chargé du service public n'est pas effacée ; *France Télécom* et les sociétés dépendantes restent donc soumises au contrôle de l'État ou de ses autorités ⁽²¹⁷⁾.

43. Le contrôle est un ensemble de mesures dérogatoires du principe de la liberté des relations juridiques, y compris les rapports contractuels. La tutelle est un contrôle exercé par l'État sur des collectivités publiques pour établir la légalité ou sauvegarder l'intérêt général. Cette mesure implique l'usage d'une certaine autorité sur les entités contrôlées, comme la suspension de leurs actes sur agrément du pouvoir ministériel ⁽²¹⁸⁾. Suivant la nature des activités, le contrôle peut être administratif, technique ou financier ⁽²¹⁹⁾, mais il est renforcé dans les secteurs essentiels : défense, infrastructure,

²¹³ () L'Égypte a décrété d'autres lois, notamment celles ns° 98 de 1997 et 156 de 1998 sur la privatisation des secteurs d'assurances et des banques. BORHAM Atalla, « Le marché des assurances en Égypte : de la nationalisation à la privatisation », in '*l'Égypte aujourd'hui*', 1999, p. 53.

²¹⁴ () Cf. *ibid.*, p. 22.

²¹⁵ () AZMI ABDULFATTAH, Massaaël alégraâte fi quanun sharékate al-kitah alaam, (Questions de procédures dans la loi des entreprises publiques), in *colloque sur la loi 203 du 1991 sur le secteur public des affaires*, le Caire, juin 1992, pp. 103-124, spéc. p. 106.

²¹⁶ () Cf. *ibid.*, 108.

²¹⁷ () BOITEAU C., « L'entreprise nationale France Télécom... », *op. cit.*, n° 7.

²¹⁸ () GUILLIEN R., (et alii.), *Lexique : termes juridiques, op. cit.*, pp. 152. et 535.

²¹⁹ () HEDDEYA ABD ALLAH, « Contrôle des entreprises des affaires publiques », in '*Colloque sur la loi 203 de 1991 sur le secteur public des affaires*', le Caire, juin 1992, pp. 128-143, spéc., pp. 132-33.

technologie ou ressources naturelles ⁽²²⁰⁾. Exercé sur toute entité publique, le contrôle des sociétés d'économie mixte ou privatisées se traduit toutefois par la détention par l'État d'une grande part de leur apport social ⁽²²¹⁾. Cette détention majoritaire affecte la pleine autonomie de l'entreprise et prouve son importance au secteur public, comme l'a affirmé en France le Conseil Constitutionnel : « *le critère d'appartenance au secteur public est la détention de la majorité du capital* » ⁽²²²⁾. Affirmant la constitutionnalité de la loi privatisant *France Télécom* ⁽²²³⁾, le Conseil constitutionnel a ensuite souligné que le nouveau statut de cette entreprise ne l'affranchissait pas du respect des principes constitutionnels s'imposant à l'accomplissement du service public mais qu'il chargeait les « *autorités juridictionnelles et administratives de veiller strictement au respect par France Télécom de ces principes, notamment dans la gestion des biens transférés* ». La privatisation de *France Télécom*, donc son autonomie de gestion, devrait renforcer le service public des télécommunications et développer les activités concurrentes sous l'auspice du contrôle de l'État ou de ses autorités de tutelle ⁽²²⁴⁾. Il devrait en être ainsi tant que l'État en restera l'actionnaire principal. La privatisation et l'internationalisation d'une telle entreprise ne rompent en aucun cas les liens entre l'État et l'opérateur national. Toute modification du statut de l'entreprise devra alors s'effectuer en aval. Seul le législateur pourra modifier la situation juridique de *France Télécom* ⁽²²⁵⁾. Afin de garantir la continuité du service public, le législateur encadre la gestion de *France Télécom* par le pouvoir de l'État à s'opposer à toute action contraire « *à la bonne*

²²⁰ () VADCAR C., « Le projet d'accord multilatéral sur l'investissement : problématique de l'adhésion des Pays du Sud », *Clunet*, 1998, pp. 16 et s.

²²¹ () Ainsi, la société *Holding* dont l'assemblée générale est formée d'un Ministre compétent et de 12 membres nommés par le Premier Ministre est gérée par le Conseil d'administration alors qu'elle exerce un pouvoir de contrôle sur ses sociétés dépendantes. HEDDEYA ABDUALLAH, *op. cit.*, in *Colloque sur la loi 203 de 1991 sur le secteur public des affaires*, Le Caire, juin 1992, spéc. pp. 131-133.

²²² () Conseil Constitutionnel, 25-26 juin 1986, décision n° 86-207 DC., *Privatisations* : Recueil Conseil Constitutionnel p. 61 ; 18 septembre 1986, décision n° 86-217 DC ; 9 avril 1996, décision n° 96-375 D.C. : J.C.P., 1996, cité par BOITEAU C., « L'entreprise nationale France Télécom... », *op. cit.*, La Semaine Juridique (J.C.P.), éd. G, n° 41, § 5.

²²³ () « *La qualité de service public national de France Télécom et en assurant la participation majoritaire de l'État dans le capital de l'entreprise, la loi est conforme aux prescriptions du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et à l'article 34 de la Constitution de 1958* ». En vertu de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 : « *Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national, soit d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* » ; l'article 34 confère au législateur compétence pour fixer « *les règles concernant les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* », Conseil Constitutionnel, 23 juill. 1996, décision n° 96-380 D.C. ; J.O. 27 juillet 1996, p. 1140, cité par BOITEAU C., *op. cit.*, *supra*, La Semaine Juridique (J.C.P.), éd. G, n° 41, n° 4 et s.

²²⁴ () Cf. BOITEAU C., *idem*, ns° 5 et 6.

²²⁵ () *Ibid.*, n° 4.

exécution des obligations du cahier des charges, et notamment à la continuité du service public »⁽²²⁶⁾.

44. Il résulte de ce qui précède que la privatisation ne signifie pas le désengagement total de l'État envers des secteurs publics liés aux investissements. A la veille de sa mise en vigueur en Égypte, l'État occupait 70 % de la production interne et du commerce extérieur⁽²²⁷⁾ alors qu'il en gère environ 90 % dans d'autres pays du Moyen-Orient⁽²²⁸⁾. L'opérateur public demeure donc le porte-parole de l'État dans ce domaine. Par ailleurs, la soumission des entreprises d'économie mixte, voire privatisées au contrôle étatique démontre qu'il n'y a pas de véritable désengagement. La dénomination de certaines sociétés ou leur privatisation n'influent pas la qualification de leurs activités qui relèvent de la nature des choses et de l'effectivité du contrôle exercé.

II / Compétence et capacité contractuelle

45. La présence de l'État *stricto sensu* n'engendre aucune difficulté du fait de sa compétence « universelle »⁽²²⁹⁾. Celle de toute autre personne publique soulève certains problèmes quand il s'agit de rapports à caractère international⁽²³⁰⁾. Toute participation d'une personne publique exige la reconnaissance de sa personnalité et de sa capacité à négocier en dehors de ses frontières nationales. Cette reconnaissance a un caractère dualiste. L'un concerne l'agrément de son État : certains systèmes juridiques admettent l'accès de leurs collectivités publiques aux actions extérieures. La loi française sur l'administration territoriale de la République octroie et renforce la compétence de ces entités dans la passation des accords avec d'autres collectivités régionales⁽²³¹⁾. L'autre caractère est relatif à la nécessaire reconnaissance de l'État sur le territoire duquel l'entité publique exerce des activités juridiques, économiques ou commerciales. Toute entreprise ancrée dans le rouage du service public de son État d'origine tire sa

²²⁶ () L'État peut aussi subordonner leur réalisation à « la condition qu'ils ne portent pas préjudice à la bonne exécution desdites obligations, compte tenu notamment des droits reconnus à France Télécom dans la convention passée avec le concessionnaire ou le destinataire de l'apport », article 4, loi française du 26 juillet 1996.

²²⁷ () OSMAN Abdulkhakem M., *op. cit.*, in 'Colloque sur la loi n° 203 de 1991', juin 1992, p. 23.

²²⁸ () CISTAC G., « Le renouvellement du rôle de l'État... », *op. cit.*, D.P.C.I., 1996, p.169.

²²⁹ () LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États...*, *op. cit.*, economica, Paris, 1985, p. 9.

²³⁰ () HADAD Hafiza, *Al-aucoud al-mobramah baina aldouale wa al-ashkass al-agnabiah*, (Les accords conclus entre les États et les personnes étrangères), 1^{ère} Éd. Dar al-nahhda al Arabia, Le Caire, 1996, p. 34.

²³¹ () Il s'agit de l'article 13 de la loi française du 6 février 1992, RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, 1^{ère} éd. L.G.D.J., p. 118 ; SCHNEIDER C., La souveraineté de l'État au carrefour du droit international et du droit administratif ..., *op. cit.*, In *Mélanges Gustave PEISER*, Paris, 1995, spéc. pp. 426-28.

reconnaissance de celle accordée à l'État dont elle émane par l'État du for⁽²³²⁾. La non-reconnaissance aurait, *ipso-facto*, les mêmes incidences sur les entreprises publiques ou les collectivités territoriales. Néanmoins, le juge pourrait les reconnaître conformément aux exigences du commerce extérieur⁽²³³⁾ et à la théorie de l'effectivité internationale⁽²³⁴⁾. La reconnaissance de la personnalité de ces entités ne signifie pas leur jouissance de la pleine autonomie à cause de leur soumission à des règles de compétence et de capacité contractuelle.

46. Proviens alors de la diversité des personnes publiques une conséquence concernant la compétence institutionnelle. Toute entité publique a une spécialité déterminée par sa loi personnelle. Toute collectivité locale a sa propre compétence. Elle ne doit ni empiéter sur le domaine réservé à l'initiative privée, ni sur celui des autres collectivités locales. Cette règle n'est qu'une application du principe de spécialité ayant une portée constitutionnelle. Sa mise en œuvre ne pose aucun problème. Il est rare qu'une collectivité publique prétende se substituer à une autre dans la passation d'un contrat interne (administratif)⁽²³⁵⁾ ou international. Le droit reconnu à l'administration décentralisée de développer des actions extérieures est naturellement pris en compte dans les limites strictes de ses compétences locales. C'est donc ce concept d'affaires locales qui constitue le fondement de la compétence qui lui est reconnue. Sa définition doit être uniquement recherchée dans le droit interne de chaque participant, à défaut d'une définition internationale⁽²³⁶⁾. Aucune Administration décentralisée ne peut avoir la compétence de développer une coopération soustraite à un intérêt communal⁽²³⁷⁾.

47. Ces conclusions s'appliquent aux établissements publics à caractères industriel et commercial. Toute entreprise publique ou privatisée devrait tirer les limites de sa compétence de sa propre législation⁽²³⁸⁾. Il est admis que la capacité de ces personnes soit délimitée par leur loi personnelle⁽²³⁹⁾. Cette capacité est présumée dans le cas où l'accord conclu par l'entreprise est dans le cadre de sa mission initiale. Nonobstant, il

²³² () RIAD F., *op. cit.*, R.C.A.D.I. 1963, Vol. III, pp. 584-590.

²³³ () Cf. *ibidem.* ; BOUREL P., note sous Cour d'Appel de Paris, 7 juin 1969, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1970, pp. 483 et s.

²³⁴ () BOUREL P., note précitée, p. 483 ; Geneviève GOURDET, L'effectivité en droit international privé, *thèse*, Nice, 1978, pp. 333 et s.

²³⁵ () RICHER L., *op. cit.*, *supra*, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 117.

²³⁶ () SCHNEIDER C., *op. cit.*, In *Mélanges GUSTAVE PEISER*, Paris, 1995, spéc. pp. 428 -429.

²³⁷ () C.E., affaire de la Commune de Pierrefitte-sur-Seine, 23 octobre 1989, cité par DOLEZ B., « Le régime juridique de la coopération décentralisée », *R.F.D.A.*, 1995, p. 936.

²³⁸ () CAREAU D., *Droit International*, 3^{ème} Éd. Pédone, p. 164.

²³⁹ () BURDEAU G., Les accords conclus entre autorités administratives ou..., *op. cit.*, In *Mélanges Paul REUTER*, p. 119 ; ABDUL RAHMAN Adel, *La théorie des contrats administratifs*, maktabett Ain-Chams, Le Caire, 1996, p. 348.

est fréquent de rencontrer des restrictions prohibant la passation de certains contrats avec des sociétés transnationales. À titre d'exemple, le Droit français exige que les concessionnaires du service public possèdent la nationalité française ou européenne⁽²⁴⁰⁾. Le Droit égyptien accorde lui aussi des priorités aux entreprises locales⁽²⁴¹⁾. Dans le même ordre d'idée, les collectivités publiques doivent veiller à la conformité de la conclusion et de l'exécution de leurs actions extérieures au principe de répartition des pouvoirs et du respect de la souveraineté nationale. Aucune action extérieure ne doit remettre en cause les engagements souscrits par l'État sur le plan international⁽²⁴²⁾. Conformément à cette restriction, toute action extérieure des collectivités françaises avec un État tiers sans autorisation préalable serait contraire au droit constitutionnel⁽²⁴³⁾. Cette prohibition est d'ailleurs une application de la loi du 4 février 1995 sur l'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire prévoyant qu'« aucune convention ne peut être passée entre une collectivité territoriale ou un groupement et un État étranger »⁽²⁴⁴⁾. Toute personne du droit public ne devrait pas franchir les limites de sa compétence sans avoir l'agrément des autorités centrales ou départementales.

48. Cela étant, il convient de s'interroger sur le sort des *M.P.I.* passés sans respect des règles formelles. Cette question est d'autant plus importante qu'elle a fait l'objet de problématiques de grandes sentences arbitrales. Pour se détacher de la clause compromissaire ou la restreindre, certains opérateurs étatiques ont tendance à invoquer le soutien de leur droit public en vue d'établir *prima facie* la non-arbitrabilité des litiges ou son incapacité initiale⁽²⁴⁵⁾. Avant d'examiner ce point à la lumière d'une fameuse sentence arbitrale, il convient d'exposer sommairement l'attitude doctrinale. Compte tenu de l'impossibilité pour les étrangers de connaître toutes les lois étatiques, il leur suffit de traiter sans légèreté, sans imprudence et avec la bonne foi nécessaire au commerce international. Cette position est applicable aux marchés conclus entre opérateurs publics et sociétés multinationales. En vue de protéger ces dernières, la

²⁴⁰ () RICHER L., *op. cit.*, 2^{ème} Éd. L.G.D.J., Paris, 1999, p. 345, n° 545.

²⁴¹ () RIAD F., « Les contrats de développement... », *Les Petites-Affiches*, n° 86, 1986, p. 24 ; « Les contrats de développement et arbitrage international », *Rev. Égy. Dr. Int.*, 1986, p. 253.

²⁴² () SCHNEIDER C., *op. cit.*, In *Mélanges Gustave PEISER*, Paris, 1995, spéc. pp. 426-427.

²⁴³ () L'inconstitutionnalité concerne tant la distinction faite entre « affaires politiques » et « affaires administratives » que le respect dû aux autorisations légales et non au principe de libre administration, LICHER, *op. cit.*, 2^{ème} Éd. L.G.D.J., Paris, 1995, p. 119.

²⁴⁴ () Article 83 de la loi du 4 février 1995, cf. *ibidem*.

²⁴⁵ () TANKOANO Amadou, « La place du droit public de l'État dans l'arbitrage international avec une personne privée », *Rev. Jur. et Polit. de la l'Indépendance et Coopération*, 1988, pp. 938 et s., spéc. 943,

doctrine se justifie par la bonne foi et l'estoppel. Inspirée par la participation accrue des entreprises étatiques au commerce extérieur, elle rapporte qu'on devrait s'assurer de la capacité de celles-ci à consentir certaines stipulations ⁽²⁴⁶⁾. Par une analyse empruntée au droit commun, un autre auteur confirme cette position. Il fait appel au *Principe de l'ignorance excusable de la loi* (en l'occurrence, celle de l'opérateur étatique). Néanmoins, il met en doute l'effectivité de ce recours difficilement acquis au sein d'accords longuement négociés comme tout marché public international ⁽²⁴⁷⁾. La doctrine ajoute que l'État ou l'entreprise publique ne devrait pas invoquer sa loi pour mettre en cause la validité d'un engagement librement contenté, comme la clause arbitrale ⁽²⁴⁸⁾.

49. Il est temps à présent de se pencher sur la question soulevée par l'Affaire *Framatome, concernant le marché relatif à une centrale nucléaire*, passé entre un consortium étranger et l'*Atomic Energy Organization of Iran (A.E.O.I.)*, engagée par le biais de son Président Directeur Général. Cet accord prévoyait l'application du droit iranien aux litiges éventuels. Au lendemain de la révolution de 1979, ce contrat a fait l'objet d'une réclamation de divers montants en raison de sa résiliation unilatérale ⁽²⁴⁹⁾. Pour se dégager de ses responsabilités, le monopole iranien (A.E.O.I.) a mis en cause la compétence du tribunal arbitral. Il a soutenu que l'accord de base et l'accord compromissoire étaient nuls faute de sa capacité contractuelle, laquelle aurait dû s'apprécier conformément à sa loi personnelle ⁽²⁵⁰⁾. La société défenderesse a conclu que la délégation consentie par le Président de l'*A.E.O.I.* à son Directeur était privée de base légale ; l'importance de la matière nucléaire aurait dû contraindre ledit Président à consulter son Conseil d'Administration ⁽²⁵¹⁾. Il aurait dû également délivrer l'autorisation du Parlement iranien avant de déléguer son Directeur Général. Cette obligation résulte de la loi créatrice du monopole iranien (loi du 1^{er} juillet 1974) dont l'inobservation engendre l'incapacité du Président de l'organisme, et donc l'invalidité de la clause compromissoire et la nullité de l'accord principal ⁽²⁵²⁾. Ces propos ont été contestés par le groupe d'entreprises qui souhaitait négocier et conclure des contrats

²⁴⁶ () RAID F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1963, Vol. III, pp. 630 et s.

²⁴⁷ () LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et ...*, *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 51.

²⁴⁸ () Rapporté par TANKOANO A., *op. cit.*, *supra*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Coö.*, 1988, spéc., p. 944.

²⁴⁹ () OPETIT B., « Arbitrage et Contrats d'État : L'arbitrage Framatome et autres c./ Atomic Energy Organization of Iran », *Clunet*, 1984, pp. 37-80, spéc. p. 38.

²⁵⁰ () Cf. *ibid.*, p. 46 ; TANKOANO, *op. cit.*, *Rev. Rev. Jur. Poli. Indép. Coö.*, 1988, pp. 943 et s.

²⁵¹ () Il semblerait que le président de l'A.E.O.I. ait manqué à son devoir de réunir le Conseil général de l'A.E.O.I. avant de s'engager directement dans un marché ou par voie de délégation.

²⁵² () Annexe de la sentence Framatome, *Clunet*, 1984, pp. 59-61.

dans un contexte de relations économiquement et financièrement intergouvernementales (France et Iran). Ce consortium a ajouté qu'il était irrecevable de se prévaloir de l'irrégularité et de l'invalidité revendiquées. La contractualisation s'incorpore au pouvoir du Président et le marché a été ratifié ultérieurement de façon officielle ⁽²⁵³⁾.

50. Face à ces revendications contradictoires, la sentence s'est prononcée au terme d'une démarche qui l'a conduite à se demander si des irrégularités avaient bien été commises dans la conclusion du contrat et quelles en étaient leurs conséquences ⁽²⁵⁴⁾. Se livrant à une confrontation rigoureuse des textes applicables aux faits de l'espèce, la sentence en a déduit que la conclusion du contrat était « entachée d'irrégularité » ⁽²⁵⁵⁾. L'engagement au plus haut niveau n'aurait pas dû affranchir le Président de consulter son Conseil d'Administration, conformément à la législation institutionnelle. L'inobservation des textes applicables a entaché d'irrégularité la procédure de l'accord même si sa conclusion a été délégué au Directeur Général ⁽²⁵⁶⁾. S'attachant aux incidences de cette irrégularité, la sentence a souligné que celle-ci était propre à « l'exercice du pouvoir des dirigeants de la société A.E.O.I. », manifestement réel au regard de la loi nationale ⁽²⁵⁷⁾. Elle en a déduit l'impossibilité pour la partie iranienne de se justifier de *ses propres dysfonctionnements* au détriment de son cocontractant multinational ⁽²⁵⁸⁾. Par ailleurs, l'accord a pu être considéré comme étant ratifié par les autorités concernées et être validé puisqu'il a fait, durant quelques mois, l'objet d'une exécution juridique et matérielle ⁽²⁵⁹⁾. La sentence a finalement condamné l'hostilité de l'A.E.O.I. à l'égard de la clause compromissoire car il appartenait à cette société ainsi qu'aux pouvoirs publics iraniens de faire part de leurs doutes sur sa conformité aux cocontractants étrangers, ce qu'ils s'étaient abstenus de faire dans les délais impartis ⁽²⁶⁰⁾.

51. Cette décision semble conforme tant à la doctrine avancée qu'au principe de la bonne foi dans sa portée universelle. Cependant, elle a été critiquée au profit d'une analyse mettant en valeur la place que doit occuper le droit administratif dans le

²⁵³ () OPETIT B., « Arbitrage et Contrats d'État... », *op. cit.*, *Clunet*, 1984, p. 47.

²⁵⁴ () Cf. *ibidem*.

²⁵⁵ () Sentence précitée, *J.D.I.*, 1984, p. 63.

²⁵⁶ () OPETIT B., *op. cit.*, *Clunet*, 1984, spéc. p. 47.

²⁵⁷ () Cf. *ibidem*, p. 48.

²⁵⁸ () Cf. *ibidem*.

²⁵⁹ () Sentence Framatome, *op. cit.*, *J.D.I.*, 1984, p. 67.

²⁶⁰ () Sentence Amoco précitée, note 20 p. 130 ; TANKOANO A., *op. cit.*, *Rrv. Jur. Poli. Indép. Coo.*, 1988, spéc. p. 943.

règlement d'une telle question conflictuelle ⁽²⁶¹⁾. Dans son commentaire sur cette affaire, M. *Oppetit* s'est livré à une comparaison entre deux hypothèses : celle posée et celle qui suppose l'application du droit administratif français au titre de loi personnelle. Les arbitres, qui ont rejeté la nullité revendiquée au nom de la loi iranienne applicable, auraient décidé différemment si le droit public français avait tranché un litige opposant une de ses personnes morales. Conformément à ce droit, certaines personnes publiques sont assujetties aux autorités de tutelle et tenues, pour leurs actions, de solliciter un agrément ministériel. Tout manquement à ces obligations entraînerait normalement la non-exécution des décisions prises ou des actes contractuels. L'auteur a ajouté qu'il ne s'agissait pas là d'une simple '*irrégularité d'exercice*'. Il paraissait bien s'agir le plus souvent d'un « *défaut de pouvoir ou d'un pouvoir exercé en violation d'une disposition d'ordre public ; ce qui, dans les deux cas, serait source d'annulation* » ⁽²⁶²⁾. Sur la base de cette analyse, on s'est aperçu, par voie de conséquence, que « *si le Droit français était applicable, le tribunal arbitral aurait pu constater l'invalidité du contrat et peut-être de la convention d'arbitrage du fait de l'inobservation des textes applicables* » ⁽²⁶³⁾. En outre, il apparaît évident que l'application du droit iranien était artificielle. On ne devrait donc pas prétendre que ce Droit ait été appliqué puisqu'il ne '*concéda*' pas les conclusions du tribunal. Devrait-on également admettre qu'en faisant témoignage de l'irrégularité commise, les arbitres ont extrait de cette loi ce qui leur convenait. Si ce droit le lui permettait, la sentence aurait dû déterminer s'il s'agissait d'une irrégularité administrative ou formelle ! De plus, les résultats obtenus s'identifient à ceux prévus par le droit iranien, alors le droit public domine en matière d'investissement. Les théories de dysfonctionnement des agents publics ou d'agrément sont majoritairement administratives, qu'elles soient ou non appliquées sous l'apparence de la bonne foi ou de l'estoppel. Il semble que le droit public invoqué ne puisse être décliné s'il était en vigueur lors de la passation du marché initial. Ses modifications ne peuvent être porteuses de mauvaise foi, sauf en cas de preuve de leur promulgation en faveur de l'opérateur national. Ainsi, l'identification de l'opérateur étatique a contribué à l'éclaircissement de deux repères : la mise en évidence d'un élément commun (présence de l'État ou de ses émanations) et référence implicite aux enseignements des contrats administratifs pour trancher des litiges à caractère international.

²⁶¹ () OPPETIT B., « Arbitrage et Contrats d'État... », *op. cit., supra*, spéc. p. 49.

²⁶² () Cf. *ibid.*, p. 50.

²⁶³ () TANKOANO A., *op. cit., Rev. Jur. Poli. Coop. Indép.*, 1988, pp. 938 et s., spéc. p. 944.

Section II L'extranéité juridique et ses particularités

52. Comme toute institution juridique n'a de cesse de se développer, le statut des étrangers évolue depuis l'Antiquité. L'étranger qui était considéré comme un objet de droit est devenu un de ses sujets et fait désormais le domaine d'investigation du droit international privé comparé : « *la conquête par l'étranger du régime national, autrement dit la reconnaissance à l'étranger des mêmes droits civils que ceux attribués aux nationaux, a été et demeure de nos jours l'une des aspirations les plus nobles de la communauté des nations* »⁽²⁶⁴⁾. Cette aspiration est tributaire du pouvoir des États qui imposent leurs délimitations au nom de l'exercice de leur souveraineté. Les étrangers doivent céder devant les impératifs de l'État d'accueil, conformément au respect de la territorialité. Les *Cartels* pétroliers avaient mis en cause cette idée puisqu'ils ont largement dominés lors de leur exploitation des ressources naturelles des territoires occupés⁽²⁶⁵⁾. Dès lors, la croissance des entreprises étrangères a pris de l'ampleur et *les États, quoique sujets du Droit des gens, ne peuvent plus négliger le rôle de telles sociétés*⁽²⁶⁶⁾. Par le biais des nationalisations, le Tiers-Monde a pu atténuer leur domination, établissant un certain équilibre et une stabilité relative. Ces pays ont compensé leur faiblesse économique par leurs attributs politiques et par la nationalisation de grands projets. Cette fluctuation a peu duré et la fin du communisme a démontré qu'il s'agissait d'un 'rêve' duquel il faudrait *se réveiller*. L'attrait de ces États pour une économie libérale les a conduit à négocier leur souveraineté. La mondialisation a remis en question leur autodétermination, leur infligeant des restrictions par le biais de conventions ou de traités⁽²⁶⁷⁾. Reposées sur la masse politique de chaque État et sur le principe de réciprocité, ces délimitations ont accordé aux grandes entreprises d'importants privilèges, laissant les individus à l'étranger dans

²⁶⁴ () J.C. NJEM, *Le régime juridique et la nationalisation de concessions pétrolières et autres concessions d'immeubles...*, *op. cit.*, pp. 131 et s.

²⁶⁵ () L'on ne doit pas perdre de vue que ces opérateurs étaient soutenus par leurs gouvernements nationaux, LALIVE J.F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1983, Vol. III, p. 32 ; El-KOSHERI A.S., Stabilité et évolution dans les techniques juridiques utilisées par les Pays en voie d'industrialisation, *in le contrat économique international*, édition à Bruylant-Pédone, Bruxelles-Paris, 1975, pp. 285 et s.

²⁶⁶ () WEIL P., Droit international public et droit administratif, *In Mélanges TROTABAS Louis, L.G.D.J., Paris, 1970*, pp. 511 et s. spéc. 519.

²⁶⁷ () KLAUS Langefeld-Wirth, *Les joint-ventures internationales : Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales*, Traduction GARCA André, GLN JOLY, Paris, 1992, p. 56.

une position d'infériorité ⁽²⁶⁸⁾. Si ces évolutions sont en faveur des multinationales, c'est en raison de leurs poids économiques et au nom de leurs grands projets. Ces entités sont au centre des normes interétatiques et demeurent de plus en plus dans un environnement internationalisé. Leurs marchés passés avec les États ne devraient ni être traités comme de vulgaires achats ⁽²⁶⁹⁾ ni s'assimiler aux simples accords des éléments d'extranéité. Ces évolutions incitent à cerner l'identité des opérateurs étrangers (**Sous-section I**) et à préciser les limites d'affectation de la souveraineté par le climat de libéralisation des *M.P.I.* (**Sous-section II**).

Sous-section I **Identité de l'élément d'extranéité**

53. Les *M.P.I.* se distinguent des contrats administratifs par la présence nécessaire d'un élément d'extranéité qui attribue à tout contrat d'État son internationalité ⁽²⁷⁰⁾. Cet élément revêt une importance considérable en cas de différends ⁽²⁷¹⁾ ; l'extranéité joue un rôle décisif dans l'attribution de compétence (sa présence est un préalable pour tout arbitrage *C.I.R.D.I.*) ⁽²⁷²⁾, la revendication de la protection diplomatique et la désignation de la loi applicable y sont étroitement liées. Il faut d'abord analyser ses critères d'identification (**II**), après l'examen de ses particularités (**I**).

I / Présentation juridique

54. Les sociétés transnationales se définissent comme étant une société ou un groupe de sociétés qui, en disposant d'un savoir-faire et en adoptant une politique commune,

²⁶⁸ () « *La qualité d'étranger entraîne toujours, par rapport aux nationaux, quelques infériorité juridique...* », MAYER P., *Droit international privé*, 6^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 2, n° 1.

²⁶⁹ () On a fait référence à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 oct. 1947 et au Traité de Rome, 25 mars 1957, instituant la Communauté économique européenne pour soutenir ces propos BRECHON-MOULENES Ch., « Marchés publics », *Rép., Dalloz, (Droit International)*, 1998, p. 2, n° 1.

²⁷⁰ () KADIDI k., *Les contrats internationaux des travaux publics...*, thèse précitée, Dijon, 1978, p. 74.

²⁷¹ () Cf. *ibidem*.

²⁷² () DELAUME George, « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *Clunet*, 1982, pp. 775-843, spéc. 801.

opère des transactions économiques sous l'auspice de quelques souverainetés ⁽²⁷³⁾. Bénéficiaires de plusieurs privilèges dans leurs rapports avec les États, ces opérateurs connaissent des évolutions remarquables en quantité et en complexité ⁽²⁷⁴⁾. Alors qu'on dénombrait sept mille entreprises dans les années 70, elles sont à présent de l'ordre de trente-neuf mille, travaillant toutes dans une politique de fusion et d'acquisition ⁽²⁷⁵⁾. L'apparition de nouvelles entreprises a élaboré une lignée ancestrale affectant la domination des *Cartels* ⁽²⁷⁶⁾, sans toutefois neutraliser la suprématie technologique des États développés. Ainsi, une entreprise comme « *France Télécom* » garantit sa place de quatrième opérateur mondial qui assume les enjeux de la libéralisation des télécommunications sans rencontrer des difficultés ⁽²⁷⁷⁾. Par ailleurs, l'ampleur des *M.P.I.* a provoqué l'apparition d'opérateurs du Tiers-Monde qui apparaissent moins conformes mais aptes à participer aux mêmes secteurs d'activités. L'Organisation Arabe pour l'Industrialisation, la Société Arabe des Industries Pharmaceutiques et la Société Arabe des Investissements Pétroliers illustrent l'exemple de telles entités ⁽²⁷⁸⁾.

55. Les sociétés transnationales bénéficient d'atouts particuliers (capacité technique, surface financière et appartenance aux États développés) qui justifient leur choix par un Tiers-Monde à la recherche des nouvelles technologies et de financements étrangers ⁽²⁷⁹⁾. Ces facteurs jouent en faveur de leurs détenteurs et constituent le 'serveur féodal' qui les aide à la protection de leurs intérêts ⁽²⁸⁰⁾. Ces spécificités sont donc à l'origine d'un rapport de force rappelé par les arbitres et la doctrine concernée : « *les sociétés multinationales représentent une force économique d'autant plus capable d'écraser*

²⁷³ () MERCIAI P., *Les entreprises multinationales en Droit international*, Bruylant-Bruxelles, 1993, p. 34 ; LEDUCQ X., *Les accords de développement économique conclus entre un partenaire étatique et une personne privée étrangère, thèse*, Rouen, 1981, p. 3.

²⁷⁴ () TERSEN Denis et BRICOUT Jean, *L'investissement international*, Armand Colin, 1996, p. 30 ; JAQUET J.M., *Le contrat international, que sais-je ?*, Paris, 1993 ; EL-SAYED M., *L'organisation des pays exportateurs de pétrole*, Paris, 1967, p. 25 ; PETIT B., *Les sociétés multinationales et les États nationaux, Mélanges D. BATISTA*, p. 161.

²⁷⁵ () VADCAR C., *op. cit.*, *Juris-Classeur, droit international*, 1999, Fasc. 565-50, p. 18.

²⁷⁶ () Il s'agit de sept grandes compagnies pétrolières « les Majeurs » : (*Standard Oil of Texas, Standard Oil of California, Deutch Shell, BP anglo-iranienne Oil Company, British Petroleum Company...*), EL-SAYED M., *L'organisation des États exportateurs du pétrole*, L.G.D.J., Paris, 1967, pp. 9 et s.

²⁷⁷ () BOITEAU C., « L'entreprise nationale France Télécom... », *op. cit.*, *La Semaine Juridique (J.C.P.)*, éd. G, n° 41, § 4.

²⁷⁸ () HAQUANI Zalmai, *Les contrats d'État et la coopération Sud-Sud : Cas des entreprises multinationales entre pays en voie de développement*, in '*les contrats internationaux et pays en voie de développement*', Paris 1989, pp. 267-279.

²⁷⁹ () KADIDI k., *Les contrats internationaux de travaux...*, thèse précitée, Dijon, 1978, p. 87.

²⁸⁰ () Cf. *ibid.*, p. 90.

l'État partenaire », de telle sorte qu'il « *se trouve à leur merci* »⁽²⁸¹⁾. À l'époque de la colonisation, les parties étatiques étaient en position de faiblesse face à l'influence de ces sociétés. La domination des multinationales a pris de l'ampleur à cause de développement du commerce extérieur et de leur infiltration dans plusieurs secteurs d'activités⁽²⁸²⁾. Cette inégalité économique a fluctué et la tendance s'est atténuée depuis quelques décennies. Le déséquilibre a disparu au profit d'une égalité relativement assurée. Les États en développement ont compensé leur faiblesse économique par leur revendication de souveraineté. Grâce à leur majorité numérique, ces pays ont pu exercer une influence croissante et une domination apparente au sein d'organes spécialisés. La création de *l'OPEP*⁽²⁸³⁾ a octroyé à ses membres une puissance économique-politique qui les a encouragés à réadapter le régime juridique de leurs marchés⁽²⁸⁴⁾.

56. Selon l'arbitre de la sentence *Texaco-calasiatic*, ces évolutions manifestent une position égalitaire entre États et opérateurs étrangers : « *les contrats avaient permis de réaliser un équilibre délicat des prestations incombant à chacune des parties, le gouvernement ayant manifesté son intention de traiter sur un pied d'égalité avec son partenaire* »⁽²⁸⁵⁾. Une entreprise allemande a repris cette idée pour démentir le dol dont son partenaire étatique a prétendu avoir fait l'objet. Lors de l'examen de cet argument, l'arbitrage CCI est allé très loin, estimant *impossible de dissimuler la disparité entre les deux parties*, « *Y (société allemande) s'est présentée comme une entreprise qui a occupé une position prééminente parmi les quatre ou cinq sociétés les plus qualifiées et expérimentées ; fournissant des prestations de haute technicité et se livrant à des opérations de grande complexité (...). X est un État du Tiers Monde dont le niveau de*

²⁸¹ () L'auteur précise que « sur le plan formel, l'État jouit d'une suprématie incontestable sur les entreprises étrangères, en ce sens qu'il peut, sur son territoire, lui imposer sa volonté et ses lois nationales. Mais à cette suprématie formelle se superpose une suprématie substantielle... », RIAD Fouad, « Les contrats de développement : contrats conclus entre les pays en développement et les multinationales », *les Petites-Affiches*, 18 juillet 1986, n° 86, pp. 17 et s., spéc. p. 18 ; adde, in « Les contrats de développement et arbitrage international », *Rev. Egyp. Dr. Int.*, 1986, p. 253.

²⁸² () LALIVE J.F., « Contrats entre États ou Opérateurs étatiques et... », *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1983, Vol. III, p. 31 ; EL-KOSHERI A.S., Stabilité et évolution dans les techniques juridiques..., *op. cit.*, in, *In Le contrat économique international*, Bruylant-Pédone, Bruxelles-Paris, 1975, p. 285 et s. ; WEIL P., son cours, *R.C.A.D.I.*, T. 128., vol. III, 1969, pp. 123 et s. ; son article « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français... », *op. cit.*, *Recueil et documents du Conseil d'Etat*, 1970, pp. 13-25.

²⁸³ () Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole.

²⁸⁴ () LALIVE J.F., *op. cit.*, *supra*, *R.C.A.D.I.*, 1983, V. III, p. 32.

²⁸⁵ () LALIVE J.F., « Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères : arbitrage Texaco-Calasiatic c./ Gouvernement Libyen », *Clunet*, 1977, spéc. pp. 340-341.

développement industriel et technologique était peu élevé »⁽²⁸⁶⁾. Sur le terrain juridique, une telle prise de position peut paraître exagérée car, comme l'a affirmé M. Lalive, « *les exceptions nombreuses vont dans les deux sens* », il est difficile de généraliser⁽²⁸⁷⁾. La domination des sociétés occidentales est limitée par la récession et la concurrence. Dans bien des cas, celles-ci acceptent ou renoncent à des marchés sans pouvoir négocier les conditions préalablement fixées par les États intéressés. Les seuls accords dont le traitement peut être qualifié d'égalitaire sont ceux de la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales. L'absence d'inégalité dans un contrat entre opérateurs publics d'un seul pays signifie qu'elle est « *hautement improbable dans les relations transnationales* »⁽²⁸⁸⁾.

57. Quel que soient leurs poids, les opérateurs étrangers peuvent se grouper pour l'obtention ou l'exécution d'un ou plusieurs projets. Ce phénomène constitue une juxtaposition d'entreprises coopérant en vue d'obtenir et d'exécuter un ou plusieurs marchés. C'est un contrat conclu entre deux ou plusieurs personnes afin de réaliser conjointement certaines prestations, en conservant à chacune son identité. Il s'agit d'une simple mise en commun de moyens qui est loin des formes institutionnalisées⁽²⁸⁹⁾. Le groupement d'entreprises est doté de trois avantages : répondre aux préalables technico-financiers du candidat, faire face au jeu de la concurrence et partager les risques avec d'autres sociétés⁽²⁹⁰⁾. Dépourvu de personnalité morale, le groupement ne peut être poursuivi en justice car il n'a ni capital, ni raison sociale. Les biens acquis sur son compte sont, pour les associés, une propriété individuelle et sa durée est celle du marché principal. Les sociétés membres négocient directement avec leurs partenaires ou avec des tiers et réclament individuellement leurs droits devant le tribunal. Elles sont cependant solidaires vis-à-vis du maître d'ouvrage car le groupement ne peut être ni débiteur, ni créancier et ne connaît ni faillite, ni liquidation judiciaire⁽²⁹¹⁾.

²⁸⁶ () Sentence CCI n° 3050 de 1992, un État africain c/ une société allemande, *J.D.I.*, 1993, pp. 1008 et s.

²⁸⁷ () LALIVE J.F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1983, Vol. III, p. 33.

²⁸⁸ () AUDIT M., *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 230, n° 407.

²⁸⁹ () Connaissances techniques, financements..., LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre Etats et...*, *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, pp. 54-55.

²⁹⁰ () LEDUCQ X., *Les accords de développement économique...*, *op. cit.*, pp. 3 et s. ; DUBISSON M., *Les groupements des entreprises pour les marchés internationaux*, Paris, 1985, p. 63 ; KOMOK Joseph, « Les principes directeurs de la négociation des contrats clé en main », *Rev. Jur. Poli. Indép. Coo.*, 1988, spéc. p. 204.

²⁹¹ () Cf. DUBISSON M., *ibid.*, p. 181.

58. Les entreprises regroupées désignent un mandataire pilote pour traiter avec le maître d'ouvrage ⁽²⁹²⁾. Elles assurent leur égalité par la création des comités *de direction, d'exécution, de gestion...*, au sein desquels chacun a un rôle défini. Les décisions sont prises à l'unanimité et la répartition de la direction est souvent fondée sur la parité. Ainsi, si l'un d'eux est majoritaire dans un comité, il est minoritaire dans l'autre ⁽²⁹³⁾. Néanmoins, dans les secteurs prioritaires, l'État d'accueil impose à son opérateur d'être détenteur de la majorité ⁽²⁹⁴⁾. Le groupement d'entreprises est donc un procédé qui revendique de grands desseins (*fournitures, travaux public, équipements...*) ⁽²⁹⁵⁾. Les contrats *B.O.T.* et leurs variantes encouragent ce procédé ⁽²⁹⁶⁾. Le marché du métro du Caire a abouti à la création d'un consortium franco-égyptien constitué de dix-sept entreprises réunies sous le nom de '*INTERINFRARABCO*' en vue de concrétiser ce projet ⁽²⁹⁷⁾. Le groupement d'entreprises n'est pas étranger aux marchés publics internes. L'Administration peut confier à plusieurs entreprises les accords dans lesquels plusieurs entrepreneurs ont été retenus pour une ou plusieurs opérations (fournitures, services, travaux ou bâtiments). L'allotissement est permis par le Code français des marchés publics lorsqu'il est « susceptible de présenter des avantages techniques ou financiers » ⁽²⁹⁸⁾. Les entreprises peuvent conclure un groupement dans lequel chaque membre se charge d'exécuter une prestation. Chacun est alors titulaire d'un accord : « lorsqu'un marché est dévolu à un groupement, les lots sont attribués à des entreprises nommément désignées qui ont, chacune pour ce qui la concerne, la qualité de

²⁹² () PATUT S., *Les marchés publics...*, *op. cit.*, pp. 200 et s ; LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 56.

²⁹³ () DUBISSON M., « Les caractères juridiques de coopération en matière industrielle et entreprises commerciales », *D.P.C.I.*, 1984, T. X n° 3, p. 310 ; son ouvrage *Le groupement des entreprises...*, *op. cit.*, pp. 183-187 ; LEBEN Ch., « Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production de matières premières minérales », *Clunet*, 1980, pp. 579-581 ; LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 57.

²⁹⁴ () Ex. pétrole, défense, armement, technologie... ELLAINGANH S., *Aspects juridiques des Nouvelles Formes d'Investissements dans les Pays d'Afrique Zone Franche*, *op. cit.*, *thèse*, Nice, 1998, p. 85.

²⁹⁵ () SCHAPIRA Jean, *Quelques aspects juridiques récents des activités des entreprises multinationales*, in '*Travaux du Comité Français du Droit International*', *Séance du 17 mai 1974*, Dalloz 1974, pp. 103 et s., spéc. 113 ; DUBISSON M., article précité, *D.P.C.I.*, 1984, T. X, n° 3, pp. 310 et s ; son ouvrage, *Le groupement des entreprises...*, *op. cit.*, p. 63 ; ELLAINGAN H., *Les nouvelles formes d'investissements dans les pays d'Afrique noir zone franche*, *thèse* Nice, 1998, pp. 78 et s.

²⁹⁶ () Création d'un office de travaux de construction, financement, réception, mise en service et exploitation. VADCAR C., *op. cit.*, *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-50, p. 8, n° 30 ; LANCLE J-M., « Grands projets d'infrastructure : le montage », *Build Operate Transfer, Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1997, pp. 946 et s., spéc. 950.

²⁹⁷ () In *L'Égypte aujourd'hui*, 1992, n° 42, pp. 55-59.

²⁹⁸ () Circulaire Économie-Équipement du 20 janvier 1994, v. RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, spéc. pp. 346-49, ns° 549-556.

cocontractant du maître d'ouvrage »⁽²⁹⁹⁾. Par cet instrument, l'Office Public des HLM du Morbihan a construit, en 1975, deux ensembles de type programme à loyer réduit à Guidel. Les travaux ont été repartis en quatorze lots pour lesquels les dix entreprises regroupées avaient désigné comme mandataire commun la Société de Génie Civil de l'Ouest⁽³⁰⁰⁾.

59. Le groupement momentané diffère de la société de fait par l'absence de *l'affectio sociatis*. Il se distingue de la joint venture par le défaut d'un apport actif, d'un but de réalisation ou de partage de profits⁽³⁰¹⁾. Il subsiste un désaccord sur sa qualification. *M. El-Kosheri* considère qu'un consortium ayant une structure collégiale et une unité de collaboration dépasse la simple forme contractuelle pour s'allier à la joint-venture et à la société en participation⁽³⁰²⁾. La justice française a maintes fois adopté cette vision⁽³⁰³⁾. Difficilement accessible, ce concept ne doit pas être généralisé puisqu'il faut étudier attentivement chaque situation. *M. Leben* a octroyé à ces entités la qualité d'« un contrat d'entreprise », les qualifiant des accords et non pas des sociétés en participation⁽³⁰⁴⁾. Cette opinion a été prise en compte par une autre juridiction. La Cour de Colmar a estimé que la convention d'exploitation en commun d'un marché avec partage de bénéfices a été insuffisante pour démontrer l'existence d'une société de fait⁽³⁰⁵⁾. En somme, le point de départ de ce dernier concept retient notre attention. L'extension de la qualité de société à tous les groupements momentanés est difficilement acceptable car les membres du groupement ne sont pas solidaires entre eux, même s'ils sont responsables de l'exécution à l'égard du maître d'ouvrage⁽³⁰⁶⁾. Ainsi, l'élément de risque, essentiel à toute société, n'est pas appréhendé au sein du groupement. On sait que « *sauf stipulation explicitement contraire, chacun des membres du groupement n'est responsable envers le maître de l'ouvrage que de l'inexécution ou de la mauvaise*

²⁹⁹ () Conseil d'État, 19 décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres, *Recueil*, p. 403.

³⁰⁰ () DANDELLOT Marc, « Le régime des actions en garantie en cas de groupement d'entreprises ; conclusions sur Conseil d'État, 21 février 1986, société de génie civil de l'Ouest », *Rev. Dr. Adm.*, 1986, pp. 751-757.

³⁰¹ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, economica, Paris, 1985, pp. 54-56.

³⁰² () EL-KOSHERI A.S., Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *R.C.A.D.I.*, 1975, T. 147, V, IV, pp. 219 et s.

³⁰³ () Il a été décidé qu'un groupement conjoint et solidaire d'entreprises constitue une société de fait. Plusieurs raisons militent en faveur de cette qualité. Il s'agit des économies génératrices de profit, de choix d'un pilote mandataire, de l'ouverture d'un compte commun et de la solidarité à l'égard du maître d'ouvrage. Tribunal de Poitiers, 29 mai 1957, D. 1960, I. 205.

³⁰⁴ () LEBEN Ch., « Les modes de coopération... », *op. cit.*, *Clunet*, 1980, pp. 593-596.

³⁰⁵ () Cour de Colmar, 7 mars 1956, *Revue Alsace-Lorraine*, p. 218, citée par LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *supra*, economica, Paris, 1985, p. 56.

³⁰⁶ () Cf. *ibid.* pp. 58-59.

exécution des prestations qu'il s'est engagé à fournir »⁽³⁰⁷⁾. Cela étant, il est préférable d'opter pour une position nuancée. Le juge ou l'arbitre devrait chercher pour chaque cas sa juste qualification. Rendue dans l'affaire n° 7518 de 1994, une sentence CCI est allée dans ce sens. S'interrogeant sur la nature du groupement de deux sociétés (italienne et portugaise), les arbitres ont cherché la véritable intention des partenaires. Ceux-ci se sont engagés à supporter communément, et à hauteur respective, les dépenses des travaux à réaliser et la mise en place des garanties exigées. La proposition de répartition des travaux suggérée par l'un a été refusée par l'autre. Ils ont finalement accepté de partager à hauteur de 70 % contre 30 % les coûts, bénéfices et pertes engendrés. Ces indices ont enclin le tribunal à qualifier la structure envisagée de société non commerciale mais civile de fait⁽³⁰⁸⁾.

II / Désignation de la nationalité

60. Dans son propre système juridique, l'opérateur étranger peut être une personne publique, mixte ou privée⁽³⁰⁹⁾. Son caractère transnational lui accorde la détention, sur divers territoires, d'apports techniques ou financiers⁽³¹⁰⁾. Des entreprises comme l'*Aquitaine S.N.E.A.* ou l'*E.R.A.P.* sont des personnes de droit public⁽³¹¹⁾ quoique opérant à l'étranger. L'opérateur étranger à vocation publique peut être symbolisé par les collectivités infra-étatiques formant un phénomène d'actualité⁽³¹²⁾. Le caractère public de la partie étrangère sollicite une distinction entre les marchés qui accomplissent un service public et ceux à trait commercial. Ces derniers s'assimilent aux contrats classiques et ne posent guère de difficulté. Quant aux premiers, une subdivision s'impose : les marchés participant au service public de l'un des États contractants auraient une présomption en faveur de la loi de cet État⁽³¹³⁾. Ceux qui forment un

³⁰⁷ () Cf. *Ibidem*.

³⁰⁸ () Sentence CCI, affaire n° 7518 (1994), *Clunet*, 1998, pp. 1035 et s., obs. Y. D.

³⁰⁹ () EL-SAYED M., *L'organisation des pays exportateurs de pétrole...*, *op. cit.*, L.G.D.J., 1967, p. 25 et s.; LEDUCQ X., *Les accords de développement économique...*, thèse précitée, Rouen, 1981, pp. 5 et s.

³¹⁰ () SCHAPIRA Jean, *Quelques aspects juridiques récents des...*, *op. cit.*, in *Travaux du Comité Français de Droit International*, séance du 17 mai 1974, Dalloz, 1974, pp. 103-135.

³¹¹ () Il s'agit de l'Entreprise de Recherche et d'Activités Pétrolières, considérée comme étant établissement public à caractères industriel et commercial, WEIL P., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, T. 128, Vol. III, 1969, p. 107; LEDUCQ X., *Les contrats de développement...*, *op. cit.*, thèse, Rouen, 1981, p. 6.

³¹² () Rappelons par l'accord conclu en 1975 entre l'administration française du Port du Havre et l'Administration égyptienne du Port d'Alexandrie pour la coopération économique et l'assistance technique en matière d'installation portuaire, BURDEAU G., *Les accords conclus entre Autorités Administratives ou Organismes Publics des pays différents*, In *Mélanges Paul REUTER*, pp. 111 et s.

³¹³ () ex. un accord passé entre deux entreprises publiques bulgare et yougoslave pour la coopération dans le secteur de l'électricité, RIAD F., *Les entreprises publiques et semi-publiques...*, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1963, Vol. III, p. 641.

service public pour les deux pays peuvent soulever une responsabilité interétatique et le Droit des gens peut s'imposer⁽³¹⁴⁾.

61. Qu'il soit public ou privé, l'élément d'extranéité pose souvent un problème de nationalité. La détermination de la nationalité de toute entité créée pour l'exécution d'un marché public international est âprement discutée. Le cumul de nationalités, l'exercice à l'étranger ou la création de nouvelles sociétés rendent les tentatives d'enracinement malaisées. Le droit international privé comparé accorde à chaque État le pouvoir de déterminer qui sont ses nationaux. A l'exception des restrictions légales ou conventionnelles, il considère que l'attribution de la nationalité d'un État aux étrangers relève exclusivement de la souveraineté⁽³¹⁵⁾. Conformément à ce Droit, les conflits de nationalité sont généralement tranchés suivant deux procédés. **Selon la théorie anglaise de l'incorporation**, l'entité créée est subjectivement un contrat régi par l'autonomie de la volonté. Sans utilisation frauduleuse ou abusive et en respectant les règles impératives, elle peut se voir attribuer la nationalité du territoire où elle est immatriculée. La thèse de l'incorporation permet aux fondateurs de prédéterminer la nationalité de leur société et peut leur accorder la citoyenneté des États ayant une bonne protection sociale ou de forts avantages financiers⁽³¹⁶⁾. Suivant le concept de **siège social**, ce contrat proclame la naissance d'une personne juridique dont la nationalité dépend du lieu où son siège est situé⁽³¹⁷⁾.

62. Lors de conflits armés ou de projets d'investissement, les notions de '**contrôle**' et de '**centre d'exploitation**' s'imposent au détriment des concepts avancés. Pendant l'entre-deux guerres, la justice française a fait du contrôle le critère par excellence de désignation de la nationalité⁽³¹⁸⁾. Le *contrôle* entendu ici est la maîtrise de l'un des cocontractants sur une entité (statutaire ou contractuelle). Il peut relever du pouvoir

³¹⁴ () Il en est ainsi en ce qui concerne un marché impliquant deux entreprises publiques (française et américaine) pour la coopération en matière d'énergie. La coopération entre deux partenaires techniquement égaux dans un dynamisme purement public est considérée comme un service étatique invoquant une responsabilité purement étatique. RIAD F., *op. cit.*, R.C.A.D.I. 1963, Vol. III, p. 641 ; BURDEAU G., *op. cit.*, in *Mélanges Paul REUTER*, p. 118.

³¹⁵ () MAYER P., *Droit international privé*, 6^{ème} Éd. Montchrestien, Paris, 1998, pp. 543 et s, n° 843 ; VERHOVEN Joe, *op. cit.*, in '*le contrat économique international*', Pédone, Paris, 1975, spéc. p. 120.

³¹⁶ () Cf. MAYER P., *op. cit.*, *supra*, 6^e Éd. ns° 1043-1059.

³¹⁷ () Dans certains cas, la justice française combine les deux modalités, Cf. *ibid.*, , pp. 651-664 ; MOUSSERN J.M. et autres, *Droit du commerce international : Droit international de l'entreprise*, Paris, 1996, pp. 27-28 ; SIDIBE Fodé-Flamoussa, Les enjeux de la qualification dans le contentieux des actes d'investissement international, *thèse*, Nice, 1995, pp. 35 et s.

³¹⁸ () Les juges ont séquestré les biens ennemis ou approuvé la solidarité et la protection des biens des nationaux à l'étranger. MAYER P., *op. cit.*, *supra*, 6^{ème} Éd. Montchrestien, Paris, 1998, n° 1050, pp. 656 et s ; SIDIBE F.F., *op. cit.*, *supra*, pp. 38 et s ; MOUSSERN J.M., (et alii.), *Droit du commerce international...*, *op. cit.*, Paris, 1996, pp. 29 et s.

décisionnel, de l'importance de ses activités, de la détention majoritaire des actions ou du capital. La position minoritaire n'est pas un critère fiable en raison de l'effectivité du rôle exercé et de la subordination technique du cocontractant local ⁽³¹⁹⁾. L'entité est supposée étrangère si l'on fait abstraction de son lieu d'immatriculation ou de son siège social. Le juge peut appliquer la nationalité des États d'accueil comme étant celle du lieu d'enregistrement ou celle de leur centre administratif. Il doit également prendre en considération la nationalité des opérateurs étrangers exerçant des activités économiquement importantes. Dans les secteurs spécifiques, les opérateurs étatiques détiennent le contrôle et l'administration des entités créées et refusent la qualité d'étranger à toute activité liée à leur programme de développement ⁽³²⁰⁾.

63. La notion de contrôle suscite des objections. Les liens économiques et juridiques créés avec le lieu du siège social ou de l'immatriculation sont supérieurs à ceux du lieu de contrôle ou d'administration. Selon *M. Mayer*, ce critère est une menace pour la sécurité juridique des transactions. Ce n'est pas parce que la société est ressortissante d'un État ennemi qu'elle doit faire l'objet d'une séquestration. La nationalité ne devrait pas être concernée par une telle notion (contrôle) ⁽³²¹⁾. Les critiques indiquées n'ont pas atteint les partisans de cette conception. En matière de nationalité d'investissement, on a souligné que l'importance de ce critère n'est plus à démontrer. Son efficacité prouvée durant '*son âge d'or*' évoque la gravité de ce secteur et '*son fantastique essor*' ⁽³²²⁾. Les objections argumentées ne dissimulent pas l'application de ce critère par plusieurs jugements. Le contrôle est législativement adopté pour déterminer les conditions juridiques de l'investissement. La loi française admet l'extranéité de tout apport *opéré par des non-résidents* du pays ou par des *sociétés sous-contrôle étranger...* ⁽³²³⁾. Les nouveaux codes d'investissement rendent ce *critère décisif afin de localiser leurs grandes opérations* ⁽³²⁴⁾. Pour étendre son domaine d'application, le *C.I.R.D.I.* considère '*étrangère*' la société qui « *fait l'objet d'un contrôle étranger* » ⁽³²⁵⁾. De même, pour bénéficier de l'*Agence Multilatérale des Garanties d'Investissement (A.M.G.I.)*, il faut

³¹⁹ () SIDIBE F.F., *op. cit.*, *supra*, thèse, Nice, 1995, p. 41 ; SAYED- SAYD-KASSEM A., *Entreprise multinationale, concurrence et puissance publique*, thèse, Rennes, 1980, pp. 50-52.

³²⁰ () MAYER P., *Droit international privé*, *op. cit.*, ns° 1050-51, p. 657.

³²¹ () *Ibid.*, pp. 664-665.

³²² () SIDIBE F.F., thèse précitée, Nice, 1995, p. 41.

³²³ () Cf. *ibid.*, p. 38.

³²⁴ () Les lois égyptiennes sur les investissements arabes et étrangers et la loi du pétrole imposent la participation majoritaire des personnes nationales en vue de la détention du contrôle et de l'administration.

³²⁵ () Article 25, alinéa 2 de la Convention de Washington, 1965.

en outre que l'opération réalisée sur un territoire déterminé soit *dirigée* par une société résidant dans un autre État signataire ou majoritairement détenue par cet État ou un de ses nationaux (³²⁶).

64. Pour contrebalancer leur position, les adeptes de cette notion ripostent contre les prétendus inconvénients. Les concepts « *d'insécurité juridique* » ou « *d'invalidité d'établir une norme sur un fait économique* » sont « *erronés* ». La réalité de cette critique n'a prévalu qu'un quart de siècle. Tout le reste prouve l'applicabilité de ce critère et son adéquation. Cette catégorie juridique est donc loin d'être anéantie. Le défenseur de cette thèse dévoile les critiques opposées en la qualifiant d'« *idéologie transparente au service de détenteurs de capitaux soucieux de prospérer discrètement dans l'ombre métaphysique d'une analyse formelle peu argumentée* » (³²⁷). Il trace finalement l'étendue de ce critère en considérant comme 'étrangère' :

- Toute entreprise du droit local *totale*ment ou *majoritairement* contrôlée de l'étranger,
- Toute société de personnes (en nom collectif ou commandité simple) dont la plupart des associés ou des commanditaires sont de nationalité étrangère,
- Toute société de capitaux, dont l'administration et le contrôle dépendent d'un nombre suffisant d'actions,
- Toute société anonyme à capital détenu majoritairement par la partie étrangère, qui a des sièges au conseil paritaire et des droits de vote à l'assemblée des actionnaires. En revanche, la société d'économie mixte, dont le capital est autochtone, n'est qu'une société nationale de l'État hôte d'investissement (³²⁸),
- Toute entité minoritairement étrangère, si l'apport technique (*know-how*) est indispensable à l'investissement (³²⁹) et toute opération contrôlée par les bailleurs de fonds étrangers (³³⁰).

65. Malgré ces arguments, le critère de contrôle ne reçoit pas l'approbation de la juridiction (³³¹). Dans l'arrêt '*Barcelone-Traction*', la Cour Internationale de Justice a

³²⁶ () (Art. 13/a de la Convention de l'A.M.G.I.) TOUSCOZ J., « L'Agence Multilatérale sur les Garanties des Investissements, A.M.G.I. », *Dr. Prat. Com. Int.*, 1987, pp. 311 et s

³²⁷ () SIDIBE F.F., *op. cit.*, thèse, Nice, 1995, pp. 42-43.

³²⁸ () *Ibid.*, pp. 53-55.

³²⁹ () Cf. *ibid.*, pp. 44-46.

³³⁰ () Cf. *ibid.*, pp. 51-53.

³³¹ () Il n'en est pas toujours ainsi. Dans une affaire récente, le Conseil d'État libanais a fait application de ce critère pour admettre l'extranéité d'une société siégeant au Liban. Les faits de l'affaire sont cités précédemment (v. Chapitre préliminaire, section 1, sous-section 1). Précisons cependant que la partie française a revendiqué son extranéité pour affirmer la validité de l'arbitrabilité du litige, au détriment de la compétence de la justice libanaise. Sur cette revendication, le Conseil d'État s'est référé

opté pour l'application d'une combinaison de critères (siège social et incorporation) ; solution politique qualifiée 'd'équité du moment' pour conseiller les intérêts contradictoires du Nord et du Sud, préserver la paix internationale et éviter le recours à la protection diplomatique ⁽³³²⁾. En réduisant la diversité en matière de nationalité des sociétés, l'application de cette combinaison est caractérisée d'adéquation. Elle est largement admise dans la justice française. La Cour de Cassation a établi qu'une entreprise ayant son *siège social, ses principaux établissements, ses centres de direction et d'exploitation en France* ne peut être qualifiée que de société française ⁽³³³⁾.

66. En revanche, les sentences arbitrales CIRDI font de ce critère l'**élément** leur permettant de régler les différends. Dans l'affaire *Klöckner*, la question posée était celle de l'étendue de la compétence du CIRDI au consortium (société mixte *SOCAME*), créé pour réaliser un marché de grande installation ⁽³³⁴⁾. L'opérateur allemand, alors défendeur, souhaitait cet élargissement. Il s'est basé sur l'article 21 de la Convention d'établissement (23 juin 1973) entre le Cameroun et la société *SOCAME* et sur les articles 22 du Protocole d'accord du 4 décembre 1971 ⁽³³⁵⁾ et 18 du contrat de livraison ⁽³³⁶⁾. L'opérateur camerounais (demandeur) a contesté cet argument. Conformément à l'article 46 de la Convention du CIRDI, il y avait un défaut de consentement des contractants. La *SOCAME* n'est pas ressortissante d'un autre État mais est bien une société locale du droit camerounais figurant au Registre du Commerce de *Douala*. Pour trancher cette question, le tribunal a précisé que le consentement des parties est la principale condition à sa compétence. Par principe, le pouvoir du Centre ne peut s'étendre à une personne morale possédant la nationalité de l'État partie au différend.

au traité franco-libanais d'encouragement et de protection d'investissement. Conformément à son article 2, il a décidé que : « la majorité des actions de la société libanaise FTML, en faveur de laquelle le contrat a été cédé, est la propriété de la société française FTML. Ceci signifie que la société libanaise est contrôlée par la société française, au moins 'indirectement'. D'où il s'ensuit qu'il convient d'appliquer la convention (libano-française) au présent différend ». Par ces motifs, décida-t-il « que le litige survenu entre les parties est soumis à l'arbitrage dont le mécanisme est décrit par la Convention (arbitrage de la CNUDCI) », C.E. libanais, 17 juillet 2001, l'État libanais c./ la société FTML (Cellis) SARL et autres, *Rev. Arb.*, 2001, spéc. p. 866, note SFEIR-SLIM Marie et Hadi SLIM ; QUILLERÉ-MAZOUZ fabienne, « L'arbitrage international dans les litiges relatifs aux contrats administratifs au Liban : une interdiction de principe et des exceptions (commentaire des deux arrêts du Conseil d'État libanais du 17 juillet 2001) », *Clunet*, 2003, n° 2, pp. 225 et s.

³³² () Arrêt Barcelone-Traction du 5 février 1970, Cour Internationale de Justice, *Rec. C.I.J.*

³³³ () MAYER P., *op. cit.*, 6^{ème} Éd. Montchrestien, Paris, 1998, n° 1049, p. 655.

³³⁴ () Il s'agit d'un marché clé en main conclu pour la construction d'une usine d'engrais, auquel nous nous sommes souvent référés.

³³⁵ () Établissant la compétence du CIRDI, La sentence Klöckner c./ le Cameroun, *Clunet*, 1984, pp. 409 et s., spéc. 416-417.

³³⁶ () Selon lequel « le gouvernement assure KLÖCKNER d'un examen bienveillant du dossier qui sera présenté en vue d'obtenir les avantages indispensables au fonctionnement de la société, dans le cadre de la loi n° 64/LF du 6 avril 1964 et du Traité de Brazzaville », Cf. *ibid.*, pp. 411 et s.

Cependant, *aux fins de la présente Convention, est considérée comme ressortissante d'un autre État contractant*, toute personne constituée dans l'État hôte mais sous « *contrôle exercé sur elle par les intérêts étrangers* » (art. 25). En conséquence, réaffirme le CIRDI, « *une personne morale ayant la nationalité de l'État partie au différend peut être partie aux procédures établies si l'État accepte de la considérer comme ressortissante d'un autre État contractant* ». Cet agrément confère à la personne morale une sorte de nationalité subsidiaire, fonctionnelle, aux seules fins juridictionnelles. Dans les faits de l'espèce, la *SOCAME* était, conformément au Protocole d'accord ⁽³³⁷⁾, une société de droit camerounais. Mais elle était également soumise au contrôle majoritaire des intérêts étrangers. Le tribunal soustrait sa compétence de l'exercice du contrôle étranger, du consentement sur l'arbitrage CIRDI et de l'article 21 de la Convention d'établissement ⁽³³⁸⁾.

67. Dans la sentence *Litco c./Libéria*, l'objet était le dédommagement pour violation étatique de la concession forestière du 12 mai 1970. Le *C.I.R.D.I.* a dû au préalable se prononcer sur sa propre compétence. Il *devait déterminer si le Libéria a accepté de traiter Litco comme ressortissant français en raison du contrôle exercé sur la société. Cette exigence a soulevé certaines questions : « Doit-il y avoir une relation causale entre le contrôle effectif et l'accord ? Dans l'affirmative, comment peut-on le prouver ? Quelle sorte d'accord explicite ou implicite est exigé ? Quels sont les faits susceptibles de l'établir ? »*. Pour y répondre, la sentence a précisé qu'immatriculée au Libéria lors de la conclusion du marché, *Litco* était intégralement détenue par des français. Il a ensuite affirmé que *l'existence d'un contrôle étranger sur la société affirme, faute de preuve contraire, son extranéité : « il n'existe aucune autre indication que l'accord de traiter Litco comme ressortissant français ait eu une autre cause que le fait qu'elle ait été sous contrôle français »*. L'insertion par les adversaires de clauses d'arbitrage CIRDI constitue le consentement de la traiter comme ressortissante d'un autre État contractant : « *lorsqu'un État contractant signe une Convention d'investissement contenant une clause d'arbitrage CIRDI avec une personne morale sous contrôle étranger de même nationalité que lui et qu'il le fait sachant que le présent contrat est soumis à la compétence du CIRDI, s'il accepte de traiter cette société comme ressortissant d'un autre État contractant. Il en est de même si le Droit de l'État*

³³⁷ () Stipulant que « *Klöckner et ses partenaires européens devront souscrire 51 % du capital de la SOCAME* », Cf. *ibid.*, p. 412.

³³⁸ () Cf. *Ibidem*

contractant exige que l'investisseur étranger établisse une société du droit local pour réaliser l'investissement »⁽³³⁹⁾. Pour ces raisons, les arbitres ont subséquemment précisé que sa compétence se limitait au litige opposant Libéria et *Litco*, à défaut de preuve d'accord ou de signature de clause d'arbitrage *CIRDI*, écartant ainsi sa filiale *Llic* qui a une personnalité juridique distincte.

68. Au cours de l'Affaire *Soabi c./ le Sénégal*⁽³⁴⁰⁾, l'entreprise Africaine des Bétons Industriels, société de droit sénégalais, contrôlée par des intérêts étrangers, a saisi le *CIRDI* d'une requête en indemnisation suite à la résiliation de deux marchés⁽³⁴¹⁾. Le gouvernement sénégalais s'est opposé à cette demande, soulevant l'incompétence du *CIRDI*. Les motifs évoqués ont été les suivants : contrôlée par une société de droit panaméen, la *Soabi* ne remplissait pas la condition de nationalité requise par l'article 25/2/b de la Convention de *Washington* (1965). De plus, le Sénégal n'avait pas initialement admis cette compétence dans les accords litigieux. La sentence *CIRDI* a jugé que la *Soabi* était sous supervision étrangère. Filiale de la société panaméenne, elle était indirectement contrôlée par les ressortissants (belges, français et suisses) actionnaires de sa maison-mère. Ce fait suffisait à satisfaire l'article 25/2/b considérant comme ressortissante d'un autre État cocontractant, l'entité contrôlée par des intérêts étrangers. Ces affaires démontrent que le contrôle, objet de réticence des tribunaux étatiques, est un instrument clair pour la compétence du *CIRDI*, institution excellemment sollicitée pour le règlement des différends liés aux investissements étrangers.

Sous-section II Environnement international et aménagement de la souveraineté nationale

69. Depuis toujours, les sujets d'un souverain sont soumis à son autorité, même s'ils résident à l'étranger (**souveraineté 'ratione personae'**). Dans l'État de police et, sauf garantie contre les excès de pouvoir, les résidents étaient privés de recours contre les

³³⁹ () Sentence du *CIRDI*, *Liberian Eastern Timber Corporation (LITCO) c./ Gouvernement de la République du Libéria*, *Clunet*, 1988, pp.167-188, spéc., pp. 168-169, note, GAILLARD E.

³⁴⁰ () GAILLARD E., « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Clunet*, 1990, pp. 191 et s., spéc. 193.

³⁴¹ () Il s'agit de contrats de construction de 15000 unités de logement et d'une usine de préfabrication d'éléments en béton industriel...

autorités ⁽³⁴²⁾ et les étrangers de passage n'étaient pas épargnés. Le souverain pouvait soit leur refuser sa reconnaissance, soit leur accorder certaines facilités. La délimitation des frontières a impliqué le recours à une souveraineté exclusive sur les personnes et les biens étrangers. Ceux-ci doivent se soumettre aux pouvoirs de l'État où ils se trouvent (**souveraineté 'ratione-territoriae**). Concept politique, la souveraineté n'est pas coextensive au droit que son empire ne commence à régner que là où cesse de régner le souverain. Elle est supposée absolue car son auteur est par définition celui qui juge tous les autres sans être jugé par aucun. La coexistence de plusieurs souverainetés n'est possible que moyennant des concessions. Lorsqu'elles y renoncent, elles acceptent la diplomatie ou l'arbitrage, en conséquence d'un accord commun. On peut déduire de cette introduction que la souveraineté absolue est inexistante en présence de plusieurs souverains. Ceux-ci doivent renoncer mutuellement à la pleine puissance pour préserver la paix et concilier leurs intérêts par d'autres moyens. Le droit intervient donc pour dessiner les frontières de la souveraineté de chaque État. Les évolutions des siècles derniers l'ont mené à appliquer, par *courtoisie*, des Droits étrangers ou à exécuter les décisions des autres autorités. Des règles de conflits de lois et de juridictions ont vu le jour, élaborant la nouvelle branche du droit international privé. Les flux d'investissements et la révolution de télécommunications ont modifié ces idées. Les investisseurs qui subissent des dommages à l'étranger bénéficient de la protection de leur souverain. Celui-ci doit prendre des mesures de représailles incitant l'État d'accueil à réparer les torts causés ⁽³⁴³⁾. La souveraineté sur les biens étrangers était absolue ; la voie de protection diplomatique était la seule ouverte pour trancher ces conflits ⁽³⁴⁴⁾. Il était difficilement acceptable qu'un arbitre vienne trancher les différends entre un souverain et un étranger. Qu'il soit ou non économiquement fort, le souverain a soulevé des difficultés liées à la compétence de son juge et à l'application des lois qu'il a édictées ⁽³⁴⁵⁾. C'est l'immunité de juridiction et d'exécution qui a permis à l'État la soustraction aux juges étrangers et aux décisions étrangères rendues contre lui. Cependant, son vouloir d'être juge et partie est progressivement mise en cause au nom de principes comme celui du déni de justice et de la légalité. Les États se doivent

³⁴² () SIORAT Lucien, Les limitations apportées à la souveraineté des États par la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements Privés Internationaux, in '*investissement étrangers et arbitrage entre États et personnes privées*' ; *La Convention BIRD du 18 Mars 1965*, Paris, 1969, pp. 59 et s., spéc. pp. 64-65.

³⁴³ () Cf. *ibidem*.

³⁴⁴ () Cf. *ibid.*, p. 66.

³⁴⁵ () Cf. *ibid.*, pp. 62-63.

désormais coopérer pour garantir l'effectivité des jugements prononcés et assurer la force de la chose jugée ⁽³⁴⁶⁾. Afin de préserver leurs relations, ils ont abandonné la protection diplomatique, sous réserve d'acceptation de l'arbitrabilité. Les États parties au conflit renoncent à la compétence de leurs tribunaux au profit d'une justice étrangère ou d'un arbitrage ad-hoc, voire institutionnalisé ⁽³⁴⁷⁾. Ces évolutions ont revêtu une nouvelle dimension depuis la consécration des efforts interétatiques à l'encouragement et à la promotion des flux d'investissements étrangers. Ils ont inscrit ces opérations dans un climat international caractérisé autant par le *multilatéralisme* et la *mondialisation* que par le *bilatéralisme* et la *régionalisation* qui se placent en faveur d'une souveraineté aménagée. Il faut alors traiter ces phénomènes afin de mesurer la spécificité des marchés publics internationaux et le climat lié à leur nature et à la présence d'investisseurs étrangers.

I / Mondialisation et coopération multilatérale

70. L'émergence de nouveaux acteurs sur la scène internationale ⁽³⁴⁸⁾, les évolutions technologique et industrielle, la confrontation du monde aux problèmes similaires (*énergie, eau, produits alimentaires, pollution de l'environnement, terrorisme intercontinental*) ont intensifié les efforts de coopération multilatérale. En effet, depuis la Charte de La Havane (1947), l'O.N.U. œuvre pour un équilibre politico-juridique et un développement économique-commercial. Des résolutions aussi célèbres et importantes sur la souveraineté des États sur leurs ressources (résolutions de 1803 [XVII] 1962 ⁽³⁴⁹⁾ et 3281 [XXIX] de 1974 ⁽³⁵⁰⁾) furent adoptées par l'Assemblée

³⁴⁶ () Cf. *ibid.*, pp. 68-69-70 et 74.

³⁴⁷ () Cf. *ibid.*, pp. 71-72.

³⁴⁸ () Organisations internationales, inter ou non gouvernementales, sociétés multinationales et collectivités territoriales ...

³⁴⁹ () La résolution 1803 du 14 décembre 1962 a confirmé la souveraineté « permanente et inaliénable » des États sur leurs ressources naturelles selon laquelle : « *le droit de la souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être des populations de l'État intéressé. La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources ainsi que l'importation des capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être conformes aux règles et conditions nationales* ». GEORGE ELIN, Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales..., *op. cit., supra, R.C.A.D.I.*, T. 149, Vol. 1, 1976, spéc. p. 9.

³⁵⁰ () Il s'agit de la charte des droits et devoirs économiques des États, adoptée en date du 12 décembre 1974, dont les fondements sont les suivants :

- Chaque État édicte et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession, le droit d'en utiliser et d'en disposer,

- Chaque État a le droit de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux, son autorité en conformité avec ses lois et règlements, conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun État ne sera contraint d'accorder de traitement privilégié à des investissements étrangers,

Générale. Considérées comme le reflet d'un nouvel ordre économique ⁽³⁵¹⁾, ces résolutions expriment actuellement une certaine 'légende' ou 'nostalgie' aux yeux de la doctrine occidentale. Ces normes ont encouragé aux célèbres nationalisations des grands projets passés avec les entreprises transnationales. Ces agissements ont provoqué le ralentissement des flux d'investissements, causant des effets néfastes sur l'économie des États développés et du Nouveau Monde Industriel. Face à cette pression grandissante, les États, jusqu'alors trop protectionnistes, ont adopté diverses politiques d'encouragement d'investissements et ont passé un bon nombre de conventions multilatérales. Citons, à titre indicatif, la Convention de Washington (1965) sur le C.I.R.D.I., l'Accord général sur les tarifs et le commerce (GATT)⁽³⁵²⁾, les conventions du Lomé ⁽³⁵³⁾, la déclaration et les décisions de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) sur l'Investissement International et les Entreprises Multinationales ⁽³⁵⁴⁾. Mentionnons également la Convention de Séoul (1985) créant l'Agence Multilatérale sur les Garanties d'Investissements (A.M.G.I.) ⁽³⁵⁵⁾, les Directives de la Banque Mondiale et du Fond Monétaire International (F.M.I.).

- Chaque État a le droit de réglementer et de surveiller les activités des sociétés transnationales dans les limites de sa juridiction nationale et de prendre des mesures pour veiller à ce que ces activités soient conformes aux lois, règles et règlements ainsi qu'à ses politiques économique et sociale,

- Les sociétés transnationales n'interviendront pas dans les affaires intérieures d'un État hôte. Chaque État devrait, compte dûment tenu de ses droits souverains, coopérer avec les autres États (dans l'exercice du droit énoncé),

- Chaque État a le droit «de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, *compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes (Art. 2/2)...*» ; G. FEUER, « Réflexions sur la Charte des droits et devoirs économiques des États », *Rev. Gén. Dr. Int. Pub.*, 1976, pp. 273 et s ; M. VIRALLY., « La Charte des droits et devoirs économiques des États », *A.F.D.I.*, 1976, pp. 57 et s. ; VADCAR C., « Droit d'investissement ... », *op. cit., Juris-Classeur Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-54, p. 8, n° 54.

³⁵¹ () M. SALEM, « Vers un nouvel ordre économique international. À propos de la 6ème session extraordinaire des Nations-Unies », *Clunet*, 1975, pp. 753 et s.

³⁵² () Le GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), fut signé en 1974 pour harmoniser les politiques douanières des parties signataires.

³⁵³ () Les articles 243 et 244 de Lomé III prévoient que les parties contractantes protègent leurs investissements sur leurs territoires respectifs et, dans ce contexte, concluent des accords de promotion et de protection ; JUILLARD P., « Le système conjoint de garantie des investissements de la Convention de Lomé III : vers l'enlisement », *A.F.D.I.*, 1987, pp. 589 et s ; VADCAR C., « Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : problématique de l'adhésion des pays du Sud », *Clunet*, 1998, p. 11.

³⁵⁴ () Cette déclaration contient des dispositions visant à améliorer le climat d'investissement international et à accroître la confiance entre États et sociétés multinationales. Le nouveau texte de l'OCDE (la déclaration) recommande aux États membres un certain nombre de devoirs vis-à-vis des entreprises multinationales appartenant à d'autres États membres, et notamment un devoir de non-discrimination, sauf pour des raisons liées au maintien de l'ordre public, à la protection des intérêts publics et à la sécurité internationale ; VADCAR C., *op. cit., Éd. J.-C., (Droit international)*, 1999, Fasc. 565-54, p. 8, n° 27.

³⁵⁵ () *Infra* Titre II, chapitre I, section 2, sous-section 1.

Adoptée à la 26^{ème} session de la *C.N.U.D.C.I.* (³⁵⁶), la loi type sur la passation des marchés publics est un guide qui envisage de s'incorporer aux lois nationales (³⁵⁷). Enfin, conclu lors des négociations *d'Uruguay Round* (³⁵⁸), l'Accord sur les Marchés Publics (*A.M.P.*) est une évolution remarquable par ses règles concernant la libéralisation des échanges et la non-discrimination.

71. De toute évidence, les instruments esquissés inscrivent les marchés étudiés dans un climat multilatéral, prévoyant une réglementation conjointe aux normes régionales ou nationales. Les *M.P.I.* sont alors « *propices aux textes d'accompagnement de toutes sortes* ». La portée juridique de ces textes et leur effectivité ne sont pas acquises. Leur valeur normative est douteuse d'autant plus que leur position à l'égard de la souveraineté d'État est ambiguë sinon trompeuse. Selon, une évaluation de l'*UNCTAD*, soixante-douze instruments multilatéraux conclus ou adoptés entre 1948 et 1996 n'ont eu aucune portée juridique obligatoire : leur aspect est celui de simples résolutions d'organisations inter ou non gouvernementales (³⁵⁹). La déclaration et les décisions de l'*OCDE* ne sont que des recommandations : « *le respect des principes directeurs est volontaire et ne constitue pas une obligation susceptible d'être sanctionnée juridiquement* » (³⁶⁰).

72. Les controverses sur la valeur juridique de ces normes ont souvent été exposé devant les arbitres à cause des revendications de la souveraineté étatique sur les ressources naturelles (³⁶¹). Dans la sentence *Liamco c./ La Libye*, l'arbitre unique a affirmé que « *lesdites résolutions ne sont pas une source unanime du droit* » (³⁶²). De même, l'arbitre de l'affaire *Texaco-Calasiatic* a reconnu leur *appartenance à la*

³⁵⁶ () Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International qui relève de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE).

³⁵⁷ () BRECHON-MOULENES Ch., « Marchés publics », *op. cit.*, *Rép. Int. Dalloz*, p. 7, ns° 26 et 27 ; CAREAU Dominique, « Investissements », *Répertoire Dalloz, (Droit International)*, 1998, p. 4, n° 9.

³⁵⁸ () Il s'agit de l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 sur l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.). Cette Convention est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996. Elle a été signée par l'Union Européenne et les États-Unis, le Canada, le Japon, Israël, la Corée du Sud, la Norvège et la Suisse, auxquels se sont récemment ajoutés Aruba, Singapour, Hongkong et le Liechtenstein ; *Journal Officiel (français)*, 26 Novembre 1995, *Infra*, Titre II, Chapitre I, Section 1, sous-section 1.

³⁵⁹ () Cinq d'entre elles n'avaient jamais reçu de sanction du droit positif comme la Charte de La Havane ou le Code de l'*O.N.U.* sur les entreprises multinationales ; CAREAU D., « Investissements », *op. cit.*, *rép. Dalloz, Dr. Int.*, 1998, p.11, n°53.

³⁶⁰ () VADCAR C., *op. cit.*, *Juris-Classeur, (Droit international)*, 1999, Fasc. 565-54, p. 8.

³⁶¹ () Sur cette controverse, v. COLIN Jean-Pierre, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, L.G.D.J., Paris, 1980, pp. 303-304.

³⁶² () Même s'il ajouta qu'elles « sont du moins la preuve de la tendance dominante récente de l'opinion internationale concernant le droit de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles, et que ledit droit est toujours assujéti au respect des accords contractuels », Sentence de l'*Aramco c./ le Gouvernement Libyen*, *Rev. Arb.*, 1980, spéc. p. 157.

catégorie des normes de 'jus-cogens', « principe suprême justifiant les nationalisations »⁽³⁶³⁾. Néanmoins, il a immédiatement restreint leur valeur. Selon lui, le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles « ne pourrait légitimer des mesures de nationalisation ou, du moins pas nécessairement, la portée d'une concession »⁽³⁶⁴⁾. Cette situation n'est pas décourageante car la mondialisation des accords d'investissements est en bonne voie depuis l'entrée en vigueur du nouvel Accord sur les marchés publics de l'Organisation Mondiale du Commerce⁽³⁶⁵⁾. Selon l'estimation de la CNUCED, 38 instruments multilatéraux connaissent la sanction du droit positif et revêtent la forme de traité ou de convention⁽³⁶⁶⁾. De la sorte, il doit y avoir une compatibilité entre ces textes et les normes concurrentes. La loi type, qui prône la supériorité des dispositions ou accords souscrits par l'État, s'oppose à la législation externe et s'impose aux sources nationales contraires⁽³⁶⁷⁾. Il va de soi que les résolutions 1803 et 3281 ne sont pas les seules placées en faveur de la souveraineté ou de son exercice à l'égard des investisseurs étrangers. La déclaration et les décisions de l'OCDE octroient aux États adhérents le pouvoir d'appliquer « aux entreprises étrangères opérants sur leurs territoires, un régime résultant de leurs lois, réglementations et pratiques administratives nationales ». Elles reconnaissent également « la nécessité de tenir dûment compte des intérêts des pays membres », « des objectifs et des priorités des pays hôtes en matière de développement économique et social ». Ces directives engagent les opérateurs étrangers à informer « les autorités locales sur l'entreprise, ses activités, ses finances et ses résultats » et à s'abstenir « de toute ingérence indue dans les activités politiques locales, de verser illégalement des contributions à des candidats à des charges publiques, à des partis ou organisations politiques ou à des fonctionnaires »⁽³⁶⁸⁾. De même, l'Accord Multilatéral sur l'Investissement (A.M.I.) n'affecte en rien la souveraineté d'État sur l'investissement

³⁶³ () Sentence arbitrale de *Texaco-Calasiatic*, *Clunet*, 1977, p. 373, n° 76.

³⁶⁴ () L'arbitre précisa encore que « la notion de souveraineté permanente est parfaitement conciliable avec la conclusion par l'État d'actes contractuels qui lui laissent le contrôle sur les activités de son cocontractant (...). Le contrat qu'il conclut avec une entreprise privée ne s'analyse pas en une aliénation de cette souveraineté, mais comme une limitation, d'ailleurs partielle et limitée dans le temps, de son exercice... », sentence précitée, *Clunet*, 1977, pp. 373 et s., ns° 95 et 96.

³⁶⁵ () Commission Européenne, Livre vert sur les marchés publics (COM. 961 583/4, 26 nov. 1996, point 6).

³⁶⁶ () D. CAREAU, *op. cit.*, *Rép. Dalloz*, 1998, p. 11, n° 53.

³⁶⁷ () Art. 3 de la Loi Type précitée.

³⁶⁸ () VADCAR C., *op. cit.*, *éd. J.-C., Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-54, ns° 38-39.

étranger. Une réaffirmation de ce principe ⁽³⁶⁹⁾, l'accord d'établissement ne heurte pas la compétence exclusive de l'État dans l'acceptation de l'investissement ⁽³⁷⁰⁾. Les garanties de l'*A.M.I.* n'ont pas fait l'objet d'un processus d'internationalisation. Cet accord exprime la volonté « *des États souverains* » de protéger efficacement les investisseurs étrangers et d'accroître les flux de capitaux vers les États en développement ⁽³⁷¹⁾. Ainsi, un facteur essentiel pour la réalisation de ce projet, la souveraineté d'État ne doit pas être lésée de la quête de son objectif.

73. Contrairement à ces textes qui soutiennent la souveraineté, il y en a d'autres, aussi multilatéraux, qui aménagent son exercice. Il s'agit de l'intervention du *Fond Monétaire International* dans la politique des États en développement, majoritairement endettés. Soucieux de vérifier leur soumission aux exigences de la mondialisation, le *F.M.I.* émet des directives les obligeant à respecter certaines réglementations. Même si cette institution financière ne s'implique qu'à la demande de l'État lui-même, son intervention touche le pouvoir législatif des pays adhérents. En effet, la crise d'endettement du Tiers-Monde impose le recours inévitable de ces États au *F.M.I.* afin de prolonger la durée du remboursement ou de solliciter d'autres subventions ⁽³⁷²⁾. Ainsi, cet organe pose des restrictions à la souveraineté législative de certains pays leur imposant la réadaptation de leur politique économique et sociale, ce qui est une violation du principe de non-soumission d'aucun État à aucune autre autorité ⁽³⁷³⁾. Cet infléchissement de la souveraineté est cependant spécifique aux États en développement sur lesquels les Organes financiers imposent plus aisément leur volonté, difficilement opposée aux États développés ⁽³⁷⁴⁾.

II / Régionalisme et conventions bilatérales

74. Les marchés publics internationaux s'inscrivent dans les priorités des groupements régionaux établis pour répondre aux exigences politiques, géographiques,

³⁶⁹ () Cf. *ibid.*, p. 8, n° 51 ; adde, son article, « Vers un accord multilatéral sur l'investissement », *Clunet*, 1996, pp. 7 et s.

³⁷⁰ () JUILLARD P., « Investissements », *A.F.D.I. (XIII)*, 1996, pp. 838-844, spéc. pp. 841 et s.

³⁷¹ () VADCAR C., *op. cit., supra, éd. J.-C. Dr. Int.*, 1999, fasc. 565-56, p. 26, n° 146.

³⁷² () MOHAMED Salah M., « Mondialisation et souveraineté d'État », *J.D.I.*, 1996, pp. 611 et s., spéc. p. 630-631.

³⁷³ () L'affirmation selon laquelle les États sont libres de refuser ou de souscrire les conditions du *FMI* ou de la *B.M.* n'est valable qu'en théorie, car plus le moment de recourir à ces organes est différé, plus la situation financière de l'État se dégrade et plus il s'expose à négocier sous des conditions draconiennes, Cf. *ibid.*, p. 633.

³⁷⁴ () Cf. *ibid.*, p. 649.

économiques, voire culturelles (A). Ils sont l'apanage privilégié des traités bilatéraux, soucieux d'encourager et de protéger l'investissement international (B).

A) Le régionalisme, un soutien de la souveraineté au-delà du groupement

75. Estimés insuffisants, les efforts multilatéraux sont complétés par des rapports régionaux de nature institutionnelle (*Ligue du monde arabe, Union Européenne*)⁽³⁷⁵⁾ ou conventionnelle. Les six Continents connaissent ce phénomène. Divers accords concernent le Monde arabo-musulman (*Accord sur l'investissement et la libre circulation des capitaux entre pays arabes [1970], Accord entre les États membres de l'Organisation de la Conférence Islamique sur la promotion, la protection et la garantie des investissements [1981]*). D'autres conventions sont passées entre les États africains : *la Charte relative à un régime applicable aux entreprises industrielles multinationales dans la zone d'échanges préférentiels des États d'Afrique de l'Est et d'Afrique australe [1990] ou le Traité portant sur la création du Marché Commun des États d'Afrique de l'Est et d'Afrique australe [1993]*. Quelques uns impliquent les continents asiatique et américain : *l'Accord sur l'établissement d'un régime applicable aux entreprises des pays membres du CARICOM [1987], l'Accord de base sur les coentreprises industrielles des pays membres de VANASE [1987], l'Accord de libre échange Nord-américain (ALENA) du 17 décembre 1992*⁽³⁷⁶⁾, *l'Acte final de la Conférence sur la Charte européenne de l'Énergie et le Traité sur la Charte de l'Énergie (1994)*⁽³⁷⁷⁾. La dernière catégorie émane de l'Europe et/ou du Moyen-Orient : *la Convention-cadre de Madrid [21 mai 1980] sur la coopération transfrontalière entre*

³⁷⁵ () Ces institutions réalisent des accords interétatiques (ex. Accord de l'Union Économique des États de la Ligue arabe, 1969). Elles peuvent édicter des règles juridiques, comme le fait actuellement la Communauté Européenne ; ex. les Directives sur les marchés publics ns° 93/36, 93/37 et 93/38, 14 juin 1993, *J.O.C.E.*, n° L 1999 août, sur les procédures de passation des marchés ; Directive n° 89/665, 21 décembre 1989, *J.O.C.E.*, n° L 395, 30 décembre 1989, Directive n° 92/13, 25 févr. 1992, *Journal Officiel de la Communauté Européenne*, n° L 76, 23 mars 1992. Directive n° 92/50, 18 juin 1992, *J.O.C.E.*.

³⁷⁶ () Cet accord a été signé le 17 déc. 1992 par les Présidents du Canada, du Mexique et des États-Unis d'Amérique. Il s'agit d'un Accord de libre-échange (ALENA) mis en vigueur le 1^{er} janvier 1994, MOHAMED S.M., *op. cit.*, *Clunet*, 1996, spéc. p. 647.

³⁷⁷ () VADCAR C., *op. cit.*, *J.-C. Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-54, p. 8, n° 27.

les collectivités territoriales de l'Europe occidentale ⁽³⁷⁸⁾; l'Accord du partenariat Euro-méditerranéen ⁽³⁷⁹⁾.

76. L'amplification du phénomène s'explique par le désaccord sur une réglementation commune des opérations d'investissement. Ces marchés contiennent des normes sur la concurrence ou la non-discrimination ⁽³⁸⁰⁾ qui mettent en question la souveraineté interne. Sous cet angle, le régionalisme se constitue bel et bien facteur de son aménagement. Les groupements régionaux obligent les États à concéder une partie de leurs attributs afin de résoudre les problèmes auxquels leur nouvelle création serait confrontée. Les membres de l'union européenne mettent volontairement une partie de leur souveraineté au profit de cette communauté ⁽³⁸¹⁾. Dans ce contexte, on a pu affirmer que le classement de la souveraineté entre *souveraineté partielle* et *souveraineté totale* est affecté. Dans le monde d'aujourd'hui, les États ont besoin les uns des autres pour faire face à leurs contraintes et satisfaire leurs aspirations. Ainsi, on s'est demandé s'il y a effectivement une souveraineté '*multilatérale*' ⁽³⁸²⁾ ou '*supranationale*' ⁽³⁸³⁾ qui relève de ces évolutions. Cette interprétation semble exagérée car la souveraineté étatique est loin d'être pleinement condamnée. Illustration de l'aménagement de la souveraineté, la construction européenne souffre de paradoxes incontestés entre ses membres à cause de leurs conflits d'intérêts. D'ailleurs, l'Accord de libre échange Nord Américain qui préconise une intégration économique progressive, permet à chaque État de préserver ses prérogatives exorbitantes ⁽³⁸⁴⁾. Tout au plus, conçu comme étant attentatoire à la souveraineté des États membres, le groupement ne l'est pas en réalité. Le régionalisme n'est pas un rédacteur de la

³⁷⁸ () SCHNEIDER Catherine, « La Souveraineté de l'État au carrefour du droit international et du droit administratif; Réflexions sur les développements récents du droit transnational de l'action extérieure des collectivités infra étatiques », In *Mélanges Gustave PEISER*, Paris, 1995, pp. 423-449, spéc. 425.

³⁷⁹ () Isabelle THOMAS, Le Partenariat Euro-méditerranéen, contribution au droit international du développement, *thèse*, Nice, 2001.

³⁸⁰ () Ex. Traités de Rome et de Maastricht qui contiennent des dispositions ayant une portée plus large en matière d'admission et de traitement de l'investissement (concurrence, principe de la Nation la Plus Favorisée...); VADCAR C., *op. cit.*, Éd. J.-C., *Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-54, pp. 29-30, n° 153.

³⁸¹ () « *Les traités (communautaires) ne consacrent qu'un abandon partiel de la souveraineté des États membres* », HAMONIAUX Thomas, *L'intérêt général et le juge communautaire*, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 95.

³⁸² () AL-RASHIDI A., L'évolution du concept de souveraineté et les projets de coopération régionale, in '*la reconstruction d'un espace d'échange : la méditerranée*'; *Dossier du CEDEG*, 2000, le Caire, pp. 276-283 ; pour le même auteur, Modernisation des institutions arabes de coopération pour la construction d'un nouveau projet national arabe, *communication présentée à la 10^{ème} Conférence annuelle de politologie tenue au Caire du 7 au 9 décembre 1996*, Centre de Recherches et d'Études Politiques de l'Université du Caire, pp. 5-6.

³⁸³ () MOHAMED S.M., *op. cit.*, *Clunet*, 1996, spéc. p. 662.

³⁸⁴ () Cf. *ibid.*, p. 647.

souveraineté. Bien au contraire, il est un renforcement de la souveraineté collective et individuelle de ses sujets. Expression de la volonté de coopération entre ses membres, le groupement entend contrebalancer une domination extérieure et consolider des liens intérieurs. Il *n'est donc pas incompatible avec la souveraineté*. L'affectation du pouvoir des États membres est compensée par le renforcement de leur capacité à faire face à des problèmes qu'ils n'auraient pas pu individuellement surmonter⁽³⁸⁵⁾. Ces États ne *cèdent* donc pas, mais ils *concedent* une partie de leurs attributs pour plus de réconfort ou de prospérité. Lorsqu'il s'entretient avec/ou adhère à d'autres sujets, l'État agit en raison ou au nom de son intérêt. L'abandon partiel de la souveraineté au profit d'un groupement est à la foi un renforcement de celui-ci et de ses membres face aux États étrangers. Ainsi, à l'origine d'une souveraineté collective, le régionalisme a seulement aménagé les données rigides de la souveraineté absolue⁽³⁸⁶⁾.

B) Le bilatéralisme, une atténuation de la souveraineté pour une meilleure protection

77. Si le régionalisme n'a pas véritablement affecté la souveraineté, les traités bilatéraux semblent avoir des répercussions concrètes sur son étendue. Ces traités, abondants en quantité et en qualité⁽³⁸⁷⁾, consistent à promouvoir et à protéger réciproquement les investissements projetés par les ressortissants de chacun des États contractants sur le territoire de l'autre partie. Leur volume croissant illustre l'intérêt attaché aux investissements et l'impuissance des accords *plurilatéraux* à présenter une véritable protection⁽³⁸⁸⁾. Engagements proprement internationaux, ces accords instaurent des liens juridiques directs entre l'État de nationalité de l'investisseur et celui de territorialité de l'investissement. La violation de leurs dispositions peut engendrer la

³⁸⁵ () AL-RASHIDI A., *op. cit.*, in 'la reconstruction d'un espace d'échange : la méditerranée'; *Dossier du CEDEG*, 2000, le Caire, pp. 276-283.

³⁸⁶ () Cf. *ibidem.*; MOHAMED S. M., *op. cit.*, *Clunet*, 1996, spéc. pp. 660 et 642; EL-KOSHERI A.S., Le régime juridique du commerce avec les pays en voie de développement, *R.C.A.D.I.*, 1968 (colloque), spéc. p. 93; P. JUILLARD, « Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement : à la recherche d'un droit perdu ? », *D.P.C.I.*, 1987, p. 9.

³⁸⁷ () Ils sont de l'ordre d'environ 170 traités, conclus entre États développés et en développement au cours des années 80. SALEM M., « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *Clunet*, 1986, pp. 579 et s; Environ 260 traités bilatéraux avec les États africains ont été recensés durant les années 90. VADCAR C., « Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement... », *op. cit.*, *Clunet*, 1998, p. 24; une autre estimation faite au janvier 1997 a montré qu'il y a eu environ 1330 conventions bilatérales de ce genre concernant 162 pays, alors qu'elles étaient moins de 400 en 1990; VADCAR C., *op. cit.*, *J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-54, p. 37, n° 77; Dans son article de 1998, M. CAREAU D. a confirmé que « le réseau des conventions bilatérales d'investissement conclues entre pays exportateurs et importateurs de capitaux dépasse maintenant les 1100 (dont plus d'une soixantaine pour la France) », in « Investissements », *Rép., Dalloz, Dr. Int.*, 1998, p. 4, n° 9; JUILLARD P., « Investissements », *A.F.D.I. XIII*, 1996, pp. 838-844.

³⁸⁸ () VADCAR C., *op. cit.*, *édition Juris-Classeur Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-54, ns° 25 et 77.

responsabilité internationale de l'État concerné vis-à-vis de son partenaire au traité. Protection supérieure, ces accords constituent un système de référence pour plusieurs marchés d'investissements étrangers. Une fois ratifiés par les autorités compétentes, ils acquièrent une suprématie sur les lois nationales et une priorité d'application ⁽³⁸⁹⁾. Technique élaborée par les États développés, ces accords entendent soustraire les *M.P.I.* aux juges et aux lois de l'État partie aux éventuels conflits.

78. L'extension de ces traités est tributaire de la diversité de leur niveau de précision. A titre d'exemple, la Convention franco-égyptienne de 1974 ⁽³⁹⁰⁾ a engagé ses sujets à développer la coopération afin d'instaurer des conditions favorables et une négociation juste et équitable des investissements. Chaque partie accepte l'arbitrage *CIRDI* pour régler les litiges pouvant opposer le ressortissant d'un État à un autre ou à l'un de ses démembrements (Art. 7). A priori, les clauses contractuelles favorables aux textes de cette convention seraient applicables. La réglementation nationale de protection doit se conformer au standard bilatéral de protection. Les mesures publiques portant atteinte à l'investissement international ne doivent être ni discriminatoires, ni confiscatoires. Ce type classique n'existe plus. Faute de se référer à un standard indiscuté, les États s'efforcent de prévoir les conditions légales d'expropriation et les modalités précises de compensation ⁽³⁹¹⁾. Deux modèles de clauses coexistent : celui de « *type français* » ⁽³⁹²⁾ et celui de « *type américain* » ⁽³⁹³⁾, plus rigide et plus ferme que le précédent. Ces traités bilatéraux traduisent la préoccupation des États à encourager les investissements étrangers. Ils illustrent une surenchère qui manifeste l'aménagement de la souveraineté étatique ⁽³⁹⁴⁾ et soulève la question de sa délimitation. Celle-ci n'a cependant pas le

³⁸⁹ () Cf. *Ibid.*, n° 11.

³⁹⁰ () AUDIT Bernard, *Droit du commerce international*, Paris, 1996, pp. 220 et s.

³⁹¹ () SALEM M., « Le développement de la protection conventionnelle... », *op. cit.*, *J.D.I.*, 1986, p. 620.

³⁹² () Ex. de clauses de type française : « *Chacune des Parties contractantes admet et encourage, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord, les investissements effectués par les nationaux et sociétés de l'autre Partie sur son territoire et dans sa zone maritime* ».

³⁹³ () Ex. de clauses de type américain : « *chacune des Parties s'engage à maintenir un climat favorable sur son territoire pour les investissements des nationaux et sociétés de l'autre Partie, et permettra la constitution et l'acquisition de ces investissements à des termes et conditions qui accordent un traitement non moins favorable que le traitement accordé, dans des situations semblables, aux investissements de ses propres nationaux ou sociétés, ou aux nationaux et sociétés des États tiers, si ce dernier est plus favorable* » ; ou encore « *Chacune des Parties accordera aux investissements existants ou nouveaux, sur son territoire, des nationaux ou sociétés de l'autre Partie un traitement non moins favorable que le traitement accordé, dans des situations semblables, aux investissements de ses propres nationaux et sociétés, ainsi qu'aux activités qui y sont liées, ou aux investissements des nationaux ou sociétés des États tiers, ainsi qu'aux activités qui sont liées, si ce dernier est plus favorable* », VADCAR C., « Droit de l'investissement... », *op. cit.*, *supra*, éd. J.-C., *Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-54, p. 5, n° 12.

³⁹⁴ () *Ibidem*.

même degré d'amplification. Alors qu'elle est légère concernant l'admission des investissements, elle s'alourdit davantage lorsqu'il s'agit du traitement des projets, et atteint sa portée maximale en cas d'*expropriation ou de nationalisation* ⁽³⁹⁵⁾.

**a) Faible aménagement de la souveraineté en matière
d'admission et de traitement d'investissement étranger**

79. Traditionnellement, les traités bilatéraux conditionnaient l'accueil d'éventuels projets, conformément aux lois de l'*État hôte* d'investissement. Cette tradition a été réduite progressivement. Certains traités engagent l'État d'accueil à autoriser les investissements étrangers conformément à sa législation et aux dispositions de traité ⁽³⁹⁶⁾. De plus en plus intégrés, les accords de « *type américain* » contiennent des clauses qui se substituent aux lois internes applicables et portent atteinte à la souveraineté législative des États d'accueil. L'exemple de l'accord américano-panaméen illustre cette situation. De même, et sans négliger les dispositions du traité bilatéral, l'accord américano-égyptien a mentionné la référence aux lois du pays.

80. Si on quitte la phase d'acquisition pour celle du traitement, on s'aperçoit que la souveraineté fait l'objet d'une véritable intervention. Divers traités contiennent une disposition d'intangibilité et de stabilisation : « *les parties se sont engagées implicitement à ne pas modifier leurs législations en la matière concernée, lesquelles doivent rester telles qu'elles étaient au moment de l'entrée en vigueur de cette convention* » ⁽³⁹⁷⁾. De tels traités peuvent s'associer aux lois internes applicables tout au long de la phase d'exécution. Certains principes, **comme 'la nation la plus favorisée', 'le standard minime', 'le traitement juste et équitable interprété conformément au droit interne et au Droit des gens'**, interviennent pour corriger ou compléter ces lois. Souscrits dans plusieurs traités, ces principes visent à protéger les droits acquis par les investisseurs étrangers en interdisant la discrimination autant entre eux et les nationaux que par rapport à d'autres ressortissants. Les arbitres s'y réfèrent pour sanctionner les comportements excessifs de l'État contractant ⁽³⁹⁸⁾. Ces notions floues, obscures et inopérantes d'un point de vue économique-juridique, ne sont pas accueillies favorablement par la doctrine. Paradoxalement, celle-ci admet l'application de règles

³⁹⁵ () SALEM M., *op. cit.*, *Clunet*, 1989, spéc. p. 602.

³⁹⁶ () Ex. accords signés avec le Pakistan et la Chine, Cf. *Ibid.*, p. 603.

³⁹⁷ () Convention de *Bengladesh/Grande-Bretagne* de 1980. Cf. *Ibid.*, pp. 605 et 606.

³⁹⁸ () *Infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 2.

qui avantagent les investisseurs étrangers en cas d'incompatibilité entre les lois de l'État hôte d'investissement (³⁹⁹).

b) Atténuation poussée de la souveraineté étatique en matière de protection d'investissement

81. Deux modèles de clauses servent d'exemples concluants : l'un est relativement ancien. Il peut être représenté par l'article 4 de la convention franco-égyptienne ; « aucune partie contractante ne prendra de mesures d'expropriation, de nationalisation ou de dépossession, directe ou indirecte, à l'encontre des investissements des ressortissants de sociétés de l'autre partie contractante, sauf pour cause d'utilité publique et à condition qu'elle ne soit ni discriminatoire, ni contraire à un engagement particulier. Les mesures de dépossession qui pourraient être prises devront donner lieu au paiement d'une **juste et équitable indemnité**, dont le montant devra correspondre à la valeur réelle au jour de la dépossession des biens, droits et intérêts déposés (⁴⁰⁰). L'autre est récent. Il s'agit de la formule insérée par la France dans ses dernières conventions. Le traité du 28 avril 1989 (**en vigueur depuis 1991**) passé avec le *Turkménistan* démontre plus de rigidité et de précision : « les investissements effectués par des nationaux ou sociétés de l'une ou l'autre des parties contractantes bénéficient, sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleine et entière » (⁴⁰¹). Selon les termes de cette disposition, la souveraineté est directement visée car l'État ne doit pas désormais faire appel à ses pouvoirs exorbitants. Si on peut reprocher à ce type **des conventions** la généralité d'expression, le doute est levé devant la pratique américaine du mécanisme de protection : « les investissements des nationaux et sociétés de l'une et l'autre des deux parties se verront accorder à tout moment un traitement juste et équitable et bénéficieront d'une pleine et entière protection et sécurité sur le territoire de l'autre partie. Ce traitement, cette protection et cette sécurité seront conformes au droit national et, en aucun cas, ne seront moindres que ce que requiert le droit international. Aucune des parties ne portera en aucune manière atteinte, par des mesures de caractère arbitraire ou discriminatoire, à la gestion, à l'exploitation, à la direction ou à la disposition des investissements. Chacune des parties respectera les obligations de toute nature qu'elle pourrait avoir souscrit vis-à-vis des investissements

³⁹⁹ () SALEM M., *op. cit.*, *Clunet*, 1989, spéc. pp. 608-614.

⁴⁰⁰ () AUDIT B., *Droit du commerce international*, Paris, 1996, p. 222.

⁴⁰¹ () VADCAR C., *op. cit.*, éd. J.-C., *Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-54, ns° 19 et 88.

des nationaux ou sociétés de l'autre partie »⁽⁴⁰²⁾. Les deux derniers modèles s'accordent sur le motif de dépossession possible. Celui-ci doit être un but respectif d'intérêt public, effectué dans le respect des procédures légales, sans discrimination ou violation des clauses de stabilisation. Toute dépossession possible doit s'accompagner d'une véritable compensation et/ou indemnisation. Lesdits modèles s'opposent concernant leurs conditions d'exercice ; un simple regard sur la clause de type américain montre une rédaction plus stricte que celle du modèle français⁽⁴⁰³⁾. Au-delà de ce différend, les traités *Nord et Sud ne manifestent pas de réciprocité* dans leur mode de traitement. Les bénéficiaires de la protection sont théoriquement les ressortissants des États *partis* ; pourtant, les opérateurs occidentaux dominent constamment.

82. A la lumière de cette évolution, on a considéré que l'engagement interétatique de non-nationalisation a frappé de caducité et d'inexécution le principe de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles⁽⁴⁰⁴⁾. Cette opinion est exagérée. La pratique a démontré qu'un certain équilibre a été trouvé et que « *tout se passe comme si, convaincus d'avoir récupéré les compétences internes, les pays en développement estimaient pouvoir se lier contractuellement, par des accords bilatéraux, sans remettre en cause de façon fondamentale et durable ce qui vient d'être réaffirmé* »⁽⁴⁰⁵⁾. En effet, les dispositions de ces traités ne heurtent pas le contrôle de compatibilité des projets envisagés. Pendant la phase de pré-investissement, l'État a le droit de s'assurer du respect des formes exigées (déclaration ou autorisation). La pratique a démontré à maintes reprises que rien ne pourrait empêcher un État (développé) d'interdire à ses ressortissants d'investir dans un Pays déterminé⁽⁴⁰⁶⁾ ou un autre État (en développement) d'accéder à des repréailles, en suspendant des accords en exécution⁽⁴⁰⁷⁾. Par ailleurs, « *le réseau bilatéral conventionnel visant à encourager et à protéger*

⁴⁰² () Cf. *ibid.*, n° 89.

⁴⁰³ () « *Aucun investissement, que ce soit pour le tout ou en partie d'un national ou d'une société de l'une ou de l'autre des Parties, ne pourra être exproprié ou nationalisé par l'autre Partie, ni soumis à aucune mesure ou série de mesures, directes ou indirectes, qui équivaldraient à une expropriation...* », Cf. *ibid.*, ns° 19, 88, 91 et 92.

⁴⁰⁴ () LEBEN Charles, « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement ; Réflexions sur la décennie écoulée '1976-1986' », *Clunet*, 1986, pp. 883 et s, spéc. 918.

⁴⁰⁵ () SALEM M., article précité, *Clunet*, 1989, pp. 579-626, spéc. 591 et s.

⁴⁰⁶ () Ex. la décision des États-Unis du 27 avril 1997 à l'encontre de la Birmanie, *VADCAR C.*, *op. cit.*, *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, pp. 6 et s ; adde, Fasc. 565-54, n° 16.

⁴⁰⁷ () Ex. décisions de la Libye à l'égard des opérations d'origines américaines proclamées en repréailles aux décisions des États-Unis à son égard.

les investissements ne dit pas autre chose »⁽⁴⁰⁸⁾. Bien mieux, « *le pouvoir discrétionnaire de l'État peut s'exercer - et la pratique est fréquente - de façon discriminatoire* ». Il n'est pas rare que « *certains investisseurs soient favorisés, d'autres étant sujets à des discriminations. Les conventions bilatérales d'investissement n'ont pas pu lutter contre ce phénomène* »⁽⁴⁰⁹⁾. Tout au plus, les traités bilatéraux, et encore moins les multilatéraux, ne contiennent aucun texte interdisant aux États l'exercice de leur pouvoir exorbitant. Au nom de l'intérêt public, les États peuvent agir sous des réserves, peut être, plus excessives mais plus fermes pour légitimer leurs actions. Ils ont toujours le pouvoir de nationaliser pour utilité publique, en observant les règles de forme et le versement d'une véritable indemnisation. Ainsi, ni la pratique, ni le commerce juridique n'ont pu conduire la souveraineté à sa fin. La souveraineté subsiste et persiste et les objections dont elle a fait objet, ont été formulées en vain. La souveraineté n'est toutefois pas ou plus plénitude car son aménagement dans les secteurs économiques est désormais certain⁽⁴¹⁰⁾.

Conclusion

83. Si les marchés publics internes et internationaux exigent la présence d'un élément public, les problèmes soulevés à cet égard sont spécifiques (effet de la non-reconnaissance de l'État contractant, implication de celui-ci dans les accords conclus avec ses démembrements ou la capacité contractuelle des personnes publiques dans

⁴⁰⁸ () Toutes les conventions conclues par la France prennent soin de préciser que les investissements en cause devront avoir été constitués conformément à la législation du pays d'accueil. JUILARD E., « Investissements », Répertoire Dalloz (Droit international), 1998, n° 92, p. 16.

⁴⁰⁹ () Cf. *ibidem*, n° 94.

⁴¹⁰ () «... *Les États d'accueil ont vu leur compétence en matière d'admission d'investissements étrangers perdre son caractère entièrement discrétionnaire. Elle est désormais limitée dans la mesure où elle fait obstacle à la liberté du commerce international* », JUILARD E., « Investissements », Répertoire Dalloz (Droit international), 1998, n° 98, p. 16.

l'insertion de certaines stipulations). Certaines solutions suggérées ont été empruntées au Droit de l'Administration (capacité contractuelle, validité des clauses arbitrales...). Les *M.P.I.* ne se caractérisent pas seulement par l'inégalité économique, mais aussi par « l'inégalité juridique des cocontractants » : d'un côté apparaît un État souverain, de l'autre, un opérateur privé, le plus souvent une société d'un pays industrialisé ⁽⁴¹¹⁾. Sans doute est-il difficile de généraliser, car des exceptions existent. Des accords, comme ceux des collectivités territoriales, revendiquent un traitement identique. Cependant, la présence des étrangers et l'ordre de grandeur de ces marchés les font baigner dans un environnement international tributaire d'un aménagement de la souveraineté des États hôtes d'investissements. Cet environnement confère, certes, un caractère original aux *M.P.I.*, mais cette originalité n'est pas totale puisque l'« on ne connaît pas de principe général du droit international propre aux marchés publics... » ⁽⁴¹²⁾. Le recours au droit international est toujours contesté. Lors des négociations de l'*A.M.I.*, les États-Unis souhaitaient appliquer certaines de ses règles sur la phase de pré-investissement alors que d'autres pays s'y sont opposés au profit du recours au droit de l'État concerné ⁽⁴¹³⁾.

84. - Au-delà de son étendu et de sa portée, l'aménagement de la souveraineté ne contredit pas l'applicabilité du droit public, conçu comme un autre moyen de neutraliser le pouvoir extra juridique ⁽⁴¹⁴⁾. Ce droit ne livre pas à l'État les investisseurs étrangers pieds et mains liés, puisqu'il tend toujours à réaliser un équilibre économique. Dans ce contexte, on peut encore ajouter que les résolutions de l'*O.N.U.*, furent-elles ou non contestées, ont un contenu similaire aux clauses des traités de protection et d'encouragement d'investissements. L'État peut toujours nationaliser les biens des étrangers ou résilier leurs marchés en cas d'*utilité publique (sécurité ou intérêt national)* et sous une réserve du versement d'une *indemnisation* conforme aux lois internes et au Droit des gens ⁽⁴¹⁵⁾. Ainsi, on peut conclure que le critère organique peut être un facteur

⁴¹¹ () LALIVE J.L., Les contrats entre États ou opérateurs étatiques et...*op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, v. III, 1983, spéc. pp. 31 et 32.

⁴¹² () BRECHON-MOULENES Ch., article précité, *Rép. Dalloz Dr. Int.*, 1998, p. 8, n° 32

⁴¹³ () VADCAR C., *op. cit.*, *Juris-Classeur, Droit International*, 1999, Fasc. 565-54, p. 8, n° 55.

⁴¹⁴ () « Cette souveraineté (absolue) est tempérée par la présence des grands corps et des assemblées électives, États et municipalités, dont les privilèges sont historiquement attestés », TESTU François Xavier, « La distinction du Droit public et du Droit privé est-elle idéologique ? », *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 345 et s., n° 20 ; en ce sens, BOISSESON Michel, « Interrogations et doutes sur une évolution législative ; article 9 de la loi du 9 août 1986 », *Rev. Arb.*, 1987, p. 3.

⁴¹⁵ () Les résolutions ont prévu que tout litige concernant l'indemnité doit, sauf accord contraire, être porté devant la législation nationale de l'État, à l'arbitrage ou à la justice internationale, GEORGE ELIN, *idem*, *R.C.A.D.I.*, 1976, T. 149, Vol. 1, spéc. p. 52.

d'identification entre les accords confrontés. Reste donc de savoir si leur critère objectif confirmera cette conclusion ?

CHAPITRE II
CRITÈRE OBJECTIF : SERVICE PUBLIC ET EXTRANÉITÉ
ÉCONOMIQUE D'INVESTISSEMENTS

85. Procédés contractuels très répandus pour la réalisation de grands projets, les *M.P.I.* connaissent des formes « *nommées* » ou « *innommés* », riches en quantité, en

qualité et en complexité juridique. Ces accords contiennent divers classements en fonction du but envisagé : sous un angle purement juridique, on parle des accords de ressources naturelles, de services et de travaux publics, de *marchés B.O.T., contrats clé en main, conventions de coopération et du transfert technologique...* ⁽⁴¹⁶⁾. On les divise en *typologies* sociétaires ou contractuelles, formes classiques ou nouvelles ⁽⁴¹⁷⁾, accords ayant pour effet et ceux ayant pour objet le transfert industriel ⁽⁴¹⁸⁾ lorsqu'ils sont traités dans le cadre d'une étude à dimension économique. Face à cette diversité typologique, il est préférable d'envisager ces accords sous l'angle de l'intérêt général et du service public. Or, au-delà des contrats administratifs par détermination de la loi, la publicisation d'un contrat relève de sa nature, de ses caractères et non pas du but ou de la qualité des parties : « *ce ne sont pas les sujets qu'il y a lieu au contrat mais l'objet* » ⁽⁴¹⁹⁾. La nature administrative du contrat ne relève plus de la seule qualité de l'un des contractants. La simple présence d'une personne publique ne suffit plus pour qu'un accord interne se voie attribuer cette qualification. Il va de soi que les *M.P.I.* se développent dans cette direction. Ce n'est pas parce qu'un opérateur étatique est présent dans un accord que celui-ci mérite un traitement particulier. Les marchés publics internes ou internationaux doivent alors remplir un critère fonctionnel à double variante ; alors que les contrats administratifs nécessitent l'entretien de liens forts avec le service public et/ou la présence de clauses exorbitantes ⁽⁴²⁰⁾, les *M.P.I.* incorporent le concept d'investissement étranger, répondent à l'objectif du développement et contiennent des clauses de protection. Au-delà de leur diversité d'appellation, les locutions *service public/investissement, intérêt général/objectif de développement, clauses exorbitantes et celles de protection* (critère objectif de ces accords) soulèvent des questions similaires : les *M.P.I.* participent-ils à des missions de service public au même titre que les accords liant l'Administration à des particuliers ? Les clauses de protection sont-elles une négation ou une affirmation des clauses exorbitantes ? La

⁴¹⁶ () LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, pp. 13 et s.

⁴¹⁷ () FEUER G., *Contrats Nord-Sud et transfert de technologie*, in '*Les contrats internationaux et pays en voie de développement*', *économica*, Paris, 1989, pp. 137-158 ; OMAN C., *Les nouvelles formes des investissements internationaux en pays en voie de développement*, O.C.D.E., 1984, pp. 154 et s ; ELLAINGAN H., *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays d'Afrique Zone Franche*, thèse, Nice, 1998.

⁴¹⁸ () KAHN Ph., *Typologie du contrat de transfert de technologie*, in '*Transfert de technologie et développement*', 1977, pp. 435-465.

⁴¹⁹ () DUGUIT L., *Traité de droit administratif*, 3^{ème} édition, T. III, p. 44.

⁴²⁰ () C'est un critère alternatif qui se suffit de la présence de l'un de ses éléments dans tout contrat administratif. Cependant, rien n'empêche que ces notions s'appliquent de manière cumulative. De plus, cette application peut, dans certains Droits, être impérative. On a vu que le droit égyptien exige la présence cumulative de trois critères distinctifs des contrats administratifs.

réponse à ces interrogations n'est pas aussi simple qu'il y paraît. Le problème n'est pas encore tranché car la doctrine est très divisée. Cette situation est concevable dans les accords étudiés. A titre indicatif, les partenaires des *M.P.I.* *encourent* des dangers du même ordre de grandeur. La mauvaise exécution peut affecter l'économie de l'État concerné et, le non-paiement peut conduire son cocontractant à la cession. Ces périls pèsent sur la qualité des parties, la taille et l'importance des opérations ⁽⁴²¹⁾. Il est alors concevable qu'un rapport de force et un climat de méfiance marquent les processus de la passation des *M.P.I.* et de leur exécution ⁽⁴²²⁾. Dans cette atmosphère tendue, chacune des partenaires cherche à dominer l'autre et à lui imposer ses propres conditions : la partie étrangère se préoccupe de la sécurité de ses droits et de la non aggravation de ses obligations. Elle revendique une protection juridique élaborée par des clauses de stabilisation et d'arbitrage en cas de différend. Ces clauses imposent aux pouvoirs publics certaines restrictions qui s'expliquent par le climat propre aux investissements étrangers, (concurrence illimitée s'agissant de grands projets ou accès aux financements étrangers afin d'acquérir des technologies avancées...). De telles considérations font quasiment défaut dans les contrats passés entre l'Administration et ses sujets car l'opérateur étatique n'a pas en face de lui de simples particuliers. Il faut alors confronter les éléments du critère objectif des *M.P.I.* et des contrats administratifs afin de vérifier l'autonomie de ces accords ou leur proximité initialement annoncée.

Section I **Objet des contrats et objectifs des contractants**

86. On sait que, par le biais des contrats, chacun des partenaires aux marchés publics internes et internationaux vise une finalité qui ne doit pas être confondue avec l'objet de l'agissement. En effet, l'objet et l'objectif qui peuvent abstraitement exprimer une

⁴²¹ () MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière du contrat d'État », *Clunet*, 1986, pp. 5 et s.

⁴²² () DURAND Pascal, « La durée des accords de coopération et les clauses gouvernant leur adaptation », *D.P.C.I.*, 1984, T. 10, n° 3, pp. 360-370.

même notion ⁽⁴²³⁾, sont concrètement distincts et en matière contractuelle, ils sont complètement différents ; l'objet, qui matériellement est toute chose affectant le sens de la vue, est juridiquement la matière sur laquelle porte un droit, une obligation, un contrat ou une convention. En revanche, l'objectif représente le but, la cible, le résultat ou même la finalité qu'on entend réaliser ⁽⁴²⁴⁾. Pour être plus explicite, prenons le cas d'un marché d'une usine clé en mains. Alors que l'objet de cet accord est la réalisation d'un ensemble industriel, son objectif est le développement d'un secteur ou d'une région. Dans ce contexte, le second critère des *M.P.I.* et des contrats administratifs implique ces deux éléments : l'objet et l'objectif de ces marchés sont combinés pour identifier des accords ordinaires en cas de différends. Toutefois, si l'objet et la finalité du contrat administratif sont le *service public* et *l'intérêt général* (**Sous-section I**), ceux des *M.P.I.* sont *l'investissement étranger* et *le développement* (**Sous-section II**).

Sous-section I Service public et intérêt général

87. Tout comme pour les marchés publics internationaux, les contrats administratifs connaissent plusieurs typologies : concessions, marchés publics, occupation de domaine public, accords passés avec les usagers...⁽⁴²⁵⁾. Ils touchent notamment ceux de service ou d'infrastructure. Dans ce sens, les marchés de travaux publics revêtent, par rapport aux autres contrats administratifs, une originalité d'incorporation : ce sont des véritables contrats administratifs par détermination de la loi ⁽⁴²⁶⁾. L'exécution d'un travail public implique toujours le caractère administratif des marchés conclus à cette fin, et ceci sans qu'il y ait lieu de se référer aux critères du « *service public* » ou des « *clauses exorbitantes* ». Cette qualification s'opère aussi bien en raison de l'ancienneté du droit des travaux publics ⁽⁴²⁷⁾, que de la particularité de ces opérations ⁽⁴²⁸⁾. En effet, tout

⁴²³ () En ce sens, dit-on que 'la visite qu'il lui a faite n'a pas rempli son objet, atteint son objet, a manqué son objet, l'on entend par cela atteindre ou manqué son but et objectif', LE PETIT ROBERT, Paris, 1996, pp. 1512-1513.

⁴²⁴ () *Ibidem*.

⁴²⁵ () FRIER P.L., *Précis de droit administratif, op. cit.*, n° 553, p. 325.

⁴²⁶ () Ainsi les articles n° 5 (loi égyptienne n° 9 de 1949), n° 10 (loi n° 165) et n° 11 (loi n° 47 de 1972) qualifient ces contrats d'administratifs, ELTAMAOUÏ S., *Al-anasser al-assassiah lel-aucoud alédariah ; dérassah mocaranah, (Les principaux éléments des contrats administratifs ; étude comparée)*, AIN-CHAMS, Le Caire, pp. 57 et s.

⁴²⁷ () Plus ancien chapitre du droit administratif français, VEDEL G., *Droit administratif*, P.U.F., 1992, p. 396.

⁴²⁸ () Considération de la personne de l'entrepreneur, pouvoir du contrôle et de direction, compétence du juge administratif lors de la mise en jeu de la responsabilité de l'entrepreneur en cas des dommages causés lors de l'exécution des travaux à des tiers et la faculté de ceux-ci de demander la

travail public est nécessairement composé de trois éléments caractéristiques : objet immobilier, utilité générale ⁽⁴²⁹⁾ et exécution des travaux pour le compte ou sous le contrôle d'une personne publique ⁽⁴³⁰⁾. ***Au-delà de la qualification législative de certains contrats administratifs, le critère distinctif de ces accords « réside dans l'objet même du contrat lorsqu'ils relèvent du service public ; organisation, exploitation, gestion, coopération ou participation »*** ⁽⁴³¹⁾. Élaborée par la jurisprudence et la doctrine, la notion de service public n'avait pas d'impact sur la nature des accords de l'Administration. La mutation du rôle de l'État, au cours du siècle dernier, a donné à ce concept sa pleine dimension. Depuis lors, est devenu *jurisprudentiellement* administratif, tout contrat passé pour « l'exécution directe et immédiate d'une mission de service public » ⁽⁴³²⁾ ou tout accord qui en constitue une « modalité d'exécution » ⁽⁴³³⁾. Ceci étant, le contrat administratif doit répondre à des missions de service public au moyen de son exécution directe par le contractant ou de la participation à son exécution. Cependant, la notion de service public est source de confusion. Sa définition et son étendue génèrent des difficultés d'appréciation. L'intérêt général, son pilier principal, entraîne d'autres problèmes d'identification. Il s'agit d'un concept dont une définition commune reste introuvable et les frontières entre ses variantes ⁽⁴³⁴⁾ sont

réparation à l'Administration, Cf. *ibidem.*; WEIL P., *Le droit administratif, op. cit.*, Que sais-je ?, 1983, p. 56 ; DE LAUBADERE A., (et alii), qui a parlé du caractère nécessairement administratif des marchés des travaux publics., *op. cit.*, T. II, 13^e Éd. L.G.D.J., p. 378, n° 677.

⁴²⁹ () *Ibid.*, p. 344, n° 607.

⁴³⁰ () Travaux effectués pour le compte des sociétés d'économie mixte ou des entreprises privatisées dont le financement est majoritairement étatique. Toutefois, ne les sont pas les travaux exécutés pour le compte du concessionnaire de mine, généralement une personne privée, alors que les travaux du concessionnaire d'énergie hydraulique ou électrique (EDF/GDF) sont des travaux publics Cf. *ibid.*, pp. 348 et s., ns° 587-627; BRAIBANT G. et B. STIRN, *Le droit administratif*, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1996, p. 156.

⁴³¹ () Arrêts du Conseil d'État égyptien, 16 décembre 1956, Affaire n° 222, *Al-sannah Al-aashra kadaiha* (10^{ème} Année jurisprudentielle) ; adde, Affaire n° 779 24 février 1957 ; C.E. égyptien 24 février 1968, EL-TAMAOUÏ S., *Ausses al-aucoud al-édariah ; dérassah mocaranh*, (Les fondements des contrats administratifs ; étude comparée), 5^e édition, Maktabette Ain-Chamess, Le Caire, 1991, pp. 81 et s.

⁴³² () C.E., 13 Juillet 1961, Compagnie havraise de navigation à vapeur, *Rec.* 1961, p. 490 ; Tribunal des conflits, 24 juin 1968, Société distilleries bretonnes et société d'approvisionnement alimentaire (F.OR. M.A.), *Rec.*, 1968, p. 801 ; Tribunal des conflits 14 mai 1990, GIE COPAGAU-COPAGLY-TAXIEL c./ Préfet de police, V. BRACONNIER S. *op. cit.*, Éd. *Juris-Classeur, Dr. Adm.*, 1999, p. 4, n° 13.

⁴³³ () C.E., 14 Novembre 1958, *Ministre des affaires économiques c./ Union Meunière de la Gironde*, *Rec.*, 1958, p. 554 ; *J.-C. P.*, 1958, 11, 10895, note LIETVEAUX ; Il en est encore de même pour les contrats dont l'exécution de service public se trouve « assurée par l'autorité administrative contractante », Tribunal des Conflits, 24 juin 1968, Société « Distilleries Bretonnes » et Société d'approvisionnement alimentaire, *Dalloz*, 1969, p. 116 note CHEVALIER ; *A.J.D.A.* 1969, p. 311, note DE LAUBADERE A. ; ou ceux passés « pour ses besoins, auxquels se trouvaient étroitement associées les entreprises contractantes », C.E., 25 mai 1957, Artaud, *Rec.*, 1957, p. 350.

⁴³⁴ () Service public administratif et service public économique et commercial.

discutables. Ces difficultés ne font que compliquées les tentatives d'incorporation des ressources naturelles de certains pays qui évoquent néanmoins des arguments académiquement défendables.

I / Exécution ou participation à l'exécution du service public

88. L'exécution par le cocontractant de l'administration d'une ou de plusieurs missions de service public suffit pour imprimer au contrat la marque administrative. Si l'arrêt '*Époux Bertin*' répond largement à cette notion, d'autres applications la démontrent également. L'arrêt *Maison des Isolants de France* illustre cet élément⁽⁴³⁵⁾. Il s'agit d'un accord de décentralisation industrielle. Son objet était l'implantation d'une entreprise privée sur les terrains d'une commune. Celle-ci lui en avait vendu à prix préférentiel en contrepartie d'un engagement de prendre en charge certains frais et d'en assurer l'équipement. Le cocontractant privé devait également transférer de Paris vers la province son activité et employer au moins cent ouvriers parmi les citoyens de cette commune. Il n'a été chargé d'aucune activité de service public puisqu'il devait maintenir sa production à titre exclusivement privé. Néanmoins, la commune a considéré qu'il s'agit bien d'un contrat du droit public. En utilisant des procédés de celui-ci pour la réalisation d'une opération de décentralisation industrielle utile pour le développement communal, l'accord litigieux « *a assuré l'exécution même d'une mission de service public. Il s'en suit que le contrat ayant cet objet présente le caractère d'un contrat administratif. Il suffit que le contrat exécute ou participe à l'exécution du service public pour qu'il s'imprime du caractère public. L'exécution du service public au moyen d'un contrat suffit à lui imprimer son caractère administratif* »⁽⁴³⁶⁾.

89. De ce jugement, on comprend que la publicisation d'un contrat n'exige pas l'exécution réelle d'un service public. Il suffit qu'il y participe ou qu'il ait des liens avec cette exécution : « *tout contrat ayant un lien avec le service public est administratif, même s'il ne contient pas de clauses exorbitantes...* »⁽⁴³⁷⁾. Dès lors, le critère de service public a engendré une appréciation extensive, traduite par la participation du contrat à l'exécution du service public ou par le fait que le contrat correspond à une modalité de son exécution. Il en est ainsi en ce qui concerne les contrats d'interventionnisme économique dont les plus importants sont les accords de

⁴³⁵ () C.E., 26 juin 1974, Soc. La Maison des Isolants de France, cité par DE LAUBADERE A., (et alii.), *Traité de droit administratif, op. cit.*, p. 697, n° 1009.

⁴³⁶ () C. E. 26 juin 1974, Soc. La Maison des Isolants de France (arrêt précité).

⁴³⁷ () RICHER L., *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 87.

fournitures, de construction ou de prestation des services...⁽⁴³⁸⁾. Ces marchés conclus dans le « *but d'exercer une action régulatrice sur les prix, constituent ainsi un moyen d'exécution du service public* »⁽⁴³⁹⁾. Ainsi, ce n'est qu'au sens très large que l'on peut considérer le cocontractant comme associé à l'exécution du service public. On s'éloigne donc davantage de la participation ou de l'association du cocontractant au service public. Il en résulte que la nature administrative de ces accords reste incertaine jusqu'au moment où on détermine qu'ils constituent une modalité d'exécution du service public. Il s'agit alors « *d'une délimitation de la force d'expansion du critère de service public* »⁽⁴⁴⁰⁾. Par conséquent, il faut que le contrat soit étroitement lié à la notion de service public et que ce lien soit suffisamment fort⁽⁴⁴¹⁾. C'est-à-dire que l'accord contient des clauses inusuelles, des réserves du pouvoir d'exercice des mesures réglementaires ou du pouvoir exorbitant⁽⁴⁴²⁾. Ces éléments peuvent être tirés de la distinction dans le rôle de la collectivité publique entre deux situations : celle d'être chargée, par les exigences matérielles, d'implantation de l'entreprise et celle de bénéficiaire d'une simple faculté d'intervention. Seul la première situation renferme l'exécution du service public au moyen de telles opérations⁽⁴⁴³⁾.

90. En définitive, le service public doit être essentiel au contrat pour qu'il soit qualifié d'administratif. Le cocontractant privé doit au moins participer à l'exécution du service et non pas s'arrêter à une simple collaboration à son exécution⁽⁴⁴⁴⁾. Toutefois, les difficultés de classer ces dernières situations imposent deux interrogations : comment peut-on distinguer entre le contrat qui forme pour le service public une simple collaboration de celui induisant une participation réelle à son exécution ? Il s'agit aussi de savoir quand et comment les tâches confiées au cocontractant privé s'intègrent-elles à la participation d'un service public ? Le Doyen *Vedel* répond qu'il faudrait mesurer l'étendue de la mission confiée aux partenaires de l'Administration : si elle est extérieure à la mission principale de la personne publique, on est face au cas de collaboration (*ex., Femmes de charge employées dans un établissement*

⁴³⁸ () *Ibid.*, p. 91.

⁴³⁹ () DE LAUBADER A., (*et alii.*), *op. cit., supra*, 13^{ème} Éd. L.G.D.J., pp. 696 et s., n° 1009.

⁴⁴⁰ () RICHER L., *op. cit., supra*, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 92.

⁴⁴¹ () Ex., l'exécution du service est octroyée au cocontractant privé ou celui-ci en soit chargé par l'Administration, C. E., 4 juin 1954, Affortit et Vingtain, *Réc.*, p. 432, conclusions CHARDEAU.

⁴⁴² () C.E., 10 mai 1963, société coopérative la prospérité fermière, *R.D.P.*, 1963, p. 589, note G. BARAIBANT.

⁴⁴³ () C.E. 10 mai 1985, société Boussac, *A.J.D.A.*, 1985, p. 434, conclusion CAZIN D'HONINCTHUM.

⁴⁴⁴ () VEDEL G. et DELVOLVE P., *Droit administratif*, T. I, P.U.F., 1992, pp. 386 et s.

d'enseignement). Si ladite mission fait, au contraire, partie intégrante des activités principales de l'Administration, on est alors en présence d'une véritable participation au service public (ex. *Professeurs s'ayant vu confier la mission d'enseigner dans ce même établissement*)⁽⁴⁴⁵⁾.

91. On pourrait imaginer que ce critère est suffisamment traité. Il n'en est rien car, dans bien des cas, on se désintéresse des modalités d'exécution du service public lorsque l'incorporation de l'activité contractuelle dans le concept même de service public est mise en question. Notion floue, insaisissable, le service public ne dispose pas d'une définition univoque et souffre d'un excès de significations. Doctrine et jurisprudence lui attribuent diverses définitions. Expression de certaines charges, institutions ou activités, le service public se place à la frontière du politique et du juridique. En effet, « *tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité* »⁽⁴⁴⁶⁾. On peut alors comprendre que « *la définition de service public n'est pas facile* », mais « *elle existe et cette notion joue un rôle très important dans la délimitation concrète du droit administratif* »⁽⁴⁴⁷⁾. Le service public peut entendre un organe ou une Administration. Il peut désigner une partie des activités administratives⁽⁴⁴⁸⁾ ou correspondre à une activité ou à une mission économique⁽⁴⁴⁹⁾. Constitue donc un service public toute activité « *d'intérêt général exercée par une personne publique ou sous son contrôle, suivant un régime dérogatoire du Droit commun* »⁽⁴⁵⁰⁾. Conformément à cette définition, le service public doit impliquer un élément matériel (*activité d'intérêt général*) et un autre formel (*gestion exercée par l'administration*).

92. **L'intérêt général est le critère le plus important du service public et l'objectif de l'accomplissement de cette mission.** L'appréciation de cette notion ne suscite pas de difficultés s'il s'agit d'activités classiques de souveraineté (*justice, police, lutte contre les incendies, défense nationale*). Il en est autrement concernant les missions de *santé*

⁴⁴⁵ () Cf. *ibid.*, p. 387.

⁴⁴⁶ () Cette notion a constitué le préambule de la Constitution française de 1946, auquel renvoie celle de 1958 et se trouve employée dans des discours ou dans la presse. On parle, par exemple, de la dégradation ou du démantèlement de tel service public, ou de la nécessité de faire de telle activité un véritable service public. Guy BRAIBANT, (et alii.), *op. cit.*, Dalloz, Paris, 1997, 4^{ème} édition, pp. 139 et s.

⁴⁴⁷ () Cf. *ibid.*, p. 151.

⁴⁴⁸ () fédération nationale des services publics regroupant les collectivités territoriales telles que EDF-GDF...

⁴⁴⁹ () Cf. *ibid.*, p. 140.

⁴⁵⁰ () DE LAUBADERE A., (et alii), *Traité de droit administratif*, 13^{ème} Éd. L.G.D.J., n° 1129.

publique ou celles à caractère économique. Objectif du contrat administratif, l'intérêt général est loin d'avoir une identification commune. Notion relative et évolutive, il exprime, à un moment donné, dans un pays donné, la conscience politique et sociale (451). Notion indéfinie, l'intérêt public est recherché de bien des manières. Son appréciation et celle du service public varient *selon l'époque et l'état des mœurs*, revêtant des formes circonstanciées car la quasi-totalité des activités humaines concourent d'un titre à l'autre à l'intérêt national (452). Dans ce sens, tout contrat administratif doit avoir des liens forts avec cette notion. Il doit l'avoir pour but (délégation de service public) ou pour une mission (contrats administratifs de moyens...) (453). La mission revêtant un caractère d'intérêt général s'approche de la notion de service public car celle-ci nécessite des moyens spécifiques (454). Il convient de distinguer entre « *service public* » et « *intérêt général* ». En effet, si l'imprécision de l'intérêt général provoque des difficultés d'appréciation du service public au sens matériel (455), chacune de ces notions possède un aspect original. Les activités du service public (*Hôpitaux, Universités, EDF...*) sont plus restreintes que celles de l'intérêt général (*entretien d'une église simple participation financière dans un domaine privé*). De la sorte, le régime juridique des activités du service public n'est pas similaire à celui des activités d'intérêt général. Les principes directeurs du premier (*continuité, égalité et mutabilité*) s'appliquent aux activités du service public, sans tenir compte de la qualité de son gérant (*personne publique ou privée, organe à caractères administratif ou industriel et commercial*). Ces principes ne s'appliquent nullement aux activités d'intérêt général, qui ne doivent en aucun cas s'identifier aux activités purement privées, non bénéficiaires d'aucune dose d'autorité (456). Ainsi, peut-on conclure que le service public et l'intérêt général sont deux concepts différents et qu'il doit y avoir pour tout service public un autre élément.

93. L'élément formel nécessite que le service public soit accompli ou assuré par une entité publique (*l'État ou ses personnes morales*) (457). Cependant, lorsque l'accord est confié à une personne privée, que doit-on faire pour savoir s'il fait du service public sa préoccupation primordiale ? La mission du service public n'est pas toujours

451 () BRAIBANT G., (et Alii.), *op. cit., supra*, Dalloz, Paris, 1997, 4^{ème} édition, pp. 140-141.

452 () WEIL P., *Le droit administratif*, Édition, Que sais-je ?, Paris, 1983, p. 61.

453 () RICHER L., *op. cit.*, L.G.D.J., 1995, pp. 58 et s.

454 () BRAIBANT G. et STIRN B., *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1997, 4^{ème} édition, p. 140.

455 () WEIL P., *op. cit., supra*, éd. Que sais-je ?, 1983, p. 61.

456 () Cf. *ibid.*, pp. 64-65.

457 () BRAIBANT G., (et alii.), *Le droit administratif français, op. cit.*, p. 140.

Mis en forme

textuellement définie. La tâche consistant à cerner *l'essence* de chaque service apparaît donc assez vaine d'autant plus que les appréciations jurisprudentielles sont parfois déconcertantes et ne s'en tient pas un critère affiché ⁽⁴⁵⁸⁾. Cependant, et au-delà de ce problème, le service public est tenu par un principe fonctionnel nécessaire à son bon fonctionnement. Toute activité assurée par une personne privée peut former un service public si elle relève d'une mission d'intérêt général et soulève l'intérêt du législateur qui, à cet effet, a prévu un régime juridique exceptionnel (*gestion publique, contrôle réel, pouvoir de sanction, prélèvement de cotisations apparentées aux impôts...*) ⁽⁴⁵⁹⁾. Donc, il faut se référer aux effets du contrat, à son but et à ses clauses contractuelles : « *il est possible que l'activité de cocontractant privé soit transformée ou érigée en service public par l'effet même du contrat qui en confie l'exécution* » ⁽⁴⁶⁰⁾. Aussi représenté par ses éléments fonctionnel et organique, le service public est un facteur déterminant le statut et le régime juridique des biens publics et des activités contractuelles. *Noyau dur* du droit administratif, il traduit le domaine public auquel appartiennent les biens mis à la disposition directe du public (voiries...) et ceux affectés à un service public et aménagés à cette fin (palais de justice, stade...). Il s'exprime dans les ouvrages et travaux exécutés pour le compte d'une personne publique et dans un but d'utilité générale ⁽⁴⁶¹⁾. Depuis sa nationalisation en 1982, la *SNCF* réalise de travaux de construction et d'entretien des gares ou des voies ferrées, par les biais des contrats qui ont la qualité de marchés publics-contrats administratifs en raison du caractère d'utilité publique et de l'occupation domaniale. Sont des contrats de droit public, les accords de construction ou d'exploitation d'autoroutes de tunnels (*Mont-blanc*) ou de sociétés d'économie mixte (notamment celle de l'Esterel). Les contrats des personnes privées ou des sociétés privatisées pour la réalisation du service public économique et commercial appartiennent au Droit Privé, sauf s'ils contiennent des clauses exorbitantes, dites inusuelles ⁽⁴⁶²⁾.

⁴⁵⁸ () RICHER L., *op. cit.*, L.G.D.J., 1992, pp. 91-94.

⁴⁵⁹ () WEIL P., *Droit administratif*, Que sais-je ?, 1983, p. 62 ; BRAIBANT G. et STIRN B., *op. cit.*, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1997, pp. 141-143.

⁴⁶⁰ () Le contrat de location qui impose à l'occupant des obligations d'intérêt général confie l'exécution d'un service public créé par le contrat lui-même. RICHER L., *op. cit.*, *supra*, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 90.

⁴⁶¹ () Cour Administrative d'Appel de Nantes, 17 février 1993, *Association développement foyers grands chantiers (ADEF-GC)* ; Tribunal des Conflits, 10 mai 1993, *Société Wanner isofi isolation et société Nersa*, BRACONNIER S., « Les marchés publics ; dix ans de jurisprudence », éd. *J.-C., Dr. Int.*, 1999, ns° 17 et 19.

⁴⁶² () BRAIBANT G., (et Alii.), *op. cit.*, *supra*, Dalloz, Paris, 1997, 4^{ème} éd, spéc. pp. 156-163 ; RICHER L., *op. cit.*, L.G.D.J., 1992, p. 91.

II / Service public et ressources naturelles

94. On sait bien que l'intérêt général et le service public évoluent périodiquement. L'importance récemment accordée aux activités sportives et artistiques a ancré à l'exploitation de théâtres ou de stades le caractère d'un service public, alors qu'elle ne l'était pas auparavant ⁽⁴⁶³⁾. De même, le Conseil d'État a attribué cette qualité au secteur touristique. L'aménagement et l'exploitation de la plage de *Juan-Les-Pins* et de la station de sport d'hiver *Remonte-Pentes de l'Alpe d'Huez* relèvent désormais de service public ⁽⁴⁶⁴⁾. Dans cette atmosphère évolutive, le service public, jadis consacré au seul secteur administratif, s'est infiltré dans les activités économiques, une des préoccupations actuelles de l'État ou de ses démembrements. Le caractère de service public accordé à certaines de ces activités a été mis en évidence par plusieurs législations. La loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982 a expressément parlé du « *service public des transports* » et en a défini les missions de « *réalisation des infrastructures, recherche, réglementation et contrôle, organisation du transport public...* ». Cette loi souligne que, assurée par des entreprises publiques ou privées, l'exécution du transport « *ne constitue pas par elle-même et dans son ensemble un élément du service public, à l'exception du transport ferroviaire, qui a le caractère d'un service public en raison de son importance et de sa nature...* » ⁽⁴⁶⁵⁾. Il va de soi que les activités sociales ou culturelles constituent des services publics. Le secteur hospitalier y procède de la même manière par voie législative : « *les hôpitaux publics et les cliniques privées concourent au service public hospitalier reconnu par la loi du 31 décembre 1970, confirmé par celle du 31 juillet 1991 et davantage organisé par l'ordonnance du 24 avril 1996 portant sur une réforme de l'hospitalisation publique et privée* » ⁽⁴⁶⁶⁾.

95. Cet élargissement des secteurs de service public a imposé le classement entre service public administratif et celui à caractère économique et commercial. Cependant, comment peut-on distinguer entre les deux idées à défaut d'un texte légal ? Selon la doctrine, tout service non financé par des prix ou des recettes provenant de la vente de produits ou de services et non soumis à des finalités de rentabilité est un service

⁴⁶³ () Cf. RICHER L., *op. cit., supra*, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 61.

⁴⁶⁴ () Conseil d'État, 18 décembre 1936 ; C. E., 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*, v. BRAIBANT G., (et Alii), *op. cit., supra*, p. 141.

⁴⁶⁵ () Cf. *Ibid.*, pp. 144 et s.

⁴⁶⁶ () Cf. *ibid.*, p. 146.

administratif. A l'opposé, tout service dont l'objet est le commerce ou l'économie (production, distribution, transport, crédit, assurance...) est un service public à caractère économique ou commercial ⁽⁴⁶⁷⁾. Plus proche de ce classement, celui de *M. Matter* à l'occasion de l'arrêt *Société commerciale de l'Ouest Africain*. Dans ses conclusions, l'avocat général a abordé une élégante distinction entre services publics par nature et services publics de nature privée : « *certaines services sont de la nature et de l'essence même de l'État ou de l'Administration publique. D'autres services sont au contraire de nature privée* ». Les premiers « *sont par nature des services de l'État, que l'on appelle parfois pour simplifier, les activités de 'l'État gendarme'* ». Les derniers « *sont de nature privée, appartenant au secteur privé et qui se sont développées dans le cadre de services publics de l'État providence* » ⁽⁴⁶⁸⁾.

96. Malgré la précision des éléments distinctifs de service public qu'on a développé et la pertinence du procédé déterminant de ses catégories, il existe des activités dont l'incorporation dans son champ soulève d'importantes controverses doctrinales. Ce sont les ressources pétrolières et minières qui ont exposé ce débat devant un bon nombre des sentences arbitrales. Les contrats pétroliers et miniers sont des accords par lesquels un État ou une société nationale octroie à une entreprise étrangère la recherche, l'exploitation et l'industrialisation, pour son compte et sous sa supervision, des ressources du sous-sol provenant d'une zone déterminée et pour un certain temps ⁽⁴⁶⁹⁾. Ces secteurs autrefois exploités par le biais des contrats de concessions, connaissent actuellement de figures contractuelles basées sur la participation ⁽⁴⁷⁰⁾ ou le partage de

⁴⁶⁷ () Cf. *ibid.*, p. 149.

⁴⁶⁸ () Tribunal des Conflits, 22 janvier 1921, in GAUDEMET Y, LABETOULLE D. et autres, *Grands arrêts du Conseil d'État*, Paris, 1992, n°40.

⁴⁶⁹ () LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, Paris, 1985, p. 15 ; LEDUCQ X., *Les accords de développement économique...*, *op. cit.*, thèse, Rouen, 1981, p. 26.

⁴⁷⁰ () Innovation égyptienne dans les marchés passés avec les sociétés 'ENI' et 'Pan-Américain' le contrat d'entreprise a été adopté par d'autres États du Moyen-Orient. Pendant leurs négociations avec la société française ERAP en 1966-1968, cette typologie contractuelle a été utilisée par l'Iraq et l'Iran. Elle s'est généralisée comme le montre l'exemple de l'accord conclu en 1975 entre la société Shell et le monopole vénézuélien. C'est une technique de participation qui engage l'investisseur à exécuter ses obligations pour le compte du monopole national, unique propriétaire de la zone d'exploitation. La zone d'activité est délimitée et la période de recherche varie de trois à huit ans. Si ses conséquences sont négatives, le contrat prendra fin sans aucun dédommagement de la part de la société étrangère. Si la recherche décèle du pétrole en quantité commercialisable, les dépenses effectuées sont créditées, puis restituées sans intérêt, dans une période de 15 ans. Les parties prévoient la création d'un comité paritaire mixte pour la réalisation de l'investissement. En cours d'exploitation, 50 % des extraits découverts sont réservés à la personne étatique et 50 % sont exploités par les partenaires. Dans ces contrats, la société nationale s'engage à vendre environ 35 % de sa réserve, à un prix couvrant les coûts de production et la redevance à la charge de son partenaire étranger. De son côté, la société étrangère s'engage à commercialiser, pour le compte de son propriétaire national, une certaine quantité de pétrole en contrepartie d'une commission de 0,5 % à 1,5 % des ventes. Au terme du contrat, l'entreprise nationale

production ⁽⁴⁷¹⁾. Ces nouvelles typologies sont amplement envisageables par la plupart des États pétroliers et miniers ⁽⁴⁷²⁾ et l'Égypte les plébiscite par sa conclusion de toute une série d'accords au cours du dernier quart du siècle précédant ⁽⁴⁷³⁾.

97. Malgré ces évolutions, les concessions conservent leur importance juridique car elles reflètent d'abondantes règles et décisions qui constituent le *noyau dur* des accords étudiés et leur source d'enrichissement. Ce sont les célèbres concessions qui ont été l'apanage de plusieurs interventionnismes étatiques, occasionnant d'importants arbitrages pour le règlement des différends. Au cours des litiges concernant les concessions pétrolières de *l'Aramco*, de *Texaco-Calasiatic*, de *B.P.*, de *Liamco* ou

remplace son partenaire dans chaque opération et devient le véritable opérateur, même si la coopération technique, administrative et commerciale reste maintenue. Serage El-din Hussein ABUZID, *Al-tahkim fi aucoud al-pétrole, (L'arbitrage dans les accords pétroliers), these*, Ain-Chamss, Le Caire, 1998, pp. 68-79 ; LEBEN Charles, « Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales », *Clunet*, 1980, pp. 577 et s ; LÉBOULANGER Ph., « Le régime juridique des investissements pétroliers en Égypte », *Revue Egypt. Dr. Int.*, 1972, pp. 123 et s.

⁴⁷¹ () Une pratique indonésienne depuis 1945, les marchés de partage de production sont des contrats par lesquels la partie étrangère reçoit sa rémunération en quantité de produits découverts. Ce procédé a obtenu un franc succès avant de devenir un modèle de coopération. Selon un auteur, l'Égypte a été le premier pays à l'intégrer dans la zone pétrolière du Moyen-Orient. Dans ces marchés, l'investisseur est responsable des travaux d'exécution tandis que l'opérateur public bénéficie d'un droit de direction et d'agrément. Ces conventions sont financées par la personne étrangère, qui risque de se porter préjudice si les résultats sont insuffisants. Les dépenses sont amorties en cas de prospérité, mais le mode de récupération s'effectue en nature et non en argent. Ce mode varie d'un contrat à l'autre. La partie étrangère prélève 40 % de pétrole brut, en contrepartie des amortissements et frais engagés. Les 60 % restant sont répartis entre les partenaires, selon un schéma de pourcentage réductible d'une année à l'autre en faveur de la société étrangère. Dans un marché indonésien conclu dans les années soixante, la partie étrangère qui a perçu une rémunération équivalente à 25 % de la production au début de l'extraction, n'en a acquis que 15 % en 1975. De même, dans un marché égyptien conclu en 1987 avec l'entreprise hollandaise *SHELL WINING*, l'opérateur national a obtenu 75 % de l'extraction lorsque la production a été inférieure à mille barils par jour, 77, 5 % lorsque ce seuil a été dépassé, voire 80 % quand la production a dépassé 2000 barils quotidiens. Ces deux accords ont induit un devoir de commercialisation aux cocontractants, mais la société nationale pouvait en conserver une partie pour sa propre mercatique. Elle a imposé à son partenaire l'approvisionnement du marché local de 25 % de sa production. Ceci a mis en cause la pratique donnant à la partie étrangère l'avantage d'acheter la production brute à bas prix et a accentué la détention nationale de ressources naturelles autant par le transfert d'une partie aux besoins internes que par l'appropriation d'équipements utilisés au terme de l'investissement. La durée des opérations (entre 15 et 25 ans) est considérablement réduite par rapport aux anciennes concessions (75 ans). La surface de la zone de travaux se restreint progressivement tout au long du contrat pour s'inscrire dans la seule zone d'exploitation. SERAGE EL-DIN H. M. Abuzid., *Al-tahkim fi aucoud al-pétrole, (L'arbitrage dans les accords pétroliers), thèse*, Ain-Chamss, Le Caire, 1998, pp. 82 et s ; LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *Rev. Egypt. Dr. Int.*, 1972, pp. 122 et s ; LEBEN Ch., « Les modes de coopération entre... », *op. cit.*, *Clunet*, 1980, p. 581 ; LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 4.

⁴⁷² () ELLAINGAN H., *Aspects juridiques des nouvelles formes d'investissements dans les pays d'Afrique zone franche, thèse*, Nice, 1998, pp. 78 et s ; LÉBOULANGER, *op. cit.*, *Rev. Egypt. Dr. Int.*, 1972, p. 122.

⁴⁷³ () À titre d'exemple, on peut citer le marché pétrolier accompli avec un consortium franco-américain *Total* et *Konoko*, le 22 février 1982 () ; celui du 2 août 1987, entre l'Etat et la société libérienne *Philips*. Cf. *Al-garidah Al-rassmiah, adad 27, tabeh Dal*, (J.O.E., n° 27, annexe D), 6 juillet 1987 ; Celui du 29 décembre 1987, toujours sur les mêmes bases, avec la société américaine *Amoko* ; ou ceux réalisés durant 1987 avec la société *B.P.*, puis avec une entreprise Hollandaise. Cf. J.O.E., n° 26, annexe, 30 juin, 1987, SERAGE EL-DIN H. M., *op. cit.*, thèse, Ain-chamss, *Le Caire*, 1998, p. 84.

d'Aminoil..., les arbitres se sont interrogés sur leurs liens avec le service public et le droit public des États concernés ? Pour y répondre, un tribunal arbitral a précisé qu'« il appartient à chaque État de déterminer lui-même le champ d'application de ses services publics »⁽⁴⁷⁴⁾. Cette affirmation n'est qu'une application d'un principe postulant que le domaine matériel des activités du service public varie suivant l'emplacement territorial⁽⁴⁷⁵⁾. On ne doit pas alors contester que le caractère de service public soit attribué aux secteurs vitaux pour l'économie d'une Nation. Si ce préalable est avéré, il faudrait alors vérifier si les ressources pétrolières relèvent du service public de la zone du Proche et Moyen-Orient ? Ces ressources sont-elles incorporées dans le concept du service public par ses éléments fonctionnel et matériel ? Une réponse affirmative paraît être dominante, même si la négation s'impose pour ce qui est du Monde occidental⁽⁴⁷⁶⁾. Afin que cette affirmation soit convaincante, il faut qu'elle soit fondée en Droit et soutenue par la mise en valeur des ressources énergétiques pour certains territoires du nouveau monde industriel.

98. Sur la présence de l'élément organique du service public, on peut facilement constater que certains États pétroliers inscrivent les activités concernant les ressources en causes dans leur rouage national. Conformément au principe de l'auto-délimitation, ces pays encadrent les organes concernés par un régime spécial. Ils leur attribuent la qualité de monopole d'État qui fonctionne sous la tutelle d'un '*Ministère du pétrole et du Gaz naturel*'⁽⁴⁷⁷⁾. Ainsi, ces ressources peuvent être incorporées dans le service public, si celui-ci est *compris* dans un sens formel. Toujours dans cet ordre d'idée, l'octroi de tout accord pétrolier est l'objet d'un acte spécial. Fruit d'une complexe procédure, il fait intervenir les autorités, parlementaire ou présidentielle. Suivant cette appréciation, l'Affaire de l'*Aramco* a affirmé l'intention de l'Arabie Saoudite d'ériger la concession litigieuse en service national. L'exécution de l'accord a été occasionné par des visites officielles du Roi qui ont dénoté l'intéressement du pouvoir public à l'opération et ont mis en cause sa nature purement commerciale⁽⁴⁷⁸⁾.

⁴⁷⁴ () BATIFFOL H., « La sentence de l'*Aramco* dans le droit international privé », *Rev. Cr. Dr. Int. Priv.*, 1964, pp. 652 et s.

⁴⁷⁵ () WEIL P., *Le droit administratif*, Que sais-je ?, 1983, pp. 61 et s ; JONATHAN C. G., Les concessions en droit international, *op. cit.*, thèse, Paris, 1966, p. 42.

⁴⁷⁶ () Plusieurs administrativistes français voient que les concessions minières, donc la mine, ne relèvent pas de service public, WEIL P., *op. cit.*, supra. Que sais-je ?, 1983, p. 61.

⁴⁷⁷ () Dans le système égyptien, Ministère du Pétrole. MOURAD Magdi, « Les sociétés pétrolières nationales », in *L'ÉGYPTE AUJOURD'HUI*, 1991, p. 72.

⁴⁷⁸ () Par des protocoles peu courants dans les affaires de droit Commun, le Roi a inauguré le premier pipeline construit par *Aramco* ; « *S. M. le Roi, venu tout exprès de Riyadh, ouvre lui-même les vannes* ». De même, l'embarquement de la première cargaison de pétrole à destination de l'étranger a été

99. Sur la persistance et la subsistance de l'élément objectif, nulle doute que ces ressources touchent directement ou non l'intérêt général. L'économie des États, comme la Libye, l'Arabie Saoudite ou les Émirats du Golfe, dépend étroitement de ces richesses nationales. Pour leurs programmes de développement, le pétrole constitue le pilier essentiel. Les rentes occultées servent automatiquement dans la réalisation des missions économiques, scientifiques, politiques et sociales ⁽⁴⁷⁹⁾. Sans la détention de telles ressources, ces pays n'auraient pas pu satisfaire leurs besoins internes et réaliser leurs grands projets industriels ! Cette appréciation n'est pas *grossière* puisqu'il s'agit de territoires quasiment dépourvus de toute autre ressource naturelle (*terres cultivables ou fleuves...*). Ces ressources ont prouvé leur *vitalité* pendant des embargos imposés à certains États détenteurs ⁽⁴⁸⁰⁾, même si elles constituent leur *malheur à cause des ingérences, des agressions et de plusieurs guerres*. On peut alors comprendre pourquoi ces États ont toujours souligné le caractère suprême de ces ressources et leur qualité d'élément vital ⁽⁴⁸¹⁾. Des concessions comme celles de l'*Aramco* ⁽⁴⁸²⁾ ou de *Texaco-Calasiatic* ⁽⁴⁸³⁾, étaient importantes pour l'économie saoudienne ou libyenne. Elles pouvaient avoir le caractère d'entreprise d'utilité nationale. Il est évident que l'enjeu du pétrole dans ces pays fait qu'on pourrait facilement voir l'intérêt public dans leurs

l'occasion de « *grandioses manifestations en présence de S. M.* », Sentence précitée, pp. 282-338 ; SIDIBE F.F., Les enjeux de la qualification dans le contentieux, *thèse précitée*, Nice, 1995, n° 773.

⁴⁷⁹ () EL-YOUNSI M., « Les règles matérielles du droit des contrats d'États à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine », thèse, Paris II, 1994, p. 50 ; LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, Paris 1985, p. 15 ; GEORGE ELIN, Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international, *R.C.A.D.I.*, 1976, T. 149, V. 1, pp. 2 et s, spéc. 11 et s ; EL-SAYED, *L'organisation des Pays exportateurs de pétrole*, L.G.D.J., Paris, 1967, pp. 27-34 ; LEDUCQ X., Les accords de développement économique..., *op. cit.*, thèse, Rouen, 1981, p. 26 ; JONATHAN C.G., *op. cit.*, thèse, Paris, 1966, p. 170.

⁴⁸⁰ () Le Pétrole qui a encouragé l'Iraq a réalisé (pour une courte durée) une véritable modernisation, l'a permis aux conséquences catastrophiques d'un embargo imposé il y a trois ans, Ali BEN CHANBE, « Pétrole contre nourriture », *Clunet*, 1997, pp. 945 et s.

⁴⁸¹ () Ainsi dans le Congrès des États arabes pétroliers qui a eu lieu au Caire le 23 mars 1965 ils ont souligné que « ...the contracting parties (aux concessions) is a public entity, usually the state, acting on behalf of the nation for the exploitation of natural resources of vital importance to the state », The Arab Petroleum Congress Cairo, 16 mars 1965, Doc. O.P.E.C., P. 5 ; JONATHAN Cohen G., *op. cit.*, *supra*, thèse, Paris, 1966, p. 170.

⁴⁸² () Il n'est pas inutile de relever que l'Arabie saoudite s'est assurée de 50 % des rentes pétrolières et d'une production pétrolière de l'ordre de deux milliards de barils entre 1938 et 1954. Sentence précitée, p. 283 ; SIDIBE F.F., Les enjeux de la qualification..., *op. cit.*, thèse, Nice, 1995, n° 773.

⁴⁸³ () Sur l'attachement des concessions *Texaco-Calasiatic*, au service public v. STERN Brigitte, « Trois arbitrages, Un même problème, Trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1980, pp. 3 et s ; G. COHEN-JONATHAN « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre le Gouvernement Libyen », *A.F.D.I.*, 1977, pp. 452 et s ; LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, economica, Paris, 1985, pp. 216 et s ; son intervention lors des débats sur « souveraineté d'État et arbitrage », *Rev. Arb.*, 1985, spéc. p. 597 ; COLIN Jean-Pierre, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, L.G.D.J., Paris, 1980, pp. 303-304.

opérations de ressources naturelles ⁽⁴⁸⁴⁾. Même si elle n'a pas été retenue sur le terrain de la qualification, la dimension d'intérêt public dans l'accord de *l'Aramco* n'a pas échappée à l'attention de la sentence arbitrale ⁽⁴⁸⁵⁾. Sur ces fondements, on remémore la possibilité « *de voir dans la concession de l'Aramco, une concession de service public* ». S'inscrivant dans l'optique critique du service public virtuel ⁽⁴⁸⁶⁾, « *l'accord Aramco a donné lieu à une autorisation préalable sous la forme d'un décret royal* » ⁽⁴⁸⁷⁾. C'est pourquoi, on ne comprend pas qu'une concession d'exportation et d'importation des alcools et des spiritueux (*Rialet*) relève du service public ⁽⁴⁸⁸⁾, alors que celles du pétrole ne le sont pas ! ⁽⁴⁸⁹⁾. Si ces analyses sont avérées, il faudrait admettre que les ressources naturelles relèvent, *pour certains États*, du service public organique et fonctionnel. Elles doivent, à tout le moins, en relever partiellement parce qu'elles sont généralement menées dans un but d'intérêt général.

Mis en forme

Mis en forme

Sous-section II Investissements étrangers et exigence du développement

100. Principalement consacré aux accords de ressources naturelles et de travaux publics ⁽⁴⁹⁰⁾, l'objet des *M.P.I.* porte sur plusieurs domaines d'activités créées ou à créer. Le secteur de l'infrastructure incorpore des marchés de travaux publics, de chemins de fer, d'autoroutes ou des universités... Celui de la défense implique les accords de modernisation du dispositif militaire, de construction d'usines nucléaires ou de systèmes de sécurité. Les domaines du sous-sol requièrent la mise en place de marchés pétroliers et miniers. Le secteur technique ne cesse d'intégrer de nouveaux

⁴⁸⁴ () SIDIBE F.F., Les enjeux de la qualification..., *op. cit.*, thèse, Nice, 1995, p. 188, n° 772

⁴⁸⁵ () Sentence de l'Aramco, *Rev. Crit. Dr. Int. Pri.*, 1963, pp. 282 et 279.

⁴⁸⁶ () Développée par le Conseil d'État, la théorie du service public virtuel voit qu'en dehors de toute gestion administrative et de toute concession, un système d'autorisation préalable peut-être le fondement d'un régime de service public », C. É., le 29 janvier 1932, société des autobus antibois, *Rec.* 117 ; C. E., 16 fév. 1948 (deux arrêts), conclusion CHENOT, B., *R. D. P.*, 1948, pp. 248 et s.

⁴⁸⁷ () Sentence précitée, *Rev. Crit. Cr. Int. Pri.*, 1963, p. 331.

⁴⁸⁸ () Rappelons qu'au cours de cette affaire, le tribunal arbitral mixte a souligné sur cette question que « *attendu que la société Rialet prétend que ce contrat constitue simplement un contrat du droit privé, thèse que le tribunal ne serait pas admettre puisque tout monopole de l'État est par sa nature un service public et que du fait que l'État en confie l'exploitation à un particulier, ce service ne change pas du caractère. Ce contrat est à considéré comme une concession de service public* ». Sentence arbitrale du 22 décembre 1954, *I.C.L.Q.*, 1959, p. 320.

⁴⁸⁹ () Sur une analyse détaillée de ces deux Affaires, v. SIDIBE F. F., Les enjeux de la qualification dans le contentieux des actes d'investissement international, thèse, Nice, 1995, spéc. pp. 179-215.

⁴⁹⁰ () OPETIT Bruno, « Les États et l'arbitrage international: esquisse de systématisation », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 497 et s.

marchés (*construction d'usines, coopération technologique, assistance technique, formation du personnel ou brevets...*). Les *M.P.I.* relèvent de flux de capitaux de toute nature, c'est-à-dire de concept d'investissement étranger (I). L'objectif de leur passation est, pour l'État, le développement et la rentabilité pour ses partenaires (publics ou privés) (II).

I / Concept d'investissement étranger

101. Les économistes ne considèrent pas la notion d'*investissement direct étranger* comme un concept récent. Son développement coïncide avec le renouvellement du rôle de l'État contractant⁽⁴⁹¹⁾. Phénomène évolutif étroitement influencé par les mutations actuelles, l'investissement international connaît une amplification incontestable au cours de ces derniers temps. Concept juridiquement et économiquement *flou* voire *révolutionnaire*, il n'a jamais acquis de définition commune. Son emplacement entre l'Économie et le Droit et la multiplicité de ses acteurs sont à l'origine de cette situation⁽⁴⁹²⁾. Les nouvelles codifications, les efforts déployés au sein des organes internationaux et les écrits doctrinaux n'ont pas pu dénouer cette complication. Les Codes d'investissement n'identifient pas l'investissement étranger de la même façon. En droit français, l'investissement étranger est défini par rapport aux opérations envisagées (fonds de commerce, sociétés de toute nature dont le contrôle a été pris ou développé...). Il implique les opérations relatives aux apports ou à des sociétés préexistantes dont le contrôle est pris ou renforcé par des personnes physiques ou morales non résidentes⁽⁴⁹³⁾. Le droit français exige alors deux critères pour qualifier une opération précise d'investissement étranger. De nature formelle, le premier relève des investisseurs eux-mêmes qui doivent être des *non-résidents* (personnes morales françaises ou étrangères pour leurs établissements à l'étranger, nationaux français résidant à l'étranger, filiales françaises à l'étranger...). D'ordre matériel, le second critère concerne l'exercice d'un contrôle étranger. L'effectivité de cet élément est

⁴⁹¹ () C'est par un chiffre d'affaires de 14 millions de Dollars, réalisé en 1914 et la détention du 96% de l'investissement direct international en 1993 que les États occidentaux sont les détenteurs majoritaires 'du stock mondial' TERSEN Denis et BRICOUT Jean, *L'investissement international*, Armand Colin, Paris, 1996, p. 29 ; JACQUET J.M., « Le contrat d'État », *éd. Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, pp. 1 et s.

⁴⁹² () VADCAR C., « Droit de l'investissement ; Régime applicable à l'investissement direct étranger en droit international », *Juris-Classeur, Droit international*, 1998, Fasc. 565-50, pp. 16 et s ; LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre Etats et...*, *op. cit.*, Paris, 1985, p. 11 ; TERSEN D., BRICOUT J.L., *op. cit.*, *supra*, pp. 6, 7 et 29 ; JUILLARD E., « Investissements », *Répertoire, Dalloz, (Droit international)*, 1998, n° 5 ; DELAUME George, « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Clunet*, 1982, pp. 775-843, spéc. 801.

⁴⁹³ () CARREAU D., et HURSTEL D., « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *Recueil, Dalloz*, 1996, Chroniques, p. 239.

appréciée par référence au pourcentage de participation. Serait étranger, l'investissement d'un non-résident possédant plus de 20 % du capital ou des droits de vote d'une société cotée ⁽⁴⁹⁴⁾. Le seuil de participation ne constitue pas des *règles absolues*. Des niveaux inférieurs peuvent être retenus en présence d'éléments démontrant l'existence d'un contrôle de fait (octroi d'options, de prêts, de garanties ou de licences) ⁽⁴⁹⁵⁾.

102. Les Codes d'investissements du Tiers-monde s'intéressent plutôt à l'énumération des secteurs prioritaires qu'à la définition de l'extranéité d'investissements ⁽⁴⁹⁶⁾. Les lois égyptiennes promulguées entre 1974-1998 entendent par investissement étranger les apports destinés aux secteurs jugés prioritaires ou importants. Il s'agit de devises étrangères transférées en Égypte et de leurs bénéficiaires réinvestis dans des projets du tourisme, des transports, des services liés à l'exploitation pétrolière, d'infrastructure, de culture de terres ou de brevets...⁽⁴⁹⁷⁾. En fonction d'objectifs distincts, les organes spécialisés ont élaboré une définition propre à chacun. A cause des risques financiers, l'Agence Multilatérale de Garantie d'Investissements envisage une définition restrictive. En revanche, les entités ou accords intéressés à la Promotion des investissements (*O.M.C. ou A.M.I.*) optent pour une définition extensive : Est investissement direct étranger, tout actif détenu ou contrôlé par un étranger, que ce soit sous forme sociétaire, actionnaire, contractuelle ou sous d'autres formes ayant pour objet des biens corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers... ⁽⁴⁹⁸⁾. En outre, est investissement international, selon la balance des paiements du *F.M.I.*, « tout apport effectué dans le but d'acquiescer un intérêt durable dans une entreprise exerçant des activités sur le territoire d'un État étranger » ⁽⁴⁹⁹⁾.

⁴⁹⁴ () Ce seuil doit dépasser 33,33 % pour les sociétés non cotées.

⁴⁹⁵ () Cf. *Ibidem.* ; SIDIBE Fodé-Flamoussa, Les enjeux de la qualification dans le contentieux des actes d'investissement international, thèse, Nice, 1995, pp. 31 et s ; VADCAR C., *op. cit., supra, éd. J.-C., Dr. Int.*, Fasc. 565-50, p. 22.

⁴⁹⁶ () SIDIBE F.F., Les enjeux de la qualification..., *op. cit., supra, thèse*, Nice, 1995, p. 31 ; VADCAR C., « Droit de l'investissement... », *op. cit., éd. J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-50, p. 22.

⁴⁹⁷ () Il s'agit de la toute première loi sur l'ouverture de l'économie (Loi n° 43 de 1974), sur cette loi, V. LEBOULANGER Ph., « Le régime des investissements Arabes et étrangers et des zones franches en Égypte », *Rev. égypt. dr. int.* 1974, pp 53 s) et de la nouvelle n° 8 de 1997 (VASSEROT Olivier « Égypte-Brésil », Paris, 1997, CJFC/CFCE-N° 6/97, p. 1183 et s).

⁴⁹⁸ () VADCAR C., « Le projet multinational sur l'investissement : Problématique d'adhésion des Pays du Sud », *Clunet*, 1998, pp. 24 et s ; TERSEN D., BRICOUT J.-L., *op. cit.*, Armand Colin, 1996, pp. 6 et s ; *Un accord multilatéral sur l'investissement*, Journée d'étude, Colloque de la Société Française pour le Droit International, Paris, 1998.

⁴⁹⁹ () TERSEN Denis et BRICOUT Jean, *op. cit., supra*, Armand Colin, 1996, pp. 5 et s ; LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, Paris, 1985, pp. 11 ; VADCAR C., *op. cit., Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1999, p. 25.

103. De cette diversité, on comprend l'embarras des auteurs à s'accorder sur une définition. Satisfaits d'une définition large, certains introduisent dans l'expression *d'investissement direct étranger* tous les avoirs étrangers, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, afin de leur accorder une meilleure protection⁽⁵⁰⁰⁾. Partisans d'une définition restrictive, d'autres consacrent ce concept aux seuls apports investis sous forme sociétaire fondée sur le partage de la perte et des profits⁽⁵⁰¹⁾. Toutefois, les définitions restrictives peuvent être plus appropriées. Elles constituent la base de la distinction entre investissements directs et investissements en portefeuille (flux de capitaux). Ces appréciations n'identifient pas les investissements par la participation ou par fusion au réinvestissement des dividendes issus d'une filiale implantée ou d'une société mère⁽⁵⁰²⁾.

104. Conformément au concept retenu, tout investissement direct étranger exige la présence d'un apport de capitaux, d'un contrôle fictif, durable et du partage des risques encourus. L'apport de capitaux, en valeur monétaire ou en nature soit-il, doit être investi sous contrôle étranger pendant au moins trois ans⁽⁵⁰³⁾. Il faut que le risque de rentabilité soit encouru. Cet élément est important, mais discuté. Dans les États appliquant les textes coraniques, la participation commerciale doit comprendre ce préalable sans lequel l'association serait usurpatoire et juridiquement condamnée⁽⁵⁰⁴⁾. Il s'agit d'un critère apprécié car l'opération dans laquelle l'investisseur ne partage que les profits ne doit pas être qualifiée d'investissement direct étranger. Il faut que les investisseurs soient solidaires dans la perte et le profit. La qualité d'investisseur « *se reconnaît aux capitaux fructueux, au partage des risques industriels et à la constitution*

⁵⁰⁰ () DELAUME G., « Centre international pour les règlements des différends relatifs aux investissements », *J.D.I.*, 1982, pp. 800 et s ; « *La définition d'investissement est extrêmement large, puisqu'elle englobe à la fois les investissements financiers et les investissements techniques. Cela procède d'un simple réalisme économique dans la mesure où la réalisation d'un projet (construction d'une usine, par exemple) nécessite tout à la fois un apport en capitaux, en nature et en industrie, ainsi que la fourniture de prestations de caractère intellectuel (contrats d'étude, ingénierie), la cession de brevets, de licences, de know-how et très souvent des engagements de formation professionnelle* », LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 191, n° 350.

⁵⁰¹ () JUILLARD E., « Investissement », *A.F.D.I.*, 1984, pp. 777 et s ; SIDIBE F.F., *Les enjeux de la qualification...*, *op. cit.*, thèse, Nice, 1995, p. 31.

⁵⁰² () LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *supra*, p. 12 ; VADCAR C., *op. cit.*, *J.-C. Dr. Int.*, 1999, p. 19.

⁵⁰³ () Le doute ou la lacune législative sur la durée peut être levé par le recours à celle de privilège accordé à l'investisseur concerné, VADCAR C., *op. cit.*, *Juris-Classeur, Dr. Int.*, Fasc. 565-50, p. 19 ; TERSEN Denis, (et alii.), *op. cit.*, Armand Colin, 1996, p. 5 ; LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *supra*, *économica*, Paris, 1985, p. 12.

⁵⁰⁴ () Notre mémoire, « *fawaeid al-benouk baein al-canoun alwadhi wa al-sharia al-islamiah* », (Les taux bancaires entre le droit positif et la loi islamique), *mémoire de D.E.S. de Droit Privé*, Université de Tanta, 1994, pp. 32 et s.

ou à l'exploitation des investissements »⁽⁵⁰⁵⁾. Si, à la lumière de cette présentation, les typologies classiques des *M.P.I.* s'intègrent dans le cadre d'investissements étrangers, l'incorporation de leurs nouvelles formes dans ce concept suscite des controverses exacerbées (A). En effet, ces débats ne sont pas sans intérêts. L'article 25 de la Convention de Washington (1965) fait de l'*investissement international* un préalable de la compétence du *C.I.R.D.I.* pour le règlement des différends opposant un État contractant aux opérateurs étrangers. Le défaut d'une appréciation de ce préalable dans la convention sus indiquée incombe aux arbitres du Centre le devoir de s'y prononcer⁽⁵⁰⁶⁾. C'est pourquoi il est indispensable de tracer les frontières du commerce et celles de l'investissement conformément aux efforts déployés (B).

A) Nouveaux marchés publics internationaux et investissements étrangers

105. Dans le cadre de la recherche sur le développement, le Tiers-monde a aménagé sa politique de contractualisation. L'idée est brillante. Ses procédés sont encourageants et ses avantages sont séduisants. Mais l'écart entre acquéreurs et fournisseurs, auquel s'ajoutent l'effet de la bureaucratie et le manque de démocratie freinent la réalisation de l'industrialisation⁽⁵⁰⁷⁾. Ces États ont accédé à la réalisation de grands projets d'installation de complexes industriels prêts au fonctionnement et/ou à la production, voire à la commercialisation. D'ailleurs, les enjeux de la mondialisation ont intensifié le rôle des acteurs publics de plusieurs États dans le cadre d'une coopération infraétatique en matière économique et pour la protection de l'environnement. Il convient donc de consacrer un bref développement à ces formes inédites (a), avant de les confronter au concept d'investissements étrangers (b).

a) Typologies inédites des marchés publics internationaux

106. Les besoins des grands projets ont débouché sur la connaissance de nouvelles typologies contractuelles qui répondent à des objectifs, des circonstances ou aux besoins de projets importants : *groupes de contrats*, contrats '*Build, Operate, Transfer*' '*B.O.T.*', *contrats clé en main* ou *actions extérieures des collectivités territoriales*.

⁵⁰⁵ () VADCAR C., *op. cit.*, *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1999, p. 20.

⁵⁰⁶ () Ainsi les arbitres de la sentence *Letc c./Libéria* ont fait savoir qu'on est « en présence d'un différend découlant directement d'un investissement. Tel a été le cas d'un litige relatif à l'exploitation d'une concession qui a impliqué pour la LETC la coupe du bois, la construction et l'entretien d'une scierie, le paiement de divers droits et la construction d'équipements destinés aux employés » GAILLARD E., « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Clunet*, 1988, pp. 165-188, spéc. 167.

⁵⁰⁷ () FEUER G., *Contrats Nord-Sud et...*, *op. cit.*, in *les contrats internationaux et les Pays en voie de développement*, economica, Paris, 1989, pp. 138-158.

1) Groupes de contrats et marchés *Build Operate Transfer* (*B.O.T.*)

107. Le groupe de contrats est une opération unique dont les travaux, fournitures ou services sont divisés en lots. Il constitue une pratique aussi fréquente au niveau interne qu'international. Le Code français des marchés publics admet l'allotissement. Il prévoit le morcellement du projet susceptible de présenter des avantages techniques ou financiers. Dans ces accords, le pouvoir discrétionnaire de l'acheteur public reste entier. Il n'est pas possible à une petite entreprise, incapable de fournir toutes les prestations, de forcer l'Administration à diviser le marché au motif que seules les plus grosses entreprises sont en état d'y répondre. Lorsque la prestation est divisée en lots, chacun de ceux-ci peut être attribué par marchés séparés, ce qui suppose qu'un des lots ait pour objet la coordination lorsqu'il s'agit de travaux publics⁽⁵⁰⁸⁾.

108. Le groupement de contrats a une forte réputation dans les opérations à caractère international. C'est un phénomène d'usage dans les accords de construction et de réalisation d'ensembles industriels. Il est également l'apanage des contrats de fournitures qui revendiquent des accords de financement, de transport, d'assurance ou de garantie inconditionnelles...⁽⁵⁰⁹⁾. Tout marché public international contient alors un groupe des contrats en amont car un seul accord engendre des actes et actions accessoires à l'exécution des prestations principales. Le groupe des contrats peut être encouru en aval. Citons, à titre indicatif, les six conventions conclues en 1980 et 1981 entre la *Société Nationale Iranienne Oil Company (NIOC)* et une Société panaméenne (*G.I.I.*) en matière de ressources naturelles⁽⁵¹⁰⁾. Générateur d'une véritable concurrence et d'une ouverture à la sous-traitance, le groupe de contrats pose des questions liées au principe de l'unité du projet contractuel. Dans l'affaire du Plateau des pyramides, l'objet du litige portait sur deux contrats pour la construction d'un complexe hôtelier (cinq hôtels, dix-huit tours et un nombre restreint des villas dans la zone de la mer

⁵⁰⁸ () v. les articles 77 et 274 du Code des marchés publics et le circulaire Économie-Équipement du 20 janvier 1994, in RICHER L., *Droit des contrats...*, *op. cit.*, pp. 349 et s., ns° 554-57 ; dans un marché de construction de deux types de programme à loyer réduit, les travaux se sont repartis en quatorze lots. Le projet a été octroyé par l'office public d'*HLM* du Morbihan à la Société de Génie Civil de l'Ouest, mandataire commun de neuf autres entreprises qui se sont réparties les lots, DANDELOT Marc, « Le régime des actions en garantie en cas de groupement d'entreprises ; conclusions sur Conseil d'État, 21 février 1986, société de génie civil de l'Ouest », *R. D. A.*, 1986, pp. 751-757.

⁵⁰⁹ () Sentence arbitrale *CCI*, affaire n° 7105 de 1993, une entreprise Suisse c./ une émanation d'un État africain, *Clunet*, 2000, pp. 1062 et s., obs. Y.D.

⁵¹⁰ () L'objet de ces accords était l'exportation des puits iraniens bruts et la fourniture des produits finis dont l'Iran avait de besoin *SYNVET* Hervé, note sous, Cour d'Appel de Paris (1^e Ch. Suppl.) : Société Gatoil c./ National Iranian Oil Company », *R. Arb.*, 1993, pp. 281 et s.

Rouge qui ont été octroyés par l'Égypte à un opérateur transnational)⁽⁵¹¹⁾. Le projet a été résilié par l'Égypte de façon unilatérale. Pour impliquer l'État souverain dans cette opération, la société étrangère (*SPP*) a revendiqué l'extension de la clause compromissoire incluse dans l'accord du 23 septembre au marché du 12 décembre 1974. La sentence *CCI* du 1986 a noté que les liens existant entre les contrats litigieux constituaient un indice sur l'implication de l'Égypte dans le projet et son acceptation de la clause arbitrale⁽⁵¹²⁾. Cette sentence fut annulée par la Cour d'Appel de Paris qui s'est désintéressé de cet argument. La position de la Cour était juridiquement fondée aux yeux de la doctrine : le lien économique existant entre les contrats litigieux ne doit pas être assimilé à la légère à un lien juridique. Dans le cas contraire, l'immunité de juridiction ne constituerait plus qu'une protection bien fragile de l'État souverain. Elle ne jouerait plus que comme frêle présomption. Il peut être regrettable que la Cour n'ait pas relevé le facteur décisif menant à la crédibilité de la thèse de l'unité contractuelle. La clause compromissoire n'était insérée que dans le contrat d'application et son extension verticale ne pouvait jouer qu'en aval. C'est précisément parce que le gouvernement égyptien n'acceptait pas la clause *CCI* que celle-ci n'a pas été incluse dans le contrat de base auquel elle était partie, mais elle l'a été dans le second qui pourtant ne l'engageait pas⁽⁵¹³⁾.

109. Dans une sentence impliquant une société suisse au démembrement d'un État africain, l'objet du litige était un ensemble contractuel. Celui-ci contenait plusieurs contrats d'exportation de pétrole, de café et de cacao et de financement international. Après avoir conclu l'un de ces accords, l'opérateur africain s'est opposé à la signature des deux restants. Cet ensemble a fait l'objet d'un différend. Sur la question de l'unité de l'opération, la sentence *CCI* a considéré que « *le protocole d'accord se répare à une opération globale ; les divers contrats d'exportation de matières premières font un tout, et leurs différents éléments sont indissociables l'exécution isolée de l'un de ces accords ne saurait donc se concevoir dès lors que l'ensemble de l'opération n'a pas été finalisé et que les documents contractuels y afférents n'ont pas tous été dûment signés* »⁽⁵¹⁴⁾. La sentence a accepté le principe de l'unité contractuelle. Elle a, pour cette raison, responsabilisé la partie empêchant l'entrée en vigueur des uns et la caducité de l'accord de ressources naturelles.

⁵¹¹ () AUJOURD'HUI L'ÉGYPTE, 1986, p. 85.

⁵¹² () Cour d'arbitrage de la CCI, sentence rendue le 16 février 1983, *Rev. Arb.*, 1986, pp. 105 et s.

⁵¹³ () RAMBAUD P., « L'affaire des Pyramides », *A.F.D.I.*, 1985, pp. 508 et s., spéc. 514-15.

⁵¹⁴ () Sentence CCI, affaire n° 7105 de 1993, *Clunet*, 2000, pp. 1062-1069, obs., Y.D.

110. La réalisation des grands projets d'infrastructure, qui exige de financement étranger et des techniques sophistiquées...⁽⁵¹⁵⁾, devient un besoin pressant lorsqu'il s'agit des États trop peuplés (*chine, Brésil, Pakistan, Inde, Égypte...*) ou des pays ravagés par *des conflits armés (le Vietnam, l'Irak ou l'Afghanistan)*. Pour y accéder, le modèle *Build Operate Transfer, B.O.T.*⁽⁵¹⁶⁾, et ses variantes *Build, Transfer (B.T.)* et *Build, Transfer, Operate (B.T.O.)* sont compatibles. Par les biais de ces accords, les États d'Afrique Noire⁽⁵¹⁷⁾ ou l'Égypte⁽⁵¹⁸⁾ ont réalisé un bon nombre de grands projets. Le contrat *Build, Transfer* concerne la construction d'une infrastructure transférable aussitôt au pouvoir public en contrepartie de l'octroi à l'investisseur d'un autre projet favorable au remboursement des apports investis et à la réalisation des profits. Le marché ***Build, Transfer, Operate*** réalise un ouvrage dont la propriété sera transférée à l'État, mais l'exploitation restera au constructeur dans un certain délai. Le contrat ***Build Operate Transfer*** engage l'investisseur étranger par la construction et l'exploitation d'un projet d'infrastructure dans un délai *au terme duquel l'ouvrage sera totalement restitué à l'administration sans remboursement*⁽⁵¹⁹⁾. A la lecture de ces définitions, il apparaît que ces accords réalisent des projets d'intérêt public. Ils impliquent une ou plusieurs sociétés étrangères qui en sont adjudicataires et devraient être autorisées par l'Administration. Ces marchés revendiquent le financement de bailleurs de fonds comme la *Banque Mondiale* ou certains États développés ou pétroliers qui seront remboursés au cours de l'exploitation. Ils accordent aux investisseurs étrangers un droit d'exploitation durable dont la modalité diffère relativement selon le marché. Dans les contrats *B.T.* et *B.T.O.*, on parle de la restitution immédiate de l'ouvrage construit : avant la récupération même des capitaux investis, la rémunération serait accomplie de l'octroi par l'État d'un autre projet. Dans les *B.O.T.*, le retour de l'ouvrage au pouvoir public est retardé à la fin de son exploitation par la société étrangère pendant un temps défini. Ces accords forment l'exemple de complexes contractuels unifiant dans un seul ouvrage les travaux de construction, d'équipements,

⁵¹⁵ () LUU VAN DAT, « Investissements étrangers en B.O.T. », *Rev. Int. Dr. Comparé*, N° 4, 1997, pp. 869 et s, spéc. p. 870.

⁵¹⁶ () Appelés en français « *Contrats de construction, transfert, opération* ».

⁵¹⁷ () HOANG PHUOC HIEP, « Quelques problèmes juridiques vietnamiens concernant les projets d'investissement sous forme de B.O.T. », *Rev. Int. Dr. Comparé*, 1997, pp. 873 et s

⁵¹⁸ () VADCAR C., « Régime applicable à l'investissement direct étranger en droit international », *J.-C., Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-50, p. 16 ; LAMATHE Dédier, « Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matières de grands projets d'investissement », *Clunet*, 1998, pp. 45-65, spéc. p. 47.

⁵¹⁹ () Sur ces définitions v. HOANG PHUOC HIEP, *op. cit.*, *Rev. Int. Dr. Comparé*, 1997, pp. 873 et s, spéc. 875 ; NGUYEN DINH AI, « Mode de financement de projets contrat de construction-opération-transfert de technologies (B.O.T.) », *la même revue*, 1997, pp. 883 et s.

de financements et d'exploitation (⁵²⁰). Ils donnent lieu à la création de divers consortiums. Les travaux engagés se réalisent en trois phases (construction, exploitation et transfert), précédées par des études de faisabilité et d'évaluation. Durant la construction, les risques sont particulièrement élevés. Les recettes nécessaires au remboursement des prêteurs et à la rémunération des promoteurs sont effectuées pendant l'exploitation. Enfin, le projet devient propriété de l'État contractant.

111. Conclues entre deux opérateurs (étatique et étranger) pour le transfert de biens au-delà des frontières, les *B.O.T.* et leurs variantes sont des contrats d'État. En tant que tels, ils posent une interrogation de qualification par rapport aux concepts français de *marchés publics ou de concessions*. Leur dénomination '*anglo-saxonne*' ne s'oppose en rien à leur examen au regard de ces conceptions. Il existe une opposition spontanée concernant cette comparaison. Ainsi, une partie doctrinale distingue entre deux visions : si les contrats *B.O.T.* ne relèvent pas du service public, leur qualification de concession disparaît automatiquement. En revanche, si ces contrats entrent dans l'orbite du service public, ils font partie intégrante des concessions. Dans ce contexte, l'analogie entre la licence *anglo-saxonne* et la théorie française de concession n'est pas surprenante. Les *B.O.T.* correspondent à une logique de structuration du projet et la concession à une approche instrumentale qui vante les mérites de la conception française par rapport au vocable *anglo-saxon* (⁵²¹). Dans sa décision du 7 juillet 2001, le Conseil d'État libanais s'est montré favorable à cette opinion. Saisi pour un litige concernant deux marchés *B.O.T.* passés avec des sociétés étrangères, le Conseil d'État s'est attaché à cette vision : « la dénomination *anglo-saxonne* du contrat (*B.O.T.*) n'affecte pas sa qualification juridique en ce qu'il constitue un contrat de concession » (⁵²²).

112. Il semble que si le but de ce débat est justifié, la démarche suivie pour y parvenir n'est pas appropriée. Conformément aux définitions retenues, les marchés et

⁵²⁰ () LAMATHE D., *op. cit.*, *Clunet*, 1998, spéc. p. 47, n° 3 ; LONCLE J.M., « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, transfer - B.O.T. », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1997, p. 950.

⁵²¹ () LAMATHE D., « Les relations entre gouvernements et ... », *op. cit.*, *supra*, *Clunet*, 1997, p. 47, n° 3.

⁵²² () Il s'agit de deux marchés B.O.T. passés par le *Ministère libanais des Postes et des télécommunications*. L'un a été conclu avec la société *Télécom Finlande internationale* tandis que l'autre est passé avec *France Télécom*, le 30 juin 1994. Leur objet était l'installation et fonctionnement d'un service de téléphonie mobile. Ces accords ont fait l'objet d'une résiliation unilatérale par l'État en raison d'une mauvaise exécution. Dans le cadre ses raisonnements, le Conseil d'État libanais a ajouté que « les allégations de la défenderesse contredisent la solution retenue dans l'arrêt rendu par ce Conseil date du 9 mai 1996 ; l'arrêt n° 585 a qualifié le BOT de concession, mais a distingué entre la concession de service public qui requiert un texte législatif et la concession de travaux publics qui ne requiert pas un texte pareil ». Conseil d'État libanais, le 17 juillet 2001, l'État libanais c./ la société FTML (Cellis) SAL et autres, *Rev. Arb.*, 2001, pp. 855 et s. spéc. 859, n° 28, note SFEIR-SLIM Marie et HADI SLIM.

concessions diffèrent suivant leur mode d'accès et leur modalité de paiement. Auteur d'une large liberté dans l'octroi des concessions, l'administration doit accéder à la concurrence en matière des marchés publics (⁵²³). À ce titre, les contrats *B.O.T.* et leurs variantes sont plus proches de marchés car ils sont généralement passés de gré à gré ou par appel d'offres ou adjudication (⁵²⁴). On peut objecter que la valeur de cet élément a perdu de sa rigueur : d'un côté, seule l'importance du service rendu (à l'administration, aux administrés et aux occupants) détermine le mode de conclusion. De l'autre, le droit communautaire nécessite désormais la passation de concessions de travaux publics par une procédure de mise en concurrence et de publication (⁵²⁵). La réponse à cette objection ne serait pas retardée. La spécificité liée aux modes d'accès et d'exécution de ces accords les place à proximité des marchés publics. On peut toutefois aligner les contrats *B.O.T.* aux concessions à cause de leur mode de rémunération. Contrairement aux marchés publics, qui revendiquent un prix déterminé, les *B.O.T.* et les concessions donnent lieu à des redevances perçues de l'exploitation de leurs objets. Le droit d'exploitation et l'accord sur un prix ou sur une rémunération diffèrent complètement. Le concessionnaire se procure ses redevances directement des usagers alors que le maître d'œuvre obtient des montants convenus auprès de l'administration (⁵²⁶). Cet argument apparaît infranchissable. La pratique du Conseil d'État l'a souvent utilisé pour distinguer entre concessions et marchés publics : « *un contrat qui ne prévoit pas que le cocontractant de l'administration perçoit sur les usagers des redevances pour le service rendu, ne peut être qualifié de concession de service public* » (⁵²⁷). Toutefois, il se trouve que le mode de rémunération est un critère vivement contesté. La perception des

⁵²³ () Conseil d'État, avis n° 327-449 du 14 octobre 1980, in les Grands Arrêts du Conseil d'État, *op. cit.*, Dalloz, 1997, pp. 169-177.

⁵²⁴ () Infra, Partie I, Titre II, Chapitre 2, section I.

⁵²⁵ () La loi du 3 janvier 1992, art. 11 ; Décret du 31 mars 1992 et la « *loi Sapin* » du 29 janvier 1993 qui a créé une procédure de publicité préalable à la passation des conventions de délégation de service public.

⁵²⁶ () FRIER P.-L., *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, éd. Montchrestien, Paris, 2001, p. 327, n° 556 ; RICHER L., *op. cit.*, 2^{ème} Éd. L.G.D.J., Paris, 1996, n° 677 ; DUFAU J., *Les concessions de service public*, éd. Moniteur, 1979, pp. 29 et s.

⁵²⁷ () C.E., 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, *Recueil* p. 612 ; C.E., 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants chimiques et de récupération*, *Recueil*, p. 723 ; « *l'accord dans lequel la rémunération est un prix versé par la personne publique en contrepartie de la gestion d'un service public, de construction d'un ouvrage public et dont le paiement se fait échelonnement est simplement un marché public et non pas un affermage ni une concession* », C.E., 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, *Recueil*, p. 812 ; C.E., 26 juillet 1985, *Société lyonnaise des eaux*, *Recueil*, p. 246 ; C.E., 14 octobre 1988, GAUDEMET Y., STIRN B., et autre, *op. cit.*, Dalloz, 1997, spéc., p. 176 ; « *un contrat comportant rémunération par des redevances versées par les usagers du service ou de l'ouvrage est une concession ou un affermage et non un marché* », C.E., 6 mai 1991, Syndicat intercommunal du Bocage, *A.J.D.A.*, 1991, p. 717, note P. SUBRA.

redevances sur les usagers est un critère réducteur duquel il faut se détacher au profit d'une analyse globale de l'objet de la convention. C'est un élément *symétrique*, vu les liens étroits entre marchés et concessions (⁵²⁸). Compte tenu de ces inconvénients, le critère évoqué est difficilement transposable en la matière. Obtenues non pas de l'exploitation de l'ouvrage construit mais d'un autre projet, les redevances dues à l'entrepreneur des contrats *B.T.* compliquent la tentative d'identification. Si cette analyse est avérée, on devrait plutôt qualifier ces accords de *marchés des entreprises publics*. Et, même si cette qualification est contestée, la discussion sur la place de ce type des *M.P.I.* entre les concessions ou les marchés publics n'est qu'un détournement inutile du cœur de la question. Le service public sollicité n'est pas, en l'occurrence, un critère déterminant, mais un élément attributaire du caractère administratif présupposé dans tous les accords de travaux publics (⁵²⁹). Il était alors judicieux d'aborder ce sujet sous un angle plus général mais plus direct en analysant la nature administrative de ces opérations. Ceci aurait dû être d'autant plus effectif que l'enchevêtrement des éléments distinctifs entre ces figures de contrats administratifs décourage leur transposition aux accords d'investissements.

2) Contrats de grandes installations et actions extérieures des collectivités territoriales

113. Au lendemain de la seconde grande guerre, les marchés de grandes réalisations sont apparus pour la reconstruction de l'Europe occidentale. Dénommés contrats clé en main, ces accords ont été rétrocédés à l'Europe de l'Est et aux États en voie d'industrialisation. Ce procédé contractuel a connu un essor remarquable, devenant un instrument de développement (⁵³⁰). Le terme '*clé en main*' décrit des marchés qui recouvrent un ensemble intégré de biens et services nécessaires à la réalisation d'un projet complet : conception, procédé technique, technologie de fabrication, fourniture et montage d'équipements, construction et mise en service (⁵³¹).

⁵²⁸ () RICHER L., Commentaire sur l'Avis du conseil d'État n° 327-449 du 4 octobre 1980, in *Les grands arrêts du Conseil d'État*, op. cit., p. 174 ; E. DESGRANES, « Définition du marché de fournitures », *R.D.P.*, 1942, p. 216 ; G. DUPUIS J.M., « Sur la concession de service public », *Dalloz*, 1978, p. 222.

⁵²⁹ () Marchés et concessions de travaux publics réalisent un ouvrage public dans le but d'une utilité publique et pour le compte d'une personne publique.

⁵³⁰ () SALAH ELDIN G. EL., *Aucoude al-daoulah lenacle al-technologiah*, op. cit., Dar-El-Nahda El-Arabia, Le Caire, 1997, p. 103 ; AWAD-Allha Shibha EL-HAMED EL-MARAHGI, *Aoucoud almonshaate al-sénahiah bain Al-douales wa al-sharikates al-khassa al-agnabia*, (*Contrats d'établissements industriels entre les États et les sociétés privées étrangères*), Dar-El-Nahda El-arabia, 1993.

⁵³¹ () WESTRING G., *Marchés publics internationaux*, op. cit., p. 51.

114. Les Contrats *clé en main* engagent l'opérateur étranger (par ses moyens techniques et humains) à livrer un ensemble industriel prêt à fonctionner, en garantissant sa performance dans une période au moins égale à trois ans ⁽⁵³²⁾. Ces contrats sont principalement utilisés pour la réalisation de grandes installations, projets industriels ou de services tels que les centrales ou les stations de traitement des eaux. L'entrepreneur *clé en main* a la maîtrise du procédé technique de pointe correspondant à ses engagements. Dépourvu de la maîtrise du procédé, l'acheteur clé en main doit y accéder par ce moyen en raison des accords de protection d'invention et de brevet ⁽⁵³³⁾. Le contrat *clé en main* peut être *lourd* ⁽⁵³⁴⁾ ou *léger* ⁽⁵³⁵⁾. Très fréquent dans les rapports Est-Ouest et dans les projets des pays pétroliers du Golfe, ce type de contrat occasionne l'octroi de crédits ou de facilités de paiement. Il incite à la création d'emplois ou aux travaux de sous-traitance et allège la responsabilité de l'autre contractant. L'opérateur étranger doit veiller à la conformité technique du projet et à son harmonie avec la technologie contemporaine adaptée au climat du pays récepteur ⁽⁵³⁶⁾.

115. Les contrats '*produit en main*' s'identifient à la forme clé en main par les traits évoqués mais ils surchargent les fournisseurs des obligations assurant la quantité et la qualité de production ainsi que le remplacement progressif des techniciens étrangers. Ils sont considérés de par leurs nouvelles obligations comme un progrès formidable dans le domaine du transfert de technologie, même si la dépendance technique de l'un des

⁵³² () TAÏMOUR M.K., « La conception de contrat clé en main... », *op. cit., supra, Rev. Juri. Polit. Indép. Coop.*, 42^e année, 1988, spéc. p. 389 ; SALAH EL DIN G.-EL., *Aucoude al-daoulah lenacle al-technologiâh, op. cit.*, Dar-El-Nahda El-Arabia, Le Caire, 1997, pp. 107 et s ; LAMATHE, D., « Les nouveaux accords internationaux d'industrialisation : esquisse d'un manifeste dans les rapports Nord-Sud », *J.D.I.*, 1992, pp. 81 et s ; FEUER G., *op. cit., supra, in les contrats internationaux et Pays en voie de développement*, economica, Paris, 1989, p. 146.

⁵³³ () WESTRING G., *Marchés publics internationaux, op. cit.*, p. 52.

⁵³⁴ () Est un '*clé en main lourd*', le contrat qui charge l'opérateur étranger de l'ensemble des prestations (études de faisabilité, travaux de génie civil, fournitures d'équipements, cession des droits de brevet...

⁵³⁵ () Est un '*clé en main léger*' l'accord par lequel le maître d'ouvrage prend sous sa direction les travaux de montage, de génie civil et d'installation. Dans certains cas, il faut se méfier de l'appellation donnée. Serait un « faux clé en main », le marché auquel la réalisation de l'ensemble industriel échappe, pour une raison ou pour une autre, à l'entreprise étrangère. Par conséquent, le contrat par lequel le rôle de l'entreprise étrangère s'arrête au transfert de brevet *Know-How* ne peut être un contrat *clé en main*, DUBISSON M., *La négociation des marchés internationaux*, Paris, 1983, pp. 172 et s ; FEUER G., *op. cit., supra, in les contrats internationaux et pays en voie de développement*, Paris, 1989, p. 147 ; TUTS Michel, « L'évolution des contrats clé en main », *D.P.C.I.*, T. III, 1977, n° 5, pp. 603 et s.

⁵³⁶ () TUTS M., *op. cit., supra, D.P.C.I.*, T. III, 1977, n° 5, pp. 603 et s ; TAÏMOUR M.K., *op. cit., Rev. Juri. Poli. Indép. Coop.*, 42^e année, 1988., pp. 391 et s ; pour se décharger de leur responsabilité, les investisseurs se plaignent de l'exigence de la sous-traitance avec les personnes locales et de devoir d'utilisation des produits internes de mauvaise qualité. LAMATHE D., « Les nouveaux accords internationaux d'industrialisation... », *op. cit., J.D.I.*, 1992, p. 84.

partenaires infirme cette idée (⁵³⁷). Les contrats '*marché en main*' sont une seconde innovation, théoriquement favorables aux nouveaux pays industrialisés. Ils répondent aux attentes des États désireux en plus de la réception de technologie avancée, la commercialisation de ses fruits. Ces marchés coïncident avec leur désir de participer à la concurrence, de rembourser leurs crédits de projets coûteux et de rentabiliser les capitaux investis. Cependant rares sont les cas de leur passation. Réticents à la création d'un futur concurrent, les opérateurs étrangers s'opposent à ces formes de contractualisation (⁵³⁸).

116. Les contrats '*cost and fees*' sont de nouvelles formes de contrats dans lesquels le prix n'est établi qu'après réalisation des prestations. Ces accords prévoient la fixation de cet élément en deux parties : le remboursement des coûts des travaux réalisés, en anglais '*cost*', et la rémunération des charges et des profits du projet '*fees*'. C'est-à-dire, le prix se compose du coût des opérations à réaliser '*cost et des frais engagés fees*'. Cette catégorie présente une adaptabilité permanente du contrat, dont le prix se détermine en fonction du bouleversement des coûts des travaux (⁵³⁹). Théoriquement représentative d'une évaluation objective des prestations et d'une équitable rémunération, cette nouveauté n'est pas fictive. L'écart technologique favorise d'éventuelles évaluations abusives (⁵⁴⁰). Au-delà de leur nuance ou diversité, ces marchés juxtaposés compliquent la fixation du prix. Ils intéressent des opérations dans lesquelles cet élément doit comprendre la rémunération de ces études, le prix des matériaux et les marges bénéficiaires. Ils impliquent des taxes d'exploitation, des crédits, des impôts (⁵⁴¹) et des rémunérations de service d'assistance technique ou de formation du personnel. Le prix doit comprendre l'ensemble de ces prestations (⁵⁴²).

⁵³⁷ () SALAH ELDINE G., *Aucoude al-daoulah lenacle al-technologiah...*, op. cit., Dar-Elnahda Elarabia, Le Caire, 1997, pp. 134-36 ; FEUER G., op. cit., in *les contrats internationaux et Pays en voie de développement*, economica, Paris, 1989, p. 148.

⁵³⁸ () ELLAINGAN H., *Aspects juridiques de nouvelles formes d'investissements...*, op. cit., thèse, Nice, 1998, p. 30 ; SALAH ELDIN G., *Aucoud aldawlah lenacl al-téchnologiah*, op. cit., supra, Le Caire, 1997, pp. 138 et s.

⁵³⁹ () FEUER G., op. cit., in *les contrats internationaux et les pays en voie de développement*, economica, Paris, 1989, spéc. p. 148.

⁵⁴⁰ () Il est probable qu'à défaut d'une bonne connaissance de la partie étatique, son partenaire étranger puisse évaluer excessivement et abusivement le prix des matériels et des prestations, MEBROUKINE Ali., *Les modes de conclusion des contrats dans les rapports Nord-Sud*, in '*les contrats internationaux et pays en voie de développement*', economica, Paris, 1989, pp. 8 et s, spéc. 13-14.

⁵⁴¹ () DUBARRY J., « Prix de transfert récent de développement en matière fiscale », *D.P.C.I.*, 1985, T. 11, n° 4, pp. 581 et s., spéc. 593 ; PATOUT S., *Les marchés internationaux...*, op. cit., C.F.C.E., Moniteur, 1980, p. 117.

⁵⁴² () LEBEN Ch., « Les modes de coopération entre pays en voie de développement et... », op. cit., *Clunet*, 1980, p. 587 ; Dans le Marché *clé en main* liant la société allemande *Klockner* au gouvernement Camerounais, il a été inclus dans le prix du contrat l'engineering, le know how, les licences, les livraisons

117. Le classement juridique des contrats *clé en main* est difficile en raison de la multiplicité des engagements et de leur hétérogénéité. Un seul accord implique la fourniture de matériel, le transport d'équipement, la surveillance ou l'assistance technique. Chacun de ceux-ci peut former un accord propre ou revendiquer des règles appropriées. De ce fait, la confusion règne sur la nature de ces opérations. L'on se demande si elles s'intègrent dans les catégories classiques ou se réservent-elles une qualification séparée ? Certains considèrent que le principe « *l'accessoire suit le principal* », fait des éléments de '*clé en main*' un atout indivisible d'un seul marché. Ils peuvent être attachés au régime de l'obligation dominante et aux concepts des contrats d'entreprise ou de louage de service. Lorsque le transfert technique accompagne la vente d'une usine clé en main, le contrat de louage d'ouvrage va exercer une force d'attraction sur les obligations accessoires au regard de leur qualification et effets ⁽⁵⁴³⁾. Cependant, le recours aux techniques classiques n'est qu'une simplification abusive des situations juridiques inconnues des lois internes de plusieurs pays. *Il s'agit de contrats que les codifications ignorent. Il est très difficile d'analyser ces accords selon les règles classiques en raison de la diversité et de la complexité de leur contenu* ⁽⁵⁴⁴⁾. De plus, ne s'agit-il pas d'une vision tronquée qui permet à ces contrats de changer de nature si la prestation initialement caractéristique perd de sa valeur au profit d'autres subséquentement inventées ⁽⁵⁴⁵⁾.

118. Pour ces objections, d'autres voient au contraire que la qualification mixte est la meilleure solution puisqu'elle n'affecte pas la façon dont les partenaires de ces contrats les perçoivent, c'est-à-dire une seule opération ⁽⁵⁴⁶⁾. Tout contrat procède cumulativement à un ensemble d'opérations, qui dépassent le cadre du contrat de louage d'ouvrage. L'unicité de chacun de ces engagements ne s'oppose pas à une qualification pluralisée. Il s'agit d'une juxtaposition ou d'un groupement de contrats qui n'obéissent qu'à un seul régime juridique, mais sollicitent les règles correspondant à la nature de chaque prestation. Ces accords ne peuvent être qualifiés de simples *contrats de vente*, ni de *vente de développement*. Ils ne peuvent pas non plus relever des figures classiques du

d'équipements, le génie civil, le montage, la surveillance... Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire de La société *Klöckner c./ le Cameroun*, *Clunet*, 1984, p. 418.

⁵⁴³ () MELLO X., « La garantie de résultat dans le transfert de techniques », *Rev. Arb.*, 1979, pp. 39

et s.

⁵⁴⁴ () TAÏMOUR M.K., *op. cit., supra*, *Rev. Juri. Poli. Ind. Coö.*, 42^e année, 1988, p. 396.

⁵⁴⁵ () Cf. *ibid.*, p. 395.

⁵⁴⁶ () Cf. *ibid.*, p. 396.

droit privé, échappant ainsi aux dénominations inspirées de celui-ci (⁵⁴⁷). De même, l'application des aspects de droit public affronte d'autres difficultés. Si l'une des parties est une personne publique, son partenaire est un élément d'extranéité. Au-delà de cet aspect subjectif, les partenaires, surtout publics, agissent en la qualité de personnes privées, en négociant ces accords et leurs clauses au même titre que tout autre transaction commerciale (⁵⁴⁸).

119. Sans s'attacher à la thèse classique, il semble que les raisonnements de la qualification mixte doivent être critiqués. Il peut être exagéré de sommer les lois internes par l'ignorance alors que certaines connaissent des aspects voisins à ces marchés. A quelques exceptions près, la théorie des contrats administratifs connaît les lots des contrats, les contrats d'interventionnisme économique et ceux de grandes installations. Cette même théorie admet le dépeçage du droit applicable afin de préserver l'unité du contrat et de répondre à ses complexités. Il paraît artificiel d'assimiler les cocontractants publics à de simples personnes privées. Le fait que de tels marchés soient longuement négociés avec l'administration n'est pas forcément favorable à cette assimilation (⁵⁴⁹). Le déroulement d'un processus consensuel lors de la conclusion d'un accord n'influe pas sa qualification. Il ne suffit pas qu'un accord soit négocié pour le rattacher au droit commun. *Ipsa-facto*, rien n'interdit qu'une discussion ou une négociation précède un acte unilatéral de l'administration (⁵⁵⁰). Ce sont, à *fortiori*, les clauses contractuelles et l'objet de l'accord qui interprètent au mieux les comportements de l'État ou de ses émanations. Ceci étant, les contrats clé en main peuvent correspondre aux nouveaux contrats administratifs et doivent au moins emprunter certaines de leurs règles juridiques en cas de différend.

120. Appelés *contrats de coopération décentralisée*, *contrats infraétatiques* ou *actions para diplomatiques*, les accords des collectivités territoriales relevant de plusieurs États connaissent un essor important. L'absence d'un contenu juridique conceptualisant leurs formes est à l'origine de leurs diversités typologiques et de leurs imprécisions (⁵⁵¹). Utilisée pour la première fois en 1985 dans une circulaire du Premier

⁵⁴⁷ () Cf. *ibid.*, p. 385.

⁵⁴⁸ () Cf. *ibid.*, p. 394.

⁵⁴⁹ () Autant l'acte que le contrat administratif peuvent faire l'objet de négociation. V. Partie I, Titre II, Chapitre I, section II.

⁵⁵⁰ () VLACHOS Georges, *Droit public économique français et communautaire*, Armand Colin, 1996, p. 238.

⁵⁵¹ () Ainsi une simple déclaration d'intention aurait cédé celle de la coopération transfrontière, créant des droits et d'obligations, FILALI Osman, « Un nouveau champ d'exploration pour le droit

ministre français sur l'action extérieure des collectivités locales, l'expression *coopération décentralisée* recèle ce phénomène. Il s'agit de relations contractuelles qui dépassent la frontière commune et impliquent l'élément d'extranéité, critère requis de l'internationalisation (⁵⁵²). Ce phénomène est assez actif dans le cadre communautaire. Le Conseil de l'Europe a adopté la Résolution 248-1993 prise pendant la conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux du 17 mars 1993 concernant cette forme de coopération (⁵⁵³). Les actions extérieures des collectivités territoriales revêtent un caractère conventionnel et font peser sur leurs partenaires diverses obligations (⁵⁵⁴). Elles occupent les divers secteurs d'investissements étrangers et forment ainsi une nouvelle catégorie des marchés publics internationaux. Elles s'assimilent aux contrats d'État et peuvent emprunter aux solutions élaborées pour ces derniers en cas de différend (⁵⁵⁵).

121. Cela étant, il convient de mettre en relief l'ampleur d'un phénomène qui connaît dans les dernières décennies un remarquable intéressement (⁵⁵⁶). Les collectivités territoriales françaises représentent dans ce cadre un chiffre d'affaires impressionnant (⁵⁵⁷). Certains marchés de ces entités ont été passés avec des collectivités des États du Proche et Moyen-Orient. Il suffit de rappeler l'accord d'installation portuaire (Station Radar, gestion, assistance technique...), passé le 15 juillet 1975 en Égypte, entre l'Administration française du Port du Havre et l'Administration du Port d'Alexandrie

international privé ; La coopération transfrontalière entre les collectivités publiques infra-étatiques », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, pp. 404 et s, spéc. 410.

⁵⁵² () Cf. *ibid.*, pp. 404-05.

⁵⁵³ () L'article 1/ a de l'avant-projet de la convention définit la coopération extraterritoriale comme visant à établir des rapports entre collectivités ou autorités territoriales de deux ou plusieurs Parties, autres que les rapports de coopération transfrontalière LUCHAIRE Y., *Le cadre inter français de l'action extérieure des collectivités territoriales*, in *Le droit de la coopération interrégionale en Europe*, ouvrage collectif sous la direction de la Commission de l'Union Européenne et de l'Assemblée des régions d'Europe, Paris, L.G.D.I., 1995, p. 178.

⁵⁵⁴ () Ex., réalisation d'équipements, tourisme, agriculture, industrie, santé, protection d'environnement, valorisation des ressources naturelles, urbanisme et infrastructure communal. Cf., *ibid.*, p. 178.

⁵⁵⁵ () BURDEAU G., *op. cit.*, pp 112 et s ; WEIL P., *Problèmes relatifs aux contrats...*, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, t. 128, v. III, 1969, pp. 98 et s. spéc. 107 ; LE BOULANGER Ph., *op. cit.*, *Économica*, Paris, 1985, p. 9.

⁵⁵⁶ () AUDIT M., *Les conventions transnationales entre Personnes publiques*, L.G.D.J., Paris, 2002 ; LEMAIRE Sophie, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, thèse, Paris I, 1999.

⁵⁵⁷ () Environ 5000 contrats de coopération jusqu'au 15 décembre 1996 contre 3415 au 28 avril 1994, 1600 en août 1991, et environ 6000 opérations de coopération décentralisée auxquelles sont parties des collectivités locales françaises. Rapports de la délégation de l'aménagement du territoire et de la délégation des collectivités locales du ministère des affaires étrangères, mars 1996, pp. 85-86, cité par FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration... », *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, p. 408.

pour l'assistance technique, la formation du personnel et la coopération (⁵⁵⁸). Pour les collectivités françaises, il apparaît toutefois que la contractualisation avec d'autres collectivités de la communauté européenne, attire beaucoup plus d'attention (⁵⁵⁹). Un bon nombre de projets illustre un recensement intéressant pour l'aménagement du territoire et aux actions régionales. Le pôle Européen de Développement liant aussi bien les régions *Lorraine et Wallonne* (Belgique) que le *Grand Duché du Luxembourg* ont fait l'objet d'un gros investissement public (⁵⁶⁰). Géré par les trois parties, le *Collège Européen de la Technologie* a réalisé des équipements communs, tels qu'une station d'épuration, un service de secours incendie et un centre de tri-postal. À cela s'est greffée l'Association Transfrontalière de l'Agglomération du Pôle européen de développement créée le 1 février 1996 par vingt et un maires et bourgmestres de trois pays afin de projeter une mission d'assistance au développement des espaces transfrontaliers. Depuis 1996, des collectivités suédoises, finlandaises et françaises ont créé une association d'exploitation commune des forêts, de l'eau et de l'environnement. Avec leurs voisines suisses, d'autres collectivités françaises ont contracté un projet de métro léger Annemasse-Genève et un autre d'aménagement de l'aéroport *Genève-Cointrin*. Enfin, la ville de Nice et deux autres villes italiennes ont signé en 1997 un marché tant pour l'échange d'expérience en matière de collecte sélective et traitement des déchets que pour la promotion de la formation linguistique et culturelle des professionnels (⁵⁶¹).

b) Intégration des nouveaux marchés publics internationaux au concept d'investissements étrangers

122. Le débat concernant l'intégration des nouveaux *M.P.I.* dans le concept d'investissement relève de la courte durée du projet envisagé et de doute quant à l'effectivité du risque encouru par des opérateurs, récepteurs de simples rémunérations préfixées (⁵⁶²). Certains auteurs estiment que cette qualification ne convient pas aux projets dont la durée est moins de trois ans et dont le partage des risques est absent (⁵⁶³).

⁵⁵⁸ () BURDEAU Genviève, Les accords conclus entre autorités administratives ou Organismes publics des pays différents, *In Mélanges Paul REUTER*, pp. 111 et s.

⁵⁵⁹ () Entre 56 % et 67 % des contrats concernant la République Fédérale d'Allemagne, l'Espagne le Royaume-Uni, l'Italie la Belgique, le Luxembourg, le Portugal. *ibidem*, p. 408.

⁵⁶⁰ () Cette opération a investi un apport de 3 milliards de francs, a généré 7 milliards d'investissements privés et a regroupé plus de 60 projets.

⁵⁶¹ () FILALI O., *op. cit.*, *Rev. Cri. Dr. Int. Privé*, 1997, p. 408.

⁵⁶² () OMAN C., *Les nouvelles formes des investissements internationaux en pays en voie de développement*, O. C. D. E., 1984, pp. 154 et s.

⁵⁶³ () Dans ces opérations, l'investisseur reçoit en tout état de cause sa rémunération. Il en est de même pour les marchés clé en main dont le prix est prédéterminé. BOUHACENE, *Droit international de la coopération industrielle*, Publisud, 1982, p. 13.

D'autres voient, au contraire, que les nouveaux *M.P.I.* ont une portée exceptionnelle par leur importance et leurs systèmes juridiques applicables ⁽⁵⁶⁴⁾. L'élément de risque n'est pas totalement introuvable. Dans les contrats *B.O.T.*, les accords d'association ou de partage de production et dans les marchés de service et de fournitures ou ceux du clé en main, ce risque est parfaitement visible ⁽⁵⁶⁵⁾. Il semble que ces nouveaux marchés s'intègrent dans le concept modéré d'investissement direct étranger. Adoptée par la Chambre de Commerce International, cette position implique les investissements en portefeuille et le domaine de la propriété intellectuelle qui font une multitude de moyens et d'actions par lesquels les investisseurs accèdent actuellement au marché extérieur ⁽⁵⁶⁶⁾. De surcroît, particulièrement concerné par les investissements internationaux, le Centre d'arbitrage *CIRDI* s'est reconnu la compétence pour juger de tels marchés. Dès lors, il n'est pas étonnant que ses sentences arbitrales se placent de ce côté. Tel fut le cas de l'Affaire *Klökner* contre le gouvernement camerounais. L'objet du litige était un groupe de marchés au cours duquel la société allemande s'est engagée vis-à-vis du Cameroun à construire et à exploiter une usine d'engrais. La complexité du projet a exigé la passation d'une série de contrats accessoires (contrat de livraison d'usine et contrat de management). Le refus de paiement par l'État, en raison des erreurs imputées à la société allemande, a conduit celle-ci à saisir le *CIRDI*. L'une des questions préalables était de savoir s'il était possible de trancher les conflits relatifs à l'ensemble contractuel, y compris ceux subséquentement signés ? Les arbitres ont répondu positivement. Ils ont considéré qu'en effet, ces contrats accessoires constituent un investissement étranger. Et qu'en conséquence, ils se sont reconnus la compétence de problèmes liés aux marchés litigieux ⁽⁵⁶⁷⁾.

123. Une sentence plus récente affirme une interprétation plus amplifiée. Il s'agit de la sentence du 23 janvier 1997 impliquant la société étrangère *Fedax N.V.* c/ la République du *Venezuela*. L'objet du litige était les effets du commerce libellés en dollars \$ et émis par le pouvoir public au profit d'une société de droit local. Ces effets ont ensuite été transmis par voie d'endossement à une entreprise de droit néerlandais, dite société *Fedax N/V*. La République n'ayant pas honoré ses engagements à temps, la

⁵⁶⁴ () JUILLARD E., *Contrats d'État et investissement, in les contrats internationaux et pays en voie de développement*, economica, Paris, 1989, spéc. p. 174.

⁵⁶⁵ () Cf. *ibid.*, p. 173 ; VADCAR C., *op. cit.*, J.-C., *Dr. Int.*, 1998, spéc. pp. 20-21.

⁵⁶⁶ () Déclaration de la C.C.I. du 30 avril 1996, « Document n°103/179 ».

⁵⁶⁷ () RAMBAUD P., « Deux arbitrages *CIRDI*..... », *A.F.D.I.*, 1984, pp. 396 et s.

société a saisi le CIRDI sur la base d'un traité bilatéral ⁽⁵⁶⁸⁾. L'originalité de l'affaire relève du fait que c'était la première fois que ce Centre d'arbitrage se trouvait face à un différend purement financier dont on a qualifié d'investissement étranger ⁽⁵⁶⁹⁾. Alors que l'État du Venezuela a nié cette qualification *farouchement défendue* par son adversaire, la sentence l'a cependant approuvée ⁽⁵⁷⁰⁾. Les raisonnements des arbitres paraissent intéressants. Le CIRDI a intelligemment pu dépasser l'impasse sémantique du concept d'investissement. D'une part, il a abandonné toute tentative de définition : « *Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme 'investissement' compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle, et compte tenu du mécanisme par lequel les États contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories des litiges qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (Article 25/4)* » ⁽⁵⁷¹⁾. Il a ensuite pris le soin de préciser qu'« *il revient à chaque État contractant de déterminer à sa discrétion quel type de différend relatif à un investissement doit être considéré comme arbitrable dans le contexte du CIRDI* ». Ainsi déduit-il que « *les parties ont une liberté assez grande pour déterminer quelle opération constitue un investissement...* » et que sa compétence en matière « *de prêts, de crédits-fournisseurs, de propriété d'actions, de contrats de construction, entre autres, était laissée à la discrétion des cocontractants* ». Il conclut alors que « *ces nouvelles catégories d'investissement, et particulièrement celles relatives à la fourniture de services, se situe à la frontière entre un investissement proprement dit et des opérations commerciales qui ne relèvent pas de la compétence du Centre...* » ⁽⁵⁷²⁾. Ces motivations conduisent à l'incorporation des nouveaux M.P.I. dans la définition *lato sensu* d'investissement étranger. Cette évolution inévitable soulève l'interrogation sur les lignes de démarcation entre le commerce et l'investissement aux frontières desquels se trouvent ces nouveaux marchés.

B) Commerce et investissements

124. Parallèlement aux difficultés recensées lors de la distinction entre « *service public et intérêt général* », il existe un problème similaire en matière internationale. Il s'agit de la distinction entre les termes « *commerce* » et « *investissement* » qui divergent

⁵⁶⁸ () Celui-ci a été conclu entre cet État et les Pays-Bas le 22 octobre 1991, GAILLARD Emmanuel, « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *Clunet*, 1999, pp. 272-297, spéc. 291.

⁵⁶⁹ () Au sens de sa convention d'établissement de 1965, Cf. *ibid.*, p. 290.

⁵⁷⁰ () Cf. *ibid.*, 280-291.

⁵⁷¹ () *Ibid.*, p. 282, n° 21.

⁵⁷² () *Ibid.*, pp. 283, ns° 22-23.

par définition. Le premier exprime une activité d'achat et de revente d'un produit, d'une valeur ou la présentation de certains services (⁵⁷³). Le second signifie l'acquisition de biens de production (bâtiments, machines...) pour *l'exploitation durable* des apports ou d'équipements destinés à produire des services d'une société ou d'un succursale (⁵⁷⁴). Il existe néanmoins des liens originels entre ces locutions (⁵⁷⁵). L'investissement suit le commerce lorsque le développement de celui-ci pousse l'exportateur à investir sur les marchés étrangers pour se rapprocher de ses clients locaux. A l'inverse, l'investissement devance le commerce lorsqu'il offre ses services sur un marché étranger par la nécessité d'établir en matière d'assurances, de banques, de transport ou d'urbanisme des activités contractuelles (⁵⁷⁶).

125. Au-delà de ce cadre sémantique, les débats concernant cette distinction est mise en avant dans de nombreux travaux d'organisations interétatiques. Les liens évoqués ont conduit les rédacteurs de la Charte de La Havane de 1948 à inclure les investissements dans les statuts de *l'Organisation Internationale du Commerce (OIC)* (⁵⁷⁷). Durant *l'Uruguay-Round*, les pays industrialisés avaient proposé d'inclure des dispositions sur l'investissement dans le cadre du *GATT*. Les États du Tiers-monde s'y sont opposés, estimant que l'investissement ne relevait pas du commerce (⁵⁷⁸). Cette objection a provoqué certaines répercussions. Lors de la conférence ministérielle de *l'OMC* (décembre 1996, *Singapour*), il a été accordé la création d'un groupe de travail sur les liens entre commerce et investissement (⁵⁷⁹). Depuis sa première réunion de 1997, ce groupe examine toute une série de questions dont la plus importante est celle concernant les liens entre les deux notions et leurs incidences sur la croissance économique et le développement (⁵⁸⁰). Dans le cadre de ces réunions de 1998, le groupe de travail s'est intéressé aux approches bilatérales, régionales et multilatérales en matière d'admission de l'investissement. Il a traité les critères d'évaluation des accords d'investissements

⁵⁷³ () LE PETIT ROBERT, Paris, 1996, p. 413.

⁵⁷⁴ () Cf. *ibid.*, p. 1226

⁵⁷⁵ () JUILLARD E., « Investissements », *Répertoire Dalloz, (Droit international)*, 1998, n° 79.

⁵⁷⁶ () Cf. *ibid.*, n° 14, p. 5.

⁵⁷⁷ () Cet organe ne vit jamais le jour, Cf. *ibidem*.

⁵⁷⁸ () VADCAR C., *op. cit., J.-C. Dr. Int.*, 1998, n° 122 ; JUILLARD E., *op. cit., Rép., Dalloz Dr. Int.*, 1998, n° 14, p. 5.

⁵⁷⁹ () « Étant entendu que les travaux entrepris ne préjugeront pas la question de savoir si des négociations sur des disciplines multilatérales dans ce domaine seront engagées à l'avenir » (OMC-Rapport Annuel 1998, Mondialisation et commerce international, p. 87) ; VADCAR C., *op. cit., supra*, n° 125 ; JUILLARD E., *op. cit., Rép., Dalloz Dr. Int.*, 1998, n° 14, p. 5.

⁵⁸⁰ () Cf. VADCAR C., *idem.*, n° 125.

internationaux eu égard au développement ⁽⁵⁸¹⁾. Cependant, les restrictions existantes au carrefour du commerce et de l'investissement sont importantes. Dans le cadre de l'Accord O.M.C., certains États en développement ont adhéré en notifiant les mesures d'investissement liées au commerce, incompatibles avec les Articles III (traitement national) et XI (interdiction des restrictions quantitatives) du GATT de 1994 ⁽⁵⁸²⁾. La possibilité de parvenir pour cette matière à une classification opérante semble alors absente. La diversité des thèmes à étudier illustre l'intérêt et la complexité de l'investissement : « *la place croissante qu'occupent les investissements directs étrangers dans le GATT/OMC reflète la densification et la complexification des liens entre les investissements et les échanges* » ⁽⁵⁸³⁾.

126. Néanmoins, les juristes ne cessent de mettre en évidence l'importance de cette distinction. Il y a presque vingt ans, un auteur précisa que lorsque l'on parle de contrats d'État, il est fondamental de distinguer « *les contrats à finalité purement commerciale et les contrats d'investissements qui supposent une implication beaucoup plus grande de la part de l'État, et qui n'ont pas, naturellement, les mêmes buts. Un contrat par lequel un État achète des chaussures pour son armée ou des armes (...) est un contrat dit 'd'échange', qui épuise ses effets en très peu de temps et qui ne présente pas de particularité, ni de spécificité par rapport à un contrat de Droit Privé ou de Droit Commercial International. En revanche, les contrats dits d'investissement sont au centre d'un conflit éternel qui est le conflit entre l'intérêt général (...) et l'intérêt privé* » ⁽⁵⁸⁴⁾. Une dizaine d'année plus tard, ces propos retrouvent leur traduction : « *l'investissement devient progressivement un facteur d'intégration au plan mondial, ce qui favorise l'adoption pour certaines activités de réglementations nouvelles : hier, les mesures d'investissement étaient liées au commerce. Aujourd'hui, elles se forment par des restrictions en matière d'entrée, de séjour et d'emploi de personnel étranger et de pratiques anti-concurrentielles. Demain, les surenchères fiscales et les formes plus indirectes de restriction de l'investissement ne manqueront pas d'apparaître au lendemain d'un accord en cette matière, partiel ou global* » ⁽⁵⁸⁵⁾.

⁵⁸¹ () *Ibid.*, n° 126.

⁵⁸² () *Ibid.*, n° 128.

⁵⁸³ () BACCHETTA M., « Investissements directs dans l'OMC », *Revue Française d'Économie*, 1997, p. 72 ; VADCAR C., *op. cit.*, *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, n° 123.

⁵⁸⁴ () LEBOULANGER Ph., intervention aux débats sur souveraineté et arbitrage, *Revue d'arbitrage*, 1985, p. 597.

⁵⁸⁵ () VADCAR C., *op. cit.*, Éd. *Juris-Classeur, Droit International*, 1998, n° 129.

127. La distinction et son importance étant posées, il convient d'indiquer le mode d'y procéder. L'appréciation des activités éventuellement en cause peut être recherchée dans un traité bilatéral, à défaut de quoi elles doivent être qualifiées conformément aux lois internes et aux objectifs souscrits dans la contexture contractuelle. Ainsi, la sentence précitée *Fedax N.V. c/ la République du Venezuela* s'est référée au *Traité de protection et promotion intervenu entre le Royaume des Pays-Bas et la République du Venezuela* pour répondre à cette question. En vertu de l'article 9/1 de cet accord, les litiges opposant une partie contractante et un ressortissant de l'autre partie cocontractante, et qui concernent une obligation pesant sur la première en relation avec un investissement réalisé par le ressortissant de l'autre État, seront soumis à la procédure d'arbitrage ou de conciliation. Par conséquent, la définition de l'investissement formulée à l'article 1/a de l'Accord est celle qui gouverne la compétence du CIRDI : « le terme investissement comprend tout type d'actifs et en particulier, mais pas exclusivement, (ii) tout droit dérivé d'actions, d'obligations et tout autre type d'intérêt dans des sociétés et des joint-ventures ; (iii) tout titre ouvrant droit à une somme d'argent, à d'autres biens ou à toute réalisation ayant une valeur économique... »⁽⁵⁸⁶⁾. Pour cette raison, les arbitres ont décidé que le présent litige relève de leur compétence, ordonnant ainsi la poursuite de la procédure arbitrale⁽⁵⁸⁷⁾.

II : Recherche de rentabilité et objectif de développement

128. Comme pour les contrats administratifs, les *M.P.I.* ont une double finalité : l'une concerne l'opérateur étatique, l'autre implique son partenaire multinational. Pour le premier, l'objectif relève du développement d'un ou de plusieurs secteurs liés aux besoins de la population. Il implique une prise de conscience de la réalité et des circonstances économiques des résidents⁽⁵⁸⁸⁾. Cet objectif occupe une place majeure dans les relations interétatiques et inter partes. Il s'exprime à travers des dénominations comme « *Droit International de Développement* » et « *Accords de développement* ». Ceux-ci sont définis comme étant des *contrats ayant pour objet la concentration et/ou l'organisation de l'activité économique*. Ils sont répertoriés en contrats de restructuration, contrats collectifs ou contrats de souveraineté par lesquels l'État

⁵⁸⁶ () GAILLARD E., « Centre international pour le règlement des différends... », *op. cit.*, Clunet, 1999, pp. 272 et s, spéc. 286, n° 30-31.

⁵⁸⁷ () Cf. *ibid.*, p. 290, n° 44.

⁵⁸⁸ () RAULIN A., « L'État et l'Administration du développement », *op. cit.*, pp. 183-199.

organise les relations qu'il entend avoir avec les pouvoirs privés et publics (⁵⁸⁹). Ces derniers entendent des objectifs définis en dehors de leur volonté : contraintes de marché ou contraintes de développement. Il s'agit alors, d'accords à long terme dans lesquels les divers aléas contraignent les parties à les considérer comme préférables à tout équivalent (⁵⁹⁰). C'est parce que les États, surtout ceux du Tiers Monde, se chargent par son infrastructure et doit œuvrer pour améliorer les conditions de vie des populations (⁵⁹¹). Dans ce contexte, les marchés que passent le Tiers-monde met inlassablement l'accent sur la politique de développement. La finalité économique de l'opération « *prend le pas sur les aspects de pure technique juridique* » (⁵⁹²).

129. Ces accords occupent dans l'économie de ces pays une place prépondérante et constituent un instrument de développement (⁵⁹³). C'est dans ce sens que nous pouvons comprendre les propos suivants : « *la conception primaire des concessions pétrolières conclues à l'aube du siècle entamé et connues par simple réception des opérateurs étatiques, des dividendes et des profits est actuellement dépassée. Un État, surtout en développement, cède à une notion de contrat, instrument du développement, dont les cocontractants étrangers associent, voire subordonnent, les apports investis, la rentabilité envisagée au service du développement* » (⁵⁹⁴). Le recours pour ces États aux étrangers n'est pas dénué de sens. Ce n'est qu'une conséquence de leur incapacité et de leur état de carence. Ces accords sont devenus une stratégie indispensable à leur croissance. Par ce procédé, ces pays assujettissent les événements pour compenser leur retard, par l'acquisition de nouvelles technologies, connaissances et compétences (⁵⁹⁵).

⁵⁸⁹ () MARTIN G.J., Cours de DEA, Droit économique, Nice 1985-1988 (inédit) ; cité par, BOY Laurence, « L'Arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales du droit public en France : contribution du droit économique », *Rev. Dr. Int. Dr. Éco.*, 1991, p. 122.

⁵⁹⁰ () Cf. BOY L., *op. cit.*, *Rev. Dr. Int. Dr. Écon.*, 1991, p. 123 ; LAMATHE D., *op. cit.*, *Clunet*, 1998, pp. 45-65, spéc. p. 46, n° 1 et 2.

⁵⁹¹ () RAULIN A., *op. cit.*, pp. 184 et s ; LAMATHE D., « Les relations entre les gouvernements et... », *supra*, *Clunet*, 1998, pp. 45-65, spéc. p. 46, n° 2.

⁵⁹² () d'autant plus que l'octroi d'autorisations, de privilèges ou de concessions, KAHN Ph., « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *Clunet*, 1965, p. 338, p. 358 ; Weil P., *op. cit.*, *supra*, *R.C.A.D.I.* V. III, 1969, pp. 123 et s ; « Un nouveau Champ d'influence pour le droit administratif français... », *supra*, p. 15 ; adde, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité..., in *Mélanges Rousseau*, p. 307 ; RIAD F., *op. cit.*, *Les Petites affiches*, 18 juillet 1986, n° 86, pp. 17 et s. ; « Les contrats de développement et arbitrage international », *Rev. Égy. Dr. Int.*, 1986, pp. 253 et s ; LALIVE J.F., Les contrats entre opérateurs étatiques et..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1983, V. III, pp. 58 et s. ; El-KOSHERI A.S., *op. cit.*, in *le contrat économique international, Bruxelles-Paris*, 1975, pp. 285 et s.

⁵⁹³ () WEIL P., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III., 1969, spéc. pp. 109 et s ; LEDUCQ X., Les accords de développement économique..., *op. cit.*, thèse, Rouen, 1980, pp. 26, 68 et s.

⁵⁹⁴ () RIAD F., *op. cit.*, *Les Petites affiches*, 1986, n° 86, pp. 17-25, spéc. p. 19.

⁵⁹⁵ () TAÏMOUR M.K., La conception du contrat clé en main et son application dans le système égyptien, *Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 386 et s.

Ils les ont qualifiés de contrats du Plan ⁽⁵⁹⁶⁾ en les intégrant dans leurs politiques économiques adoptées depuis leur accès à l'indépendance.

130. Sur le plan politico-économique, ces marchés s'encadrent dans le programme de croissance. Ils recouvrent différentes réalités à savoir la reconstruction d'un pays à la suite d'événements et circonstances (*guerres, volonté du gouvernement de laisser des marques pouvant soulever un doute sur leur véritable utilité et prolonger leur existence*) ⁽⁵⁹⁷⁾. Pour certains pays, on l'a vu, les ressources naturelles ont un rôle moteur dans leur système budgétaire ⁽⁵⁹⁸⁾. Par ailleurs, les activités industrielles de ces États sont étroitement liées aux aléas du prix et de la production. Leur stabilité pourrait être menacé en cas de carence de telles ressources ou leur forte dévaluation ⁽⁵⁹⁹⁾.

131. Dans cette atmosphère, les *M.P.I. d'infrastructure, de service et de fournitures*, sur lesquelles comptent d'autres États comme l'Égypte, sont d'une grande importance. Le secteur public du pays occupe 70 % du commerce extérieur et jouit ainsi d'une véritable prépondérance. Ces accords symbolisent la réussite ou l'échec de la politique de certains gouvernements ⁽⁶⁰⁰⁾. L'opérateur étranger ne peut pas se désintéresser de ces exigences ⁽⁶⁰¹⁾. Il s'agit donc de contrats qui « *se caractérisent par leur finalité. Ce sont également des contrats où l'intervention des États est fréquente au moment de leur conclusion, en raison de leur importance pour l'économie du pays qui accueille la production* » ⁽⁶⁰²⁾. Même s'il arrive que certains d'entre eux ne touchent pas directement l'économie nationale, leurs liens avec celle-ci sont très étroits. Ils tendent à s'accompagner d'accords de prêts, d'importation ou d'exportation, de contrats de travail et d'assurance. De tels marchés augmentent le chiffre d'affaires, encouragent

⁵⁹⁶ () FONTAINE M., Introduction, *in le contrat économique international*, Bruxelles-Paris, 1975, p. 35.

⁵⁹⁷ () LAMATHE D., *op. cit.*, *Clunet*, 1998, spéc. p. 46, n° 1.

⁵⁹⁸ () LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *Economica*, Paris, 1985, p. 15 ; GEORGE ELIN, Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et...., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1976, T. 149, V. 1, spéc. pp. 11-12.

⁵⁹⁹ () La crise iraquienne ne peut qu'être le meilleur témoignage. Malgré sa vitalité, l'accord pétrole contre nourriture est une traduction juridique de cette image.

En outre, pour d'autres États comme le Koweït ou l'Arabie Saoudite, les revenus du pétrole occupent de grands pourcentages (90 ou 99 % des revenus nationaux). M. EL-SAYED, *L'organisation des Pays exportateurs de Pétrole*, Paris, 1967, pp. 27-34 ; LEDUCQ X., *Les accords de développement...*, *op. cit.*, thèse, Rouen, p. 26.

⁶⁰⁰ () TAÏMOUR M.K., *op. cit.*, *supra*, *Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 386 et s.

⁶⁰¹ () LEDUCQ X., *op. cit.*, *supra*, thèse, Rouen, 1981, p. 23.

⁶⁰² () KAHN Philippe, « *Lex mercatoria* et pratique des contrats internationaux : l'expérience française, le contrat économique international », *Ville journées Jean DABIN*, Bruxelles et Paris, Bruylant et Pédone, 1975, p. 161 et s, spéc. p. 180.

l'exportation et facilitent la diminution du taux de chômage⁽⁶⁰³⁾. Il est donc concevable que certains États imposent aux opérateurs étrangers des conditions législatives ou contractuelles qui mettent en exergue cette exigence.

132. Sur le plan contractuel, certains opérateurs étatiques recommandent aux sociétés étrangères de « *faire des investissements utiles au développement économique* » puisque « *l'objectif du contrat est l'engagement de la société à exécuter toutes les mesures contribuant à améliorer l'infrastructure de l'État d'accueil* »⁽⁶⁰⁴⁾. La condition de participation majoritaire des opérateurs nationaux ou celle de la sous-traitance avec les locaux permet de comprendre la politique économique d'un pays souhaitant, par ce biais, accéder à la croissance⁽⁶⁰⁵⁾. **Sur le plan gouvernemental**, beaucoup d'États ont ancré cette finalité dans leurs codes d'investissements et leurs programmes de développement. L'article 3 de la loi du 3 septembre 1959 sur le régime d'investissements étrangers en Côte-d'Ivoire dispose que les entreprises pourront être agréées comme prioritaires lorsqu'elles concourent « *à l'exécution des plans de développement économique et social* » et à la réalisation « *des investissements revêtant une importance particulière pour la mise en valeur du pays* »⁽⁶⁰⁶⁾. Le programme quinquennal (1996-2000) du Vietnam met en relief les *objectifs publics, économiques et sociaux* réalisables par la contractualisation. En effet, « *l'objectif est de remplir les conditions nécessaires au développement socio-économique pour les années 1996-2000 et de poser ainsi des bases solides pour le développement du pays au delà de l'an 2000* »⁽⁶⁰⁷⁾, ce qui semble en constante progression.

133. Sur le plan conflictuel, cet objectif a été accentué dans les écrits des reporters et commentateurs de célèbres sentences et juridictions. Dans l'Affaire *Liamco/Libye*, l'arbitre *Mahmaseni*⁽⁶⁰⁸⁾ a indiqué que « *la concession souscrite entre Liamco et la partie libyenne est placée, comme d'autres contrats analogues, dans la catégorie des*

⁶⁰³ () LALIVE J.F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1983, V. III ; ELLAINGAN H., *Aspects juridiques des nouvelles formes d'investissements...*, *op. cit.*, thèse, Nice 1998, p. 133 ; GEORGE ELIN, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1976, T. 149, V. 1, pp. 2 et s, spéc. p.70 et 71 ; JONATHAN Cohen G., *thèse précitée*, Paris, 1966, p. 170 ; TAÏMOUR M.K., « La conception du contrat clé en main... », *op. cit.*, *Rev. Jur. Polit. Ind. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 386 et s ; BOUDAHRAIN Abdallah, « Problème d'adaptation du droit marocain aux contrats internationaux clé en main », *Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 442 et s., spéc. 458.

⁶⁰⁴ () Article 4 du contrat du 20 octobre 1978 entre Zaïre et l' « OTRAG ».

⁶⁰⁵ () SALAH EL DINE G., *Les contrats d'États de transfert de technologie*, Le Caire, 1996, p. 158.

⁶⁰⁶ () Cité par LÉBOULANGER, *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, n°

347

⁶⁰⁷ () LUU VAN DAT, « Investissements étrangers en B.O.T. », *Rev. Int. Dr. Comp.*, n° 4, 1997, p.

869 et s.

⁶⁰⁸ () MAHMASSENI Sobhi, « Sentence arbitrale : libyen american oil company (LIAMC) c./ Gouvernement de la République arabe libyenne », *Rev. Arb.*, 1980, pp. 132-191, spéc. 134-137.

contrats dits 'contrats internationaux de développement dont l'objet est l'utilité publique ou l'exploitation de certaines ressources naturelles... ». De même, arbitre de la sentence *Texaco-Calasiatic*, M. Dupuy a mentionné cet objectif sans en tirer de conclusions. Les concessions litigieuses ont un objet « particulièrement ample. Elles ne se bornent pas à une fourniture ou à une prestation isolée, mais tendent à apporter à un pays en voie de développement des investissements et une assistance technique. La longueur et la durée assignées à ces contrats impliquent une étroite coopération entre l'État et son cocontractant »⁽⁶⁰⁹⁾. C'est pourquoi un commentateur de la célèbre sentence a critiqué **les raisonnements de l'arbitre** en les termes suivants : « comment soutenir, que l'État libyen jouisse de ses ressources naturelles alors que ce produit présente, pour la Libye, une importance vitale du fait de la source quasi-exclusive de revenus qu'il représente pour cet État, de l'arme quasi-exclusive qu'il constitue à son profit dans les négociations politico-économiques d'importance majeure actuellement en cours et qu'une partie non négligeable du pétrole libyen se trouvait, par les concessions de 1955, aux mains des compagnies pétrolières Nord-américaines ? »⁽⁶¹⁰⁾. Corrélativement, la sentence *Klöckner* a souligné que les problèmes juridiques posés relèvent « d'un accord de développement économique »⁽⁶¹¹⁾. L'arbitrage de la *Soabi* c/ le Sénégal⁽⁶¹²⁾ a pris en considération « l'intérêt économique que présente un tel projet pour le gouvernement, le montant d'investissement à réaliser pour cette implantation est de 900 millions de Francs » et « la concordance des buts visés par la société avec les objectifs et les orientations du plan élaboré par le gouvernement »⁽⁶¹³⁾. Les *M.P.I.*

⁶⁰⁹ () LALIVE J.F., « Un grand arbitrage pétrolier entre État et entreprise étrangère ; Sentence *Texaco-Calasiatic* C/ le gouvernement libyen », *Clunet*, 1977, pp. 319-389.

⁶¹⁰ () VERHOEVEN Joe, *op. cit.*, *Rev. Belge Dr. Int.*, 1978, note 85, p. 224 ; COLIN Jean-Pierre, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 331.

⁶¹¹ () PAULSSON Jan, « Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : la sentence arbitrale Cameroun c/ Klöckner », *Rev. d'arbitrage*, 1984, pp. 18 et s.

⁶¹² () Il s'agissait d'un groupe de contrats de réalisation en cinq ans de quinze mille logements socio-économiques et de l'implantation d'un complexe industriel important. L'opération a été résiliée unilatéralement par l'État et le CIRDI a été saisi par son cocontractant. Le CIRDI a précisé entre autres qu'« en vue de confier à la société (SOABI) les garanties juridiques, financières et fiscales nécessaires à la réalisation de ce projet et au bon fonctionnement de cette industrie ; vue la loi n° 72-43 du 12 juin 1972 portant sur les codes d'investissement, les engagements réciproques ci-dessus ont été convenus et arrêtés par les soussignés. Ce texte montre bien le contexte dans lequel se situe la Convention d'établissement, à savoir celui d'une opération unique consistant en un programme de construction de 15 000 logements sociaux ainsi à la construction d'une usine de fabrication d'éléments de béton industriel permettant la réalisation du programme », GAILLARD E., « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Clunet*, 1990, pp. 191 et s., spéc. 197.

⁶¹³ () GAILLARD E., *op. cit.*, *Clunet*, 1990, spéc. pp. 197 et s.

sont des contrats spéciaux qui touchent des objectifs liés aux besoins économiques et sociaux ⁽⁶¹⁴⁾ dont les partenaires reconnaissent l'intérêt et l'importance ⁽⁶¹⁵⁾.

134. De leur côté, les opérateurs étrangers visent avant tout la réalisation de la rentabilité maximale ⁽⁶¹⁶⁾. Cet objectif est soutenu par des privilèges tirés de main-d'œuvre avantageuse ⁽⁶¹⁷⁾ et de conjonctions douanières et fiscales. Il s'agit alors d'un but purement commercial. Toutefois, les *M.P.I.* font courir à ces entreprises des risques contractuels. Les dangers de la nationalisation ou du non-paiement peuvent leur conduire à la faillite ⁽⁶¹⁸⁾, à la cessation voire à l'inexistence matérielle. Cela étant, l'importance de cette finalité doit occuper sa place naturelle. Ce n'est pas parce que les étrangers visent le commerce que leurs intérêts doivent céder devant l'utilité publique ou l'intérêt général. Il faut que la justice soit faite en sauvegardant l'équilibre et la conciliation entre les finalités initiales. Il devrait en être ainsi car lesdits accords touchent également l'économie du monde occidental. On sait bien que ce dernier encourage l'exportation de connaissances avancées par le biais de ses sociétés multinationales. Ce commerce d'industrie et de technique est un des facteurs importants pour l'équilibre de sa balance commerciale. Il touche, certes indirectement, mais indubitablement, la création d'emploi et l'achat à prix avantageux de ressources naturelles ⁽⁶¹⁹⁾.

Section II Clauses exorbitantes et engagements de protection

⁶¹⁴ () LUU VAN DAT, « Investissements étrangers en *B.O.T.* », *Rev. Int. Dr. Com.*, 1997, pp. 869

et s.

⁶¹⁵ () BEKHECHI Abdel-Whab, Quelques éléments de réflexion sur la pratique algérienne du contrat d'État, in *les contrats internationaux et Pays en voie de développement*, economica, Paris, 1989, pp. 223-249, spéc. 230-231, n° 8.

⁶¹⁶ () RIAD Fouad, *op. cit.*, *Les Petites-Affiches*, 1986, n° 86, pp. 13 et s ; LEDUCQ X., *op. cit.*, thèse, Rouen, 1981, p. 27 ; FEUER G., La conclusion des contrats de transfert de technologie, in '*contrats internationaux et pays en voie de développement*', Paris, 1989, p. 138.

⁶¹⁷ () JUILLARD E., Contrats d'État et investissements, in '*contrats internationaux et pays en voie de développement*', Paris, 1989, pp. 174 et s ; LEDUCQ X., *op. cit.*, thèse, Rouen, 1981, pp. 27-28.

⁶¹⁸ () MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État... », *Clunet*, 1986, N° 1, pp. 5 et

s.

⁶¹⁹ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, Paris, 1985, pp. 10 et s ; OPETIT B., « Les États et l'arbitrage international : esquisse de systématisation », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 498 et s ; LALIVE J. L., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1983, V. III, spéc. p. 29.

135. Si, en droit administratif égyptien, la présence de clauses exorbitantes est cumulative ⁽⁶²⁰⁾, elle est, en droit français, un critère alternatif. Seraient administratifs les contrats contenant des clauses exorbitantes ⁽⁶²¹⁾. Justice et doctrine font de ces clauses le second élément du critère fonctionnel des contrats administratifs. Ce critère a un caractère subsidiaire permettant de rendre administratif, le contrat qui ne confère pas au cocontractant l'exécution même du service public ⁽⁶²²⁾. Tout accord qui n'a pas pour objet le service public, doit avoir une ou plusieurs clauses exorbitantes pour qu'il soit administratif ⁽⁶²³⁾. Cet élément alternatif peut jouer dans la répartition de la compétence un rôle décisif ⁽⁶²⁴⁾, d'autant plus qu'il n'échappe à aucune étude consacrée aux contrats administratifs (**Sous-section I**). Corrélativement, les marchés publics internationaux contiennent fréquemment un critère similaire. Il s'agit de l'insertion dans ces accords de stipulations protectrices des investisseurs étrangers contre le pouvoir judiciaire de l'État d'accueil et contre l'éventuel recours aux aléas réglementaires ou législatifs (**Sous-section II**).

Sous-section I **Clauses exorbitantes : définition et identification**

136. La clause exorbitante repose sur l'ancienne distinction entre gestion publique et gestion privée. Création du Conseil d'État, elle est *la clause conférant aux parties des droits, les chargeant d'obligations différentes de celles incluses dans le cadre des lois civiles et commerciales* ⁽⁶²⁵⁾. L'appréciation des clauses exorbitantes a fait l'objet d'une

⁶²⁰ () ELTAMAOU S., *Almabadée alassasiah lel-aucoud al-édariah ; délassah mocaranh*, (Les principaux fondements des contrats administratifs, étude comparée), AIN-CHAMS, Le Caire, 1991, p. 62.

⁶²¹ () Conseil d'État, 19 janvier 1973, Sté d'exploitation électrique de la Rivière du Sant, *Adm.*, 1973, p. 633, note, AMSELEK P.

⁶²² () WEIL P., Le critère du contrat administratif en crise, in *mélange WALINE M.*, pp. 831 et s, spéc. 842.

⁶²³ () « La notion de clause exorbitante constitue aujourd'hui l'élément central de la théorie du contrat administratif. C'est en effet, la présence de telles clauses dans un contrat qui est le critère par excellence de son caractère administratif », DE LAUBADERE A., et GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*, op. cit., L.G.D.J., T. 1, p. 85 ; RICHER L., op. cit., L.G.D.J., 1992, p. 86 ; v. également Conseil d'État, 26 juin 1974, Société La Maison des Isolants de France, précité ; Tribunal des Conflits, 24 juin 1968, Société d'Approvisionnements alimentaires et Société Distilleries bretonnes, *Rec.*, p. 801, conclusions GEGOUT ; C. E., 13 juin 1986, Département de la Réunion, *Rec.*, p. 162.

⁶²⁴ () C.É., 19 Février 1988, SARL Poré Gestion, *Rec.* 77.

⁶²⁵ () Les clauses exorbitantes sont des stipulations « ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles

évolution progressive. Elle s'est détournée d'une évaluation volontariste ou subjective pour une autre plus objective (⁶²⁶). Selon le mode d'appréciation *subjectif*, le caractère exorbitant d'une clause dépend en premier chef des éléments intentionnels. *Le critère de clause exorbitante est en lui-même volontariste*. Le contrat est administratif lorsque les parties ont entendu le rendre comme tel, en y insérant des clauses *exorbitantes* (⁶²⁷). Le juge saisi ne se réfère pas au contenu de la clause mais à l'intention de l'Administration, à la motivation de son insertion. Sa simple présence devrait annoncer l'intention de l'une des parties de mettre en relief la spécificité de la convention. Certaines de ces clauses peuvent être comprises comme '*déroatoires*' en raison de la nullité frappant leur insertion dans un rapport civil ou commercial. Cet effet traduit que les parties ont voulu se placer en dehors de cet orbite classique pour des motifs tenant à la qualité d'établissement public et à l'importance de l'opération contractuelle (⁶²⁸).

137. L'exemple que révèlent les publicistes concerne la concession d'exploitation d'un casino municipal. Dans cet accord, le Tribunal des conflits a qualifié d'exorbitantes les clauses engageant le concessionnaire à donner deux fois par semaine deux représentations lyriques ou théâtrales. Il en a décidé ainsi car le partenaire de l'administration mettait gratuitement le hall et la salle de spectacle à disposition de la ville deux soirées par an et louait à tarif réduit ses locaux au comité figurant au programme général (⁶²⁹). La simple présence publique n'exclut en rien de croire que ladite clause s'est établie sous une influence autre que celle de l'autorité locale. Dans un régime objectif, la nature d'une chose ne doit pas ou ne peut être acceptée ou répudiée à volonté. *Le caractère inusuel de la clause a donc un sens qu'il ne faut pas minimiser ; il témoigne que si ce n'était pas une personne publique qui avait contracté, la clause n'aurait pas été rédigée* (⁶³⁰). L'appréciation subjective a prouvé son insuffisance, laissant derrière elle une interrogation sur l'éventualité d'un déclin progressif de ces

d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles ou commerciales », Conseil d'État, 20 octobre 1950, *Rec.*, p. 505.

⁶²⁶ () Ainsi les Cahiers de Charges qui faisaient autrefois partie des clauses exorbitantes, ne les font plus actuellement car ils sont devenue des pratiques usuelles, RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, L.G.D.J., 1992, p. 80.

⁶²⁷ () WEIL P., Le critère du contrat administratif en crise, *In Mélanges WALINE M.*, pp. 831 et s., spéc. 842.

⁶²⁸ () Tribunal des Conflits, 2 juin 1975, Salas, *Rec.* 796.

⁶²⁹ () T. C., 28 mai 1962, Sté immobilière et thermale pour le développement des stations françaises, *Rec. Lebon*, p. 818 et autres exemples cités par LAMARQUE J., Déclin du critère de clause exorbitante, *in mélanges WALINE M.*, pp. 496 et s., spéc. p. 517,

⁶³⁰ () VEDEL G., Remarques sur la notion de clause exorbitante, *In Mélanges MESTRE*, 1956, p. 559.

clauses dans cette sphère contractuelle ⁽⁶³¹⁾. Ce sont l'influence et l'effet de la clause, et non plus le pouvoir de son insertion, qui prouvent sa nature inusuelle.

138. La justice administrative a ressenti le besoin d'un changement d'attitude en préférant une appréciation objective du caractère *exorbitant*. Cette évolution tient au fait que certaines clauses, qualifiées autrefois d'exorbitantes, sont devenues fréquentes et usuelles. L'on devait abandonner l'analyse subjective (*les clauses exorbitantes sont celles qui portent la marque administrative*) ⁽⁶³²⁾ au profit d'une définition fonctionnelle : « *les clauses exorbitantes sont celles ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations différentes par leur nature de celles qui sont susceptibles d'être librement consenties par quiconque dans le cadre des lois civiles ou commerciales* » ⁽⁶³³⁾.

139. La clause exorbitante est une stipulation *impossible et inusuelle*. Elle est impossible lorsqu'elle prévoit l'exercice par l'administration d'un pouvoir sans équivalent. Ce n'est pas une clause impossible à trouver dans les contrats de Droit Privé, mais plutôt une stipulation qui est, par rapport au « *plerumque fit* » de la vie privée, inaccoutumée et anormale. Le juge ne raisonne plus par rapport aux modèles idéalisés des rapports privés (*égalité des cocontractants, équilibre des négociations, face à des cocontractants de puissance et de dimension inégales*) ⁽⁶³⁴⁾. Mais, l'objectivité de l'appréciation repose sur une impossibilité du Droit à inclure dans les rapports classiques certaines stipulations contractuelles. Pourtant, l'impossibilité de fait n'est pas suffisante, elle sollicite l'examen de l'élément intentionnel. L'élément subjectif n'a pas été complètement abandonné puisqu'il joue un rôle supplétif, consolidant celui du fond et apportant au juge la conviction qu'une clause dont la portée est objectivement douteuse peut être exorbitante et inhabituelle ⁽⁶³⁵⁾. Relève de l'impossibilité du fait toute clause concernant l'exercice des doses d'autorité qui dépasse le pouvoir de particuliers. Il en est de même en ce qui concerne les clauses attributives à l'administration une prérogative illicite ou contraire à l'ordre public si elle avait été rédigé au profit d'un partenaire privé. Le caractère exorbitant ne laisse aucun doute lorsque la clause confère au partenaire privé certains privilèges comme

⁶³¹ () LAMARQUE J., *op. cit.*, In *Mélanges WALINE M*, spéc. p. 517.

⁶³² () LAUBADERE A., *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1956.

⁶³³ () VEDEL G., *Droit administratif*, T. 1, 12^{ème} Éd. 1992, p. 389, (c'est nous qui soulignons).

⁶³⁴ () VEDEL G., Remarques sur la notion de clause exorbitante, *op. cit.*, *supra*, pp. 27 et 28 ; LAMARQUE J., *op. cit.*, In *Mélanges WALINE M*, spéc., p. 512.

⁶³⁵ () LAMARQUE J., *op. cit.*, In *Mélanges WALINE M*, pp. 496 et s., spéc. p. 517.

l'exonération d'impôts sur le spectacle organisé ou de taxes municipales ⁽⁶³⁶⁾. Il s'agit de clauses par lesquelles le cocontractant privé exerce certains pouvoirs exorbitants lors de l'exécution du contrat (pouvoir de police ou d'appropriation, privilège d'occupation temporaire ou droit de réquisition des biens corporels) ⁽⁶³⁷⁾. La clause préservant à l'Administration le recours à ses prérogatives serait exorbitante. Il en est ainsi de l'application de pénalités de suppression complète d'une ristourne dans l'hypothèse où les céréales exportées ne seraient pas conformes aux spécifications prévues au contrat ⁽⁶³⁸⁾.

140. La clause peut être *inusuelle* quand elle marque une inégalité entre les contractants. Pour plus de précision, on doit se demander si la clause exorbitante doit être *illicite* ou suffit-il qu'elle soit *inhabituelle* ? Sur cette question on a pu constater une divergence dans la position doctrinale. Selon *M. Vedel*, les clauses retenues par la jurisprudence comme exorbitantes ne sont pas forcément illicites dans un contrat de droit civil ou commercial. Elles ne doivent pas être utilisées fréquemment au profit d'un particulier, personne physique ou morale. De telles clauses signalent *objectivement* que les parties ne peuvent, après leur insertion, stipuler que le contrat conclu ne demeurera pas un contrat de droit privé ⁽⁶³⁹⁾. En revanche, *M. Walin* exige que le doute ne soit pas permis. Aucune clause exorbitante ne doit être susceptible de figurer dans un contrat de Droit Privé. On doit écarter l'incertitude générée par les expressions *clauses spécifiques du Droit Public* et *clauses inhabituelles*. On devrait envisager un examen des clauses réellement *illicites* ou impliquant des prérogatives exceptionnelles ⁽⁶⁴⁰⁾. Cette clause doit recevoir une interprétation rigoureuse, et doit être introuvable dans un contrat de droit privé en raison de son opposition à l'ordre public ou de la nullité de son insertion ⁽⁶⁴¹⁾. L'insertion ne serait qu'un fait dépourvu de tout effet lorsque la clause est insérée par des particuliers. Conformément à cette opinion, la Cour de Cassation a qualifié d'exorbitante la renonciation au droit d'invoquer la responsabilité décennale de l'architecte et de l'entrepreneur. Cette clause serait frappée de nullité absolue en cas

⁶³⁶ () Cf. *ibid.*, p. 513.

⁶³⁷ () EL-TAMAOUÏ S., *Almabadée alassasiah lel-aucoud al-édariah* ; op. cit., Le Caire, 1991, p. 94.

⁶³⁸ () Tribunal des Conflits 14 novembre 1960, cité par LAMARQUE J., op. cit., spéc. p. 514 ; contrôle du stockage (*opérations d'entrée et de sortie de stock*), T. C., Sté anonyme commerciale et agricole, *Rec. Lebon*, p. 868, note DE LAUBADERE A. ; Conseil d'État, 10 mai 1963, Sté coopérative agricole de production « La prospérité fermière », *Rev. Dr. Pub.*, 1963, p. 584, concl. BRAIBANT G.

⁶³⁹ () VEDEL, article précité, *In Mélanges Mestre*, spéc. pp. 823-829 ; adde, son ouvrage, *Droit administratif*, op. cit., P.U.F., 1992, p. 390.

⁶⁴⁰ () LAMARQUE J., op. cit., *In Mélanges WALINE M.*, spéc. p. 513.

⁶⁴¹ () WALINE M., *Droit administratif*, Sirey, 9^{ème} édition, 1963, n° 963.

d'insertion dans un accord de construction purement commercial ⁽⁶⁴²⁾. La Haute Cour a ensuite renvoyé à la Cour d'Appel de Paris, un jugement qualifiant d'exorbitante une clause parce qu'elle ne peut figurer qu'en présence de l'Administration ou de ses personnes morales. La Cour lui a reproché l'attachement à la qualité des contractants alors qu'elle aurait dû tenir compte d'une appréciation fonctionnelle. Si ladite clause n'a pas eu pour objet de conférer à l'une des parties un avantage autre que les garanties et sûretés de droit privé qu'un prêteur est en droit d'exiger, elle ne peut être considérée juridiquement comme exorbitante, dite exceptionnelle ⁽⁶⁴³⁾.

141. À la lumière de cette analyse, sont exorbitantes les clauses de recouvrement de créances par voie d'état exécutoire, d'agissements d'office pour le règlement des différends, de contrôle des activités du cocontractant, soumettant les négociations au préalable d'agrément. Parallèlement, est communément admis le déclin de cette qualité d'autres stipulations (exportation de produits locaux, pénalités de retard création d'emploi ou délais d'exécution) ⁽⁶⁴⁴⁾. L'appréciation de clause exorbitante conduit à l'interrogation sur leurs liens avec certaines clauses similaires des *M.P.I.* à savoir celles de protection.

Sous-section II

Clauses de protection et leur qualification

142. Les marchés publics internationaux engagent les opérateurs étrangers pour de longues années. Ils occasionnent la présence de techniciens spécialisés, la construction de bâtiments pour le personnel employé, l'installation des équipements et des appareils

⁶⁴² () C. Cass., 7 mai 1971, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1972, 139 ans, obs. de GORNU G., Le Tribunal des Conflits a qualifié d'exorbitante la clause confiant aux concessionnaires le droit d'exiger à leur gré, sans motivation ni responsabilité, le renvoi de toute personne qui s'attache à l'exploitation de leur établissement. Tribunal des conflits, 20 avril 1959 ; Conseil d'État, 25 novembre 1959, *Rec. Lebon*, p. 866 et 627, cité par LAMARQUE J., Déclin du critère de clause exorbitante, *In Mélanges WALINE M.*, spéc. p. 515. Cette clause ne saurait se rencontrer que dans un contrat conclu avec l'administration. Dans un contrat privé, l'un des partenaires ne pourrait s'obliger à prendre des mesures contraires aux règles du Code du travail, notamment sur le délai des congés. La raison pour laquelle l'insertion de telle clause contredirait l'ordre et la moralité publics (note sous Conseil d'État, 26 février 1966, Sté du Vélodrome du Parc des Princes, *Rev. Dr. Pub.*, 1965, pp. 1175 et s., spéc. 1182).

⁶⁴³ () L'affaire relève d'un contrat conclu entre une compagnie d'assurance et une personne publique, Cass. Civ., 18 février 1992, Soc. La Mondiale c./ Ville de Roubaix' *L.P.A.*, 17 avril 1992, n° 47, pp. 21 et s, note POUJADE.

⁶⁴⁴ () RICHER L., *Le droit des contrats administratifs*, op. cit., 1^{ère} édition, L.G.D.J., 1992, pp. 81 et s.

sophistiqués. Il s'en suit que les coûts des opérations sont élevés à tel point que les investisseurs étrangers exigent des garanties juridiques contre les risques encourus. En effet, si l'État se préserve au moyen de clauses de contrôle, de modification, de sanction ou de réadaptation ⁽⁶⁴⁵⁾, il est légitime que ses partenaires exigent que l'image du contrat soit fixé « *noir sur blanc* » ⁽⁶⁴⁶⁾. La présence d'une personne publique induit l'éventuel appel au pouvoir souverain pour s'acquitter de ses engagements. L'État peut modifier l'accord ou le résilier purement et simplement. Par la voie législative, il peut aggraver les conditions des investisseurs au profit de son administration. Rien n'exclut que l'État change d'attitude en abrogeant certaines concessions économiques ou financières ⁽⁶⁴⁷⁾. Les garanties aussitôt accordées risquent alors d'être mises en cause par des variations postérieures. Du jour au lendemain, tout peut être modifié ou anéanti par voie législative ou réglementaire ⁽⁶⁴⁸⁾. Cette crainte ne peut qu'être renforcée lorsqu'il s'agit des États dont la *démocratie* n'est pas en vigueur. Or, les accords visés sont majoritairement passés avec des États dirigés par des militaires. Leurs lieux d'exécution sont des zones à risque de conflits ou d'éventuelles guerres ⁽⁶⁴⁹⁾. Les garanties accordées par des conventions interétatiques ne les rassurent guère puisqu'il s'agit d'États dont les *révolutions* sont plus au moins coutumières ⁽⁶⁵⁰⁾. Les nationalisations succédant à de tels événements ont rendu légitime la crainte des étrangers contre les aléas politiques, pouvant constituer des actes rudimentaires ⁽⁶⁵¹⁾. Pour ces raisons, les opérateurs étrangers cherchent à se prémunir contre des risques ou des actes considérés arbitraires. En vue de prohiber l'État d'être juge et partie ou afin de

⁶⁴⁵ () sur ces clauses voir infra, section 2, chapitre 2, Titre II, de cette Partie.

⁶⁴⁶ () WEIL P., Les problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, T. 128, 1969, pp. 121 et s.

⁶⁴⁷ () LALIVE J.F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1983, V. III, p. 56 ; Dans le même sens WEIL P., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, t. 128, v. III, 1969, p. 125 ; son article, « Un nouveau champ d'influence... », *op. cit.*, in *Recueil et documents du Conseil d'État*, 1970, spéc. p. 16.

⁶⁴⁸ () Les clauses contractuelles peuvent elles-mêmes faire l'objet de mesures de puissance publique imposées à l'ensemble des cocontractants (autorisations- sécurité sociale...). LEDUCQ X., Les accords de développement économique..., *op. cit.*, thèse, Rouen, 1981, p. 152.

⁶⁴⁹ () LALIVE J.F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1983, V. III, pp. 21 et s.

⁶⁵⁰ () Il faut se rappeler la révolution iranienne et ses répercussions sur les grands marchés conclus aussi bien avec des sociétés françaises (Framatome, Elf Aquitaine et autres), qu'avec des sociétés américaines (les accords passés avec ces dernières ont fait l'objet au tribunal Iran-américain). Sur ce tribunal V. OPETIT B. « Le tribunal de différends irano-américains », *Clunet*, 1980 ; BELLOCQ Christine « La force majeure et la frustration devant le tribunal des différends irano-américains », *D.P.C.I.*, 1996, T. 22, N° 3, pp. 406-449.

⁶⁵¹ () Ainsi écrivait M. KAHN 'un assez grand nombre de pays en voie de développement hésitent entre divers systèmes politiques et économiques, et remettent en cause souvent du jour au lendemain les situation établies sous le régime précédent' in *Les investissements étrangers dans les Pays en voie de développement*, 1971, p. 185, cité par KADIDI K., Les contrats internationaux des travaux..., *op. cit.*, thèse, Dijon, 1978, p. 224.

s'abriter d'une justice étatique lente et latente, ils négocient l'arbitrage comme voie de règlement des différends **(I)**. Pour s'immuniser contre ces aléas souverains, ils exigent souvent la soumission de leurs accords aux normes internationales, transnationales, voire étrangères (ex. la loi suisse). Cependant, insistant généralement sur le recours à son propre droit, l'État accorde fréquemment une solution intermédiaire : appliquer sa législation sous condition qu'elle reste dans sa teneur. C'est une solution, demandée par les étrangers, qui consiste dans l'insertion de clauses de stabilité et d'intangibilité protectrices contre les pouvoirs législatif et réglementaire **(II)**.

I / Neutralisation du pouvoir judiciaire : le recours à l'arbitrage

143. Expression de la méfiance envers la justice du Tiers-Monde ⁽⁶⁵²⁾, l'arbitrage est l'une des garanties du règlement des différends des *M.P.I.* Il est souvent négocié à l'initiative, voire l'insistance des sociétés transnationales. Il a connu une période d'hostilité, suivie d'une *prospérité* sur la scène internationale. L'arbitrage doit se traduire par la conclusion d'un acte accessoire ou par l'insertion d'une clause dans le marché principal ⁽⁶⁵³⁾. Au nom de cet acte, les parties peuvent engager un ou plusieurs arbitres pour trancher leurs litiges éventuels ⁽⁶⁵⁴⁾. Les mécanismes d'arbitrage sont divers et celui-ci peut être de type « *ad-hoc* » ou « *institutionnel* » ⁽⁶⁵⁵⁾. En matière d'investissement, on privilégie ce dernier qui peut être régional (*Centres d'arbitrage du Caire et d'Alexandrie*) ⁽⁶⁵⁶⁾, international (la CCI) ou multilatéral (le CIRDI ⁽⁶⁵⁷⁾, l'arbitrage du GATT, de l'O.M.C. ⁽⁶⁵⁸⁾, de la CNUDCI ⁽⁶⁵⁹⁾ ou encore de la AMGI) ⁽⁶⁶⁰⁾.

144. Qu'il soit interne ou international, l'arbitrage, qui a dû lutter pour sa reconnaissance, bénéficie désormais d'une grande autonomie et indépendance. Fait d'une simple clause ou un accord, l'arbitrage est détaché de l'accord de base à tel point

⁶⁵² () EL-AHDAB A., *L'arbitrage dans les Pays arabes*, Préface de Jean Robert, economica, 1988, p. 824 ; MEZGHANI A., « Souveraineté d'État et participation à l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 543-584 ; KADIDI K., *Les contrats internationaux des travaux publics...*, *op. cit.*, thèse, Dijon, 1978, pp. 282 et s.

⁶⁵³ () DITCHEV Alexandre, « Le Contrat d'arbitrage », *Revue d'arbitrage*, 1981, p. 395 et s.

⁶⁵⁴ () FOUCHARD Ph., Les clauses compromissoires dans les accords industriels internationaux, in *l'accord industriel international*, Paris, 1975, p. 61 et s.

⁶⁵⁵ () Cf. *ibid.*, p. 64.

⁶⁵⁶ () IBRAHIM Ahmed IBRAHIM, *Al-tahkim aldouali al-kass*, (L'arbitrage international privé), 3^{ème} éditions, Dar El-Nahda, Le Caire, 2000, p. 186.

⁶⁵⁷ () Centre International pour le règlement des litiges relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, créé par la Convention de Washington du 18 mars 1965. DELAUME George « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *Clunet*, 1982, pp 775-843 ; JACQUET J. M., « Contrat d'État », *op. cit.*, éd. J.-C., *Dr. Int.*, 1998, n° 69.

⁶⁵⁸ () VADCAR C., « Droit de l'investissement », *op. cit.*, J.-C., *Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-50.

⁶⁵⁹ () Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International.

⁶⁶⁰ () Agence Multilatérale des Garanties et Promissions d'Investissements.

que les contestations de la nullité de celui-ci n'entraîne pas systématiquement celle de l'arbitrage en sa substance ⁽⁶⁶¹⁾. Il n'existe pas principalement de lien matériel entre l'accord principal et la clause arbitrale mais il peut y en avoir dans certaines circonstances. Toute contrainte compromettant l'accord de base, aurait la même incidence sur la clause d'arbitrage. L'on doit s'interroger sur le sort d'une clause compromissoire si l'accord de base est frappé par la nullité, donc l'inexistence ? Pour y répondre, l'arbitre choisi peut statuer sur ce point puisque tout litige éventuel, y compris celui de la validité, relèverait contractuellement de sa propre compétence ⁽⁶⁶²⁾. La revendication de nullité ne frappera pas l'autonomie de l'arbitrage par l'insuffisance. Cette conclusion s'applique autant sur la clause compromissoire que sur l'acte d'arbitrage car les normes concernées n'entrevoient entre elles aucune différence. L'article 5 de la Convention Européenne sur l'Arbitrage Commercial de Genève du 21 avril 1961 affirme que « *sous réserve de contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée ne doit se dessaisir de l'Affaire. Il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la clause d'arbitrage ou du contrat dont cette Convention fait partie* ». L'article 8 du règlement de la CCI précise que « *sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou inexistence alléguée du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la Convention d'Arbitrage. Il reste compétent même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions* » ⁽⁶⁶³⁾. L'article 21 du règlement CNUDCI témoigne de cette autonomie avec prudence : « *le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat n'entraîne pas la nullité de la clause compromissoire* » ⁽⁶⁶⁴⁾.

145. Cela étant, il convient de s'interroger sur la capacité des personnes publiques à insérer une clause arbitrale. La question est de moins en moins discutable, mais elle demeure indispensable pour mesurer à quel point l'arbitrage s'est familiarisé aux

⁶⁶¹ () SANDERS PIETETER, L'autonomie de la clause compromissoire, *In Mélanges EISEMANN F.*, pp. 31-34.

⁶⁶² () Cf. *ibid.*, p. 31.

⁶⁶³ () Cf. *ibid.*, pp. 34-35.

⁶⁶⁴ () WESTRING G., *Les marchés publics internationaux*, *op. cit.*, p. 104.

phénomènes contractuels. Depuis quelques années, la capacité des personnes publiques à compromettre a suscité une vive controverse doctrinale. La doctrine majeure admet l'arbitrage comme mode de règlement de conflits. Les auteurs du Tiers-Monde, autrefois très hostiles, ont *tempéré* leur attitude. Ils suggèrent le transfert de réglementations des États développés ⁽⁶⁶⁵⁾ et encouragent à une interprétation plus libérale. Leurs attaques contre l'arbitrage ont pratiquement disparu depuis l'intensification de la coopération interétatique sous forme des conventions bilatérales ou multilatérales ⁽⁶⁶⁶⁾. De leur côté, les auteurs occidentaux, fervents défenseurs de l'arbitrage, ont du *mal à concevoir que cette instrument se révèle plus dangereux pour les personnes publiques que les clauses de stabilité et d'intangibilité* ⁽⁶⁶⁷⁾. En effet, les États apparaissent de moins en moins attachés à la conception révolue de la souveraineté absolue. Le Droit des gens leur accorde le pouvoir de s'engager par le biais d'un contrat ou d'un traité. Cette doctrine souligne que la bonne foi ou le principe de *l'estoppel* interdit aux États d'adopter des règles contraires à leurs engagements souscrits, y compris celui de l'arbitrabilité. Ces arguments sont bien fondés car la signature de telles clauses suppose qu'elles soient préalablement et délibérément négociées ⁽⁶⁶⁸⁾. Pour parvenir à cette situation, les États ont changé d'attitude, faisant de l'arbitrage en matières externes, le mode de règlement des différends le plus privilégié. En sus de leurs accords bilatéraux, ils ont participé à la création des organes spécialisés (*CIRDI, GATT, CNUDCI, AMGI, OMC...*). La plus ancienne convention d'établissement à savoir celle de *Washington* 1965 a affirmé la capacité arbitrale des organes publics dans les litiges les opposants aux éléments d'extranéité ⁽⁶⁶⁹⁾. La plupart des États ont d'ailleurs autorisé l'arbitrage sous une réserve d'agrément en cas d'implication de leurs émanations personnalisées ⁽⁶⁷⁰⁾.

⁶⁶⁵ () Par exemple, la transposition de la pratique de la justice française en Algérie. TRARI-TANI, La clause compromissoire, essai d'une théorie générale dans les droits internes français et algériens, thèse, Rennes 1985, p. 85-87 ; MEZGHANI Ali, « Souveraineté d'État et participation à l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 1985, pp. 543-584, spéc. p. 561.

⁶⁶⁶ () BEKHECHI A. B., Quelques éléments de réflexion sur la pratique algérienne du contrat d'État, in *les contrats internationaux et Pays en voie de développement sous la direction de CASSAN*, pp. 223-249, spéc. p. 245, n° 29.

⁶⁶⁷ () WEIL P., Les clauses d'intangibilité et de stabilisation insérée dans les accords de développement économique, in *Mélanges RESSEAU*, p. 318 ; pour le même auteur, « un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : Le droit international des contrats », *Recueil et documents du Conseil d'État*, 1970, p. 19.

⁶⁶⁸ () BOY Laurence, « L'Arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales du droit public en France... », *Rev. Dr. Int. et Dr. Econ.*, 1991, pp. 125 et s., spéc. 126-27.

⁶⁶⁹ () EL-AHDAB Abdulhamid, *L'arbitrage dans les Pays arabes*, Economica, Paris, 1988, p. 825.

⁶⁷⁰ () SARKIS S., « L'autorisation d'arbitrage, obstacle au recours à l'arbitrage des entreprises du secteur public en Syrie », *Rev. Arb.*, 1998, pp. 97 et s.

Cette attitude est l'évolution d'une matière restant longuement discutable et juridiquement prohibée. Le système juridique français, à titre d'exemple, connaît certains paradoxes en raison de la dualité de sa justice « *publique* » et « *privée* ». La *justice ordinaire* du pays a toujours atténué la prohibition d'arbitrabilité. Depuis longtemps, elle affirme que l'incapacité d'arbitrage ne concerne guère le contrat internationalisé ⁽⁶⁷¹⁾. Certaines décisions rendues dans ce sens par la Cour d'Appel de Paris sont à souligner. L'une d'elles a annoncé que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres, qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage, dont elles connaissaient l'existence* » ⁽⁶⁷²⁾. La seconde, concernant un différend entre le monopole iranien du pétrole (NIOC) et une société panamienne, a précisé qu'« *en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre international* » ⁽⁶⁷³⁾. Enfin, une tierce affaire plus récente a bien démontré que « *la prohibition pour un État de se compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne ; cette prohibition n'est en conséquence pas d'ordre public international. Pour valider la clause compromissoire incluse dans un marché, il suffit de constater l'existence d'un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international* » ⁽⁶⁷⁴⁾.

146. La *justice administrative* française s'est en revanche acharnée pour maintenir la position classiquement hostile à l'arbitrabilité. Elle a toujours repris l'exclamation d'un

⁶⁷¹ () Cette affirmation date de la décision de la Cour de Cassation en 1957, citée par VEDEL G., « Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes du droit public et personnes du droit privé », *Rev. Arb.*, 1961, p. 116.

⁶⁷² () Cour d'Appel de Paris, 14 et 15 mars 1990 : Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Ch. Comm., 11 janvier 1990, *Bull. Civ.*, 1990, p. 556, note P. MAYER.

⁶⁷³ () Cour d'Appel de Paris, Société Gatoil c./ National Iranian Oil Company, *Revue d'arbitrage*, 1993, pp. 281 et s., note SYNDET Hervé ; « *ces mêmes conclusions ont été encore réaffirmées lors d'un autre recours contre la sentence arbitrale de la société Bec frères rendue contre l'État tunisien dans un marché des travaux publics* », Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} Ch. Comm., 24 février 1994, Ministère Tunisien de l'équipement c./ S. Bec Frère, *Rev. Arb.*, 1995, N° 2, pp. 275 et s., note LEVEL Patrice,

⁶⁷⁴ () GAUDEMET Y., Cour d'appel de Paris (1^{ère} Ch.), 24 février 1994, Ministère tunisien de Équipements c./ société Bec Frères, *Clunet*, 1995, n° 276.

éminent publiciste : « comment admettre que l'État puisse accepter des arbitres dans des affaires où il ne lui est pas permis d'accepter des juges civils ? »⁽⁶⁷⁵⁾. Deux affaires récentes démontrent à quel point le Conseil d'État français n'a pas été enclin à s'adapter aux évolutions indiquées. L'une concerne son avis consacré à l'arbitrage dans le projet *Eurodisneyland*. Sur ce sujet, il a estimé qu'il s'agit d'un marché représentatif d'un contrat administratif, supposant l'exercice de prérogatives de souveraineté. Il en a déduit que l'accord projeté ne constituait pas un contrat international et que la ratification française de la Convention *C.I.R.D.I.* n'affecte pas la prohibition aux personnes publiques de l'arbitrabilité⁽⁶⁷⁶⁾. L'autre relève de son invitation à trancher un litige concernant un marché de construction d'autoroutes entre une société d'économie mixte et un groupement de sociétés. Dans cette affaire, le Conseil d'État a décidé qu'« aucune disposition législative n'autorise les signataires à inclure une telle clause dans ce marché ; qu'il suit de là que la stipulation 17 du marché passé par la société AREA avec le groupement d'entreprises ISA est illégale »⁽⁶⁷⁷⁾.

147. Cette dernière décision a été vivement critiquée. La position du Conseil d'État s'est davantage radicalisée : « cette démarche n'est donc pas convaincante car le Conseil d'État avait la ferme volonté de retenir sa compétence et de condamner la clause compromissaire et la sentence rendue. Voici l'autonomie du droit administratif remise en selle, au service d'une interprétation d'un texte de droit privé différente de celle que celui-ci appelle. La portée de l'arrêt AREA en ce qu'il repose sur l'article 2061 du Code Civil est condamné. Il ne devrait pas avoir une importante postérité, le juge administratif a mis au service d'un résultat à atteindre une construction théorique qui n'est pas à l'abri de la critique. L'arrêt AREA apparaît ainsi pour ce qu'il est largement une décision d'espèce, dont l'existence ne devrait pas entraver l'évolution souhaitable du droit de l'arbitrage en matière administrative »⁽⁶⁷⁸⁾. Pour ces objections, il devait y avoir une intervention législative dénouant la diversité induite par le paradoxe entre *justice publique et privée*. La loi du 19 Août 1986 avait fait le premier pas. Son article n° 9 a décidé que « l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement

⁶⁷⁵ () LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative*, 2^{ème} Éd. 1896, spéc. pp. 145-152.

⁶⁷⁶ () BRACONNIER S., *op. cit.*, Éd. *Juris-Classeur, Dr. Adm.*, n° 265, p. 96 ; GAUDEMET Y, LABETOULLE D., et autres, *Grands arrêts du Conseil d'État*, Paris 1992, pp. 397 et s.

⁶⁷⁷ () La décision est motivée par l'article 2061 du Code Civil au terme duquel, « La clause compromissaire est nulle s'elle n'est pas disposée autrement par la loi », Arrêt A.R.E.A. du Conseil d'État, 3 mars 1989, Société d'autoroutes de la Région Rhône-Alpes c./ I.S.A, Y. GAUDEMET, son Intervention relative à l'arrêt A.R.E.A. du Conseil d'État, 3 mars 1989, *Rev. Arb.*, 1992, p. 282.

⁶⁷⁸ () Cf. *ibid.*, p. 281.

avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissaires en vue du règlement, le cas échéant définitifs, des litiges liés à l'application ou à l'interprétation de ces contrats »⁽⁶⁷⁹⁾. L'article 132 du Nouveau Code des Marchés Publics, en vigueur depuis le 8 septembre 2001, a généralisé l'arbitrage concernant ce genre de marchés : « l'État, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses des travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage, tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau Code de Procédure Civile. Pour l'État, ce recours doit être autorisé par un décret sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie »⁽⁶⁸⁰⁾.

148. L'attitude de la justice française est partagée par plusieurs États en développement et leurs juges, interdisant l'arbitrage à leur émanations personnalisées⁽⁶⁸¹⁾. Si nous prenons l'exemple du système égyptien, une évolution comparable à celle du système français est relativement remarquable. Sans trop s'attacher au passé, il suffit de préciser que ce droit connaissait un mécanisme d'arbitrage obligatoire pour le règlement des litiges entre les établissements publics et leurs partenaires publics ou privés. Excepté ce mécanisme, le droit égyptien a évolué sa position à la rigueur du droit français. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 27 de 1994 sur l'arbitrage, une jurisprudence considérable s'est développée dans le pays. Elle a marqué l'existence de nombreuses procédures d'arbitrage et a prouvé les difficultés et les lacunes du recours à la loi nouvellement promulguée⁽⁶⁸²⁾. Il s'agit de quelques affaires liées aux marchés publics internes ou internationaux. Certaines avaient fait l'objet d'avis de l'Assemblée Générale des départements de consultation et de législation du Conseil d'État sur la question d'arbitrabilité. A cet égard, deux consultations successives ont pu démontrer quelques diversités : Dans son avis n° 54/1/265 de 1989, le Conseil d'État a admis le

⁶⁷⁹ () Article 9 de la loi n° 86-952 du 19 août 1986. V. BRACONNIER S., « Les marchés publics... », *op. cit.*, Éd. *Juris-Classeur, Dr. Adm.*, 1999, n° 265, p. 96 ; GAUDEMET Y., (et alii.), *Grands Avis du Conseil d'État, op. cit.*, pp. 397 et s ; Sur cette loi, un auteur a relevé qu'il n'était pas nécessaire. Les collectivités locales pouvaient recourir à l'arbitrage. La demande au parlement de voter son texte n'était qu'une volonté de confirmer le consentement sur la clause particulière à ladite opération. LAURENCE B., *op. cit.*, *Rev. Dr. int. et Dr. Econ.*, 1991, p. 127.

⁶⁸⁰ () Il s'agit du nouveau Code français sur les marchés publics, promulgué par le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, *in Rev. Arb.*, n°3, 2001, p. 640.

⁶⁸¹ () El-AHDAB Abdul., *L'arbitrage dans les Pays arabes, op. cit.*, p. 826.

⁶⁸² () LEBOULANGER Ph., sa note sous la décision du 17 mars 1997, Cour d'appel du Caire, Organisme des Antiquités c./ G. Silver Night Company, *Rev. Arb.*, 1997, n° 2, pp. 283 et s ; Sur la nouvelle loi égyptienne sur l'arbitrage, v. FILLION-DUFOULEUR et LEBOULANGER Ph., « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1994, pp. 671 et s.

recours à l'arbitrage dans les contrats administratifs ⁽⁶⁸³⁾. En revanche, par l'avis n° 54/1/339 du 19 février 1997, lors d'une demande d'approbation d'un marché projeté par l'*Organisme Public des Antiquités*, il a décidé que tout comme l'arbitrage n'est pas autorisé au mineur, il doit en être ainsi des personnes publiques dont l'arbitrage dans leurs actions exige l'agrément de certaines autorités. Il a, en conséquence, conclu que « *l'arbitrage dans les conflits relevant des contrats administratifs est frappé par l'invalidité* » ⁽⁶⁸⁴⁾. Une simple analyse des ces motivations confirme qu'il n'y a pas de refus manifeste au principe d'arbitrabilité.

149. Cette attitude et celle du juge ordinaire ont enclin M. *Leboulanger* à rendre hommage à la justice égyptienne pour cette *intelligente conciliation entre droit administratif et arbitrage* ⁽⁶⁸⁵⁾. L'auteur a invité le Conseil d'État français à réfléchir de nouveau sur le nécessaire, et vraisemblablement inéluctable, assouplissement de sa rigidité ⁽⁶⁸⁶⁾. Il semble que l'éminent auteur n'ait pas exagéré. L'intervention du législateur égyptien a mis fin au suspense sur l'arbitrage par la loi n° 27 de 1997, en l'autorisant pour les contrats administratifs sous réserve d'agrément de certaines autorités ⁽⁶⁸⁷⁾. En effet, il paraît que le texte égyptien a une portée plus générale que celle de Droit français : alors que le premier autorise l'arbitrage dans tous les contrats administratifs (*internes ou internationaux*), le dernier (droit français) le réserve aux marchés d'*intérêt national uniquement* passés avec des opérateurs étrangers. Cependant, sur un tout autre point, les termes du texte égyptien peuvent être marqués d'ambiguïté.

⁶⁸³ () Conseil d'État égyptien, avis n° 54/1/265 du 11 juillet 1989, Audience de l'Assemblée Générale de départements de consultation et de législation du 17 mai 1989.

⁶⁸⁴ () C. E. égyptien, avis n° 54/1/339 du 19 février 1997, Audience de l'Assemblée Générale de départements de consultation et de législation du 19 décembre 1997.

⁶⁸⁵ () V. note sous la décision de la Cour d'Appel du Caire, affaire des antiquités. L'objet de l'affaire était une demande de suspension d'exécution et d'annulation de la sentence arbitrale n° 66 de 1995 rendue sous l'égide du Centre d'arbitrage régional du Caire. La demande était présentée devant la Cour d'appel du Caire qui a rendu en l'espèce son jugement en les termes suivants : « *Qu'au motif de l'inarbitrabilité dans les contrats administratifs, l'Organisme égyptien des Antiquités (demandeur) a invoqué la nullité de la convention d'arbitrage pour rendre caduc la décision arbitrale entreprise à son encontre, ceci n'est qu'une attitude contraire aussi bien à la règle de la bonne fois dans l'exécution des obligations qu'aux dispositions expresses de la loi égyptienne sur l'arbitrage. Car, c'est conformément à la sagesse présidant à la nouvelle loi égyptienne sur l'arbitrage et ses modifications, ayant visée l'harmonisation des efforts législatifs de l'État dans un climat favorable à l'investissement, que le législateur a clairement indiqué dans la loi du 21 avril 1994, article 1, « que l'arbitrage peut s'appliquer aux contrats administratifs* », note sous la décision du, Cour d'appel du Caire, 17 mars 1997, Organisme des Antiquités c./ G. Silver Night Company, *Rev. Arb.*, 1997, n° 2, pp. 283 et s., note LÉBOULANGER Ph.

⁶⁸⁶ () Cf. *ibid.*, p. 296.

⁶⁸⁷ () Le texte de cette loi à un article unique a été rédigé ainsi ; « l'accord pour recourir à l'arbitrage dans les litiges relatifs aux contrats administratifs est donné par le Ministre compétent ou l'autorité compétente en ce qui concerne les personnes de Droit Public. La délégation de ce pouvoir est interdite », Cf. *ibid.*, p. 311.

Affirmant que « *l'arbitrage est désormais autorisé dans les contrats administratifs* », le législateur a manqué de courage lorsqu'il est resté muet sur la qualification des marchés publics liants un élément d'extranéité. Cette observation est d'autant plus importante que ce sont ces accords qui ont causé les controverses, ayant poussées à intervenir de cette généralité. Ce mutisme laisse croire que le législateur égyptien voit dans ces accords des contrats administratifs, question qui sera profondément étudiée⁽⁶⁸⁸⁾. Soulignons pour le moment que ces évolutions atténuent les appels faisant de l'arbitrage une négation de la publicisation des *M.P.I.* Ce mécanisme de règlement des différends est, au moins formellement, autorisé dans les contrats administratifs.

II / Clauses d'intangibilité et de stabilisation

150. La dérogation des évolutions du droit public applicable aux contrats ordinaires n'est admise qu'à titre d'exception. Aucun contrat privé ne devrait présumer l'applicabilité des lois du droit public sans tenir compte de leurs éventuelles modifications. Seuls les marchés publics internationaux dérogent à cette conclusion. Motivés par le souci de sécurité⁽⁶⁸⁹⁾, les investisseurs étrangers exigent le gel du droit interne au moment de la passation de leurs opérations. Ils tendent également à l'intangibilité des clauses contractuelles souscrites initialement. Ils envisagent au même titre la stabilité de droit applicable, allant plus loin par l'insertion d'une clause explicite de non-nationalisation. Ces procédés contractuels ont une portée exceptionnelle par rapport aux clauses insérées dans les simples accords de droit commun. Cette particularité incite à se demander si les clauses de protection font partie intégrante des clauses exorbitantes ? Pour répondre à cette question, il va falloir définir les clauses concernées **(A)** avant de préciser leur nature au regard de la loi de l'administration **(B)**.

A) Définition et classement

151. Les clauses de gel ont une portée inhabituelle : la stabilité engage l'État à ne pas exercer ses compétences législatives inhérentes à sa souveraineté⁽⁶⁹⁰⁾ en immobilisant son droit, d'ailleurs applicable, à l'état où il était lors de la passation du marché. En revanche, l'intangibilité demande à l'État concerné l'immunité des stipulations

⁶⁸⁸ () Infra, deuxième Partie, Titre I.

⁶⁸⁹ () LALIVE J.L., Contrats entre États ou opérateurs étatiques et personnes privées ; développement récents, *R.C.A.D.I.*, 1983, V. III, pp. 21 et s., spéc. p. 56.

⁶⁹⁰ () WEIL P., Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *In Mélanges ROUSSEAU, Paris, 1984*, p. 303 ; RIAD F., « Les contrats de développement », *Rev. égypt. Dr. Int.*, 1986, spéc. p. 262.

contractuelles librement négociées ⁽⁶⁹¹⁾. Elle tend à pallier les inconvénients résultant pour l'investisseur de l'exercice par l'État de ses *prérogatives à l'encontre des droits ou obligations prémunis* contre tout changement. Son objet est donc le respect du caractère *sacro-saint* du contrat préservé des modifications encourues sans l'accord des contractants ⁽⁶⁹²⁾. Ainsi, si l'objet de la clause de stabilisation est *la loi de l'État concerné* ⁽⁶⁹³⁾, celui de la clause d'intangibilité est *les dispositions mêmes du marché* ⁽⁶⁹⁴⁾. Ces *clauses de protection* ont ainsi une seule fonction ; la sécurité accrue des investisseurs étrangers contre les aléas politiques, qui pourraient affecter leurs droits ou aggraver leurs obligations. Elles soustraient les parties aux changements législatifs ou administratifs de l'État ou de ses démembrements ⁽⁶⁹⁵⁾. Alors que les choses apparaissent claires, la « *stabilité* » et l' « *intangibilité* » s'inter-mêlent à tel point que l'intérêt de leur distinction a été remis en question. Selon *M. Kahn*, intangibilité et stabilité ont le même objectif et mènent à une seule conclusion ⁽⁶⁹⁶⁾. L'auteur a d'ailleurs écrit en parlant de la stabilisation, que « *ces clauses ont pour objet de garantir à l'investisseur que l'espérance de rentabilité ou de sécurité de l'investissement ne sera pas déçue ou réduite par des modifications de la réglementation* » ⁽⁶⁹⁷⁾. À moins qu'il n'ait entendu par le terme '*objet*' la finalité de la stipulation ⁽⁶⁹⁸⁾, l'auteur paraît confondre entre '*intangibilité*' et '*stabilisation*'. Opérant une différenciation entre *stabilité générale et restreinte* et *stabilité absolue et relative*, *M. Riad* a intégré, à cette dernière, la clause de non-aggravation ⁽⁶⁹⁹⁾. De ce fait, l'auteur a incorporé une partie de l'intangibilité au concept de stabilisation. Or, cela fait déjà longtemps que *M. Weil* a

⁶⁹¹ () Il s'agit surtout des clauses fiscales (exonération, rapatriement de bénéficiaires), sociales (limitation ou interdiction du droit de grève ou de l'activité syndicale,...), *V. LALIVE J.L., op. cit., R.C.A.D.I., 1983, V.III, pp. 21 et s, spéc. p. 57.*

⁶⁹² () Cf. *ibid.* p. 59 ; *RIAD F., « Les contrats de développement et arbitrage international », op. cit., Rev. Égy. Dr. Int., 1986, pp. 253 et s., spéc. p. 262.*

⁶⁹³ () L'État renonce à son pouvoir d'en changer et s'il le fait, de ne pas appliquer au bénéficiaire de la clause ces modifications *WEIL P., Les clauses de stabilisation et d'intangibilité..., op. cit., In Mélanges ROUSSEAU, Pédone, Paris, 1974, p. 321, n° 39.*

⁶⁹⁴ () qui ne doivent pas obier à aucun changement.

⁶⁹⁵ () *Ibidem.* ; *adde, LALIVE J.L., op. cit., supra, R.C.A.D.I., 1983, V. III, pp. 21 et s, spéc. p. 57.*

⁶⁹⁶ () Si l'intangibilité d'un marché annonce l'immunité des droits et avoirs du cocontractant de l'État contre les aléas souverains, la stabilisation du droit applicable réalise cette immunité et nous amène à la même terminaison *KAHN Ph., « Contrats d'État et nationalisation », Clunet, 1982, p. 849 ; GAILLARD Emmanuel, « On a parfois éprouvé la nécessité de distinguer les clauses de stabilisation qui ont pour but de geler la législation applicable et les clauses d'intangibilité (...), mais ces distinctions ne paraissent pas commander de différences significatives de régime », in « Arbitrage Commercial international : Droit applicable au fond du litige », Éd. *Juris-Classeur, Dr. Int., 1996, fasc. 586-9-1, p. 6, n° 19.**

⁶⁹⁷ () *KAHN Ph., « Souveraineté de l'État et règlement du litige : Régime juridique du contrat d'État », Rev. Arb., 1985, pp. 638-661, spéc. p. 657.*

⁶⁹⁸ () Il s'agit là d'une question d'intention que seul l'auteur pouvant apporter une appréciation.

⁶⁹⁹ () *RIAD F., « Les contrats de développement... », op. cit., Rev. Égy. Dr. Int., 1986, spéc. p. 262.*

déploré la négligence doctrinale de cette distinction. Tout marché bénéficiant de ce double mécanisme, est *intrinsèque* à l'égard de l'intangibilité et *extrinsèque* par rapport à la stabilisation. L'auteur explique que leur objectif commun ne devrait pas mener à leur identification. Leurs objets ne sont pas les mêmes : *l'immunité des clauses contractuelles* est l'objet de l'intangibilité. Le gel du droit applicable est celui de la stabilisation⁽⁷⁰⁰⁾. Toujours dans l'orbite de différenciation, les propos de M. Lalive⁽⁷⁰¹⁾ nous paraissent concluants. D'une part, l'objet et la nature de l'acte visé par chacune de ces clauses diffèrent complètement. La stabilité vise une protection contre les aléas souverains (*aléas législatifs*) alors que l'intangibilité revendique l'immutabilité des engagements souscrits contractuellement. Par « *stabilisation* », l'État garantit le respect dû au Droit applicable⁽⁷⁰²⁾ alors que par « *intangibilité* », il garantit le respect du reste des engagements (*économiques, financiers et étendue des prestations...*)⁽⁷⁰³⁾. Il est vrai que les deux procédés ont été établis contre les prérogatives de l'État. De même, les atteintes contre lesquelles s'élève la stabilité et celles contre lesquelles s'impose l'intangibilité diffèrent complètement. La stabilité protège contre les *aléas du législateur* tandis que l'intangibilité prohibe les *aléas de l'Administration*⁽⁷⁰⁴⁾.

152. Au-delà de leur différenciation, les clauses de protection concernent les lois fiscales (cristallisation du taux de change)⁽⁷⁰⁵⁾ ou le droit de douane ; l'État X ne devra apporter aucune entrave à l'importation destinée à la réalisation de l'investissement. Elles peuvent s'étendre au Droit du travail : « *l'État X s'engage à ne soumettre à aucune règle discriminatoire les conditions de l'emploi de ses ressortissants par la société Y* » et au Droit des sociétés : « *l'État X s'engage, pour la durée de la présente*

⁷⁰⁰ () WEIL P., Les clauses de stabilisation et d'intangibilité..., *op. cit.*, In *Mélanges ROUSSEAU, Pédone*, p. 308 ; SERAG EL-DIN, L'arbitrage dans les accords pétroliers..., *op. cit.*, thèse, Ain-Chams, 1997, pp. 111-115 ; HDADE H., *Le régime juridique des accords conclu entre États et...*, *op. cit.*, pp. 320 et s., (en arabe).

⁷⁰¹ () LALIVE J.L., Son cours, *op. cit.*, R.C.A.D.I., 1983, V. III, spéc. pp. 56-59.

⁷⁰² () WEIL P., Les clauses de stabilisation et d'intangibilité..., *op. cit.*, In *Mélanges ROUSSEAU, 1984*, p. 307 ; KAHN Ph., « Souveraineté de l'État et règlement du litige : Régime juridique du contrat d'État », *Rev. Aeb.*, 1985, pp. 638-661, spéc. p. 657.

⁷⁰³ () WEIL P., Les clauses de stabilisation et d'intangibilité..., *op. cit.*, In *Mélanges ROUSSEAU, éditions à Pédone*, Paris, 1974, p. 307 ; RIAD F., *op. cit.*, *Les Petites affiches*, 1986, n° 86, pp. 17- 25, spéc. p. 19 ; DAVID Nicola., « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers », *Clunet*, 1986, pp. 79 et s., spéc. p. 80 ; BERLIN Dominique, Le régime juridique international des contrats entre États et ressortissants d'autres États, *thèse, Paris*, 1981, pp. 187 et s ; son article « Les Contrats d'États 'State contracts' et la protection des investissements internationaux », *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s, spéc. p. 224, n° 21.

⁷⁰⁴ () WEIL P., Les clauses de stabilisation et d'intangibilité insérées dans..., *op. cit.*, In *Mélanges ROUSSEAU, Pédone*, Paris, 1974, p. 302.

⁷⁰⁵ () KADIDI K., Les contrats internationaux des travaux..., *op. cit.*, thèse, Dijon, 1978, pp. 212 et s.

convention, à n'édicter aucune mesure ayant pour effet de restreindre ou d'entraver la liberté des décisions prises par les représentants des actionnaires et concernant la structure ou la gestion technique, administrative, commerciale ou financière de la société »⁽⁷⁰⁶⁾.

B) Nature juridique de clauses de protection

153. Le statut particulier de l'État contractant suscite des difficultés liées aux particularités de ses engagements. Si certains de ceux-ci apparaissent comme la manifestation de ses attributs (clauses de modification ou de résiliation), d'autres, c'est-à-dire les clauses d'intangibilité et de stabilisation, posent un problème d'identification par rapport aux clauses exorbitantes. La doctrine est partagée entre partisans et opposants. Il est difficile de s'attacher à l'une de ces opinions avant de répondre à une autre interrogation. Les clauses de protection sont-elles une expression de la souveraineté ou un abandon ? La réponse à cette interrogation constitue un préalable essentiel pour confier aux clauses visées la qualité de clauses exorbitantes. En effet, si ces clauses sont une négation de la souveraineté, il serait difficile de les confier une telle qualification. En abandonnant sa souveraineté, l'État doit devenir un simple particulier vis-à-vis de son cocontractant. Ainsi, à la lumière des liens entre ces clauses et la souveraineté de l'État **(a)**, il est possible d'éclairer la nature juridique de ces dispositions **(b)**.

a) Souveraineté et mécanisme de stabilisation

154. Pour cerner les liens existants entre la souveraineté et les clauses de protection, il convient de tracer l'évolution de ces stipulations. Il faut alors évaluer la densité d'intervention étatique dans la détermination de leur teneur et de leur portée. En effet, l'étendue des clauses de stabilité dont l'objet porte sur la loi de l'État contractant, diffère suivant les circonstances et l'époque de la passation de la convention. Ainsi, les stipulations insérées dans les marchés conclus avant la décolonisation ont visé le *gel* de l'ensemble des législations. Lorsqu'il devait y avoir *des* modifications, celles-ci ne s'opposaient aucunement à la partie étrangère au cas où elles auraient affecté ses droits ou aggravé ses obligations.

155. L'article 21 de la concession de *l'Anglo-iranian Oil Company* a été rédigée ainsi : « *Cette concession ne sera pas annulée par le Gouvernement et les dispositions*

⁷⁰⁶ () MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif... », *op. cit.*, *Clunet*, 1986, note de bas de page, n° 42, p. 36.

qui y sont contenues ne seront altérées ni par une législation générale ou spéciale future, ni par des mesures administratives ou tout autre acte quelconque des autorités exécutives » (707). L'accord d'avril 1969 entre le Sénégal et la Compagnie de Pétrole TOTAL prévoyait explicitement dans son article 35, la stabilisation totale de la loi sénégalaise (708). La concession du 3 septembre 1930 entre la firme *Lena Goldfields* et l'Ex. Union soviétique a imposé au concessionnaire étranger l'application de « toute législation actuelle et future de l'U.R.S.S. », précisant que les clauses de cet accord prévaudraient sur les textes légaux non conformes. On comprend *ipso-facto* que l'État s'est engagé à n'apporter à ce marché aucune modification. L'accord devait l'emporter sur les éventuels aléas du législateur ou de l'Administration. Une concession iranienne contenait une clause similaire voyant que, « la loi iranienne sera applicable en cas de non-contrariété avec les termes de l'accord (...), toute modification à la législation de référence ne s'appliquerait aux dispositions du contrat qu'à condition de l'accord exprès des parties... » (709). Ces stipulations, furent-elles explicites ou implicites, ont affirmé la volonté contractuelle de stabiliser toutes les législations de l'État hôte d'investissement (710). Cette tendance excessive a fait l'objet d'importantes atténuations. Sans que leur insertion soit mise en question, les clauses des marchés conclus à la veille de la décolonisation ont été marquées par un *interventionnisme étatique* tendant à réduire leur étendue et leur durée d'exécution. Ce mouvement remonte aux années soixante-dix, coïncidant ainsi avec 'l'age d'or' des résolutions 1803 de 1962 et ses évolutions. Ces États ont évoqué leur pleine *souveraineté*, en imposant une stabilisation soigneusement délimitée, laquelle ne garantit que la sécurité minimale de leurs cocontractants (711). Les clauses gelant autrefois toutes les lois internes ont fait l'objet d'aménagements. Les nouvelles clauses ont précisé que la stabilité en matière d'impôts ne s'étend pas aux impôts sur les revenus. Elles ont considéré que l'évolution des lois sociales ou des législations du travail ne tient pas compte des engagements de stabilisation. La durée d'application de ce mécanisme qui équivaldrait à celle de

⁷⁰⁷ () Article 21 de la concession presse du 29 avril 1930, cité in COHEN JONATHAN G., *Les concessions en droit international public, op. cit., thèse*, Paris, 1966, pp. 212 et s.

⁷⁰⁸ () VERHOEVEN Joe, *Les contrats entre États et ressortissants d'autres États, In Le contrat économique international*, Paris, 1975, pp. 110 et s.

⁷⁰⁹ () LUDUQ X., *Les accords de développement économique..., op. cit., thèse*, Rouen, 1981, pp. 156-158 (note de bas de page).

⁷¹⁰ () Cf. *ibid.*, n° 229, p. 157.

⁷¹¹ () Cf. *ibid.*, n° 230, p. 159.

l'accord de base, a été écourtée. Les clauses qui étaient autrefois intouchables, subissent désormais des révisions périodiques en vue de la réadaptation ⁽⁷¹²⁾.

156. Si cette démarche est avérée, il faut reconnaître que c'est la souveraineté qui a prescrit *l'exception à l'exception* d'intangibilité et de stabilisation. Il en résulte que, par ces clauses, l'État exprime sa souveraineté en délimitant momentanément son exercice. Cette compréhension peut être renforcée par un autre argument. L'insertion de ces clauses remonte au XVI^e siècle. Une ancienne concession dite « *la concession de Tassis du 14 juin 1520* » a enfermé une clause analogue au mécanisme de stabilisation. La concession a prévu que les termes de l'accord prévalaient sur toutes ordonnances, restrictions ou autres commandements contraires, « *car ainsi nous plait-il, ce que d'aucun* » ⁽⁷¹³⁾. Cette pérennité témoigne que lesdites clauses traduisent l'expression de la souveraineté à une époque où celle-ci ne faisait pas l'objet des discussions. De plus, l'attribution de la qualité d'« *expression de la souveraineté* » aux clauses de protection est une analyse partagée et défendue par la doctrine. Le professeur *Riad* a affirmé que « *l'État, par une clause contractuelle, renonce à une ou plusieurs de ses prérogatives dans ce domaine (clause de stabilisation), cela n'implique nullement l'abandon par l'État de ses prérogatives de puissance publique...* » ⁽⁷¹⁴⁾.

157. Les célèbres sentences arbitrales confirment cette opinion. La sentence *Texaco-Calasiatic* a considéré que la signature de telles clauses, par l'État libyen, n'était pas une atténuation mais une expression d'exercice de sa souveraineté ⁽⁷¹⁵⁾. Lors de la sentence *d'Agip / Congo*, le même arbitre a fait observer que le gouvernement s'est

⁷¹² () WEIL P., Les clauses de stabilisation et d'intangibilité..., *op. cit.*, pp. 309-310 ; RIAD F., « Les accords de développement économique... », *op. cit.*, *Les Petites Affiches*, n° 86, 1986, pp. 17-25.

⁷¹³ () CISTAC Gilles, « Une histoire juridique de l'État contractant dans le commerce international », *Annales de l'Université de Toulouse, T. XLIII*, 1995, pp. 172-193, spéc. p. 180.

⁷¹⁴ () RIAD F., « Les contrats de développement », *op. cit.*, *Rev. Egv. Dr. Int.*, V. 42, 1986, pp. 253-281, spéc. 271.

⁷¹⁵ () L'arbitre souligna qu'« *une telle disposition qui a pour effet de stabiliser la situation du cocontractant ne porte pas dans son principe une atteinte à la souveraineté de l'État libyen. Non seulement celui-ci s'est engagé librement, mais le fait que cette clause stabilise le régime législatif et réglementaire libyen à la date de la signature de l'accord n'affecte pas dans son principe la souveraineté législative et réglementaire de la Libye. Celle-ci conserve ses prérogatives d'édicter des lois et règlement en matière pétrolière à l'égard de ceux avec lesquels elle n'a pas suscrit un tel engagement [...] les modifications qui pourront résulter pour celui-ci 'Texaco-Calasiatic' de l'adoption de nouvelles lois aux règlements devront pour l'éteindre obtenir l'accord mutuel de deux parties. Il en est ainsi non pas parce que la souveraineté de la Libye se trouverait réduite, mais simplement en raison du fait que cet État s'est souverainement engagé dans un accord international qui durant le temps prévu pour son application, est la commune loi des parties. Ainsi la reconnaissance du droit international d'un droit à nationaliser ne suffit pas pour l'habiliter à méconnaître ses engagements puisque le même droit reconnaît aussi la faculté de l'État à s'engager internationalement, notamment en acceptant l'insertion des clauses de stabilisation dans un contrat conclu avec une partie privée étrangère* », Sentence *Texaco-Calasiatic*, *op. cit.*, *Clunet*, 1977, p. 371, n° 73.

engagé aux termes de l'accord litigieux à ne pas appliquer à la société certaines ordonnances ou certains décrets « ayant pour but d'altérer le caractère de société anonyme de droit privé ». Le gouvernement s'était également engagé « de ne pas modifier unilatéralement les statuts de la société, déclarée partie intégrante de l'accord, même dans le cas où des modifications seraient apportées au droit des sociétés »⁽⁷¹⁶⁾. Il en a tiré les conséquences décidant que « la dissolution par voie unilatérale, décidée par l'ordonnance n° 6/75, méconnaît à l'évidence ces clauses de stabilité »⁽⁷¹⁷⁾. C'est parce que, considère-t-il, l'applicabilité de ces clauses « **résulte non du jeu automatique de la souveraineté de l'État contractant mais de la commune volonté des parties** ». Ces clauses « qui ont été librement souscrites par le Gouvernement, n'affectent pas dans son principe sa souveraineté législative et réglementaire ». En effet, l'État « conserve l'une et l'autre à l'égard de ceux, nationaux ou étrangers, avec lesquels ce Gouvernement n'a pas pris de tels engagements ». Par ailleurs, la souscription de telles dans le cas présent se borne « à rendre inopposables » au cocontractant étranger « les modifications aux dispositions législatives et réglementaires visées à l'accord »⁽⁷¹⁸⁾.

158. Les motivations évoquées mettent en relief deux idées. L'une, moins convaincante, affirme que l'applicabilité des clauses de protection résulte de la commune volonté des parties. En effet, une compréhension, qui classe l'opérateur public au rang de personnes privées, doit lui interdire la souscription des engagements dont l'esprit est la puissance publique, c'est-à-dire la souveraineté⁽⁷¹⁹⁾. L'autre, au contraire concluante, confirme qu'étant librement conclues par l'État, ces clauses « n'affectent pas dans son principe sa souveraineté ». Par raisonnement à contrario, on peut conclure que lesdites stipulations sont une manifestation de la souveraineté de l'État contractant. Cette conclusion peut être atteinte au moyen d'une autre explication. Si l'insertion de telles clauses peut raisonnablement être ressentie comme une atteinte à la souveraineté. Et pourtant, il s'agit d'une atteinte que l'État se fait subir lui-même, ce qui revient à reconnaître qu'il n'y a pas d'atteinte du tout. La pensée juridique admet qu'en exprimant sa souveraineté, l'État y apporte certaines limitations. Cette analyse aurait dû

⁷¹⁶ () Articles 4 et 11 de l'accord en cause. V. Sentence arbitrale AGIP/Congo, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1982, pp. 99 et s., spéc. 102, n° 84, note BATIFFOL H.

⁷¹⁷ () *Ibid.*, p. 102, n° 85.

⁷¹⁸ () Cf. *ibid.*, n° 84, 85, 86, p. 102.

⁷¹⁹ () HADAD Hafiza, *Al-aucoudes al-mobramah baeina aldouale wa al-ashkass al-agnabiah*, op. cit., 1^{ère} édition, Dar El-Nahda El Arabia, Le Caire, 1996, p. 479.

suffire pour attribuer aux clauses de protection leur caractère exorbitant. Pour s'en assurer, il faut tenter de renverser les arguments des opposants et leurs objections.

b) Caractère exorbitant des clauses de stabilisation

159. Si rien ne doit contraindre l'État à abandonner ses attributs, l'insertion de telles clauses ne peut qu'être considérée comme leur expression : « *l'État, en tant que souverain, a pris l'engagement particulier de ne pas édicter une telle mesure (parlant de mécanisme de stabilisation)* » ⁽⁷²⁰⁾. La neutralisation momentanée du pouvoir législatif par le biais de ces clauses ne doit pas mettre en cause la nature exorbitante de celles-ci. L'insertion de ces stipulations, par les personnes publiques autres que l'État, est subordonnée à l'agrément du pouvoir compétent. Au nom de la séparation des pouvoirs et du principe de hiérarchisation, l'administration ne doit pas et ne peut pas geler l'exercice du pouvoir législatif à l'égard d'un contrat sans autorisation. Il s'agit donc d'une question de compétence et de capacité dont la violation toucherait la validité de tels engagements. Par ailleurs, on ne peut pas admettre l'idée que les clauses de protection ne sont pas des clauses exorbitantes car celles-ci doivent être placées au profit de l'Administration. En effet, ces clauses peuvent être motivées par un intérêt général qui en serait mieux servi, ce faisant ⁽⁷²¹⁾. Bien mieux, une décision du Conseil d'État français démentit cette mauvaise compréhension. Il s'agit d'un arrêt au cours duquel on a considéré 'exorbitante' toute clause « *ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leurs charges des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être consenties par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales* » ⁽⁷²²⁾. Conformément à cet arrêt, peuvent être exorbitantes, les clauses attributives aux cocontractants privées de droits ou des obligations. Il peut recevoir la même qualification les stipulations au nom desquelles l'Administration abandonne certain pouvoir exorbitant. Si ce raisonnement est accepté, on doit écarter l'idée que la clause exorbitante doit absolument être placée en faveur de l'administration.

⁷²⁰ () TSCHANZ Pierre-Yves, « Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, pp. 47-83, spéc. 77, n° 36, 15, p. 56-57.

⁷²¹ () Ainsi l'a écrit M. BERLIN D., « *Si la poursuite de l'intérêt général justifie la reconnaissance d'un pouvoir unilatéral, ce même principe aurait pu être à l'origine de sa délimitation par voie contractuelle, puisque l'on aurait légitimement pensé que cet intérêt 'serait mieux servi, ce faisant'. Il peut être ainsi si on imagine qu'en contrepartie de l'acceptation de ne pas faire usage de ces pouvoirs, il aurait forcément une économie financière résultant de l'abaissement de prix consenti par l'investisseur, une technicité particulière à certaines prestations (...) etc.* », son article précité, « Les Contrats d'États et la protection... », *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s.

⁷²² () Conseil d'État, 20 octobre 1950, *Séries*, 1949, v. III, p. 6.

Il va de soi que les clauses de protection ne peuvent qu'être évocatrices du caractère exorbitant pour d'autres raisons. Personne ne conçoit qu'un contractant privé donne à son partenaire *les privilèges d'immunité législative*. A supposer leur existence dans les accords privés, ces clauses ne peuvent qu'être portées sur des règles supplétives. Si elles se consacrent au droit public, elles seraient frappées de caducité ou d'annulation. Dans les accords ordinaires, la stabilité en matière d'impôt ou de douane est inconcevable sans approbation du Parlement ⁽⁷²³⁾. Enfin, si les clauses exorbitantes sont celles dites *inusuelles ou illicites*, les clauses de stabilisation en feraient forcément partie puisqu'elles répondent excellemment à la *maxime* selon laquelle, « *si ce n'était pas une personne publique qui avait contracté la clause n'aurait pas été écrite* » ⁽⁷²⁴⁾.

160. Si cette démonstration suffit pour se convaincre de la nature exorbitante des clauses de protection, les écrits de divers *internationalistes* témoignent de son adéquation : « *ce sont les clauses d'immutabilité spéciales qui donnent au contrat son caractère dérogatoire du droit commun* ». En effet, la promesse de ne pas exercer des pouvoirs essentiels « *constitue la clause exorbitante la plus caractéristique qui soit* » ⁽⁷²⁵⁾. Lors de son analyse de la sentence *Texaco-Calasiatic*, M. NJEM J.C., a vivement regretté la qualification donnée par l'arbitre DUPUY à certaines clauses des concessions litigieuses, en affirmant qu' l'on peut difficilement imaginer « *des clauses plus exorbitantes en faveur d'investisseurs étrangers, qui limitent aussi considérablement le droit d'un État de disposer à son profit exclusif de ses ressources naturelles* » ⁽⁷²⁶⁾. De même, M. F. Riad considère que personne ne peut concevoir qu'un contractant privé donne à son partenaire *les privilèges d'immunité législative*. Il attribue à la soustraction des investisseurs étrangers aux lois internes la qualité d'engagement volontaire mais jur imperri de l'État au détriment de ses prérogatives. Ainsi, « *le caractère de droit public du contrat de développement se trouve renforcé plutôt qu'affaibli par les clauses de*

⁷²³ () Il va de soi que « *les clauses de gel de la loi applicable se rencontrent également dans des contrats de pur droit privé dans lesquels elles donnent aux parties la certitude de connaître-ou de pouvoir connaître - au moment de la conclusion de la convention, la teneur de la loi qui régira leurs relations* », Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage Commercial international : droit applicable au fond du litige », *éditions du Juris-Classeur (Droit international)*, 1996, fasc. 586-9-1, p. 6, n° 19.

⁷²⁴ () VEDEL G., Remarques sur la notion de clause exorbitante, *In Mélanges MESTRE*, 1956, p. 559 ; Par ailleurs, la contestation de la portée et la validité des clauses de protection relève de leurs liens ambigus avec le Droit public et témoigne de leur identification aux clauses auxquelles elles sont confrontées.

⁷²⁵ () COHEN JONATHAN G., Les concessions en droit international public, *op. cit.*, thèse, Paris, 1966, pp. 212-214.

⁷²⁶ () A *l'exception bien sûr du rétablissement d'un régime d'exploitation coloniale*. COLIN J.-P., *Le principe de souveraineté des États sur...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 331.

stabilisation »⁽⁷²⁷⁾. Plus impressionnants sont les propos de *M. P. Mayer*. En effet, selon lui, « *les seules clauses dont la présence révèle, par leur objet même, que l'État souverain est partie au contrat, sont celles qui excluent ou limitent l'édition de normes...* ». De telles stipulations s'analysent « *nécessairement comme une restriction de l'usage du pouvoir normatif de l'État, car le domaine dans lequel elles interviennent est celui où l'applicabilité de la loi de l'État est indiscutable et échappe au pouvoir de la volonté des parties à un contrat ordinaire* »⁽⁷²⁸⁾.

Conclusion du Titre I

161. L'examen des critères distinctifs des *M.P.I.* et des contrats administratifs révèle leur proximité plus que leur non-identification. Élément alternatif ou cumulatif, **le critère organique** est absorbé dans les accords de notre comparaison. Dans les deux catégories, la présence de l'État ne suscite généralement pas de difficulté d'appréciation. Qu'il soit souverain ou Administration, l'État partenaire d'un marché public international se réserve certains pouvoirs exorbitants. Son implication dans les accords de ses autres entités exige qu'il soit représenté par un pouvoir compétent. Le simple agrément de tels marchés ne fait pas de l'État une partie intégrante à de telles opérations. La passation des *M.P.I.* avec des personnes publiques autres que l'État pose des problèmes rarement soulevés en matière interne. Une question comme celle de l'identification entre l'État et ces entités semble quasiment appropriée aux accords internationaux d'investissements. Si une telle interrogation peut se poser concernant les

⁷²⁷ () RIAD F., article précité, *Rev. Egyp. Dr. Int.*, V. 42, 1986, pp. 253-281, spéc. p. 271.

⁷²⁸ () « *soit en matière de droit public (...), soit dans les rapports entre l'entreprise et ses salariés locaux, soit dans l'organisation interne de la société, filiale locale du partenaire étranger* », *MAYER P.*, article précité, *Clunet*, 1986, pp. 5 et s., spéc. note des bas de page 36, n° 42.

contrats administratifs, elle sera sans intérêt face à l'impossibilité de saisir les biens publics. En matière internationale, rien n'interdit de *lever le voile dissimulant les liens* entre États et leurs entités et de revendiquer la solvabilité de ces sujets s'agissant de leurs créances. Cette première spécificité des *M.P.I.* n'est pas originale. Les litiges d'identification et ceux de compétence ou de capacité des personnes publiques font appel à leurs lois personnelles (droit public). La sentence *Framatome* s'est référée au droit iranien pour trancher l'irrégularité évoquée par le gouvernement, même si ce recours était effectivement artificiel. Toujours, s'agissant du critère organique, celui-ci peut être affecté en cas de la privatisation de certaines émanations. Dans la mesure où ce critère subjectif est un élément cumulatif de tout contrat administratif, comme en droit égyptien, les marchés des sociétés privatisées n'auront pas cette qualification. Il en résulte que les marchés internationaux de telles *entités* ne doivent pas évoquer la théorie des contrats administratifs en cas de différends. Il n'en est pas ainsi en Droit français en raison du caractère alternatif de cet élément. Les accords de sociétés françaises privatisées peuvent être administratifs s'ils remplissent le second critère de la publicisation.

162. Critère objectif des *M.P.I.* et des contrats administratifs, **le service public/investissement étranger** et **l'intérêt général/développement économique** ont fait l'objet de confrontation. Il est apparu que le critère fonctionnel des contrats administratifs n'est pas le seul à connaître des difficultés d'appréciation. Tout comme le service public, l'investissement étranger est dépourvu d'une définition commune. Ces concepts qui partagent des difficultés similaires, remplissent, à quelques exceptions près, la même mission. Le **service public** (contrat administratif) relève de l'intérêt général et **l'investissement étranger (M.P.I.)** s'incorpore *dans* les programmes de développement. Ces deux concepts sont apparents malgré la diversité de leurs dénominations. Les *M.P.I.* répondent remarquablement à l'intérêt national, préoccupation majeure des États en voie d'industrialisation. Les auteurs, législateurs et arbitres ont mis en relief ce but prépondérant. Parallèlement, les profits sont une finalité incontournable des étrangers, mais partagés avec les partenaires locaux de l'administration. Pour les uns comme pour les autres, ce but doit être respecté. Les apports investis et les bénéfices réalisés doivent être sauvegardés et ne peuvent être sacrifiés au seul profit des États ou de leurs démembrements.

163. La proximité révélée de la qualité étatique est éprouvée d'une *autonomie* en provenance de l'extranéité de l'un des contractants. L'Administration n'a pas en face

d'elle un simple ressortissant, mais une grande société, voire un groupe de sociétés économiquement prédominantes. L'important rôle, qu'elles ont joué, a contribué à la passation de plusieurs traités de protection et d'encouragement des investissements. Ces conventions bilatérales et multilatérales inscrivent *les M.P.I.* dans un environnement international afin de protéger les investisseurs étrangers et de promouvoir les flux d'investissements. La masse économique de ces entreprises et la puissance politique des États desquels elles émanent ont affecté la souveraineté des États en développement. Les problèmes auxquels ces derniers doivent faire face et les exigences de la mondialisation les ont obligé à céder, en dépit de leurs intérêts, certaines attributions (729). Mais, que faut-il penser lorsque l'État s'engage au détriment du pouvoir exorbitant ? Quoi de commun entre un contrat administratif n'affectant pas les attributs souverains et d'autres dépouillant l'État de son pouvoir de juge et de Parlement ! Interrogation saisissante sans être concluante. Qu'il soit ou non évocateur d'une atteinte au pouvoir judiciaire, l'arbitrage s'est familiarisé aux marchés publics internes. Il est désormais concevable dans ces accords, sous réserve d'un agrément. La capacité de compromettre pour les personnes publiques est admise autant dans les contrats administratifs que dans les marchés d'investissements. L'Égypte a généralisé le principe *d'arbitrabilité* sans se préoccuper de la citoyenneté ou de l'extranéité des partenaires de l'Administration. L'État français autorise ses opérateurs publics de recourir à l'arbitrage dans leurs accords d'intérêt national qui impliquent d'autres ressortissants. Ceci dit, l'arbitrage, porteur d'un indice commercial, ne compromet pas la *publicisation* d'un contrat représentatif des critères nécessaires à cette qualification.

164. Si les *M.P.I.* peuvent être spécifiés par les clauses de stabilisation, on a suffisamment affirmé que ces stipulations sont l'expression même des clauses exorbitantes. À supposer que la confrontation de deux types de clauses soit assez paradoxale, cette objection ne peut qu'être superficielle. La comparaison et la qualification n'ont guère dépassé le caractère technique des clauses de protection. Elles n'ont pas atteint la substance de celles-ci, d'ailleurs distinctives par leur *fondement* et leurs différends. Aussi intéressant qu'il puisse être, le paradoxe présumé manque de précision. Si on affirme que l'État est *le seul à pouvoir geler* ses lois impératives, on doit admettre la nature inusuelle de clauses de stabilisation. Ainsi, ce premier titre a affirmé que les concepts en parallèle se rapprochent plus qu'ils ne s'opposent. Cette

Mis en forme

⁷²⁹ () GEORGE ELIN, Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1976, T. 149, V. 1, spéc. pp. 70 et 71.

affirmation n'est cependant pas complète. La particularité des *M.P.I.* place la recherche sur le choix entre leur autonomie ou leur proximité par rapport aux contrats administratifs dans une zone d'ombre, qu'on espère dégager par l'analyse des processus de passation et d'exécution.

TITRE II

MAÎTRISE ÉTATIQUE DES MODES DE PASSATION ET D'EXÉCUTION

165. Si l'internationalité des *M.P.I.* les distingue de contrats administratifs, les deux catégories se rapprochent en ce qu'ils constituent des contrats réglementés, c'est-à-dire que le déroulement de leurs processus d'accès et d'exécution doit se conformer à certains codes ou législations ⁽⁷³⁰⁾. Ces textes qui imposent des restrictions à la liberté contractuelle de l'administration, ambitionnent le contrôle de finances publiques et la réalisation de développement. Pour ce faire, ils assurent l'égalité d'accès aux accords

⁷³⁰ () En Droit français, les évolutions législatives en la matière concernent particulièrement le décret-loi du 12 novembre 1938, le Code sur les marchés publics de loi de 1975 et le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 (J. O., annexe au n° 57 du 9 mars, 2001). En droit égyptien, on parle de la loi sur les appels d'offre et adjudications et ses modifications remplissent la même fonction.

projetés de gré-à-gré ou par le biais de la concurrence organisée. Expressions de l'égalité devant le service public et garanties de l'obtention de l'offre la *mieux-disante*, les appels d'offres ou les adjudications constituent la première phase de l'intervention étatique dans les accords de l'Administration. L'État intervient encore lorsqu'il impose des règles et exige la délivrance d'une ou plusieurs autorisations. De même, l'exécution de ces accords fait l'objet de mesures similaires qui interviennent tout au long des opérations⁽⁷³¹⁾. L'État exige souvent la création de consortiums momentanés ou la sous-traitance avec ses ressortissants. Traitant avec des nationaux ou des étrangers, il dispose à leurs égards d'un pouvoir de contrôle et de sanction et peut modifier ou résilier leurs engagements. Ainsi, que se soit dans les marchés publics internes ou internationaux, l'État s'impose ou s'interpose lors de la réalisation de certaines opérations. L'intensité de ces actions est influencée par la politique économique, par la tradition juridique de chaque pays et par son niveau de développement. Alors que les pays exportateurs d'investissements encouragent les flux de capitaux nationaux, les importateurs eux incitent l'entrée de ces apports au moyen de plusieurs garanties et concessions⁽⁷³²⁾. L'intervention étatique, entendue ici, n'est toutefois que l'expression du rôle de l'État législateur vis-à-vis de l'Administration. Elle ne peut être qualifiée d'immixtion puisqu'elle n'est nullement une ingérence indue, mais un exercice, par l'État, de ses fonctions⁽⁷³³⁾.

166. Pour les publicistes, ces agissements témoignent de *l'ambiance du droit public concernant ces accords* et affirment *le caractère propre à leur régime exorbitant*⁽⁷³⁴⁾. Cependant, les lois ou codes des marchés publics n'abordent généralement pas la question des marchés internationaux ni pour les exclure ni pour les inclure dans leur champ d'application. Passés avec des investisseurs étrangers, ces accords font l'objet de

⁷³¹ () LEBEN Ch., « Les investissements miniers dans les pays en voie de développement... », *op. cit.*, Clunet, 1986, spéc. p. 924 ; VADCAR C., « Le projet multinational sur l'investissement: Problématique d'adhésion des Pays du Sud », Clunet, 1998, pp. 24 et s.

⁷³² () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, economica, Paris, 1985, p. n°347

⁷³³ () L'on sait que le mot '*intervention*' est lourd d'équivoque. Par certaines de ses acceptions, il peut signifier, l'immixtion d'une personne ou d'une institution (étatique) dans des affaires qui ne sont pas les siennes. Il en est ainsi, lorsqu'on appelle '*interventions*' certaines irruptions du pouvoir fédéral dans la vie des États-membres en certains pays d'Amérique latine, ou que, surtout, l'on érige la « non-intervention » en principe du droit des gens, CHARLIER Robert Édouard, Signification de l'« Intervention », de l'État dans l'économie : quelques observations linguistiques, *In L'interventionnisme économique de la puissance publique, Études en l'Honneur du Doyen PEQUIGNOT Georges*, T. I., 1984, pp. 95-105, spéc. p. 96-98.

⁷³⁴ () L'expression du régime exorbitant est attribuée au Commissaire du gouvernement *Rougevin Bâville* dans ses conclusions de l'arrêt société d'exploitation électrique de la *rivière du Sant* du 19 janvier 1973, RECUEIL 48 ; *A.J.D.A.*, 1973, p. 358, Chronique, LÉGER et BOYON.

conventions ou de directives internationales qui ouvrent les secteurs de la commande publique à la concurrence (transparence et non-discrimination). L'approbation de ces directives par un État déterminé doit conduire à leur incorporation dans son ordre juridique et rendre caducs les textes contraires. Ainsi, l'article 3 du décret français n° 2001-210 exclut l'application du Code des marchés publics aux contrats relatifs aux fournitures, travaux ou services conclus pour l'application d'un accord international passé entre la France et d'autres pays afin de réaliser ou d'exploiter un ou plusieurs projets ⁽⁷³⁵⁾.

167. Dans de telles situations, le déclin des lois internes au profit d'un traité interétatique n'a rien d'étonnant. Il est constitutionnel que le Code des marchés publics cède face aux conventions internationales ⁽⁷³⁶⁾. Plus problématique est, la soumission des marchés publics internationaux aux directives des organes économiques. Financés par des bailleurs de fonds, certains de ces accords obéissent à des conditions particulières tout au long de la procédure concurrentielle, de l'ouverture jusqu'à la sélection. L'État n'apparaît plus être le seul à réglementer les conditions d'accueil des projets financés car les bailleurs étrangers s'y sont associés, en affectant son pouvoir exclusif sur la procédure des appels d'offres ou d'adjudications. De ce fait, *l'internationaliste* peut raisonnablement croire que les *M.P.I.* ne baignent pas dans un climat du régime juridique exorbitant. La passation et l'exécution de ces accords ne sont pas pleinement soumises au Code des marchés publics au même titre que les contrats internes. On doit alors se demander si la spécificité des *M.P.I.* affecte leur soumission à ce Code ? On doit s'interroger sur la portée et l'effectivité des directives extérieures afin de préciser si l'ambiance réglementaire est assujettie à caution ? Conséquences de la multiplicité des acteurs et des facteurs, ces questions interviennent alors que le développement précédant n'a pas permis de conclure sur la proximité ou l'autonomie entre les contrats administratifs et les marchés d'investissements. Leur examen paraît aussi indispensable pour évaluer tous les points qui peuvent éventuellement aider à trancher postérieurement entre les diverses thèses de qualification ⁽⁷³⁷⁾. Pour ce faire, il

⁷³⁵ () PEZIN charlotte, Les marchés publics et le Code des marchés publics, *mémoire de DEA de droit public de l'économie*, Paris II, 2001, p. 4.

⁷³⁶ () conformément à l'article 55 de la Constitution, Cf. *ibidem*.

⁷³⁷ () On verra que certains auteurs comme M. LALIVE J.F. s'oppose à tout recours à la théorie des contrats administratifs en la matière, in *Les contrats entre États ou opérateurs étatiques et opérateurs privés étrangers : Développements récents*, *R.C.A.D.I.*, 1983, V. III, pp. 21 et s ; En revanche, d'autres, comme le professeur WEIL P. considère que ces accords doivent emprunter à cette théorie puisqu'il s'agit de marchés « dont l'âme est la puissance publique ou mieux la souveraineté », in « Un nouveau champ

faut analyser les comportements de l'État et des entités concernées lors de la conclusion de ces marchés (**Chapitre 1**), et tout au long de leur exécution (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1

ACCÈS AUX MARCHÉS PUBLICS INTERNATIONAUX ET OCTROI DES PRIVILÈGES EXCEPTIONNELS

168. Tant au niveau des marchés publics internes qu'internationaux, la théorie du consentement remplit son rôle, étant donné que ces accords doivent être passés de manière consensuelle. La présence d'une personne étatique n'affecte en rien le caractère *sacro-saint* de ce principe à vocation universelle. Il est incontestable que les futurs partenaires de ces accords bénéficient, quant à leur pouvoir de s'engager, d'une autonomie totale. La présence d'un élément d'extranéité ne contrarie guère la volonté de l'Administration, auteur d'un pouvoir réglementaire et d'une capacité contractuelle. L'ensemble de ces marchés naît alors d'un accord de volonté, mais celui-ci, aussi

d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *Recueil et Documents du Conseil d'État*, 1970, pp. 13 et s.

réglementé, doit s'exprimer conformément aux exigences procédurales ⁽⁷³⁸⁾. Il s'agit là d'une régularisation de la passation de ces accords par certaines lois internes ou normes conventionnelles. Ayant une vocation générale, ces textes s'appliquent essentiellement aux marchés nécessaires à la réalisation de prestations sophistiquées ou d'intérêt général. Il s'agit de conditions administratives qui n'affectent pas l'autonomie valablement exprimée, mais leur inobservation peut évoquer une illégalité formelle ⁽⁷³⁹⁾. Ces exigences réglementaires posent la question de savoir si on peut proprement parler d'un régime exorbitant durant cette phase précontractuelle ? La réponse à cette question n'est pas toujours aisée. L'accès à certains accords peut être conjointement réglementé par l'État d'accueil et des institutions extraterritoriales. Il faut alors mesurer l'étendue de l'interventionnisme étatique et déterminer dans quelles limites la souveraineté législative est négociée sur le plan contractuel

169. Par ailleurs, les marchés publics font peser sur l'opérateur étatique un bon nombre d'engagements. Tenu de respecter le contrat conclu, il doit honorer l'obligation de stabilité, respecter les délais fixés et se conformer aux clauses arbitrales. Le contractant public doit également payer un prix ou des rémunérations dont l'aspect juridique et les modalités d'acquittement ne soulèvent pas de controverses fondamentales ⁽⁷⁴⁰⁾. Toutefois, en matière internationale, les sommes dues sont importantes et dépassent souvent la capacité financière de certains États ou de leurs personnes morales. Malgré l'établissement de plusieurs mécanismes d'assurance, l'État se trouve contraint de garantir ses personnes publiques avec ou sans recours aux financements étrangers ou aux aides internationales : *bailleurs de fonds, crédits ou aides au développement*. Le rôle de l'État ne s'arrête pas là. Les contraintes de développement renouvellent son devoir d'intervention. Il octroie des privilèges fondés sur des Codes d'investissements et/ou sur des dispositions contractuelles. Accordés aux opérateurs étrangers, ces avantages peuvent être consentis sur la base d'un traitement *préférentiel ou différentiel*. En plus des engagements contre les nationalisations, les investisseurs

⁷³⁸ () TRUCHET Didier, Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés, *in le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, Economica, Paris 1985, pp. 185-205, spéc. 186-187.

⁷³⁹ () KADIDI K., Contrats internationaux des travaux publics en droit libyen, *thèse*, Dijon, 1978, pp. 81-82.

⁷⁴⁰ () Sur ces aspects, DELAUBADERE A. et GAUDEMET Y., *Traité de Droit administratif*, T. 2, 13^{ème} édition, L.G.D.J., 1998, p. 410, n° 736 ; RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, 2^{ème} Éd. L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 376 et s. ; VEDEL G., *Droit administratif*, T. I, P.U.F., Paris, 1992, p. 415 ; SYNVEH H., « La loi française et fixation du prix dans les contrats internationaux », *D.P.C.I.*, 1985, T. II, n° 4, pp. 545-565 ; GIMENEZ V., Le prix dans les contrats internationaux, *thèse*, Nice, 2000, pp. 158 et s.

jouissent des allègements de réglementation des échanges au détriment du système monétaire et de nombreuses concessions fiscales. Ces prérogatives posent l'interrogation sur leur nature : sont-elles une autre manifestation du régime exorbitant ou un abandon par l'État de ses attributs essentiels ? En d'autres termes, les garanties accordées aux opérateurs étrangers sont-elles des actes conditions ou des actes à caractère contractuel ?

Section I Marchés publics internationaux et réglementation de leurs modes d'accès

170. La formation des marchés publics relève d'une phase réglementaire⁽⁷⁴¹⁾, imposée par des règles impératives ayant des liens avec l'intérêt public. Ces règles organisent deux modes de contractualisation⁽⁷⁴²⁾. L'un est consensuel (gré à gré) et l'autre est concurrentiel (appels d'offres ou adjudications)⁽⁷⁴³⁾. Lorsqu'il est effectué sur l'initiative des investisseurs étrangers, l'offre de gré à gré peut constituer un contrat ou une simple promesse en fonction de ses conditions⁽⁷⁴⁴⁾. Envisagé par l'Administration, ce procédé est censé faire face à certaines exigences ou événements⁽⁷⁴⁵⁾. Couramment utilisé dans les marchés simples⁽⁷⁴⁶⁾, le gré à gré peut être préférable lors de la réalisation des projets sophistiqués ou d'autres liés à la défense nationale⁽⁷⁴⁷⁾. Pour de tels marchés, la négociation directe peut apparaître le meilleur moyen car

⁷⁴¹ () DE LAUBADERE A. et autre, *op. cit.*, t. 1, 13^{ème} édition, L.G.D.J., 1998, n° 999, p. 686 ; pour les modes d'accès en Droit américain v., THYS PATRICE J. et GOLUB J. M., « Les Marchés publics aux États-Unis », *D.P.C.I.*, 1982, Tome 8, n° 4, pp. 573-590 ; Pour le Droit libyen, KADIDI K., *op. cit.*, thèse, Dijon, 1978, p. 79 ; WESTRING G., *Marchés publics internationaux*, C.C.I., (CNUCED/GATT), (UNITAR), 1985, p. 24.

⁷⁴² () EL-SAYED M., *L'Organisation des pays exportateurs de Pétrole*, L.G.D.J., Paris 1967, pp. 56 et s ; MEBROUKINE A., Les modes de conclusion des contrats dans les rapports Nord-Sud, in *'les contrats internationaux et pays en voie de développement'*, Paris, 1989, p. 8.

⁷⁴³ () DE LAUBADERE A., (et Alii.), *op. cit.*, T. 1, 13^{ème} édition, 1993, p. 701 ; EL-TAMAOU S., *Almabadée alassasiah lel-aucoud al-édariah ; dérassah mocaranh*, *Les principaux fondements des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 328 et s.

⁷⁴⁴ () DUBISSON M., *La négociation des marchés internationaux*, Paris, 1983, pp. 59-103-106.

⁷⁴⁵ () LAMATHE D., « Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matières de grands projets d'investissement », *Clunet*, 1998, pp. 45-65, spéc. p. 48, n° 6.

⁷⁴⁶ () Ainsi, en droit français, le gré à gré est admis au Maire dans les achats inférieurs à 300 000 F, ou les marchés à coûts inférieurs à 700 000 F., RICHER L., *op. cit.*, p. 346, n° 549 ; en droit égyptien, le montant de marché de gré à gré ne doit pas excéder 50.000 L.E., pour les marchés passés par les présidents des établissements publics et leur assimilé, 100.000 L.E. pour les marchés de service et 300.000 L.E. pour les marchés de fourniture pouvant être conclu par les Maires. Le Premier Ministre peut dépasser ces limites en cas de nécessité affrontant le Pays. Article 7 de la loi 98 de 1998, EL-TAMAOU S., *op. cit.*, *supra*, Maktabet Ain-Chamess, le Caire, 1991, pp. 328 et s.

⁷⁴⁷ () Article 5 de la loi égyptienne n° 98 de 1998 sur les Appels d'offres et adjudications ; adde, KADIDI K., *op. cit.*, thèse, Dijon, 1978, pp. 151 et s ; BOUDAHRAIN Abdellah, « Problème d'adaptation au droit marocain aux contrats internationaux clé en main », *Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 442 et s spéc. p. 457.

quoique peu compatible avec la concurrence, elle ne l'est pas forcément avec l'intérêt général ⁽⁷⁴⁸⁾. Ce raisonnement explique pourquoi plusieurs accords sont conclus par cette voie et pourquoi les grands projets sont accomplis lors des visites officielles ⁽⁷⁴⁹⁾. Par la longueur de sa conclusion et l'importance de son accomplissement, le projet du Métro du Caire illustre ce mode consensuel. Depuis 1954, le gouvernement égyptien envisageait sa construction en raison de l'essor démographique de la capitale. Plusieurs études successives et différents rapports d'expertises avaient recommandé la réalisation d'un réseau du transport souterrain régional. En 1970, l'Organisme public égyptien confiait à la société française *SOFRETU* l'élaboration d'une étude de faisabilité. Approuvée par l'État en 1973, celle-ci s'est traduite sur le terrain à partir de 1981. Les travaux d'exécution et d'installation ont duré six ans jusqu'à la réception et la mise en service de ce projet primordial ⁽⁷⁵⁰⁾. Procédé d'accès aux grands projets, le gré-à-gré n'est suivi qu'à titre *exceptionnel* ⁽⁷⁵¹⁾. Pour un bon nombre d'accords, le pouvoir public favorise les procédures concurrentielles. Manifestation de la concurrence, les appels d'offres ou adjudications sont réglementés par des textes appartenant au droit administratif à cause de leurs liens avec l'intérêt général. Ces réglementations subissent néanmoins des aménagements constants à cause du recours croissant aux sociétés transnationales. Les groupements régionaux et la présence des bailleurs de fonds ont accentué ce phénomène ⁽⁷⁵²⁾. Les directives communautaires ou internationales contrarient la maîtrise étatique de l'accès à certains marchés publics à caractère international. Sur le plan juridique, c'est le concept du régime exorbitant qui est visé et on doit alors analyser ces évolutions afin d'évaluer leurs effets sur le pouvoir législatif et leur caractère opérationnel (**sous-section I**). Quelle que soit la conclusion opérée, le concept du régime exorbitant n'apparaît pas être effacé car, en dépit des modes d'accès, l'État dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Tout comme pour les contrats administratifs, l'entrée en vigueur des *M.P.I.* doit être agréée par le Parlement ou par des autorités de tutelle. On doit alors étudier l'étendue de ce pouvoir et l'ampleur du

⁷⁴⁸ () RICHER L., *op. cit., supra*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 343, n° 538 et p. 359, ns° 580-581 ; EL-TAMAOUÏ S., *op. cit.*, Maktabet Ain-Chamess, Le Caire, 1991, pp. 328 et s.

⁷⁴⁹ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Economica, Paris, 1985, pp. 23 et s.

⁷⁵⁰ () TAÏMOUR M.K., *op. cit., Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 42^e année, 1988, spéc. pp. 403 et s.

⁷⁵¹ () LAMATHE D., *op. cit., Clunet*, 1998, spéc. p. 48, n° 6.

⁷⁵² () VASSEUR M., « L'essor du concept contractuel », *Rev. Tri. Dr. Civ.*, 1964, pp. 1 et s ; BOY Laurence, « L'Arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales du droit public en France : contribution du droit économique », *Rev. Dr. Int. Dr. Econ.*, 1991, p. 123.

recours aux solutions du droit administratif en cas de la survenance de problèmes contractuels (**sous-section II**).

Sous-section 1 **Aménagements des règles d'appels d'offre et d'adjudication**

171. Fondement des appels d'offres et d'adjudications, la concurrence n'est pas en soi un principe juridique et n'est pas imposée par la théorie générale des obligations⁽⁷⁵³⁾. Dès lors, il doit y avoir une prescription normative permettant son application, comme les textes concernant les marchés publics et les contrats de délégation. Les articles 39 et 250 du Code français sur les Marchés Publics précisent que ces derniers « *sont passés après mise en concurrence dans les conditions et sous les réserves* », prévues au Code⁽⁷⁵⁴⁾. À dire vrai, connues depuis l'origine, ces réserves ressortent de la réglementation de la compétition⁽⁷⁵⁵⁾. Sans s'attacher aux mécanismes concurrentiels, identiques pour n'importe quel marché public⁽⁷⁵⁶⁾, on doit traiter les règles provoquant des aménagements liés au recours aux étrangers. Il s'agit de principes directeurs de la concurrence, consacrés par plusieurs directives ou normes. Parler de la concurrence, c'est admettre l'automatisme (*non domination*), l'homogénéité des produits (*pour permettre les comparaisons*), la liberté d'accès et de circuler des informations (*garanties de la non-discrimination*). On doit alors déterminer les rôles du pouvoir public et les directives extérieures dans la réglementation de ces données (**I**), pour évaluer ensuite aussi bien la valeur normative de ces règles ou directives que leurs effets sur le pouvoir législatif et leurs liens avec les lois impératives (**II**).

I / Ampleur et ses acteurs d'aménagement du droit administratif

172. En droit administratif, la procédure concurrentielle commence par une phase d'organisation et de publicisation. Elle se traduit par des cahiers de charges, se déroule dans certains délais, s'accompagne du versement d'une ou plusieurs garanties et s'achève par l'examen des offres et leur attribution. Cette procédure est réglementée par des textes législatifs, c'est-à-dire le Code des marchés publics qui est une disposition de droit public comportant un champ d'application exprès et exorbitant. Ceci étant, il n'y a

⁷⁵³ () Conseil d'État, 12 octobre 1994, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes Pyrénées*, R.F.D.A. 1985, 20, Conclusion DANDELOT.

⁷⁵⁴ () RICHER L., *op. cit.*, 2^{ème} Éd. 1999, L.G.D.J., pp. 342-352, ns° 537-559.

⁷⁵⁵ () Cf. *ibid.*, p. 344, n° 540.

⁷⁵⁶ () Il est inutile ici de faire une présentation de ces mécanismes. On renvoie alors à l'abondante littérature qui, en droit administratif, traite leurs définitions et leurs distinctions.

pas de doute que les règles de la concurrence dans les marchés publics ont un caractère obligatoire qui relève de l'impératif d'intérêt général et des principes de la constitution (égalité ou non discrimination...). Cependant, ces dispositions font l'objet d'aménagements en provenance de Droit communautaire (A) ou occasionnés par la présence, dans les *M.P.I.*, de bailleurs de fond (B).

A) Incursions d'ordre communautaire

173. Dans le cadre de la communauté économique européenne, les réglementations internes des États membres ont fait l'objet d'incursions fréquentes du droit communautaire. Celui-ci contient des directives conçues pour s'appliquer aux marchés publics des États concernés. La France les a transposés dans son système juridique conformément aux articles 34 et 37 de la Constitution⁽⁷⁵⁷⁾. Cette transposition a donné lieu à des décrets codifiés par le *Livre V* du Code des marchés publics. Un marché de seuil communautaire⁽⁷⁵⁸⁾ doit alors respecter les dispositions de ce Livre applicable aux accords de fournitures, de travaux ou de services passés par les entités relevant de son champ d'investigation. La liberté affirmée à l'ordre juridique interne est ainsi remise en cause par ces réglementations. À ce titre, le droit français des marchés publics est principalement visé. Les marchés publics français doivent respecter le Livre sus-indiqué puisqu'il ne s'agit plus seulement de garantir l'esprit de la concurrence et de l'équilibre, d'ailleurs animés par la réglementation française⁽⁷⁵⁹⁾. Comme plusieurs ordres juridiques, le droit français organise la concurrence, garantit la transparence et lutte contre la corruption. Il exige la procédure de publicité sur les offres concurrentes⁽⁷⁶⁰⁾,

⁷⁵⁷

() Ces articles concernent la distinction entre les domaines réglementaire et législatif.

⁷⁵⁸

() Ces seuils sont fixés par un arrêté du ministre compétent. Pour les marchés de fournitures et de services de l'État, de ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, ils s'élèvent à 900 000 francs (137 195.12 euros). Pour leurs marchés de travaux, ils sont fixés dans l'ordre de 32 900 000 francs (5 015 243.9 euros). Pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales et de leurs établissements ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, ils sont de 1 300 000 francs (198 170 73 euros). Enfin, le seuil fixé pour les marchés de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des télécommunications est de 2 600 000 francs (396 341 46 euros). V. PEZIN Charlotte, Les marchés internationaux et le Code des marchés publics, mémoire de *D.E.A.*, Paris II, 2001, p. 10.

⁷⁵⁹

() Cf. *Ibid.*, p. 57.

⁷⁶⁰

() Les marchés envisagés dans le seuil communautaire exigent la publicité des avis de pré-information à caractère indicatif. Cette exigence permet aux entreprises de se préparer et d'organiser leurs offres de soumission, RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, op. cit., pp. 351-53, ns° 559 et 564 ; BRECHON-MOULENES Ch., « Marchés publics », *Rép.*, Dalloz, *D.I.*, 1998, pp. 8 et s, n° 33-38 ; art., 2 de la loi égyptienne n° 89 de 1998., FAOUZI SalahEldin., *La loi n° 89 du 1998 sur les appels d'offres et adjudications ; problèmes pratiques et solutions*, Dar El-Nahda, le Caire 2000, pp. 327 et s, spéc. p. 397 ; EL-TAMAOUI S., *Al-mabadée al-assassiah lel-auhoud alédariah*, op. cit., Le Caire 1991, pp. 254 et s.

notamment lorsque l'accord projeté dépasse un montant déterminé ⁽⁷⁶¹⁾. Lorsque le marché est de seuil communautaire, sa passation doit nécessairement être précédé d'un appel à la concurrence publié au Journal Officiel de la Communauté Européenne. Cette pratique est conforme aux marchés internationaux exigeant, en plus de la publicité antérieure, une publicité auprès des consulats à l'étranger ⁽⁷⁶²⁾ et des tribunes internationales spécialisées, y compris celles des Nations Unies ⁽⁷⁶³⁾. L'appel à la concurrence doit déterminer le temps permettant aux soumissionnaires le retrait et le dépôt des dossiers de candidature ⁽⁷⁶⁴⁾. Les directives communautaires précisent un délai de 52 jours de remise des offres, lequel peut être réduit à 36 jours à compter de l'envoi de l'avis d'information publié ⁽⁷⁶⁵⁾.

174. Le respect des exigences de publicité n'assure pas l'effectivité de la concurrence car d'autres principes comme celui de la *non-discrimination* sont nécessaires. Pour ce faire, des règles internationales ou communautaires interviennent pour contraindre le pouvoir adjudicataire lors de la passation de certains marchés. La pratique des marchés internes connaît un traitement différent entre les *petites, les moyennes et les grandes entreprises* pour des raisons liées à leurs connaissances, leurs expériences, leurs réputations et à leurs capacités ⁽⁷⁶⁶⁾. Les marchés internationaux ne dérogent pas à ces comportements discrétionnaires. L'accès à ces accords peut occasionner des discriminations liées à des préférences nationale, raciale ou régionale qui constituent une rupture avec l'égalité concurrentielle ⁽⁷⁶⁷⁾. Pour lutter contre ce phénomène, on cherche à assurer la liberté et l'égalité d'accès et le traitement conforme à la nation la plus favorisée ⁽⁷⁶⁸⁾. Divers efforts se sont multipliés dans ce sens. Les négociations du *Tokyo Round (GATT)* ont débouché sur l'Accord relatif aux Marchés Publics qui vise à assurer une concurrence internationale accrue sur les achats publics. L'accord a notamment prévu des règles concernant la passation de ces marchés l'équité

⁷⁶¹ () *Bulletin officiel d'annonces des marchés Publics* ou dans un journal d'annonces légales. RICHER L., *op. cit., supra*, 2^{ème} Éd. L.G.D.J., 1998, p. 353, n° 566.

⁷⁶² () KADIDI K., *Les contrats internationaux des travaux...*, *op. cit., thèse*, Dijon, 1978, p. 132.

⁷⁶³ () Le développement Business, Édition des Affaires, dans lesquels on donne une description des nouveaux projets, des biens et des services qui feront leur objet, WESTRING G., *op. cit.*, in (CNUCED/GATT), (UNITAR), 1985, p. 30 ; PATUT Serge, *Les marchés internationaux des...*, *op. cit.*, C.F.C.E., Éd. Moniteurs, Paris, 1980.

⁷⁶⁴ () EL-TAMAOUI S., *op. cit., supra*, Maktabet Ain-Chamess, Le Caire 1991, pp. 321 et s ; RICHER L., *op. cit.*, p. 354, n° 566 ; MEBROUKINE A., *op. cit.*, in '*les contrats internationaux et pays en voie de développement*', Paris, 1989, p. 15.

⁷⁶⁵ () RICHER L., *op. cit., supra*, 2^{ème} Éd. L.G.D.J., 1999, p. 355, n° 569.

⁷⁶⁶ () Cf. *ibid.*, p. 356, n° 573.

⁷⁶⁷ () CARREAU D. et JUILLARD P., *Droit du commerce international*, Paris, 1996, pp. 475 et s ; VADCAR C., *op. cit., J-C., Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 15.

⁷⁶⁸ () BRECHON-MOULENES Ch., *op. cit., Rép., Dalloz, Dr. Int.*, 1998, p. 9, ns° 33-35.

et la non-discrimination lors du choix des soumissionnaires compatibles. De son côté, la **Banque-Mondiale** recommande aux États emprunteurs le préalable de la compétition entre les soumissionnaires qui remplissent les critères opérants. Ses directives admettent la présélection quand il s'agit de marchés importants, de façon à réserver l'offre aux seuls détenteurs de la bonne qualification ⁽⁷⁶⁹⁾. L'accord de *Marrakech* du 15 avril 1994, sur l'**Organisation Mondiale du Commerce** a débouché sur la signature de l'Accord sur les Marchés Publics. Entré en vigueur en 1996, celui-ci a fixé des règles précises sur les procédures d'adjudication. Interdisant les mesures discriminatoires contre les produits ou les opérateurs étrangers et orientés vers le commerce des biens plutôt que l'incitation systématique à l'investissement, l'accord a donné aux fournisseurs le droit de contester la conformité de décisions de l'État d'accueil en cas de disparités engendrées par la concurrence ⁽⁷⁷⁰⁾.

175. On peut avoir l'impression que la non-discrimination est réglementée internationalement et que les textes nationaux tendent à se conformer avec ces directives et normes. En effet, ce constat est partiellement vrai car les nouvelles codifications ne tiennent plus compte de la provenance territoriale ou raciale des opérateurs d'investissements ⁽⁷⁷¹⁾. Ces évolutions ne constituent pas une nouveauté pour les marchés internes. Au nom de l'égalité devant le service public, la discrimination entre les soumissionnaires est déjà condamnée par le juge de l'administration ⁽⁷⁷²⁾. Dans une décision récente, le Conseil d'État français a décidé que la subordination de l'attribution du marché au caractère local de l'entreprise constitue « *une erreur du droit* » ⁽⁷⁷³⁾. Il en est ainsi, dit-il, même si le pouvoir adjudicataire avait pour « *fin de favoriser l'emploi local et la taxe professionnelle* » ⁽⁷⁷⁴⁾, tant qu'il n'y avait pas d'autres

⁷⁶⁹ () WESTRING G., *op. cit.*, C.C.I. (CNUCED/GATT), 1985, spéc. pp. 31, 185 et s ; KADIDI K., Les contrats internationaux des travaux publics..., *op. cit.*, p. 132

⁷⁷⁰ () VADCAR C., *op. cit.*, *supra*, J.-C., *Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-54, n° 79 ; BRACONNIER S., « Les marchés publics ; dix ans de jurisprudence », *op. cit.*, in *Éd. J.-C., Dr. Adm.*, 1999, 44, n° 101 ; MOULENES C., *op. cit.*, *Rép. Dalloz, Dr. Int.*, 1998, p. 2, n° 1.

⁷⁷¹ () Le nouveau droit syrien et jordanien ont supprimé les règles distinctives entre investisseurs arabes et étrangers. VADCAR C., « Projet d'accord multilatéral sur l'investissement... », *op. cit.*, *Clunet*, 1998, pp. 9-40, spéc. 35 ; de même, et à l'exception des marchés d'intérêt national, le nouveau droit français d'investissement garantit une politique non-discriminatoire d'acquisition et du traitement.

⁷⁷² () C.E., 9 mars 1960, Massida, *Rec.* 187.

⁷⁷³ () C.E. 26 janvier 1966, O.P.H.L.M. de la ville du Mans, *A.J.D.A.* 1966, p. 434.

⁷⁷⁴ () Conseil d'État 29 juillet 1994, Commune de Vintenac-en-Minervois, *Rec.* p. 767 : *Dans le même ordre d'idée, une autre question concernant la validité de la circulaire interministérielle du 29 décembre 1993 préconisant l'insertion dans les R.P.A.O. d'un critère additionnel réalisant par le candidat des actions spécifiques en faveur de l'emploi, de l'insertion professionnelle ou sociale ? BRÉCHON-MOULÈNES, « Le marché public au service de l'emploi local », M.T.P.B. 17 juin 1994, p. 58 : Le Conseil d'État a rejeté un recours contre cette circulaire. Il a motivé sa décision en les termes suivants : « les mentions relatives au 'critère additionnel' qui pourraient être insérées dans les appels d'offres et*

considérations apparentes à l'objet même du contrat. Cette position s'est confirmée par une autre décision. Le Conseil d'État a, certes, fait savoir que « *la répartition équilibrée des marchés entre les petites, moyennes et grandes entreprises n'est pas au nombre des objectifs visés par les dispositions du Code des marchés publics* ». Néanmoins, il a condamné le déclin de la candidature de certaines entreprises à cause de leur chiffre d'affaires conformément à une directive ministérielle ⁽⁷⁷⁵⁾. Cette situation a pour effet d'introduire une discrimination, laquelle étrangère de l'objet de la réglementation des marchés publics, porte une atteinte injustifiée à l'égalité de traitement ⁽⁷⁷⁶⁾. Ainsi, l'égalité de traitement entre les soumissionnaires aux marchés publics *nationaux* et *internationaux* désormais est garantie, mais conformément à la logique de la loi de l'État hôte de l'investissement. Le traitement national bénéficie donc d'une certaine consistance sous les réserves émises par voie d'un traité ou d'une convention ⁽⁷⁷⁷⁾.

B) Aménagements commandés par les bailleurs de fonds

176. Depuis longtemps, les organes économiques et financiers déploient des efforts considérables pour élaborer des textes consacrés à l'accès aux accords d'investissements. Le *Fond Européen de Développement (F.E.D.)* ⁽⁷⁷⁸⁾ et la *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (F.I.D.I.C.)* en fait partie même si leurs conditions visent à assurer les bailleurs de fonds contre l'inadéquation des lois internes ou contre l'incapacité des interlocuteurs aux négociations. Ces conditions octroient aux financiers la représentation au sein des commissions d'attribution des appels d'offres ou d'adjudications ⁽⁷⁷⁹⁾. Le *F.E.D.* a élaboré un Cahier général des charges, inspiré de la tradition administrative française en matière de marchés publics. Le Cahier *F.E.D.* contient des conditions contractuelles et réglementaires qui doivent être observées lors

dans les marchés publics, constituent une simple déclaration d'intentions, destinée à marquer l'intérêt porté par les cocontractants aux questions relatives à l'emploi et à la formation professionnelle. Sans que cette déclaration d'intentions puisse constituer un critère de choix qui se substituerait aux critères réglementaires des articles 97 et 300 du Code des marchés publics, ou même se bornerait à compléter ces critères réglementaires », C.E., 10 mai 1996, F.N.T.P., Rec. 164 ; C.J.E.G., 1996, 427, R.F.D.A. 1997, 73, conclusion FRATACCI.

⁷⁷⁵ () Cette Directive qui appelle les services à veiller à une répartition équilibrée entre les petites, moyennes et grandes entreprises, a permis l'administration en cause à se focaliser sur le chiffre d'affaires des entreprises éliminées qui étaient trop importantes au regard du montant des marchés.

⁷⁷⁶ () Conseil d'État 13 mai 1987, Soc. Wanner Isofi Isolation, Rec. 171; RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, op. cit., L.G.D.J., Paris, 1999, p. 357, n° 573.

⁷⁷⁷ () En revanche, la clause de la nation la plus favorisée a une portée très limitée BRECHON-MOULENES Ch., op. cit., *Rép., Dalloz, Dr. Int.*, 1998, p. 9, n° 35.

⁷⁷⁸ () Il s'agit d'une agence exécutive de l'assistance menée conjointement par les membres de la Communauté économique européenne.

⁷⁷⁹ () Il en est ainsi en ce qui concerne certains marchés de *Bengladesh* dont le *Kuwait* était le bailleur de fonds LEDUCQ X., *Les accords de développement économique...*, op. cit., thèse, Rouen, 1981, pp. 68-69

de la passation des marchés financés par le Fond Européen de Développement. Ces clauses octroient au bailleur de fonds européen le choix d'un représentant aux réunions de l'examen des offres et de leurs attributions ⁽⁷⁸⁰⁾. Nonobstant leur rédaction conformément à la tradition anglaise, les conditions *F.I.D.I.C.* sont essentiellement destinées à la réglementation des projets réalisés dans les pays en développement ⁽⁷⁸¹⁾. Ces conditions dont l'applicabilité peut être sollicitée ou imposée par les bailleurs de fonds, sont exclusivement utilisées en matière de travaux de génie civil et de bâtiment ⁽⁷⁸²⁾. Elles contiennent un ensemble de conditions générales en matière de prix, de garanties, de droit applicable et de règlement des différends. Ces conditions délèguent à un *Ingénieur-conseil* certains pouvoirs d'intervention sur la base d'un contrat conclu avec le maître de l'ouvrage ⁽⁷⁸³⁾. L'ingénieur bénéficie d'une large autonomie et investit certain pouvoir pour assurer l'équilibre nécessaire à l'achèvement des travaux ou des bâtiments. Véritable *maître de l'œuvre* et unique interlocuteur de l'investisseur étranger, il dirige les travaux, fait la constatation de leur qualité, vérifie leur effectivité ou leur adaptabilité et délivre enfin des certificats de réception ⁽⁷⁸⁴⁾. En cas de conflits, l'ingénieur joue un rôle pré-contentieux et peut former une instance de réflexion et de médiation ⁽⁷⁸⁵⁾. Les réclamations formées devant lui ne sauraient néanmoins se confondre avec la voie contentieuse qui peut être entreprise à tout moment. On ne doit pas oublier que l'ingénieur est un intermédiaire contractuel entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage pour qui, il est un conseil et émanation. C'est pourquoi, ses décisions prises sont sujettes à un recours à l'arbitrage ou à un recours en annulation ⁽⁷⁸⁶⁾. Ainsi, l'ingénieur dispose de pouvoirs étendus concernant le contrôle de l'entrepreneur et la

Mis en forme

⁷⁸⁰ () WESTRING G., *Marchés publics internationaux, op. cit.*, in (CNUCED/GATT), (UNITAR), 1985, pp. 50 et s; FLECHEUX George, « Le cahier des charges « FIDIC » et l'arbitrage », *Revue d'arbitrage*, 1984, pp. 451 et s., spéc. 453.

⁷⁸¹ () Cf. *idem.*, p. 50.

⁷⁸² () Ex., le marché de la construction de l'Ambassade koweïtien en Algérie a fait appel à ces conditions (sentences n° en 1992, CCI, Clunet 1993). Également, l'accord de construction du barrage de *Mossoul* au Nord de l'Iraq liant une jointe venture germano-italien le 25 janvier 1981, *Rev. Arb.*, 1996, n° 3, p. 456 et s ; Le projet de réalisation du 2^{ème} tronçon du chemin de fer trans-Camerounais suivant a du suivi le modèle FED en raison du financement extérieur (prêt de 5 millions d'unités de compte octroyé à l'État camerounais par la B.E.I., LEDUCQ X., *op. cit., supra, thèse, Rouen*, 1981, pp. 74 et s.

⁷⁸³ () WESTRING G., *op. cit., supra*, in (CNUCED/GATT), (UNITAR), 1985, spéc. pp. 47-48.

⁷⁸⁴ () Le maître de l'ouvrage n'est évoqué par la *F.I.D.I.C.* qu'à propos de ses obligations de paiement du prix, défaut de paiement, prise de possession des installations...

⁷⁸⁵ () FLECHEUX G., « Le cahier des charges *F.I.D.I.C.* et l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1984, pp. 451 et s.

⁷⁸⁶ () L'ingénieur désigné par le maître de l'ouvrage n'a de contact qu'avec lui ; dans ses relations avec l'entrepreneur, il ne tient son autorité que du maître de l'ouvrage FLECHEUX G., *op. cit., Rev. Arb.*, 1984, spéc. pp. 452 et 453.

réponse aux exigences raisonnables des cocontractants ⁽⁷⁸⁷⁾. Il y a donc une relation bilatérale au sein de laquelle les instructions et approbations de l'ingénieur engagent le maître de l'ouvrage ⁽⁷⁸⁸⁾.

Mis en forme

177. Rédigées par la *C.N.U.D.C.I.* ⁽⁷⁸⁹⁾, certaines autres directives et instructions restreignent le pouvoir exclusif des États en matière de la réglementation des projets de fourniture financés par la Banque-mondiale en qualité de bailleur de fond ⁽⁷⁹⁰⁾. Pour protéger les fonds investis, la Banque prohibe aux ressortissants de certains pays la concurrence dans les marchés qu'elle finance. L'État emprunteur n'a pas le pouvoir d'ouvrir la concurrence à des entreprises qui ne relèvent pas des États membres, de la Chine ou de Taiwan ⁽⁷⁹¹⁾. Il ne peut pas rejeter la participation d'une entreprise d'un État membre sauf en cas de son incapacité technique ou de son appartenance à un pays avec lequel les relations économiques sont interrompues ⁽⁷⁹²⁾. L'État n'est pas autorisé à réserver la concurrence internationale à ses entreprises sauf pour les marchés non bénéficiaires du financement évoqué et à condition que cette concurrence restreinte n'entrave pas la bonne exécution du projet ⁽⁷⁹³⁾. L'État d'accueil doit rédiger un avis général sur la passation du marché et l'adresser à la Banque dans les meilleurs délais. Cet avis doit comprendre des informations déterminantes sur l'éventuel soumissionnaire, les coûts, la monnaie, en décrivant les fournitures et les travaux à réaliser. Les directives de la Banque exigent que l'offre soit publiée par la Banque dans le développement « *forum business Édition de l'O.N.U.* » et par l'État dans les revues de presse internationales. Elles recommandent un délai de 45 jours entre l'appel à la compétition et le dépôt des offres concurrentes, en exigeant un autre de 90 jours s'il s'agit d'un gros marché de génie civil et de bâtiments ⁽⁷⁹⁴⁾. Tout manquement à ces instructions octroie à la Banque le pouvoir de demander l'interruption de l'appel d'offre ou d'adjudication. Ainsi la Banque Mondiale n'a pas hésité à demander à l'État indien du *Rajasthan* l'interruption d'un appel d'offres lancé par le *Rajasthan Stat Electricity*

Mis en forme

⁷⁸⁷ () WESTRING G., *op. cit.*, *supra*, p. 48.

⁷⁸⁸ () Cf. *ibid.*, p. 49.

⁷⁸⁹ () Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

⁷⁹⁰ () Cf. *ibid.*, pp. 52, 235 et s.

⁷⁹¹ () Qui sont désormais admis à concourir pour lesdits marchés.

⁷⁹² () À condition de garantir l'effectivité du jeu de la concurrence, 1/7 Directives des Directives de Passation des Marchés Financés par les Prêts de la BIRD et les Crédits de VIDA, Banque Mondiale du 1985, Cf. *ibidem.* ; DUBISSON M., *La négociation des marchés internationaux*, Paris, 1983, pp. 90-91.

⁷⁹³ () Article 2 / 2 des Directives de Passation des Marchés Financés par les Prêts de la BIRD, Banque Mondiale du 1985, WESTRING G., *Marchés publics internationaux, op. cit.*, p. 237.

⁷⁹⁴ () Cf. *ibid.*, p. 30 ; PATUT Serge, *op. cit.*, *Éd. Moniteurs*, C.F.C.E., Paris, 1980.

Board sans concours international au motif que de telles irrégularités rendent dangereuse la poursuite de cette opération ⁽⁷⁹⁵⁾.

II / Effectivité et valeur juridique des directives internationales

178. L'applicabilité des directives étudiées font surgir une interrogation concernant l'ampleur de leur affectation du pouvoir législatif de l'État d'accueil d'investissement international ? En effet, cette question est essentielle. En pleine guère de l'Iraq, les États-Unis ont octroyé à leurs entreprises des gros marchés de reconstruction. Une telle pratique ne peut qu'être discrétionnaire et irrégulière. Consacrés notamment aux seuls opérateurs américains, les appels d'offres lancés et les accords en découlant sont entachés d'une parfaite illégalité par rapport aux règles de l'*O.M.C.* ⁽⁷⁹⁶⁾, c'est-à-dire aux normes concurrentielles. Sans se préoccuper de l'avenir de ces pratiques contestées, il suffit d'évoquer la toute première affaire au titre de l'Accord plurilatéral. Il s'agit d'une plainte américaine présentée devant l'*O.M.C.* contre la Corée ⁽⁷⁹⁷⁾. Les États-Unis contestaient les comportements du pouvoir adjudicateur coréen lors de la passation d'un marché de construction d'un aéroport international. Pour plus de précision, ils mettaient en cause la qualification de l'attributaire principal et le partenariat avec les entreprises locales (coréennes). On se plaignait encore de l'absence d'une réglementation contentieuse de cette phase concurrentielle. L'examen de ces réclamations a soulevé deux questions : dans quelle mesure les pratiques contestées étaient-elles incompatibles avec les obligations de la Corée au titre de l'accord évoqué ? Ces pratiques pouvaient-elles annuler ou compromettre des avantages que les États-Unis tenaient de cet accord international ? Pour y répondre, la Corée soutenait que le champ d'application de cet accord est défini par les listes engageant chaque État et que les entités visées étaient absentes des listes officielles. L'État s'était appuyé sur ledit accord qui lui permet la fixation, en cinq annexes, de la liste de ses entités centrales ou sous-centrales. Ces allégations ont été approuvées et la plainte déposée a été rejetée par le groupe spécial ; les pouvoirs adjudicateurs ne figuraient ni sur l'appendice concernant la Corée, ni dans les engagements coréens au titre de l'*A.M.P.*, *ni même dans* l'historique des

Mis en forme

⁷⁹⁵ () L'objet de cette offre était un projet de management d'un système de distribution d'électricité de JODHPUR et de PALI, v. LAMATHE D., « Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matières de grands projets d'investissement », *Clunet*, 1998, pp. 45-65, spéc. p. 52, n° 15.

⁷⁹⁶ () *Le Monde*, 18 avril 2003.

⁷⁹⁷ () États-Unis/Corée, passation des marchés publics, Première affaire de l'*O.M.C.*, (Groupe spécial), 1^{er} mai 2000, *Chroniques, Clunet*, 2001, pp. 912 et s.

négociations effectuées avec ce pays ⁽⁷⁹⁸⁾. Le défaut d'une preuve convaincante sur une erreur imputable à la Corée n'a pas suffi au groupe qui a cherché dans le Droit des traités un enracinement juridique de la décision retenue. Grâce à une série de glissements, il s'est référé aux principes de la bonne foi, *du pacta sunt servanda* et du respect de la parole donnée. Envisageant la possibilité d'une erreur lors des négociations, il a considéré que « *l'erreur n'est dans ces conditions plus 'excusable' alors que seule une erreur excusable peut être considérée comme une erreur pouvant vicier le consentement à être lié par un accord* ». Décrit comme « *assez cohérent, voire convaincant* » ⁽⁷⁹⁹⁾, ce raisonnement a montré que « *le règlement des différends de l'OMC, peu usité du droit international général, peut prendre vie* » ⁽⁸⁰⁰⁾.

179. Un témoignage de l'abandon du pouvoir exclusif des États en la matière, cette affaire laisse subsister l'interrogation sur la valeur juridique des directives internationales et leur portée. A première vue, il n'existe pas de véritable terrain d'entente sur une seule réglementation multilatérale ⁽⁸⁰¹⁾. Restant réservées à des cas particuliers, ces dispositions n'ont pas de valeur universelle. Dès lors, elles sont dépourvues du caractère impératif à l'exception des directives européennes pour les États membres du groupement régional ⁽⁸⁰²⁾. Les États de la Communauté européenne et la juridiction communautaire ont affirmé l'inopposabilité de l'Accord de l'O.M.C. et de ses annexes tant au droit communautaire qu'aux lois internes ⁽⁸⁰³⁾. De même, le recours aux clauses *F.I.D.I.C.*, à titre d'exemple, est facultatif. La pratique a prouvé que

⁷⁹⁸ () Cf. *ibidem*.

⁷⁹⁹ () Puisqu'il s'agit plutôt de lever le paradoxe consistant à faire passer au prisme d'un raisonnement de type juridictionnel un problème qui n'y correspond pas, Cf. *ibidem*.

⁸⁰⁰ () Cf. *ibidem*.

⁸⁰¹ () WESTRING G., *Marchés publics internationaux, op. cit.*, CNUCED/GATT, UNITAR, 1985, p. 39.

⁸⁰² () Ainsi, la soumission des marchés publics à ces directives impose au pouvoir adjudicateur (français) le respect des obligations communautaires sus-indiquées. Incorporées dans le droit français, ces directives ont une valeur juridique sûre. Sur la demande d'un candidat écarté d'un marché de service, le tribunal administratif de *Strasbourg* a appliqué au litige une de ces directives. Il s'agit d'une communauté de communes, qui ne souhaitait pas assurer l'exploitation de réseaux d'assainissement et d'une station d'épuration, avait confié cette activité à un autre établissement public, le service des eaux du Bas-Rhin. L'entreprise déclinée se plaignait de l'atteinte aux procédures de transparence et de mise en concurrence dont elle était la victime. Le tribunal a considéré que le contrat en cause n'est pas un marché public au sens du Code des marchés publics. Il en a cependant considéré un au sens de la directive communautaire, en se référant aux règles de publicité et de mise en concurrence. Confirmée par le Conseil d'État le 20 mai 1998, cette décision affirme l'applicabilité du droit communautaire aux relations purement internes. Cependant, rien n'empêche qu'il serait étendu aux rapports transfrontaliers d'ordre communautaire. AUDIT M., *Les conventions transnationales entre Personnes publiques*, L.G.D.J., Paris 2002, n° 519.

⁸⁰³ () Il a été jugé que ce type d'accord ne constitue qu'un cadre général des négociations et n'est pas assez précis ni contraignant, BRACONNIER S., *op. cit.*, *Éd. J.C.D.A.*, 1999, p. 44, n° 101.

les États développés utilisent largement leurs propres conditions ⁽⁸⁰⁴⁾ tandis que le Tiers-Monde les réserve aux grandes opérations. La pratique protectionniste de certains États laisse apparaître un traitement contraire aux directives de la *C.N.U.D.C.I.* car préférentiel de leurs sociétés locales. Le Sénégal, à titre d'exemple, vient de se doter d'un texte législatif en faveur de ses entreprises sans distinction entre offres de projets financés ou non par un bailleur de fonds international ⁽⁸⁰⁵⁾. Dans ce cadre de raisonnement, l'application de ces directives aux États clients des bailleurs de fonds est suspendue à leur accord initial. Dans une sentence CCI ⁽⁸⁰⁶⁾, l'objet du litige était un contrat de construction d'une route en Algérie qui prévoyait l'application du droit espagnol, à l'exclusion de tout autre. L'un des parties a néanmoins demandé, entre autres, que les clauses *F.I.D.I.C.* soient mises en application. Les arbitres ont répondu négativement ; s'agissant de *contrats-type*, l'*applicabilité de telles conditions relève de la volonté commune des contractants*. Plus nette l'affirmation que ces conditions « *ne sont pas encore 'mûres' pour se transformer en une règle uniforme et autonome capable de s'imposer comme usage : il ne s'agit pour le moment que de solutions contractuelles, inutilisables hors du contexte du contrat type dans lequel elles sont étroitement intégrées sans procéder à des mises au point au niveau contractuel* » ⁽⁸⁰⁷⁾. Ainsi, concluent-ils à l'absurdité de les appliquer hors de leurs contextes, encourageant le commentateur de la sentence à réaffirmer le manque d'identité de ces règles entre elles et vis-à-vis des marchés d'investissement international ⁽⁸⁰⁸⁾.

180. En guise de conclusion, il est judicieux d'admettre que, l'État n'a plus la maîtrise totale de la passation de certains marchés. Les directives européennes (pour la France) et celles de la Banque-mondiale (pour l'Égypte) les ont conduit à aménager les réglementations des appels d'offres et d'adjudications. Ces évolutions peuvent, peut-être, mettre en doute l'aspect exorbitant de cet épisode de la contractualisation. Toutefois, cette conclusion doit être tirée avec précaution. En effet, l'intervention des bailleurs de fonds n'est pas un facteur décisif au déclin général du caractère exorbitant en matière d'investissement. Dans les accords qui y échappent, l'État reste le maître de

⁸⁰⁴ () Qui se soit en Grande-bretagne ou en France, le recours aux conditions de types nationales pour les travaux de bâtiment et de génie civil reflète une position particulière du partenaire public. Ces conditions octroient un contrôle direct ou non du travail engagé à un fonctionnaire relevant du maître de l'ouvrage, et non pas un tiers « ingénieurs-conseils ».

⁸⁰⁵ () VADCAR C., « Droit de l'investissement... », *op. cit.*, *J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc-565-52, n° 5.

⁸⁰⁶ () Sentence CCI, affaire n° 8873 en 1997, *Clunet*, 1998, n° 4, pp. 1017 et s., spéc. 1019, obs.

D.H.

⁸⁰⁷ () Cf. *ibidem*.

⁸⁰⁸ () Cf. *ibid.*, p. 1026.

la situation. Par ailleurs, les mutations imposées à l'État ou approuvées par lui sont dépourvues d'effets sur le terrain du Droit. Au même titre que les *M.P.I.* concernés, la conclusion des contrats administratifs (français ou égyptiens) est soumise à de telles directives ⁽⁸⁰⁹⁾. Le Code des marchés publics français ⁽⁸¹⁰⁾ ou la loi égyptienne sur les appels d'offre et d'adjudications ont réadapté les textes concernés. On n'a jamais entendu que ces incursions affectent la nature *administrative* de ces contrats qui peuvent d'ailleurs entrer dans le champ d'application d'autres conventions ⁽⁸¹¹⁾. Et, même si cette analyse peut être contestée, on s'attachera à son *esprit* car les *M.P.I.* sont assujetties à la délivrance de plusieurs agréments.

Mis en forme

Mis en forme

Sous-section II Entrée en vigueur et pouvoir discrétionnaire d'agrément

181. L'attribution des marchés publics internationaux n'est pas la dernière démarche dans le processus de leur conclusion car elle mène souvent à l'entrée dans un cycle de négociations **(I)**. Celles-ci constituent une étape plus avancée durant laquelle les interlocuteurs de chaque partenaire vont se rencontrer afin de définir leurs droits et obligations. Ce n'est qu'à l'issue de cette *phase* marquée par les conflits d'intérêt que l'accord est signé et qu'il est enfin question de délivrer les autorisations nécessaires au commencement d'exécution **(II)**.

I / Aspects juridiques des négociations

182. Les négociations constituent « *l'ensemble des actes préalables à la conclusion d'un contrat et dont la finalité est de préciser et de résoudre les problèmes relatifs à la mise en place des engagements contractuels* » ⁽⁸¹²⁾. Il s'agit d'un processus indispensable pour alléger les risques probables des questions conflictuelles. Elles constituent un procédé transversal qui peut conduire à la conclusion d'un accord, d'une

⁸⁰⁹ () Il s'agit là des directives communautaires déterminants la répartition des pouvoirs de décision et les conditions dans lesquelles un entrepreneur ou un fournisseur peut faire acte de candidature, RICHER L., *Droit des contrats...*, op. cit., 2^{ème} Éd. L.G.D.J., Paris, 1995, p. 345, n° 541.

⁸¹⁰ () Les directives communautaires indiquent le mode de justification de capacités techniques et financières. Elles précisent qu'à l'exception du motif des spécifications nationales, la soumission ne peut être rejetée par le pouvoir adjudicateur. Elles indiquent que les critères d'attribution peuvent être soit uniquement le prix le plus bas, soit des critères variables suivant les besoins proportionnels. Directive 93/36, articles 26 ; 93/37, 30 ; 92/50, 36 ; D. 3 août 1993, 23 ; D. 31 mars 1992, 29, RICHER L., op. cit., supra, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 357, n° 576.

⁸¹¹ () Ex., la convention de Rome de 1980 sur les droits et obligations contractuels, v. Infra, Partie II, Titre I, Ch. 2, sec. 1.

⁸¹² () TOTOUM Ch., « La pré-négociation du contrat d'ouvrage clé en main au Cameroun », *Rev. Juri. Poli. Ind. Coop.*, 42^e année, 1988, n° 2 et 3, p. 222.

promesse d'accord ou d'un contrat partiel ⁽⁸¹³⁾. La négociation est un *art* ⁽⁸¹⁴⁾, les auteurs doivent donc bénéficier d'une grande expérience et d'une capacité naturelle. Ces acquis sont indispensables pour les pourparlers des opérations complexes, coûteuses et prépondérantes de l'économie nationale. En effet, des questions aussi sensibles que celle du droit applicable et du mode de règlement des différends dépendra tant des efforts des négociateurs que de leur aptitude intellectuelle ⁽⁸¹⁵⁾. De même, on ne doit pas perdre de vue que l'entente sur des engagements protecteurs représente un intérêt indissociable pour les sociétés multinationales. Les représentants de ces dernières ne doivent pas se réjouir trop tôt par leurs revendications accordées et doivent vérifier leur conformité aux textes, législatifs ou constitutionnels. Les interlocuteurs des opérateurs publics ne doivent pas manquer de sérieux et s'engager honorablement, indiquant à leurs partenaires de quoi sont-ils pleinement capables et quelles sont les clauses exigeant une autorisation spéciale. Brièvement, les interlocuteurs sont tenus d'une obligation de coopération de bonne foi telle qu'elle est entendue pour les rapports contractuels.

183. Ces propos ne sont pas purement théoriques car la pratique révèle de nombreux cas conflictuels. Rappelons l'affaire du *Plateau des Pyramides* dont les mots « *agréée, accepté et approuvé* », précédant la signature du Ministre du tourisme sur l'un des accords litigieux, ont suscité plusieurs débats concernant l'implication du gouvernement dans le lien contractuel. Se désengageant de cette clause, l'Égypte a contesté sa conformité avec son droit et a insisté sur la nature routinière de l'approbation ministérielle. L'entreprise publique a tenté de se positionner sur le terrain du fait du prince pour échapper à toute responsabilité. Il était alors judicieux pour les négociateurs égyptiens et les autorités réglementaires d'examiner attentivement leurs engagements et de surveiller leur compétence légale. Si les négociateurs égyptiens et le Ministre compétent s'étaient prononcés en fonction des textes nationaux, il n'y aurait pas eu la signature de cette clause arbitrale ⁽⁸¹⁶⁾. Il va de soi que ce genre d'avatar n'est pas particulier aux seuls négociateurs du Tiers-Monde car la pratique a rapporté un cas

⁸¹³ () SANTA-CROCE Muriel, « Contrats internationaux : domaine de la loi du contrat », *Éd. J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 552-50, n° 16 et 32.

⁸¹⁴ () DUBISSON M., *La négociation des marchés internationaux*, Paris, 1983, pp. 55 et s.

⁸¹⁵ () Cf. *ibid.*, p. 58 ; KOMOK J., « Les principes directeurs de la négociation des contrats clé en main au Cameroun », *Rev. Juri. Poli. Ind. Coo.*, 1988, pp. 197 et s.

⁸¹⁶ () MEBROUKINE A., *op. cit.*, in *les contrats internationaux et pays en voie de développement*, *économica*, Paris, 1989, spéc. pp. 9 et s ; LEBOULANGER Ph., « État, politique et Arbitrage l'affaire du Plateau des Pyramides », *Rev. Arb.*, 1986, pp. 3-28, spéc. 19-20, n° 32 ; G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit Administratif, op. cit.*, P.U.F., Paris, 1992, p. 401.

similaire lors de la conclusion du projet *Eurodisneyland* entre des entreprises occidentales. On peut aisément imaginer que, tout comme la *S.P.P.*, la société américaine *Walt Disney Productions* a souhaité un engagement direct de la France qui, à l'appui de la demande de ladite société, a signé une lettre d'intention⁽⁸¹⁷⁾ et une clause d'arbitrage nonobstant l'attitude hostile de sa justice nationale (Conseil d'État)⁽⁸¹⁸⁾. Incontestablement, l'État a pallié cette hostilité par la promulgation d'un nouveau texte autorisant cette insertion⁽⁸¹⁹⁾, mais la doctrine n'a pas manqué de rappeler qu'en cas de différends, la signification et la portée de cet engagement risquent de susciter, pour les juristes, de querelles⁽⁸²⁰⁾.

184. Au cours des négociations et dans le but de préserver les partenaires contre l'abus et la disproportion, les interlocuteurs travaillent dans le cadre des aspects juridiques différents, *pacte de préférence*, *accord-cadre*, *contrat partiel*, ou *lettre d'intention*. Un engagement n'obligeant aucunement le maître d'ouvrage à négocier le marché avec la partie en présence, le **Pacte de Préférence** n'est qu'une garantie engageant la partie étatique à ne pas solliciter l'accord d'un autre partenaire ou à ne pas le conclure avec des tiers. Les négociations se produisent lors de la conclusion d'un contrat cadre ou accord partiel⁽⁸²¹⁾.

Vocation préparatoire de l'accord définitif, *l'accord-cadre* est un contrat visant à déterminer les règles applicables au futur marché (contrat d'application ou contrat d'exécution)⁽⁸²²⁾. Il peut être une promesse synallagmatique ou unilatérale. Un outil juridiquement souple⁽⁸²³⁾, l'accord-cadre peut prendre fin en vertu du principe de la liberté des parties ou suite aux événements exceptionnels⁽⁸²⁴⁾. Philosophie adéquate aux exigences des opérateurs étatiques désireux d'obtenir des enseignements supplémentaires sur la capacité de leur futur contractant, *le contrat partiel* est une

Mis en forme

⁸¹⁷ () Puisque y sont intervenu le Premier ministre, le ministre du Commerce extérieur et le Président du Conseil régional de l'île de France, ce qu'est autrement plus comportant que ce qui s'est passé pour le Plateau des Pyramides.

⁸¹⁸ () Avis du Conseil d'État du 6 mars 1986, précité.

⁸¹⁹ () La loi du 19 août 1986, précitée.

⁸²⁰ () Tout est certes affaire d'espèce, mais les exigences de prévisibilité et de sécurité, qu'appelle le droit imposent de rechercher des critères objectifs, au-delà des critères subjectifs ou de pure forme. LEBOULANGER Ph., « État, politique et Arbitrage l'affaire du Plateau des Pyramides », *Rev. Arb.*, 1986, pp. 3-28, spéc. 19-20, n° 32.

⁸²¹ () TOTUOM Ch., *op. cit.*, *Rev. Juri. Poli. Ind. Coop.*, 1988, 42^{ème} année, n° 2 et 3, p. 229.

⁸²² () Cf. *idem*, p. 230.

⁸²³ () Cf. *ibidem.* ; MEBROUKINE A., *op. cit.*, *supra*, in *les contrats internationaux et pays en voie de développement*, economica, economica, Paris, 1989, spéc. p. 20.

⁸²⁴ () Évidemment, la rupture abusive contribuant à des préjudices subis conduirait à une responsabilité extra-contractuelle, TOTUOM Ch., *op. cit.*, *supra*, *Rev. Juri. Poli. Ind. Coop.*, 1988, 42^{ème} année 1988, p. 230 ; SANTA-CROCE M., *op. cit.*, *édition de Juris-Classeur Dr. Int.*, 1998, Fasc. 552-50, n° 43.

sorte de protocole d'accord prévoyant les principaux éléments contractuels (droit applicable, modalités de paiement, mode de règlements des différends). Expression de l'état des parties en pleine discussion, il ne produit qu'une obligation de négociation ⁽⁸²⁵⁾. Qualifiée de 'promesse de contrat', la *lettre d'intention* est le document qui contient les principales dispositions de la future opération. Elle exprime la volonté des négociateurs à s'engager, en désignant les points auxquels l'accord pourrait ultérieurement se faire. La lettre d'intention peut être assimilée à un contrat conclu sous conditions suspensives ⁽⁸²⁶⁾. Elle est une manifestation de certains engagements (prix, droit applicable, arbitrage). Elle est marquée par la présence de clauses de secret ⁽⁸²⁷⁾ et d'exclusivité ⁽⁸²⁸⁾, connue en matière de concessions.

Mis en forme

185. Lorsque les négociations aboutissent à des différends, il en découle certaines répercussions. La présence d'un élément d'extranéité pose le problème de la détermination de la loi applicable. Trois solutions sont possibles : applicabilité de la loi nationale de l'État d'accueil, de celle de la société étrangère ou de celle envisagée pour régir le contrat objet des négociations. La détermination de la loi de la société étrangère souffre d'une difficulté d'appréciation en cas de groupement. En outre, ne formant pas encore un contrat, il est difficilement concevable de présumer son Droit. Il ne reste donc que la loi de l'État d'accueil qui pourrait être applicable sous réserve de son adaptabilité aux principes fondamentaux comme celui du *Pacta sunt servanda*, de l'enrichissement sans cause et de la bonne foi ⁽⁸²⁹⁾. Dans ce contexte conflictuel, l'engagement des interlocuteurs est une obligation de moyens et non de résultat. Il en résulte que chacun d'entre eux doit négocier, sans garantir forcément la conclusion du contrat. Il faut néanmoins qu'il y ait bonne foi dont la preuve incombe à la partie qui a lésé les négociations car c'est sur elle que repose un autre devoir de non-contradiction. Une fois le responsable désigné, il n'est cependant pas question d'une exécution réelle (conclusion de l'accord principal), mais d'une obligation d'indemnisation et/ou de réparation ⁽⁸³⁰⁾. Cette conclusion emporte la conviction. Rien ne serait plus sceptique

⁸²⁵ () TOTUOM Ch., *op. cit.*, *Rev. Juri. Poli. Ind. Coop.*, 42^{ème} année, 1988, p. 231 ; Il est une pratique courante en cas de groupe des contrats dont chacun garde son autonomie juridique au sein du groupement, SANTA-CROCE M., *op. cit.*, *Éd. J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 552-50, n° 35

⁸²⁶ () Cf. *Ibid.*, n° 49-51.

⁸²⁷ () souvent inscrites dans les contrats de transfert technologique pour protéger l'auteur de l'invention.

⁸²⁸ () Par laquelle le maître d'ouvrage s'engage à ne pas conclure le même contrat avec un autre partenaire., MOUBRKINE A., *op. cit.*, *supra*, spéc. pp. 21-22.

⁸²⁹ () MOUBRKINE A., *op. cit.*, *économica*, Paris, 1989, spéc. p. 23.

⁸³⁰ () Cf. *ibid.*, pp. 24-26 ; TOTUOM Ch., *op. cit.*, *Rev. Jur. Pol. Ind. Co.*, 1988, 42^{ème} année, spéc. pp. 229-232, ns° 2 et 3.

que le juge impose aux interlocuteurs la passation d'un marché dont l'âme reflète la force et la coopération. De plus, à supposer qu'elle soit transposable, cette solution serait irréalisable faute d'une commune volonté sur le juge compétent et sur le droit applicable ⁽⁸³¹⁾. Ainsi l'indemnisation serait, à cause de la rupture abusive des négociations, la seule solution possible. Le fondement juridique est donc la responsabilité délictuelle et non pas contractuelle puisque les parties n'ont pas dépassé la phase des négociations ⁽⁸³²⁾. Le déclin du recours au concept civiliste d'un contrat judiciaire, place les accords concernés au rang des contrats internes de l'Administration.

186. Ces propos ne sont pas théoriques car plusieurs sentences arbitrales confirment leur conclusion. Rendue dans l'affaire n° 7105 de 1993, une sentence CCI avait pour objet une demande de réparation pour la rupture des négociations des contrats de la vente du cacao et du café, partie d'un lot impliquant un accord pétrolier déjà signé et entrée en vigueur. Les arbitres ont fait savoir qu'il leur revient d'apprécier les raisons pour lesquelles le processus contractuel litigieux n'a finalement pas abouti. Pour ce faire, ils ont examiné la position juridique des parties afin de savoir si ces dernières ont réellement dépassé le stade des négociations. Les arbitres ont considéré que les actes litigieux avaient largement dépassé la phase de négociation, puisqu'il fut déjà conclus et signés deux des quatre accords afférents à l'opération ⁽⁸³³⁾. Cependant, il s'ouvrit une période d'incertitude sur le sort de l'ensemble de l'opération, au terme de laquelle il apparut que les contrats non encore signés (Convention de financement et contrat d'exportation de café et de cacao), ne le seraient jamais et que le marché de vente du pétrole déjà signé était considéré comme caduc par l'État hôte d'investissements. Ceci étant, les arbitres ont estimé qu'on est en présence d'un processus contractuel qui n'a pu parvenir au stade de sa perfection. Les arbitres ont affirmé que le défaut de l'entrée en vigueur du contrat de vente du pétrole suppose que son inexécution ne soit pas génératrice d'une responsabilité contractuelle. Ils ont implicitement admis que la violation de l'obligation de coopérer de bonne foi dans l'aboutissement de l'opération projetée engage une responsabilité quasi-délictuelle. Les arbitres n'ont contesté ni la bonne volonté des parties, ni la légitimité des négociations non-contribuables à la

⁸³¹ () FEUER G., *Contrats Nord-Sud et transfert de technologie, in les contrats internationaux et Pays en voie de développement*, economica, Paris, 1989, pp. 138 et s, spéc. 150.

⁸³² () SANTA-CROCE M., *op. cit.*, Éd. J.-C., *Dr. Int.*, 1998, Fasc. 552-50, n° 47.

⁸³³ () Ainsi, ils ont fait savoir que le *protocole et le contrat de vente de pétrole brut, représentant 80 % de l'ensemble contractuel* avait été entièrement rédigé et signé par l'un des contractants. Sentence arbitrale n° 7105/ 1993, CCI, précitée, *Clunet*, 2000, spéc. p. 1064, obs. Y. D.

conclusion de l'opération (⁸³⁴). En effet, chaque partie est libre d'apprécier ses intérêts comme elle l'entend. Néanmoins, elle doit négocier de bonne foi. En l'espèce cette obligation doit être respectée car le processus contractuel est parvenu à un stade aussi avancé. On ne saurait transformer le protocole en accord purement potestatif dont la réalisation était abandonnée à la seule volonté de l'État. Il apparaît bien que la *volonté contractuelle de ce dernier soit contournée pour des raisons non élucidées. L'État s'est refusé à négocier et à conclure les autres contrats*. Il s'est soudainement opposé à la poursuite des négociations avec l'opérateur étranger. Il n'a pas pu justifier son attitude par des raisons relevant du processus projeté. Par conséquent, la caducité du marché signé est directement imputable à ses comportements *fautifs et dilatoires* (⁸³⁵). L'État doit réparer les préjudices causés à son interlocuteur par ses comportements arbitraires (⁸³⁶). Cette sentence assure l'effectivité du devoir de coopération en matière pré contractuelle. Imputant la caducité du contrat aux comportements de l'État, elle a affirmé que sa non entrée en vigueur n'empêche pas qu'il produise des effets sur le plan conflictuel (⁸³⁷). La sentence s'est gardée de prendre position en faveur de la nature contractuelle de la responsabilité de l'État concerné. L'affirmation du caractère délictuel de cette responsabilité prouve que la signature de ce type des marchés n'assure pas qu'ils sont définitivement conclus : ni la signature des contractants ni le succès des négociations n'ont débouché sur l'achèvement du processus de la contractualisation car l'entrée en vigueur des *M.P.I.* est souvent liée à la délivrance de certains agréments qui forment malgré tout un préalable exigé.

II / Pouvoir d'agrément

187. L'agrément des accords publics internes ou internationaux est le signal du commencement de leur exécution. L'ensemble de ces marchés exige la délivrance de diverses autorisations et/ou approbations. Cette étape avancée dans le processus de contractualisation est, pour les accords confrontés, un point commun et un facteur d'association. Ici et là, il s'agit de procédures réglementaires sollicitées auprès des

⁸³⁴ () *L'analyse des faits conduit incontestablement à reconnaître l'existence entre la partie africaine et son interlocuteur d'une volonté commune de contracter et d'aboutir assez vite à un accord efficace. Certes, il est parfaitement légitime que des négociations puissent finalement ne pas aboutir à la conclusion d'un contrat, chaque partie demeurant libre d'apprécier ses intérêts comme elle l'entend. Cf. ibid., p. 1063.*

⁸³⁵ () « *même s'il ne pouvait y avoir une complète certitude d'aboutissement de l'opération dans le cas où la partie africaine aurait poursuivi le parachèvement de l'opération, ce dont il devra être tenu compte dans la réparation* », Cf. *ibid.*, p. 1065.

⁸³⁶ () Cf. *ibidem*.

⁸³⁷ () Dans ce sens, sentence CCI, affaire n° 3987 en 1983, *Clunet*, 1984, p. 943, obs., Y D.

autorités de l'État. Dans les deux formes des contrats, le défaut d'agrément pose des problèmes juridiques exclusivement consacrés à la recherche de l'indemnisation. Dans le cadre de l'objectif initié, il va falloir étudier la portée de ce mécanisme réglementaire (A). Ce traitement permet de mieux évaluer la tentative de transposer aux M.P.I. les solutions des contrats administratifs quant aux litiges concernant ce sujet (B).

A) Portée du pouvoir d'agrément

188. En droit public, l'agrément est « *un acte administratif unilatéral et discrétionnaire dont l'édition déclenche l'application à l'entreprise agréée d'un régime fiscal prévu par la loi et le règlement* »⁽⁸³⁸⁾. Procédure réglementaire applicable aux partenaires de l'administration, l'agrément varie suivant le système juridique, le secteur d'activités et les coûts de chaque opération. Lors de la passation des contrats administratifs, il est « *le dernier acte de la procédure, le plus important, au point de vue juridique* »⁽⁸³⁹⁾. La portée de cet acte est grandissante lorsqu'il s'agit des accords de développement⁽⁸⁴⁰⁾. Cette procédure permet aux États le contrôle de l'effectivité des prestations promises et l'assurance de leur adaptabilité aux réglementations. On comprend donc pourquoi les conditions de son exercice mettent en exergue les objectifs des États attentifs à l'encouragement des investissements et/ou à la réalisation du développement⁽⁸⁴¹⁾. Partisan de cette fin à double variante, le Tiers-Monde suspend l'agrément de certains M.P.I. à la contribution au développement du pays, au transfert technologique ou à l'amélioration de son balance des paiements. Certains codes d'investissements ont même exigé la « *vérification de la conformité du projet avec les objectifs définis* »⁽⁸⁴²⁾. Autrefois marqué par la rigidité des lois de ces pays⁽⁸⁴³⁾, ce

⁸³⁸ () VADCAR C., « Droit de l'investissement... », *op. cit.*, J.-C., *Dr. Int.*, 1998, Fasc-565-52, n° 25.

⁸³⁹ () DE LAUBADERE A., *Traité de droit administratif*, 13^e édition, p. 711, n° 1029.

⁸⁴⁰ () Il va de soi que l'agrément peut être préalable à l'attribution de l'offre dans certains systèmes juridiques. KADIDI K., *Les contrats internationaux des travaux...*, *op. cit.*, pp. 153 et s.

⁸⁴¹ () création d'emploi, mise en valeur de secteurs prioritaires, développement du commerce extérieur, industrialisation de certaines zones, conformité avec les impératives de la loi nationale ou le respect de l'environnement...

⁸⁴² () « *L'objectif de développement* » ou la « *contribution au développement économique et social* » : VADCAR C., *op. cit.*, éd. J.-C., *Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-52, ns° 28-29. Il va de soi qu'à un moment donné, ces pays, volontaires de contrôler leurs ressources, se sont opposés de voir sur leurs territoires des « *enclaves* » économiques appartenant aux opérateurs étrangers. ELKOSHERI A. S., *Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier*, *R.C.A.D.I.*, 1975, T. IV, v. 147, pp. 221-393, spéc. 271 ; SARKIS S., « L'autorisation d'arbitrage, obstacle au recours à l'arbitrage des entreprises du secteur public en Syrie », *Rev. Arb.*, 1998, pp. 97 et s ; FEUER G., *Contrats Nord-Sud...*, *op. cit.*, *économica*, Paris, p. 151 ; LAMETHE D., *op. cit.*, *J.D.I.*, 1998, p. 54 ; MOUBRKINE, *op. cit.*, *in les contrats internationaux et pays en voie de développement*, Paris, 1989, spéc. p. 27 ; LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Paris, 1985, p. 15 ; VADCAR C., *op. cit.*, *supra*, éd. *Juris-Classeur Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 20.

pouvoir discrétionnaire, connaît actuellement de véritables assouplissements ⁽⁸⁴⁴⁾. Néanmoins, il s'agit d'une politique protectionniste encore adoptée **par** plusieurs États occidentaux ⁽⁸⁴⁵⁾ comme l'Espagne, le Portugal ⁽⁸⁴⁶⁾, la France et le Japon ⁽⁸⁴⁷⁾. Pour qu'une opération technique soit autorisée, le droit français exige qu'elle « *apporte quelque chose à l'économie nationale* » ⁽⁸⁴⁸⁾. Le législateur du pays précise que « *tous les investissements étrangers réalisés dans des activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique de nature à mettre en cause l'ordre public, la santé publique ou réalisés dans des activités de recherche, de production ou de commerce d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives destinées à des fins militaires ou de matériaux de Guerre, restent soumises à l'autorisation du Ministre de l'Économie* » ⁽⁸⁴⁹⁾. Dans le cadre de la coopération transfrontalière, le droit public français met les pouvoirs locaux sous la surveillance de l'État qui, sans entraver la liberté reconnue à ces entités, soumet à son contrôle administratif leurs activités contractuelles ⁽⁸⁵⁰⁾. Ainsi, les États développés ou en développement imposent aux opérateurs des *M.P.I.* liés aux secteurs importants la nécessaire observation d'une ou plusieurs réglementations ⁽⁸⁵¹⁾.

189. Les formes d'agréments peuvent être mentionnées exhaustivement ou indistinctement. Cette procédure peut être *souple* (simples déclarations), *stricte* (autorisations ou approbations), automatique ou examinée à l'occasion de chaque

⁸⁴³ () ELLAINGAN H., Aspects juridiques des Nouvelles Formes d'investissements dans les Pays d'Afrique Zone Franche, *thèse*, Nice, 1998, pp. 127-131.

⁸⁴⁴ () L'on doit rappeler qu'au cours des années 70/80, les États en développement se dotaient par des systèmes rigoureux d'autorisation ou d'approbation. VADCAR C., *op. cit., supra, Éd. Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 18.

⁸⁴⁵ () Certains pays européens comme l'Allemagne ou la Grande-Bretagne ou le Suède ont envisagé une libéralisation totale exigeant le seul respect des lois des sociétés. VADCAR C., *op. cit., supra, J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-52, n° 22.

⁸⁴⁶ () FEUER G., *Contrat Nord-Sud...*, *op. cit.*, in *Les contrats internationaux et les pays en voie de développement*, economica, Paris, 1989, p. 150 ; SALAH EL DIN G.-EL., *Aucoude al-daoulah lenacle al-technologiah*, *op. cit.*, Dar-El-Nahda El-Arabia, Le Caire, 1996, pp. 155 et s.

⁸⁴⁷ () Le système d'agrément posé par ces pays concerne les investissements liés à la défense nationale, à la pêche, l'agriculture et aux exploitations (forestières, minières), industries pétrolières et du cuir. VADCAR C., *op. cit., supra, éd. J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc-565-52, n° 25.

⁸⁴⁸ () OPETIT Bruno, Les multinationales et les États, *In Mélanges BASTIAN D.*, pp. 160-175, spéc. p. 165.

⁸⁴⁹ () Décret n° 96-117 du 14 fév. 1996, art. 11. V. VADCAR C., *op. cit., J.-C., Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, ns° 20 et 21 ; M. E. AMPHOUX, « Grandes lignes de la réforme de la réglementation des investissements étrangers en France », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1996, p. 398 ; Dominique CARREAU et Daniel HURSTEL, « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *Recueil, Dalloz*, 1996, p. 239.

⁸⁵⁰ () SCHNEIDER Catherine, La souveraineté de l'État au carrefour du droit international et du droit administratif ; Réflexions sur les développements récents du droit transnational de l'action extérieure des collectivités infra-étatiques, *In Mélanges GUSTAVE PEISER*, Paris, 1995, pp. 423-449, spéc. 436.

⁸⁵¹ () À l'exception de l'Allemagne, la Grande-Bretagne.

investissement ⁽⁸⁵²⁾. L'agrément par autorisation est de nature administrative, fiscale, technico-économique ou purement juridique ⁽⁸⁵³⁾. L'autorisation financière est un visa du contrôleur qui observe le respect des montants déterminés et des règles budgétaires (ex. autorisations d'exportation ou d'importation d'équipements) ⁽⁸⁵⁴⁾. Ainsi, l'accès de la Banque Centrale française aux accords monétaires internationaux nécessite l'agrément du Ministre de l'Économie qui, conformément à la loi du 3 janvier 1973 et en sa qualité d'autorité de tutelle, a un droit de regard sur cette émanation ⁽⁸⁵⁵⁾. L'autorisation économique ou administrative favorise l'acquisition de nouvelles technologies, la création de sociétés ou le recours aux techniciens étrangers ⁽⁸⁵⁶⁾. Dans ce sens, les marchés égyptiens de ressources naturelles ou de transfert technique doivent être autorisés par le Ministre compétent ou approuvés par le Parlement. Enfin, l'autorisation juridique est celle ayant pour objet les clauses d'arbitrage, de droit applicable ou de stabilisation. Lié à la capacité contractuelle des personnes publiques, ce type d'agrément exige pour les marchés à seuil financier supérieur à certains monts (5000 livres en droit égyptien) l'autorisation du Conseil d'État pour le choix de l'arbitrage comme voie du règlement des différends ⁽⁸⁵⁷⁾.

190. L'agrément par approbation est une décision attestant la conformité d'un acte et son opportunité. En matière contractuelle, elle vise à vérifier les procédures concurrentielles, reconnaître leur légalité ou leur refuser l'exécution en cas de vice ou d'irrégularité ⁽⁸⁵⁸⁾. Il s'agit d'un acte suspensif qui peut être retiré si le bénéficiaire ne respecte pas ses engagements ⁽⁸⁵⁹⁾. Selon la nature des prestations et la qualité des contractants, l'autorité compétente est l'Administration centrale et/ou le parlement. Il

⁸⁵² () VADCAR C., « Droit de l'investissement... », *op. cit.*, J.-C., *Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, ns° 28 et 29.

⁸⁵³ () MOUBRKINE A., Les modes de conclusion des contrats..., *op. cit.*, p. 28 ; FEUER G., *op. cit.*, in *les contrats internationaux et les pays en voie de développement*, spéc. pp. 151 et s.

⁸⁵⁴ () VEDEL G., *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 1992, p. 400 ; RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, 2^{ème} Éd. L.G.D.J., Paris, 1999, p. 345, n° 545 ; LECLERCQ Claude, « La responsabilité des pouvoirs publics de l'État d'accueil dans la réalisation de l'ouvrage clé en main ; choix, exécution, réception », *Rev. Juri. Poli. Indép. Coop.*, 1988, p. 636 ; WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, *R.C.A.D.I.*, T. 128, V. III, 1969, spéc. pp. 123 et s.

⁸⁵⁵ () ELLAINGANH S., Aspects juridiques des nouvelles formes d'investissements dans les pays de l'ancien Afrique zone franche, *thèse*, Nice, 1998, pp. 127-131.

⁸⁵⁶ () MOUBRKINE A., Les modes de conclusion des contrats..., *op. cit.*, *supra*, spéc. p. 30 ; FEUER G., Contrats Nord-Sud et transfert de technologie, in *les contrats internationaux et pays en voie de développement*, *économica*, Paris, 1989, spéc. p. 155.

⁸⁵⁷ () ABD EL RAHMAN A., Nazariat al-aukoud al-édariah, (*la théorie des contrats administratifs*), maktabat Ain-Chamess, le Caire, 1997, p. 345.

⁸⁵⁸ () KADIDI K., Les contrats internationaux des travaux publics..., *op. cit.*, *thèse*, Dijon, pp. 154 et s.

⁸⁵⁹ () HORCHANI F., « Le Code tunisien d'incitations aux investissements », *Clunet*, 1998, p. 75.

peut également s'agir du Président du conseil général d'un département, du Maire d'une commune, d'une autorité de tutelle ou du Conseil d'État ⁽⁸⁶⁰⁾. Les délais d'agrément varient selon la nature de l'accord et le système juridique de chaque pays. On peut exiger cette procédure avant ou après la signature du marché. L'agrément peut être délivré immédiatement ou dans un temps défini ⁽⁸⁶¹⁾. Tout retard imputé à l'Administration dans ces délais peut, sur la base de l'excès du pouvoir ou du dysfonctionnement, occasionner le dédommagement des préjudices causés ⁽⁸⁶²⁾. À ce stade du développement, il convient de s'interroger sur les accords dont l'entrée en vigueur a été refusée alors qu'ils étaient correctement adjugés aux opérateurs étrangers

B) Solutions du droit administratif aux problèmes des procédures d'agrément

191. Pour essayer de résoudre les problèmes liés à la non-autorisation ou la désapprobation des accords d'investissements, il y a lieu d'esquisser les solutions de droit administratif, avant de s'interroger sur la pertinence de leur transposition en la matière. Interrogeant les publicistes sur ces questions, ils répondent à travers la distinction entre deux situations : consacrée aux contrats conclus sans autorisation, *la première hypothèse* entraîne l'irrégularité de leur conclusion. Qu'ils soient ou non correctement négociés voire signés, de tels marchés n'engagent pas l'Administration qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à leur agrément ⁽⁸⁶³⁾. En amont du système d'autorisation, on distingue cependant entre *irrégularité administrative* (du point de vue d'autorisation préalable) et *irrégularité budgétaire* (du point de vue financier). Les deux situations sont distinctes et leurs effets sont différents. Certains contrats peuvent être réguliers sur le plan budgétaire alors qu'ils ne le sont pas administrativement (contrat engageant des crédits disponibles sans être passé par un organe non-compétent). Si l'irrégularité budgétaire (défaut d'autorisation financière) n'entraîne ni la nullité du contrat, ni l'invalidité de ses dispensations, l'irrégularité administrative peut

⁸⁶⁰ () DE LAUBADERE A., et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, op. cit.*, p. 711, n° 1029-1031 ; VEDEL G., (et alii.), *Droit administratif, op. cit.*, P.U.F., 1992, p. 400 ; Adèle ABDUL RAHMAN, *Nazariat al-aucoud al-édariah, (La théorie des contrats administratifs)*, Le Caire, 1997, p. 340.

⁸⁶¹ () VADCAR C., *op. cit.*, éd. *Juris-Classeur Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 27 ; LECLERCQ C., *op. cit.*, *Rev. Juri. Poli. Indép. Coop.*, 1988, p. 628 ; MEBROUKINE A., *op. cit.*, in '*les contrats internationaux et pays en voie de développement*', Paris, 1989, p. 8 ; DE LAUBADERE A., (et alii.), *Traité de droit...*, *op. cit.*, *supra*, 13^{ème} Éd. L.G.D.J., 1998, pp. 711 et s., ns° 1031-33.

⁸⁶² () Il en est ainsi s'il y a eu du retard au démarrage des travaux alors que les matériaux ont été transportés à temps, LECLERCQ C., *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Coop. Indép.*, 1988, p. 636.

⁸⁶³ () DE LAUBADERE A., *op. cit.*, t. 1, 13^{ème} édition, L.G.D.J., p. 711, n° 1030-31.

affecter le contrat nanti d'autorisation ⁽⁸⁶⁴⁾. Étant un accord de volonté, le contrat administratif doit être passé par un agent public habilité, donc compétent. Cette aptitude ne se dissimule pas derrière l'échange de consentement : « *l'accord des parties ne couvre pas l'incompétence de l'agent* » ⁽⁸⁶⁵⁾. Il doit en être ainsi car les règles de compétence relèvent de l'ordre public. Leur violation doit alors causer l'invalidité de l'engagement.

192. Il arrive toutefois que le contrat administratif soit conclu en toute bonne foi par des agents incompetents. Il s'agit d'un cas distinctif de l'usurpation ou de l'excès de pouvoir soulevé lors d'agissements unilatéraux de l'Administration. Loin d'être un usurpateur de qualité, l'agent est un fonctionnaire qui a investi un accord sans compétence particulière, se croyant compétent ou laissant croire en sa capacité. Néanmoins, un tel agent a commis une faute de service, susceptible d'engager la responsabilité de son autorité. Il en résulte que le particulier de bonne foi (son partenaire) peut méprendre de ce dysfonctionnement et a le droit d'être indemnisé pour les préjudices causés pour faute ou par légèreté. La responsabilité est extra-contractuelle puisque l'accord n'était pas encore définitivement conclu. En effet, le marché non-autorisé est nul, et nulle décision du juge ou arbitre ne pourrait contraindre l'État à le conclure. L'indemnisation recouvre les dommages causés et les dépenses effectuées durant la période où la victime était fondée à croire que la passation du contrat s'est valablement déroulée. La responsabilité de l'administration est allégée par les éventuelles fautes de son partenaire, c'est-à-dire son imprudence ou sa mauvaise foi qui peuvent lui causer de la perte de tout ou partie de son droit à indemnité ⁽⁸⁶⁶⁾.

193. Liée aux accords désapprouvés, **la seconde hypothèse** évoque une distinction antérieure entre deux situations : l'une concerne les accords passés par un agent public distinct de l'autorité qui doit donner l'approbation (autorité de tutelle). L'autre relève de ceux conclus par cet agent qui aurait dû obtenir l'agrément du pouvoir *judiciaire ou parlementaire* des clauses qui vont au-delà de sa compétence ou de sa capacité contractuelle. L'approbation donnée par les autorités de tutelle est un acte totalement détaché de contrats devant faire son objet. Ces marchés sont alors indépendamment

⁸⁶⁴ () fut-il ou non passé par un organe compétent, VEDEL G., (et alii), *op. cit.*, P.U.F., Paris, 1992, p. 400.

⁸⁶⁵ () Conseil d'État 13 juillet 1961, société d'entreprises générales, *R.D.P.*, 1962, p. 535, note WALINE.

⁸⁶⁶ () VEDEL G., (et alii.), *op. cit.*, P.U.F., Paris, 1992, spéc. pp. 399-401 ; ABDEL RAHMAN A., *Drouss fi alaccd alédary*, *op. cit.*, Ain-Chamss, Le Caire, 1996, p. 320 ; LAMETHE D., Les relations entre les gouvernements et ..., *op. cit.*, *Clunet*, 1997, spéc. p. 54.

conclus mais l'agrément reste nécessaire au démarrage de leur exécution. Une fois qu'elle est accordée, l'approbation agit rétroactivement au jour de la passation de ces marchés. Elle leur constitue une condition suspensive dont le défaut n'affectant pas leur existence, les empêche à produire des effets. En effet, la suspension d'un marché sur l'approbation de certaines dispositions confirme que l'accord parachevé n'est pas définitivement conclu. Les contrats de l'État, notamment les concessions qui faisaient naguère l'objet d'une convention entre le concessionnaire et un ministre compétent, doivent être suivis de l'approbation du Conseil d'État ou du Parlement. Un tel ministre n'a pas le pouvoir d'engager contractuellement l'État car sa signature n'est ni plus ni moins qu'une expression de son propre volonté sur le terme de l'accord mis au point avec l'autre cocontractant. N'ayant pas de rétroactivité d'application, le décret d'approbation dépasse la qualité de « *condition suspensive* », pour devenir « *une condition de conclusion* ». Dès lors, celui-ci reste définitivement non-conclu jusqu'au jour où il reçoit son approbation ⁽⁸⁶⁷⁾.

194. Cela étant, on doit se demander si ces solutions sont transposables aux marchés de coopération transfrontalière ou d'investissement. La désapprobation d'un marché public international est un acte délicat rarement pratiqué. Cependant, elle existe et préoccupe les intéressés par ce type des marchés. La position des législateurs diverge quant à la nature contractuelle ou réglementaire de la procédure d'agrément ⁽⁸⁶⁸⁾. Certains pays sont prompts à y voir une relation contractuelle. D'autres nient ce caractère à cette phase réglementaire et y voient davantage un acte condition ⁽⁸⁶⁹⁾. Conformément à cette dernière qualification, plusieurs lois sanctionnent par la nullité, tout contrat conclu sans respect des procédures d'agrément. La loi mexicaine de 29 décembre 1981 sur l'enregistrement auprès du « *registre national du transfert des techniques* » a précisé que la non-observation implique la nullité de l'acte d'investissement ⁽⁸⁷⁰⁾.

195. Compte tenu de cette diversité, la doctrine est corrélativement partagée : des auteurs affirment que la désapprobation des *M.P.I.* ne touche pas leur validité. Elle implique toutefois le désengagement de l'État et la non-jouissance desdits accords par

⁸⁶⁷ () VEDEL G., (et alii.), *op. cit., supra*, p. 402 ; MORIN G., « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux : Droit et pratique », *D.P.C.I.*, 1980, T. VI, n° 1, pp. 9 et s., spéc. 20-21.

⁸⁶⁸ () HORCHANI F., *L'investissement interarabe, Recherche sur la contribution des conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements*, *C.E.R.P.*, 1992, p. 144.

⁸⁶⁹ () Au cours duquel si l'intérêt de l'investisseur serait sauvegardé, il ne saurait constituer une convention F. HORCHANI, *L'investissement interarabe, op. cit.*, *C.E.R.P.*, 1992, p. 144.

⁸⁷⁰ () LECLERCQ C., *La responsabilité des pouvoirs publics de l'État....*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Co.*, 1988, p. 628.

les privilèges et concessions (⁸⁷¹). Cette opinion allègue quatre arguments : l'autonomie des opérateurs étatiques affirme que leurs accès aux *M.P.I.* n'est qu'une simple manifestation du pouvoir exorbitant. Les liens de subordination entre autorité contractante et pouvoir d'approbation ne doivent pas entraver la validité des accords valablement conclus. La validité de tels accords est reconnue dès leur conclusion car l'agrément exigé n'est qu'une procédure d'alternance ou de succession des actes déjà établis et non pas en voie de formation. Enfin, la délivrance de telles autorisations est une obligation des opérateurs étatiques et non de leurs contractants (⁸⁷²). D'autres auteurs militent, au contraire, en faveur de la transposition des solutions que propose le droit administratif en raison de leur opportunité et de leur adéquation. Naturellement, on commence par distinguer entre deux types d'autorisations : celles indispensables à conclusion des contrats (autorisations du contrôle d'échange, arbitrage) dont l'absence affecte la validité des engagements. Et, celles nécessaires à leur exécution lesquelles constituent une condition suspensive de l'entrée en vigueur d'un accord déjà existant (⁸⁷³). L'essor des accords dépourvus d'agrément lié à l'objectif de développement ne reçoit pas chez cette doctrine la même appréciation. Certains conçoivent que tout accord étranger à cet objectif soit désapprouvé nonobstant le processus de conclusion. Cette affirmation tient au fait que ce genre d'autorisation relève de l'intérêt public de l'État, seul détenteur du pouvoir d'appréciation. Il va de soi que l'agrément, à supposer détaché de la capacité contractuelle, ne défend pas forcément les intérêts propres au cocontractant public. Il s'agit bien de règles à portée générale. Leur objet est la protection de la légalité, des exigences de service public contre la faiblesse ou la négligence et leur attachement à l'ordre public suffit pour entraîner la nullité de tout contrat conclu hâtivement (⁸⁷⁴). **Les autres** considèrent que l'irrégularité due à l'absence d'autorisation de nature économique *suspend momentanément la mise en œuvre de l'opération*. Si l'existence juridique de tels accords n'est pas contestée, le caractère suspensif de l'approbation disparaît dès l'agrément (⁸⁷⁵). Selon cette doctrine,

⁸⁷¹ () ELLAINGANH., *op. cit.*, thèse, Nice, 1998, pp. 127 et s ; MEBROUKINE A., *op. cit.*, in '*les contrats internationaux et pays en voie de développement*', sous la direction de CASSAN Hervé, Paris, 1989, pp. 33 et ; LAMETHE D., Les relations entre les gouvernements..., *op. cit.*, *J.D.I.*, 1998, p. 54.

⁸⁷² () En particulier si les autorités de tutelle n'usent pas de leur rapport d'autorité sur leurs émanations MOUBRKINE A., *op. cit.*, in *les contrats internationaux et...*, *économica*, Paris, 1989, spéc. p. 31.

⁸⁷³ () MORIN G., « Le devoir de coopération dans les contrats... », *D.P.C.I.*, 1980, spéc. p. 16.

⁸⁷⁴ () KADIDI K., *op. cit.*, thèse, Dijon, 1978, spéc. pp. 154-155.

⁸⁷⁵ () MORIN G., « Le devoir de coopération dans... », *op. cit.*, *D.P.C.I.*, 1980, T. VI, n° 1, pp. 9 et s.

L'Administration a un pouvoir discrétionnaire à l'égard des accords projetés. Elle est la seule capable d'évaluer leur conformité aux objectifs du gouvernement. Il en résulte que les obligations de la personne publique contractante produisent leurs effets à partir de leur approbation. Au-delà de leur diversité, les partisans du recours au droit administratif n'ignorent pas la gravité de l'annulation des marchés lesquels, fruits de concurrences coûteuses et de négociations longues, engendrent aux opérateurs étrangers des montants importants (*préparations des offres, études, voyages, visites des chantiers ou des sites ...*). Il faut donc que l'État respecte les résultats atteints et facilite la tâche procédurale aux contractants ou qu'il répare les dommages causés par sa désapprobation ⁽⁸⁷⁶⁾.

196. A la lumière de ce développement, il semble que la dernière vision emporte notre conviction. Les solutions que présente la théorie des contrats administratifs se caractérisent par l'effectivité, le réalisme et l'adéquation. Elles sont *effectives* puisqu'on ne doit pas traiter pêle-mêle les problèmes liés à *l'agrément* touchant à l'existence du contrat et celui nécessaire à son commencement. S'il est défendable que l'autorisation budgétaire a un caractère substantiel, il est justifiable que l'autorisation d'ordre judiciaire ou parlementaire est essentielle. Ce classement peut être renforcé d'une interprétation déduite à *contrario* de l'une des motivations de la Cour d'appel de Paris sur la sentence S.P.P./Égypte qui a fait l'objet d'un recours en annulation. La Cour a estimé que l'autorisation du Ministre du tourisme « *était superflue, voire insolite* », et que son absence n'aurait pas affecté la validité de l'accord en cause ⁽⁸⁷⁷⁾. À le supposer acceptable, ce raisonnement approuve *ipso-facto* l'existence d'autres types autorisations éventuellement nécessaires à la validité de telles conventions. Les solutions du droit administratif sont également *adéquates* car, fondées sur des principes à portée universelle (ex. la bonne foi), elles n'accordent pas à l'administration un pouvoir inconditionnel. Le droit administratif ouvre des voies du recours susceptibles de condamner l'excès ou le détournement de pouvoir et de charger l'administration des

⁸⁷⁶ () Une position contraire aurait d'ailleurs des conséquences néfastes sur la réputation de ce pays pour d'autres opérations. KADIDI K., *op. cit.*, *supra*, thèse, Dijon, 1978, p. 156.

⁸⁷⁷ () En effet, la Cour d'appel a précisé que « *l'approbation donnée par le Ministre du tourisme selon les modalités rappelées, n'implique pas la volonté de l'État de devenir une partie au contrat (...)* ». La Cour a ajouté que « *les mentions 'approuvé, agréé et ratifié' doivent se comprendre en fonction de la législation égyptienne qui confie au Ministre la surveillance des sites touristiques et lui donne compétence d'approuver la création d'unités économiques. Elle a ensuite confirmé que « que, prise comme autorité de contrôle, l'autorisation du ministre du tourisme, « était superflue même insolite et que son absence n'aurait pas affecté la validité de la convention... »* ». Cour d'Appel de Paris, 12 juillet 1984, République arabe d'Égypte / S.P.P., *Rev. Arb.*, 1986, pp. 75 et s. spéc. 83.

conséquences financières éventuelles. Ce droit prend également en compte l'attitude de la partie lésée, sa mauvaise foi, sa légèreté ou son manquement. Lesdites solutions sont enfin *réalistes* : on voit mal qu'en désapprouvant un marché, l'État pourra s'aveugler sur son exécution et se contenter de sa seule privation des avantages prévus aux accords de même type. Il va de soi que plusieurs décisions rendues dans des affaires liées au problème d'agrément se sont plus au moins dirigées vers cette orientation. La Cour de Cassation française a sanctionné le cocontractant qui faisait croire à son partenaire que les autorisations seraient disponibles sous-peu, ce qui a donné suite à ses engagements. La Haute Cour a également rendu nul, d'une nullité d'ordre public, tout contrat transférant des fonds à l'étranger sans recevoir les agréments nécessaires ⁽⁸⁷⁸⁾. La sentence CCI de l'affaire n° 5961 de 1989 ⁽⁸⁷⁹⁾ est un autre témoin du réalisme de ces mêmes solutions. Il s'agit du marché de la vente de gaz naturel par lequel les entreprises acheteuses devaient délivrer l'autorisation préalable de leur État d'origine. Alors que l'une d'entre elles n'avait pas obtenu cet agrément, le marché avait reçu un début d'exécution. Conformément au droit norvégien applicable, les arbitres ont décidé que le contrat, *à fortiori* maintenu à l'égard de la partie autorisée, n'était pas formé vis-à-vis de l'autre contractant. Le dépeçage opéré par la sentence est bien fondé. La résiliation de l'accord pour les deux partenaires aboutirait à un résultat à la fois injuste et déraisonnable. En revanche, le déclarer en vigueur à l'égard de l'acheteur autorisé est à la fois juste, raisonnable et admissible d'après les termes de l'accord. Ainsi, les arbitres ont fait application de la loi exigeant l'autorisation, en en tirant les conséquences juridiques pour l'un des cocontractants.

197. Du reste, il suffit de citer les propos de l'un des commentateurs de la sentence CCI de l'affaire du Plateau des Pyramides qui consolident cette conviction : « *cette discussion* ⁽⁸⁸⁰⁾ *n'est pas propre aux contrats d'État. Elle s'éclaire si l'on songe à la théorie du contrat administratif en droit public. Comme les contrats d'État, les contrats administratifs peuvent être conclus selon une procédure complexe dont certains éléments ont un caractère unilatéral. On vérifie donc à nouveau le profit que la théorie des contrats d'État pourrait tirer de celle des contrats administratifs, et ce d'autant plus*

⁸⁷⁸ () Affaires impliquant les sociétés 'Club Méditerranée', Cotonnière et Kuoni, citées par, VECK J.P., « Le sort des contrats conclus en violation des relations financières avec l'étranger : Études de jurisprudences », *D.P.C.I.*, 1985, n° 1, pp. 46 et s.

⁸⁷⁹ () Sentence CCI, affaire n° 5961 (1989), *Clunet*, 1997, p. 1051, Observations D.H. ; SANTA-CROCE Muriel, « Contrats internationaux... », *op. cit.*, *Éd. J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 552-50, n° 19.

⁸⁸⁰ () sur la validité de la signature ministérielle sur une clause compromissaire d'un contrat d'investissement.

en l'espèce que le droit égyptien est proche sur ce point du droit français. La référence au droit administratif égyptien aurait sans doute permis d'éclairer sans équivoque la signification de la signature ministérielle et de dissiper son caractère apparemment insolite. La conclusion par l'administration de contrats soumis à l'approbation d'une autorité de tutelle n'a rien d'exceptionnel en droit administratif. Que cette approbation revête la forme d'une signature du contrat en question est sans doute plus inhabituel mais rien ne l'interdit. Elle permet au contrat d'entrer immédiatement en vigueur et traduit à tout le moins la volonté des autorités égyptiennes de faire diligence pour la réalisation du projet. Contrairement à ce qu'affirme la sentence, il semble que la validité du contrat dépende de la signature ministérielle, si du moins l'on adopte la thèse de la nécessité d'une approbation du contrat par l'autorité de tutelle (en droit administratif, le contrat soumis à une telle approbation n'est valablement conclu qu'une fois cette approbation donnée »⁽⁸⁸¹⁾.

Section II

Les marchés publics internationaux et les Codes d'investissement

198. Les dépenses publiques constituent un instrument d'orientation des activités d'intérêt général et correspondent au stade de l'économie mixte située à mi-chemin entre le libéralisme et le dirigisme. Elles consistent, entre autre, dans l'octroi des concessions de toute nature notamment celles douanières ou fiscales⁽⁸⁸²⁾. Aussi familières aux contrats administratifs soient-ils, ces privilèges ont une étendue grandissante dans les accords d'investissement international. Ils symbolisent une nouvelle forme d'interventionnisme étatique qui atteint un niveau remarquable car chaque avantage relève de Codes d'investissements ou d'un agrément individuel. Destinées aux investisseurs nationaux ou étrangers, ces garanties visent à favoriser le développement et à assurer l'intérêt public⁽⁸⁸³⁾ ou transnationales. Elles heurtent le principe de l'égalité devant les charges et le service public duquel dérogent les investisseurs étrangers par leur traitement préférentiel. Leur ordre d'enracinement suscite beaucoup de controverse et on doit alors étudier leurs champs d'application et

⁸⁸¹ () RAMBAUD Patrice, « L'affaire des Pyramides », *A. F. D. I.*, 1985, pp. 508-520, spéc. 513 et 514 (note de bas de page n° 18 bis).

⁸⁸² () ainsi certains contribuables peuvent échapper totalement ou partiellement à l'impôt en vertu d'un agrément. VLACHOS George, *Droit public économique français et communautaire*, Armand Colin, 1996, pp. 235 et s.

⁸⁸³ () Ex., celles en difficulté et/ou exerçant des services nécessaires à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural, Cf. *ibid.*, p. 239.

leur nature juridictionnelle (**Sous-section II**). Par ailleurs, et contrairement aux contrats administratifs, les *M.P.I.* revendiquent des financements extérieurs et des polices d'assurance contre les risques politiques qui méritent l'étude de leurs aspects essentiels (**Sous-section I**).

Sous-section I **Financements extérieurs et assurance contre les risques** **d'investissements**

199. Les partenaires des marchés publics internationaux investissent d'importants montants auxquels le Tiers-Monde ne peut faire face sans aides, subventions⁽⁸⁸⁴⁾ ou recours aux bailleurs de fonds (**I**). Ces accords réalisent, entre outre, des projets dont la rentabilité est longuement recherchée et font courir aux partenaires des risques placés à l'origine de la création d'organes spécialisés dans l'assurance d'investissements (**II**).

I / Subventions étatiques et financements des bailleurs de fonds

200. L'intervention de l'État en faveur du développement est commandée par le biais d'aides à la création d'entreprises ou à l'emploi, des bonifications d'intérêts ou de prêts et avances consentis à des conditions plus favorables. Ces aides excluent de leur champ d'application « *les participations dans le capital des sociétés commerciales n'ayant pas pour objet l'exploitation des services d'intérêt général* »⁽⁸⁸⁵⁾. Elles peuvent être des prêts et des avances accordés aux opérateurs engagés dans la réalisation des projets créatifs des objectifs liés à l'économie nationale⁽⁸⁸⁶⁾. Les opérateurs des marchés publics internationaux bénéficient de subventions ou de crédits accordés par l'État hôte d'investissement : prise en charge des dépenses d'infrastructures (frais d'équipements, d'acquisition ou d'aménagement des bâtiments) ou de fournitures (recherche de technologie ou délocalisation d'une zone industrielle...) ⁽⁸⁸⁷⁾. Cette hypothèse concerne plutôt les États riches en gisements. L'Administration libyenne, à titre d'exemple, accorde aux opérateurs étrangers une avance sur le montant de leur opération. L'origine de cette engagement réside dans un texte disposant que « *l'Administration contractante*

⁸⁸⁴ () LEBEN Ch., « Les modes de coopération entre Pays en développement et entreprises multinationales », *Clunet*, 1980, pp. 579-581.

⁸⁸⁵ () VLACHOS G., *op. cit.*, Armand Colin, 1996, pp. 240 et s.

⁸⁸⁶ () CF. *ibid.*, p. 241.

⁸⁸⁷ () VADCAR C., « Droit de l'investissement... », *op. cit.*, *J.-C. Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 54.

peut accorder à l'entrepreneur une avance sur le compte de travaux équivalant à 20 % du coût du contrat de fourniture, et à 20 % du coût du contrat de travaux dont le montant ne dépasse pas 250 000 dinars Libyens... »⁽⁸⁸⁸⁾. De même, lors de son marché de la réalisation d'une usine d'enrichissement d'uranium qui fut conclu en 1973 avec un consortium européen⁽⁸⁸⁹⁾, l'Iran avait octroyé un prêt d'un milliard de dollars pour une durée de quinze ans à son contractant. Ce crédit a été accompagné d'une garantie inconditionnelle par l'État Français pour le remboursement⁽⁸⁹⁰⁾.

201. Par ailleurs, certains États d'accueil peuvent s'engager financièrement au côté de leurs entreprises publiques pour pallier la méfiance des investisseurs étrangers à l'égard de la capacité financière de leurs émanations personnalisées. Ils peuvent solliciter l'assistance financière de l'État de l'investisseur ou le recours à des organes spécialisés (Banque Mondiale ou Fond Européen de développement) pour faire face aux déficits financiers⁽⁸⁹¹⁾, ou afin d'offrir aux investisseurs plus de sécurité. Toutefois, l'octroi de crédits étatiques est lié aux liens diplomatiques. Par ses rapports privilégiés avec les États occidentaux et ses voisins pétroliers, l'Égypte a bénéficié du financement étranger pour un bon nombre des projets d'infrastructure et d'industrialisation⁽⁸⁹²⁾. Les mécanismes de subventions, de crédits ou de bailleurs de fonds réalisent un double intérêt pour les États développés et en développement. Ils constituent un remède direct au déficit financier *du Tiers-Monde* et un moyen d'encouragement des flux

⁸⁸⁸ () L'article 39 du décret n° 79 de 1973, KADIDI K., Les contrats internationaux..., thèse précitée, Dijon 1978, p. 230.

⁸⁸⁹ () le Commissariat d'Énergie Atomique (CEA), la Société Européenne pour l'enrichissement de l'uranium par diffusion gazeuse (Eurodif).

⁸⁹⁰ () Arrêt de la Cour d'appel de Versailles (Ch. Réunies) 7 mars 1990 OIAETI et SOFDIF C/ COGEMA, SERU, EURODIF, CEA », *Rev. Arb.*, 1991, pp. 326 et s., spéc. 327, note LOQUIN Éric ; Il va de soi que l'assistance financière des États pétroliers est rare en ce qui concerne les opérations de recherche sur les ressources naturelles. Cette phase préliminaire mais hasardeuse est souvent couverte par les seules multinationales. Toutefois, les risques sont trop élevés car « les trois quarts des dépenses concernant des travaux portant sur des gisements relatifs à des projets qui n'iront pas au-delà de l'étude de faisabilité technico-économique ». LUDUCQ Xavier, La coopération Nord-Sud dans le secteur minier, in *les contrats internationaux et Pays en voie de développement*, Paris, 1989, pp. 175-185. spéc. 177.

⁸⁹¹ () TOUSCOZ J., « La 'ruée vers l'Est' ; Quelques problèmes juridiques soulevés par les opérations du commerce et d'investissement réalisé par les entreprises occidentales dans les Pays d'Europe centrale et orientale », *Clunet*, 1991, pp. 27-55, spéc. 44 et s ; LEBEN CH., *op. cit.*, *Clunet*, 1980, spéc. p. 573.

⁸⁹² () Un marché comme celui d'étude de faisabilité de la centrale de *Sidi-Kriri* (1986) a été financé par la CEE.. Un autre comme le contrat d'étude de faisabilité pour l'interconnexion entre l'Égypte et le Zaïre (1993) a fait l'objet de *financement de la Banque Africaine de développement*. La Banque mondiale a financé un tiers projet d'étude de faisabilité d'interconnexion Égypte-Jordanie. Trois accords de réparation, de construction et d'exploitation des centrales électriques réalisés à Assouan, *Alexandrie* et au *Ayoun-Moussa* ont été couverts par des financements sous formes des protocoles franco-égyptiens RICAUD Y., « Les relations économiques et commerciales entre la France et l'Égypte », in *Aujourd'hui l'Égypte*, 1999, pp. 26-29 ; adde, BLIN Louis, (et alii.), *L'Égypte 1993 ; Perspectives économiques, les principaux décideurs*, Centre d'Études et de recherches d'Arabes, Paris, 1993, p. 28.

d'investissements à tels point que certains de ces pays les revendiquent dans leurs nouvelles codifications ⁽⁸⁹³⁾. Ces procédés sont perçus par les États développés comme un moyen indirect qui les aide à équilibrer leurs balances de paiements ⁽⁸⁹⁴⁾. On peut alors comprendre le nécessaire établissement d'un terrain d'entente entre le Nord et le Sud au moyen des aides publiques mais également par le soutien des investisseurs en difficultés et par la création des organes d'assurance pour couvrir les risques encourus ⁽⁸⁹⁵⁾. En droit, les crédits consentis aux opérateurs étatiques sont qualifiés de *crédits-fournisseurs* si le cocontractant étranger est le créancier. Il s'agit de sommes représentatives d'environ 75 à 85% du montant du marché. Conçus pour une durée limitée, ces crédits s'accompagnent du versement d'un taux déterminé. Cependant, le risque d'insolvabilité est principalement supporté par l'investisseur qui oriente souvent l'État vers des *crédits-acheteurs*. Passés auprès d'un ou plusieurs organes spécialisés, ces emprunts ont des conditions plus avantageuses pour les débiteurs. Ils ont également un double avantage pour les investisseurs : le paiement direct par l'organe financier et l'échappatoire au risque d'insolvabilité. Ces crédits sont souvent envisagés pour les grands marchés de fournitures, d'installation d'ensembles industriels ou de transfert de technologie. Ils ne couvrent ni les acomptes avancés par le maître d'ouvrage, ni les dépenses imprévues ⁽⁸⁹⁶⁾. Ainsi, le marché du Métro du Caire dont les coûts ont dépassés le trois milliards sept cent millions de francs français et 103 millions de livres égyptiennes ont fait l'objet de crédits publics à taux privilégié (crédits acheteurs). Le crédit initial était de 850 millions de francs, dont un prêt du Trésor Public de 280.5 a été porté à 1107 millions de francs dont un prêt du Trésor Public de 365.31 en décembre

⁸⁹³ () L'article 55 du décret gouvernemental vietnamien prévoit que les contrats B.O.T. s'exécutent par un financement à 100 % étranger ou avec une participation mixte. Il prévoit aussi qu'en contrepartie d'un « *bénéfice raisonnable* », l'investisseur étranger pourrait transférer gratuitement l'ouvrage au Gouvernement, HOANG PHUOC HIEP, « Quelques problèmes juridiques vietnamiens concernant les projets d'investissement sous forme de B.O.T. », *Rev. Int. Dr. comp.*, 1997, spéc. p. 874.

⁸⁹⁴ () Pour se faire une idée précise à cet égard, il faut se rappeler de deux informations : les effets néfastes de ralentissement des flux d'investissements des années 70/80 sur l'économie de ces pays et le propos du Président français ayant précisé qu'un français sur trois vit du commerce extérieur (Discours du Président Chirac le 14 juillet 2002).

⁸⁹⁵ () Ainsi, la France a instauré la C.O.F.A.C.E. pour faciliter à ses entreprises l'obtention de crédits à l'exportation ou à l'importation et pour pallier les risques politiques d'investissements. LEDUCQ X., La coopération Nord-Sud dans le secteur minier, *in les contrats internationaux et Pays en voie de développement*, economica, Paris, 1989, p. 178 ; TOUSCOZ J., *op. cit.*, *Clunet*, 1997, p. 43.

⁸⁹⁶ () DUBISSON M., *La négociation des marchés...*, *op. cit.*, Paris, 1983, pp. 78 et s.

1980. Il s'y ajouté un complément de 145 Millions de francs dont un prêt du Trésor Public de 48.08 inclus dans un protocole d'avril 1982 ⁽⁸⁹⁷⁾.

202. Par ailleurs, la participation d'un bailleur de fonds étranger crée une relation juridique à caractère triangulaire. Ses partenaires sont le soumissionnaire (titulaire du marché), l'État adjudicateur (bénéficiaire des fonds) et l'organe décidant le financement. Ne faisant pas partie intégrante de l'accord de base, cet organe joue un rôle prépondérant dans la passation de l'accord et de son exécution. A titre indicatif, la *Banque-Mondiale* peut sanctionner financièrement les États adhérents par le refus des fonds ou leur suspension. Elle peut intervenir pour s'informer ou s'assurer en tant que bailleur de fonds ⁽⁸⁹⁸⁾. Parallèlement, l'État peut mettre en cause les aides ou les subventions qu'il a octroyées en cas de non-respect des engagements souscrits. Dans les deux cas, il peut y avoir une responsabilité extra-contractuelle à l'encontre de la partie à l'origine d'éventuels conflits ⁽⁸⁹⁹⁾. De ce bref développement, il ressort que la présence des bailleurs de fonds a multiplié les liens juridiques autant qu'elle a mis en cause la domination étatique et donc le concept classique du pouvoir exorbitant. Il est alors nécessaire de prendre en compte la finalité des États étrangers lorsqu'ils subventionnent le Tiers-Monde pour l'exécution des grands projets.

Mis en forme

II : Garanties étatiques d'investissement

203. Au cours des opérations souvent durables, les risques d'investissements sont probables et leur couverture demeure indispensable. Ainsi, les personnes étrangères souscrivent plusieurs polices d'assurance comme l'*assurance tous risques chantier* ⁽⁹⁰⁰⁾, ou l'assurance contre les risques de nationalisation ou de résiliation ⁽⁹⁰¹⁾. Cependant, ni l'assurance classique, ni l'assurance spécialisée n'ont pu établir un réel terrain de sécurité ⁽⁹⁰²⁾. Ces données ont poussé les investisseurs étrangers à exiger auprès des États plusieurs cautionnements ou garanties **(A)**. Les efforts internationaux ont débouché sur la création d'institutions régionales ou internationales d'assurance contre des risques particuliers **(B)**.

⁸⁹⁷ () TAÏMOUR M.K., « La conception du contrat clé en main et... », *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 386 et s, spéc. pp. 406-09 ; adde, « *L'Égypte Aujourd'hui* », 1992, pp. 55-59.

⁸⁹⁸ () Directives de la Banque mondiale, articles 1, 2 et 10.

⁸⁹⁹ () BRECHON-MOULENES Ch., « Marchés publics », *Rép. Dalloz Dr. Int.*, 1998, p. 15, n° 80

⁹⁰⁰ () *Couvrant les pertes d'endommagement du matériel, des travaux et fournitures jusqu'à réception*, DUBISSON M., *op. cit.*, *supra*, Paris, 1983, pp. 78 et s.

⁹⁰¹ () Ainsi, l'organisme français d'assurance d'investissement couvre les risques économiques et les aléas politiques d'investissements, Cf. *ibid.*, pp. 78-82.

⁹⁰² () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et ...*, *op. cit.*, Paris, *économica*, 1985, p. 116.

A) Cautions de paiement

204. Garantie offerte par l'État ou ses émanations, la caution de paiement est une sûreté de rétribution du prix ou des rémunérations. Elle est une revendication courante lorsque l'État ou ses émanations s'impliquent dans des contrats administratifs ou des accords d'investissements. Ces entités peuvent accorder des crédits ou des cautionnements à une personne de droit privé ⁽⁹⁰³⁾. Ces garanties concernent les opérations d'infrastructure ou d'industrialisation. À titre indicatif, le marché *Klôckner* a conduit le gouvernement Camerounais à certifier au partenaire allemand, des lettres de change avalisées par le Ministère des finances et la *Banque Centrale* pour un montant équivalant à 80 % du prix de l'opération ⁽⁹⁰⁴⁾. Cela étant, quel est donc le droit applicable au contrat de cautionnement ? La doctrine et la jurisprudence différencient deux situations : lorsque les parties ont choisi une loi appropriée, celle-ci doit s'appliquer suivant le principe de l'autonomie de la volonté. Le caractère accessoire de cet accord vis-à-vis de l'accord de base ne saurait contredire cette désignation. Lorsqu'elles n'ont fait aucun choix, il existe une présomption en faveur de la loi régissant la transaction principale conformément aux liens de subordination ⁽⁹⁰⁵⁾. Cette solution a été affirmée par la Cour Française de Cassation dans l'affaire *Total Afrique* ⁽⁹⁰⁶⁾. L'objet de l'affaire était une caution donnée en faveur du créancier français pour garantir un accord principal soumis à la loi malgache. La créance de *Total* sur le débiteur principal avait été contractée à *Madagascar*, État dans lequel la société étrangère avait fait l'objet d'une nationalisation. *Total Afrique*, qui avait été indemnisée, prétendait exercer ses droits de créancier contre la caution. Celle-ci répondait que *Total Afrique* avait perdu sa créance par l'effet de la nationalisation. Elle a soutenu que cette créance était transférée à la nouvelle institution, c'est-à-dire l'entreprise nationalisée.

205. La Cour de Cassation a justifié cette solution en vérifiant la régularité internationale de la nationalisation. Étant donné que *Total Afrique* avait été indemnisée dans des conditions qui ne prêtaient pas à discussion, la nationalisation était opérante et devait être reconnue en France. L'admission de cette affirmation conduit à déduire que la créance de *Total* avait été transférée à la nouvelle institution (entité malgache). La Cour ajouta ensuite que la réglementation du cautionnement par la loi de l'accord de

⁹⁰³ () VLACHOS G., *Droit public économique...*, op. cit., Armand Colin, 1996, p. 241.

⁹⁰⁴ () Sentence CIRDI, Affaire de Cameroun/Klôckner, *Clunet*, 1984, p. 418.

⁹⁰⁵ () DELAPORTE V., « Les conflits de lois en matière des garanties », *Petites-Affiches*, juin 1998, n° 72.

⁹⁰⁶ () Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile, 1^{er} juillet 1981, Affaire *Total Afrique*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1982, pp. 336 et s, note P. LAGARDE.

base ne donne pas au *Total* la faculté d'agir contre la caution. La solution de principe consiste donc en l'application de la loi régissant l'accord de base, dont le cautionnement ne constitue qu'un acte accessoire⁽⁹⁰⁷⁾. Ce procédé ne soulève aucune difficulté si la loi désignée est celle de l'État ou de son émanation. L'application d'une même loi sur ces accords est une échappatoire aux problèmes de dépeçage du droit applicable qui apporte l'avantage de la simplification⁽⁹⁰⁸⁾. Si ce n'est pas le cas, autrement dit si le contrat d'État est régi par une autre loi, il n'est pas soutenu que la banque, caution de l'État, se soumette à une loi autre que la sienne. Il doit en être ainsi car cette Banque est pour l'État un garant et un démembrement. Serait-il donc possible de morceler la loi applicable en appelant la loi personnelle du garant ? Une réponse affirmative peut être fondée sur la mise en œuvre des règles de rattachement⁽⁹⁰⁹⁾. Elle peut également s'expliquer du fait que le garant (*Banque Centrale*) se voit reconnaître la présomption accordée à la loi personnelle des émanations⁽⁹¹⁰⁾. Cette solution, qui suppose qu'on doit reconnaître une certaine autonomie aux contrats de cautionnement, peut être mise en cause par l'article 1 de la Convention de Rome du 16 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cette convention conduit normalement à l'applicabilité de la loi avec laquelle le contrat entretient les liens les plus étroits. Cette position est affirmée par l'article 4 du Code Civil français mais, le paragraphe deux dudit article présume que le pays, avec lequel le contrat présente le lien le plus étroit, est celui où est établi le débiteur de *la prestation caractéristique*. *Si on applique ces principes au cautionnement, on constate que cette prestation caractéristique est fournie par la caution qui doit payer, donc le cautionnement devra être soumis à la loi du pays de son établissement*⁽⁹¹¹⁾. Ainsi, la loi du garant peut s'appliquer tant au nom de la présomption reconnue en sa faveur que conformément aux règles de rattachement.

B) Garanties contre les risques politiques d'investissement

206. Au-delà des garanties contractuelles, les États ont contribué à la création d'organes régionaux pour assurer l'investissement international. Il convient de parler de la *C.I.A.G.I.* (Compagnie Interarabe de Garantie des Investissements) et de la *S.I.G.I.*

⁹⁰⁷ () MAYER P., *Droit international privé*, 6^{ème} Éd. Paris, 1998 ; LEBOULANGER Ph., *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 119.

⁹⁰⁸ () DELAPORTE V., *op. cit.*, *les Petites-Affiches*, 17 juin 1998, n° 72.

⁹⁰⁹ () Étant donné que les règles de conflits des lois désignent la loi de lieu d'exécution.

⁹¹⁰ () Cette loi est la seule capable de protéger des transactions touchant les lois de police ; GAVALDA et autre, *Droit de la banque*, P.U.F., 1974, p. 419 ; LOUSSOUARN et autre, *Les conflits de lois en matière de crédits bancaires*, *Trav. Com. Fra. Dr. Int. Pr.*, 1966, p. 69 et s ; LEBOULANGER Ph., *op. cit.*, pp. 116-117.

⁹¹¹ () DELAPORTE V., *op. cit.*, *Les Petites-Affiches*, 17 juin 1998, n° 72.

(Société Islamique pour la Garantie des Investissements). **La première**, (*C.I.A.G.I.*), a été créée par la convention de 1974 en vue de renforcer les relations économiques entre États arabes ⁽⁹¹²⁾. Organisée comme n'importe quelle société privée, *l'Agence* dont le siège est au Koweït, est constituée d'un « Conseil de la compagnie ». Celui-ci est composé des représentants de tous les États arabes actionnaires et chargé de définir sa politique. La compagnie est dotée d'un Comité de surveillance pour la supervision de ses activités et d'un directeur général. Limitant ses activités d'assurance aux risques politiques, la société n'assure pas le risque commercial. Trois types de péril sont ainsi garantis : les actes militaires (guerre, attentats...) affectant les actifs d'investissement, les aléas administratifs (ex., risque d'inconvertibilité) et les aléas d'intervention unilatérale (nationalisation ou expropriation) ⁽⁹¹³⁾.

207. La seconde, (*S.I.G.I.*), a été mise en place au cours des années 1990, par la Banque Islamique de Développement. Elle garantit les investissements concrétisés dans les États musulmans et assure les crédits à l'exportation. Siégeant à Djedda (Arabie Saoudite), elle vise la promotion des flux d'investissement et le développement du champ des relations économiques et commerciales. Toutefois, les demandes de garantie ne sont pas acceptées automatiquement car ladite institution impose certaines conditions. L'investissement doit être arabe, direct ou un prêt supérieur à trois ans. Il faut qu'il s'effectue dans un pays arabe et qu'il ait son agrément ⁽⁹¹⁴⁾. La société islamique apporte une assurance-crédit, une réassurance des risques à l'exportation et une garantie des investissements des pays membres de la Banque créative. Ses activités sont donc similaires à celles de la compagnie arabe dans le sens où elle ne couvre que les risques politiques signalés précédemment ⁽⁹¹⁵⁾.

208. Dans cet ordre d'idée, on doit consacrer quelques lignes à deux instruments à caractère multilatéral qui remplissent les mêmes missions. Créée par la Convention de Séoul en 1985, *l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.)* n'a commencé d'exercer ses activités qu'après ratification par au moins 20 pays de sa convention d'établissement, le 12 avril 1988) ⁽⁹¹⁶⁾. Institution de la Banque Mondiale,

⁹¹² () VADCAR C., *op. cit.*, *Juris-Classeur, Droit international*, 1999, Fasc. 565-54, n° 152, p. 26.

⁹¹³ () Cf. *ibid.*, pp. 26-27, ns° 153-154

⁹¹⁴ () Cf. *ibidem*.

⁹¹⁵ () Cette société exige la conformité des opérations aux principes de la loi islamique et leurs adéquations, Cf. *ibidem*, n° 158.

⁹¹⁶ () TOUSCOZ J., « L'Agence Multilatérale sur les Garanties des Investissements, A.M.G.I. », *Dr. Prat. Com. Int.*, 1987, pp. 311 et s ; JUIILLARD E., « Investissements », *Rép. Dalloz, Dr. Int.*, 1998, p. 13 ; VADCAR C., « Droit de l'investissement... », *op. cit.*, *J.-C., Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-54, p. 28, n° 162.

cette Agence est un organe autonome siégeant à Washington et jouissant d'une autonomie financière et d'une personnalité juridique du Droit des gens. A l'instar de la *C.I.A.G.I.*, elle détient les mêmes organes d'administration (un Conseil des administrateurs composé des représentants des États adhérents, un conseil d'administration et un Président général). L'*A.M.G.I.* assure contre les risques politiques (restrictions de transfert des bénéfices, mesures discriminatoires, nationalisation, résiliation) et les événements exceptionnels (guerres, embargo, inondations...). Comme toute compagnie d'assurance, l'*A.M.G.I.* détient un plafond fixé à une fois et demie du capital souscrit⁽⁹¹⁷⁾. Lorsque le montant de garantie dépasse ce plafond, l'agence ne garantit pas l'opération pour son propre compte. Elle peut le faire si elle est parrainée par les pays concernés, mais elle n'aurait que la qualité de mandataire des États parrains. Comme les compagnies nationales d'assurance contre les risques politiques, l'*A.M.G.I.* gère le fonds créé spécialement pour soutenir cet investissement⁽⁹¹⁸⁾. Pour éviter des risques pouvant déséquilibrer son budget financier, les activités attribuées à l'*A.M.G.I.* dépassent encore la qualité d'une compagnie d'assurance. Elle joue un autre rôle dans l'information sur les possibilités d'investissement, l'assistance technique au Tiers-monde et la consolidation d'un climat promotionnel. En cas de contentieux, l'*A.M.G.I.* peut s'occuper de conciliation amiable ou de règlement arbitral. Elle peut aider et assister ses adhérents dans la signature d'une convention bilatérale. Elle peut également signer de telles conventions pour garantir un traitement juste et équitable aux sociétés transnationales⁽⁹¹⁹⁾. Sa convention d'établissement exige la compatibilité de l'investissement réalisé avec les objectifs envisagés par l'État d'accueil, mais son article douze délimite son champ d'application aux seuls investissements en provenance des sociétés occidentales⁽⁹²⁰⁾.

209. Fruit des travaux de l'*OCDE*, l'*Accord Multilatéral sur l'Investissement (A.M.I.)* couvre les projets créateurs des entités institutionnelles. Il comble autant les secteurs bancaire et ceux d'assurances que les domaines industriels⁽⁹²¹⁾. En cas de survenance

⁹¹⁷ () Les capacités de l'A.M.G.I. sont relativement restreintes (50 millions de USD par projet).

⁹¹⁸ () VADCAR C., *op. cit.*, éd. J.-C. Dr. Int., 1999, Fasc. 565-54, n° 160, p 28.

⁹¹⁹ () *Ibid.*, p. 28, n° 163.

⁹²⁰ () Toutefois, une porte de sortie est ouverte à l'Agence par le biais de la coassurance. L'A.M.G.I. ou par la possibilité de coopérer avec des institutions nationales d'assurance des investissements ainsi qu'avec des assureurs privés, Cf. *ibidem*.

⁹²¹ () Cette exigence déjà motivée par la contribution de l'investissement au développement du pays d'accueil est représentative d'une 'éligibilité' à la garantie définie et semble actuellement moins justifiée avec la mondialisation des échanges. Il doit donc être corrigé d'une manière à ce que les flux d'investissement soient garantis sans considération de la destination, JUILLARD P., « Investissements », *A. F. D.I.*, *XIII*, 1996, pp. 838-844, spéc. 841.

de risques politiques, cet accord prévoit le versement d'indemnités réelles. Corrélativement au *C.I.R.D.I.* et au GATT, l'*A.M.I.* prévoit un système d'arbitrage pour faire face aux hypothèses conflictuelles ⁽⁹²²⁾. En effet, la protection régionale ou multilatérale ne doit pas être sous-estimée car elle cède le pas à la protection bilatérale ⁽⁹²³⁾. L'ensemble de ces efforts traduit la bonne volonté des États souverains de rechercher une protection efficace et d'encourager des opérations d'investissements. Ils nuancent la souveraineté étatique par leur caractère supranational. Cependant, leur inscription dans la compétence exclusive des États, ne faisant d'ailleurs aucune controverse, affirme leur conciliation et leur respect de la souveraineté. Les garanties de ces organes n'ont pas été soumises à un processus d'internationalisation. Il serait difficile de parler d'un glissement vers l'ordre international de ceux qui appartiennent à l'ordre juridique national. L'introduction de l'ordre international dans ce domaine dépendrait de l'ordre juridique interne de l'État hôte d'investissement. La mise en place de l'*A.M.G.I.*, à titre d'exemple, résulte bien moins de pressions en faveur d'une quelconque internationalisation que d'une volonté politique visant à accroître les investissements occidentaux dans le monde en développement ⁽⁹²⁴⁾.

Sous-section II **Codes d'investissement et concept du régime exorbitant**

210. Depuis la décolonisation, le Tiers-Monde fait des marchés publics internationaux le seul instrument de l'exploitation de ses ressources naturelles et de la réalisation de son industrialisation ⁽⁹²⁵⁾. Sensibles à ce constat et à ses effets, ces pays ont édicté des textes qui incitent les étrangers à réaliser leurs grands projets. Les avantages prévus affectent les recettes fiscales des États aventureux de pêcher par excès, en se livrant à une concurrence de surenchère d'exemptions. Sans sous-estimer les répercussions de l'abus de cette politique, ils se privent d'importantes ressources fiscales et favorisent la création sur leurs sols des *clivages vivant hors du droit commun et jouissant d'avantages exorbitants* ⁽⁹²⁶⁾. Cette politique d'incitation leur coûte chers. Elle aggrave leurs problèmes budgétaires et épuise leur balance des paiements ⁽⁹²⁷⁾. Il est

⁹²² () VADCAR C., « Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : problématique de l'adhésion des pays du Sud », *Clunet*, 1998, pp. 16-19 et s.

⁹²³ () SCHOKKAERT, « Protection contractuelle par les États des investissements privés effectués sur leurs territoires », *D.P.C.I.*, 1990, T. 6, n° 1, pp. 29-45, spéc. 32.

⁹²⁴ () VADCAR C., *op. cit.*, *Éd. J.-C. Dr. Int.*, 1998, fasc., 565, 56, p. 26, n° 146.

⁹²⁵ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, pp. 191-192.

⁹²⁶ () Cf. *ibid.*, p. 196, n° 363.

⁹²⁷ () VADCAR C., « Le projet multinational sur l'investissement... », *op. cit.*, *Clunet*, 1998, p. 26.

alors concevable que certains États ne tiennent pas à respecter leurs engagements ⁽⁹²⁸⁾. À cette occasion, se présente l'exemple du Congo qui s'est engagé à accorder à son cocontractant étranger (*la société italienne Benvenuti*) un régime fiscal favorable et qui ne l'a pas fait. Il s'est engagé à limiter l'importation des produits concurrents et ne l'a pas fait ⁽⁹²⁹⁾. Pour ces raisons et leurs répercussions, les pays développés sont, en l'espèce, plus réticents. Dans le marché *Tunnel de la Manche*, le financement était commercial et les gouvernements franco-anglais ne se sont pas engagés à financer le projet ou lui accorder caution ⁽⁹³⁰⁾. Pour ces effets et leurs variations, on conçoit le désaccord sur le caractère juridique des actes des privilèges et leur qualification. Ces agréments relèvent-ils d'un exercice de la souveraineté ou de son abandon ? Ces privilèges de toute nature ne constituent-ils pas une expression de concept du régime exorbitant ? **(II)** Pour y répondre, il faut d'abord esquisser le schéma général des Codes d'investissements **(I)**.

Mis en forme

I / Schéma des Codes d'investissement

211. Dans leur schéma général, ces codes incitent ou dissuadent les flux d'investissements ⁽⁹³¹⁾. Ils accordent aux investisseurs étrangers un traitement identique ou préférentiel par rapport aux autochtones ⁽⁹³²⁾. Ils peuvent être classés entre « régime préférentiel » et « régime général du droit commun ». Cependant, les deux régimes ont une « *considération particulière* » par rapports aux investissements internes. Pour réaliser des objectifs publics, ils sont fondés sur des simplifications procédurières : exonération douanière et autres concessions. Ils excluent expressément les activités purement commerciales, formant le pilier du droit d'investissement ⁽⁹³³⁾. Ils peuvent provenir de l'État ou de ses démembrements. Dans les États développés, les investisseurs étrangers jouissent d'un traitement identique à celui des ressortissants. Aux États-Unis, les investisseurs nationaux et étrangers bénéficient du même droit d'éligibilité aux programmes fédéraux d'aide à l'implantation ⁽⁹³⁴⁾. Il n'empêche que les

⁹²⁸ () Cf. *ibid.*, p. 27.

⁹²⁹ () KAHN Ph., « Souveraineté d'État et règlement du litige : régime juridique du contrat d'État », *Rev. Arb.*, 1985, p. 653.

⁹³⁰ () MORAND-DEVILLER J., « EURO-TUNNEL : le contrat relatif à la construction du Tunnel sous la Manche », *Les Petites Affiches*, N° 113, 20 septembre 1995, p. 4.

⁹³¹ () L'incitation attire les capitaux étrangers moyennant un traitement préférentiel. La dissuasion impose des freins et des restrictions. LÉBOULANGER Ph., *op. cit., supra*, *économica*, Paris 1985, p. 190.

⁹³² () VADCAR C., *son article cité*, *Clunet*, 1998, pp. 9-40, spéc. 22-23.

⁹³³ () LÉBOULANGER Ph., *op. cit., supra*, *économica*, Paris, 1985, p. 190.

⁹³⁴ () Toutefois, les premiers peuvent, au niveau étatique, bénéficier, à la différence des seconds, d'instruments d'incitation spécifiques, VADCAR C., *op. cit., éd. J.-C., Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 43

Codes d'investissements accordent divers privilèges afin de promouvoir et protéger les flux d'investissements (A). La mise en œuvre de ces politiques incitatives ou dissuasives est attribuée à certaines autorités pour garantir la légalité des agréments (B)

A) Promotion et protection des investissements

212. Pour faire évoluer, maintenir voire réaliser leur développement, les États accordent des privilèges dont l'étendue et la durée diffèrent en fonction de la nature, de l'emplacement et de l'importance de chaque projet. À cet égard, plusieurs États prêtent attention aux opérations projetées dans des zones géographiquement défavorisées. Ils octroient des subventions à durée déterminée, des réductions d'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus, des allègements fiscaux ou douaniers. Suivant la nature des activités et leurs effets, les subventions peuvent être d'application automatique, discrétionnaire ou subordonnée⁽⁹³⁵⁾. Pour pallier le déséquilibre régional, ce moyen est exploité par tous les pays. Le Royaume-Uni a mis en place au profit des investisseurs étrangers des facilités dans des anciennes zones minières ou sidérurgiques (*Assisted Areas*) où l'économie doit être relancée. Il distingue entre les zones de développement prioritaire *Development Areas* et celles de développement additionnel *Intermediate Areas*. La Turquie connaît une distinction similaire : régions à *développement prioritaire* et autres dites *normales* ou développées. L'Égypte exonère de l'impôt sur les bénéfices les entreprises étrangères qui investissent dans la nouvelle Vallée du Nil, au Nord du Sinaï ou dans les zones isolées (désert occidental)⁽⁹³⁶⁾. La nouvelle loi égyptienne accorde un traitement préférentiel aux activités implantées dans ces zones, prévoyant le bénéfice de terrains gracieux et l'exemption d'impôts allant de cinq à vingt ans. Il y a donc un objectif de canalisation des investisseurs étrangers vers les secteurs prioritaires ou importants. Cette nouvelle orientation coïncide avec le souci de sélectivité qui anime le changement d'attitude d'un nombre croissant d'États développés ou en développement⁽⁹³⁷⁾.

213. Les facilités d'implantation peuvent être accordées dans des secteurs précis. Il s'agit d'une sélectivité sectorielle visant à satisfaire l'intérêt vital. Les activités faisant l'objet de ces avantages varient suivant l'État et son programme gouvernemental. Elles concernent les éléments pouvant donner un nouveau souffle à l'exportation industrielle.

⁹³⁵ () Cf. *ibid.* n° 51.

⁹³⁶ () Cf. *ibid.*, n° 52.

⁹³⁷ () Sauf si l'investisseur étranger fait de sa demande de privilèges une condition d'exécution du projet. VADCAR C., *op. cit.*, *J.-C. Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 47.

Le Japon admet l'octroi de subventions à des intérêts minimes aux entreprises étrangères qui consacrent leurs activités aux projets techniquement essentiels. La Malaisie accorde des dégrèvements fiscaux aux produits et activités d'intérêt national. Dans cet esprit, plusieurs États mettent en place des zones spécifiques de manière à attirer les technologies de pointe (*Chine*). Ce sont les zones de développement économique et technique (*Philippines*), les zones de haute technologie, d'exportation privilégiée (*Amérique centrale*), les zones franches ou les zones industrielles (*Moyen-Orient*) ⁽⁹³⁸⁾. Ces avantages peuvent favoriser certains produits ou développer des productions dirigées vers l'exportation sur le marché international. Certains pays exigent que les produits exportés aient un contenu local et admettent l'importation de biens nécessaires à l'activité de l'investisseur et lui facilitent la tâche formelle ⁽⁹³⁹⁾. La réglementation des États du Moyen-Orient s'incorpore dans la tendance actuelle. Ces États autorisent la détention majoritaire ou pleine des capitaux investis sans distinction ou discrimination entre investisseurs suivant leur provenance géographique ou raciale. Toutefois, les opérations réalisées dans les secteurs prioritaires dérogent de la détention majoritaire ⁽⁹⁴⁰⁾.

214. En ce qui concerne la réglementation des échanges, il semble y avoir une tendance étatique d'harmonisation afin de faciliter les flux d'investissements. Partagés entre le désir d'accroître leurs rentrées fiscales et celui d'inciter les investissements, les États facilitent davantage l'implantation des investisseurs étrangers. Il n'empêche que la tendance dessinée établit un traitement égalitaire entre nationaux et étrangers, abandonnant ainsi la discrimination ⁽⁹⁴¹⁾. Le Droit égyptien des échanges a adopté une politique de réforme privilégiant les capitaux, devises et bénéfices relatifs aux investissements. Aucune restriction n'est imposée au transfert des fonds nécessaires à leur exécution, grâce à l'assouplissement du système du contrôle des changes dans sa nouvelle législation (*loi de 1991 et loi n° 38 de 1994*) ⁽⁹⁴²⁾. C'est dans le but d'atteindre

⁹³⁸ () Cf. *ibidem*.

⁹³⁹ () Cf. *ibid.*, n° 53.

⁹⁴⁰ () Ex., Codes d'investissements syriens et Jordanien de 1995. VADCAR C., « Le projet multinational sur l'investissement... », *op. cit.*, *Clunet*, 1998, pp. 9-40, spéc. 35.

⁹⁴¹ () Ainsi, des États comme le Koweït, Qatar ou l'Arabie Saoudite qui privilégient fiscalement leurs nationaux au détriment des sociétés étrangères, VADCAR C., « Le droit de l'investissement... », *op. cit.*, *J.-C., Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 32.

⁹⁴² () ZULFICAR M., « Les lois de privatisation », in *cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, Dossier Égypte- Brésil*, 1997, n° 6, p. 1198. faut-il rappeler que l'ancienne loi imposait que tout paiement effectué à l'État ou ses émanations, en particulier le monopole pétrolier, doit être effectué en devises étrangères, LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *Rev. Égy. Dr. Int.*, 1972, pp. 112-136. spéc. p. 125 ; KADIDI K., *Les contrats internationaux...*, *op. cit.*, thèse, Dijon 1978, p. 128.

son programme de développement que l'Égypte a voulu, par ses réformes législatives, aboutir à la création d'un véritable environnement d'investissement ⁽⁹⁴³⁾.

215. Dans les marchés publics internationaux, l'État souverain s'engage à immuniser les projets envisagés contre son intervention. Or, qui parle de protection évoque plutôt le devoir de coopération. Coopérer, c'est faire son possible pour faciliter la tâche de son cocontractant. Donc, l'État doit permettre à ses partenaires l'exécution des travaux dans les délais prévus initialement. Il doit leur offrir son assistance administrative et leur faciliter la délivrance d'agrément ⁽⁹⁴⁴⁾. Le devoir de coopération peut être inclus explicitement, à défaut de quoi il est supposé inclus implicitement. Dans un marché conclu entre une entreprise belge et un organisme public libyen, il fut stipulé que « *la S.G.E. (personne publique libyenne) apporte son assistance à l'entrepreneur auprès des autorités compétentes pour obtenir les autorisations nécessaires à l'entrée, le travail et le séjour des employés et travailleurs étrangers* » ⁽⁹⁴⁵⁾.

216. Toute violation ou manquement à cette obligation peut entraîner la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle de l'Administration. Ceci justifie la réparation des préjudices causés à l'autre partie ou l'exonération de certaines pénalités comme celle du retard d'exécution. Le devoir de coopération a une portée générale. Il vise à réglementer les comportements des négociateurs pendant la phase pré-contractuelle. Selon la sentence rendue dans l'affaire n° 7105/ 1993, cette obligation régit les relations antérieures à la conclusion de l'accord principal. Estimant que la caducité du contrat était directement imputable au comportement fautif et dilatoire de la partie africaine, la sentence l'a chargée des préjudices causés par le comportement déloyal ⁽⁹⁴⁶⁾. Ce devoir est indiscutable si de tels comportements se produisent pendant l'exécution de rapport contractuel. Dans ces cas, les arbitres font peser sur les parties une obligation de coopérer de bonne foi qui appartient « *au fond commun des droits nationaux* » et « *constitue naturellement un principe des relations économiques internationales* » ⁽⁹⁴⁷⁾. En revanche, cette violation ne peut pas être une raison

⁹⁴³ () La nouvelle loi d'investissement (1997), celle des appels d'offre et adjudication (1998), la loi de la privatisation (n° 203 1991), celle de l'arbitrage et ses modifications (loi n° 27 de 1994 et loi n° 9 de 1997), la loi des échanges (1995), et la loi des sociétés, VASSEROT O., *op. cit.*, Paris, 1997, pp. 1198 et 1199.

⁹⁴⁴ () KADIDI K., *thèse précitée*, Dijon, 1978, p. 230.

⁹⁴⁵ () Cf. *ibid.*, pp. 234

⁹⁴⁶ () Sentence arbitrale n° 7105 de 1993 (CCI), entre *une entreprise suisse c./ une émanation d'un État africain*, *Clunet*, 2000, pp. 1062-1069, obs. Y.D.

⁹⁴⁷ () Sentence précitée, *Clunet* 2000, pp. 1062-1069 ; Sentence CCI n° 5030 de 1992, un État africain c/ une société allemande, *J.D.I.*, 1993, p. 1008 et s, obs., Y D.

d'abandon du chantier ou de rupture de l'accord par l'opérateur transnational. Cette affirmation a été reprise par nombreuses sentences arbitrales. Ainsi, on a décidé que le refus d'aide concernant « *les formalités administratives relatives au séjour des monteurs...* » est entre autre « *de nature à justifier des dommages et intérêts ou des remises de pénalités le cas échéant, mais non l'abandon pur et simple du chantier...* »⁽⁹⁴⁸⁾.

217. Corrélativement au devoir de coopération, les États ont pris en charge un engagement de protection d'investissement. Ils s'emploient à offrir une protection opérante aux investisseurs étrangers pour favoriser l'entrée de capitaux, donc la réalisation du développement. Ils vont plus loin, promettant de ne pas porter atteinte à l'existence ou à la consistance des biens et droits acquis légalement⁽⁹⁴⁹⁾. Ils s'interdisent de modifier les engagements souscrits ou lois applicables en cas de différends. Ce principe vise à éviter aux investisseurs tout préjudice en raison de la dépossession. Cette protection est principalement du ressort du droit interne de l'État d'accueil, mais il relève aussi des règles du Droit des gens. Plusieurs systèmes contiennent des textes qui vont dans ce sens. L'article 25 du Code du Congo dispose qu'« *aucun texte législatif ou réglementaire, prenant effet à une date postérieure à celle de l'agrément, ne peut avoir pour effet de restreindre, à l'égard de l'entreprise, les dispositions ci-dessus définies* ». L'article 29 dudit Code inscrit explicitement la stabilisation fiscale, en estimant que « *pendant sa période d'application, le régime fiscal stabilisé garantit l'entreprise bénéficiaire contre toute aggravation de la fiscalité directe ou indirecte, qui lui est applicable à la date d'agrément, tant dans l'assiette et les taux que dans les modalités de recouvrement* »⁽⁹⁵⁰⁾. De même, la dernière révision de la politique législative égyptienne a accordé la non-rétroactivité de nouvelles codifications. Elle a assuré que les marchés antérieurs resteront soumis à leur régime initial et réserveront les concessions et garanties⁽⁹⁵¹⁾. La nouvelle loi confirme le maintien de l'engagement contre la nationalisation. Elle ne permet pas la prise de mesures de saisie administrative et n'approuve pas le retrait ou la suspension de

⁹⁴⁸ () Sentence CCI, Affaire n° 2583 de 1975, *Clunet*, 1976.

⁹⁴⁹ () VADCAR C., *op. cit.*, éd. *Juris Classeur, Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 59.

⁹⁵⁰ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, economica, Paris, 1985, p. 197, n° 363 (note de bas de page).

⁹⁵¹ () VASSEROT O., « *Égypte et Brésil* », In *Cahiers juridiques et fiscaux*, Paris, 1997, p. 1183.

l'autorisation d'investissement. Seuls les terrains octroyés peuvent être récupérés par une décision du Premier ministre en cas de non-respect de réglementation (⁹⁵²).

B) Procédures d'attribution

218. Les avantages ou subventions étatiques peuvent être accordés par le biais d'actes unilatéraux ou d'une convention. Dans les deux cas, leur allocation est composée d'une demande suivie d'instructions administratives et d'une décision d'acceptation. Ces procédures sont fluctuantes en raison de la diversité des législations. Dans certains États, elles dépendent du pouvoir exécutif, directement ou par voie de délégation (⁹⁵³). Les autorités ayant le pouvoir d'accorder des agréments diffèrent suivant que le marché est conclu avec l'État ou avec ses émanations (⁹⁵⁴). L'octroi de ces privilèges peut dépendre d'un pouvoir discrétionnaire et peut être approprié au Parlement ou contrôlé par lui. Ceci n'a rien d'étonnant. Il est compréhensible que l'exonération des impôts ou des douanes imposables législativement, ne soit pas discrétionnairement du ressort de l'Administration. Le Conseil Constitutionnel français a décidé le 30 décembre 1987 que laisser au Ministre le soin de « *déterminer le champ d'application d'un avantage fiscal* » est contraire à l'article 34 de la Constitution (⁹⁵⁵). Il en est ainsi car, dit-il, « *à défaut d'autres critères fixés par la loi, l'exigence d'un agrément n'a pas pour conséquence de conférer à l'autorité fiscale le pouvoir, qui n'appartient qu'à la loi, de déterminer le champ d'application d'un avantage fiscal ; au cas considéré, l'exigence de l'agrément confère seulement au ministre chargé du Budget, le pouvoir de s'assurer, conformément à l'objectif poursuivi par le législateur, que l'opération de restructuration, de regroupement ou d'apport en cause satisfait aux conditions fixées par la loi* » (⁹⁵⁶). Ce faisant, le Conseil Constitutionnel nie l'existence d'un véritable pouvoir discrétionnaire dans l'octroi ou la récusation d'un agrément. Lorsque les conditions législatives de l'exonération sont réalisées, elle est de droit.

⁹⁵² () Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant le juge *administratif*. Cf. *Ibid.*, p. 1188 et 1189

⁹⁵³ () Ainsi le droit français autorise le Ministre à déléguer ce pouvoir aux directeurs régionaux des impôts ou aux directeurs des services, ...mais, lorsque la décision implique une appréciation de l'opportunité économique des investissements, l'agrément est accordé par le ministre, VLACHOS G., *Droit public économique...*, *op. cit.*, Armand Colin, 1996, p. 236.

⁹⁵⁴ () Elle peut être présentée au Commissariat général au Plan pour les agréments relatifs à la restructuration des entreprises.

⁹⁵⁵ () Conseil Constitutionnel, 30 décembre 1987, n° 87-237, D.C.

⁹⁵⁶ () Arrêt du 20 janvier 1988, Société Vidéo-France, *R.J.F.*, 1988 (3/88), n° 342, conclusions SAINT-PULGENT M.

Toute décision de refus doit être motivée et ne doit pas être entachée d'un détournement.

219. Conformément à cette position, le Conseil d'État a suivi les conclusions de son Commissaire du gouvernement *Fouquet*. Celui-ci avait explicitement repris la décision sus-indiquée du Conseil Constitutionnel, en déduisant que « *l'article 220 du CGI instituant un agrément auquel les contribuables peuvent prétendre de plein droit s'ils remplissent les conditions, la décision de refus doit être motivée* ». Dès lors conclu-t-il qu'en l'espèce, « *le Tribunal administratif de Rouen était donc fondé à annuler la décision de refus d'agrément pour défaut de motivation* »⁽⁹⁵⁷⁾. Cela étant, seule la loi qui peut fixer les conditions d'octroi d'un agrément. Dans ce cas, l'Administration ne peut se reconnaître aucun pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Il n'en est pas toujours ainsi. La loi peut lui accorder un pouvoir discrétionnaire pour l'attribution de certaines concessions. Sur l'utilisation de ce pouvoir, le contrôle du Conseil d'État est restreint. N'étant pas un juge de constitutionnalité, le juge administratif ne peut pas condamner la non-motivation de refus de tels agréments⁽⁹⁵⁸⁾. Il n'empêche que l'octroi ou l'entente sur ces privilèges soulève un problème de qualification.

II / Caractère exorbitant des privilèges et des concessions

220. La qualification des actes liés aux garanties et concessions n'est pas dénuée de sens. Le pouvoir de négocier leurs conditions d'attribution⁽⁹⁵⁹⁾, de déterminer la compétence de l'autorité concédante et son pouvoir d'agir unilatéralement en dépendent. Si l'agrément revêt une nature contractuelle, l'Administration doit respecter son immunité, suivant le principe de l'autonomie de la volonté. En revanche, s'il s'agit d'un acte condition, le pouvoir public ne peut que respecter les conditions législatives prévues, sauf dérogation expresse. Cela étant, il convient de se demander si les avantages accordés aux investisseurs étrangers relèvent d'un acte administratif unilatéral ou d'un acte contractuel ? Il convient donc de se forger une opinion à travers l'analyse des concepts doctrinaux et des comportements des États concédants. La doctrine est partagée. *Les opposants de la nature réglementaire* de ces agréments y voient un abandon par l'État de ses attributs : « *l'État législateur consent ainsi à*

⁹⁵⁷ () Conseil d'État le 24 février 1988, Soc. de gestion du Rouvray, *R.J.F.*, 1988, p. 149.

⁹⁵⁸ () Conseil d'État du 7 février 1990, Droit Fiscal, n° 28, 1990 ; Conseil d'État du 6 mars 1992, *A.F.A.C.E.*, *R.J.F.* 4.92 275.

⁹⁵⁹ () DELMAS-MARSALET, Rapport général, in *Études et Documents du Conseil d'État*, Paris, 1971, pp 64-75, spéc. p. 71.

renoncer aux attributs de sa souveraineté au bénéfice de l'État contractant »⁽⁹⁶⁰⁾. En effet, « un État sur le territoire duquel pulluleraient des entreprises jouissant d'un régime privilégié, échappant plus ou moins à son action régulatrice, présente et future, serait un État qui aurait abdiqué son rôle »⁽⁹⁶¹⁾. Cependant, **les partisans de la nature réglementaire** paraissent dominants⁽⁹⁶²⁾. Les agréments trouvent leur base dans l'autorisation budgétaire alors que l'octroi des concessions doit être prévu par la loi interne. S'agissant de dérogations au principe de l'égalité devant les charges économiques et sociales, seul le législateur peut autoriser le gouvernement à en déterminer les bénéficiaires. Cette autorisation relève de l'accomplissement de l'intérêt public par le biais de la réalisation d'un ou plusieurs investissements⁽⁹⁶³⁾.

221. Les réglementations des échanges entrent dans le cadre de cette qualification, étrangère à la mondialisation qui est une source de « *surenchère fiscale sans précédent* »⁽⁹⁶⁴⁾. Cette évolution n'entrave pas la reprise, par certains États, d'une *politique révisionniste* de leur système d'encouragement. Plutôt récente, cette tendance se traduit par la répartition du pouvoir de taxation et d'imposition entre Administration centrale et les Départements. L'Union Européenne tend à harmoniser les privilèges fiscaux au moyen de la suppression d'incitations propres aux investisseurs étrangers afin d'éviter les distorsions de concurrence entre États adhérents ou en voie d'adhésion. Pour normaliser la concurrence entre nationaux et étrangers, la *Chine* s'emploie à abroger les avantages liés à l'implantation d'investissement. Elle met désormais les impôts « *sous le contrôle direct ou indirect du pouvoir central et la capacité de négociation des administrateurs locaux s'en est trouvée réduite d'autant* »⁽⁹⁶⁵⁾. La même politique existe dans d'autres continents. Certains États africains s'emploient à réviser les régimes d'exemptions⁽⁹⁶⁶⁾. D'autres pays s'évertuent à substituer des avantages indirects à des facilités fiscales. Depuis sa dissolution, la Russie a raréfié les

⁹⁶⁰ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, op. cit., economica, Paris, 1985, n° 363, p. 197.

⁹⁶¹ () FRANCESKAKIS Ph., « Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire », *R.C.A.D.I.*, 1964, Vol. 112, p. 275.

⁹⁶² () TOURNIE G., *Les Agréments fiscaux*, Paris, 1970 ; adde, C.E. 10 mars 1967, *Ministre de l'Économie et des Finances c./ Soc. SAMAT et Cie*, *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 1967, p. 280.

⁹⁶³ () DELMAS-MARSALET, op. cit., *Études et Documents du Conseil d'État*, 1971, pp. 64-75, spéc. 72 ; VLACHOS Georges, *Droit public économique français et communautaire*, Armand Colin, 1996, p. 237.

⁹⁶⁴ () C'est-à-dire l'assouplissement de réglementation des échanges qui reflète les pressions de la mondialisation, VADCAR C., « Droit d'investissement ; Régime applicable à l'investissement direct étranger en droit international », *J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-52, n° 48.

⁹⁶⁵ () *Ibid.*, n° 39.

⁹⁶⁶ () *Ibid.*, n° 44.

privilèges fiscaux au profit d'investissements pour la réduction causée aux recettes et aux rendements ⁽⁹⁶⁷⁾. Un État comme l'Argentine a instauré une politique législative qui prend en compte le coût fiscal des projets et celui calculé en fonction du niveau de développement de la région d'investissement. Il s'agit là d'une révision des mécanismes d'aide, traduite par la suppression de plusieurs exonérations ⁽⁹⁶⁸⁾. Enfin, d'autres États, comme l'Arabie Saoudite et le Sultanat d'Oman, disposent de lois qui, par leur politique de nationalisation des main d'œuvres, vont dans cette direction ⁽⁹⁶⁹⁾.

222. Ces changements d'attitude témoignent que les « *régimes dérogatoires* » sont en voie de suppression et qu'un jour, ils appartiendront à l'histoire économique et politique des États en la matière ⁽⁹⁷⁰⁾. À présent, le caractère exorbitant de ces actes est plus qu'évident : d'un côté, « *il n'y a que l'État souverain capable de faire des concessions, d'offrir des privilèges ou de les retirer* » ⁽⁹⁷¹⁾. De l'autre, ce n'est plus le régime général qui trouve application. C'est un régime spécial « *qui entraîne simplement l'engagement de ne pas procéder au rétablissement de la législation ou de la réglementation du droit commun en matière de traitement de l'investissement et, par suite, de ne pas procéder au ré-assujettissement des investisseurs internationaux qui opèrent dans ces zones au régime du droit commun...* » ⁽⁹⁷²⁾. Si ces agréments sont, selon certains, exorbitants du droit public ⁽⁹⁷³⁾, ils doivent, à fortiori, l'être à l'égard du droit commun. Leurs caractères inusuels persistent et seule l'extranéité du bénéficiaire met en cause cette qualification. Cette analyse est conforme au droit public qui accorde à l'État le pouvoir d'octroyer conditionnellement des subventions à ses contractants. L'État peut leur accorder des avantages prévus législativement ⁽⁹⁷⁴⁾. En provenance du pouvoir souverain et de l'ordre public ⁽⁹⁷⁵⁾, ces actes peuvent aisément relever du concept **du** régime exorbitant.

⁹⁶⁷ () *Ibid.* n° 45.

⁹⁶⁸ () *Ibid.*, n° 46.

⁹⁶⁹ () *Ibid.*, n° 32.

⁹⁷⁰ () *Ibid.*, ns° 37 et s.

⁹⁷¹ () VADCAR C., « Le projet multinational sur l'investissement... », *op. cit.*, *Clunet* 1998, p. 27.

⁹⁷² () *Ibid.*, n° 57.

⁹⁷³ () Sauf pour cause d'utilité publique, ces lois engagent l'État à ne pas faire appel à des mesures de nationalisation, expropriation ou de confiscation. Ces freins qui n'appréhendent pas le flux d'investissement national vers l'étranger directement, parviennent au même résultat indirectement par la complication de procédure de transferts monétaires à l'étranger, réglementation des Changes, contrôle de la constitution et la liquidation d'investissements nationaux, ce qui est souvent le contraire pour les étrangers investissant LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, p. 190.

⁹⁷⁴ () DELMAS-MARSALET, *op. cit.*, *Études et Documents du Conseil d'État*, 1971, spéc., p. 73.

⁹⁷⁵ () GEORGE ELIN, Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international, *R.C.A.D.I.*, 1976, T. 149, V. 1, pp. 2 et s, spéc. 11.

223. Cette analyse devrait permettre l'approbation de cette qualification. Pour plus de conviction, il convient de neutraliser les arguments des partisans de la nature contractuelle des privilèges et des concessions. L'assertion tirée de la faculté de négocier ces privilèges est non-concluante. En effet, le caractère contractuel d'un acte ne relève pas uniquement de l'équilibre des prestations⁽⁹⁷⁶⁾. Si les contrats restent principalement soumis au droit en vigueur lors de leur conclusion, alors les actes régis par un statut réglementaire n'en sont pas⁽⁹⁷⁷⁾. La réflexion fondée sur le climat de réciprocité, d'interdépendance, d'échange des prestations (avantages accordés en contrepartie de l'accomplissement de certaines missions) est décevante. L'existence d'un échange de volontés ne peut à lui seul permettre de qualifier les agréments fiscaux de contrats : *rien ne peut interdire de discuter ou de négocier un acte condition*⁽⁹⁷⁸⁾. De plus, l'octroi négocié avec l'État n'aboutit pas sans procédure de déclaration ou d'autorisation⁽⁹⁷⁹⁾. A supposer que la nature contractuelle soit acceptée, le contrat sera certainement administratif par nature dans la mesure où il associe les bénéficiaires à l'exécution d'un service public d'intervention économique et relève de l'intérêt général⁽⁹⁸⁰⁾. Ce caractère administratif ne doit pas être mis en question car les agréments sont accordés à titre d'exception. En tant que telle, leur utilisation, leur prolongation et l'effectivité qui en dépendent, sont soumises à des vérifications⁽⁹⁸¹⁾. Si cette analyse est avérée, le désaccord sur la nature réglementaire importe peu. En effet, la *publicisation* de ces agréments, c'est-à-dire leur caractère administratif, octroie à l'État le pouvoir d'abrogation en cas de violation des préalables exigés ou de la survenance de nouveaux

⁹⁷⁶ () *avantages en contrepartie d'exécution de certains engagements.*

⁹⁷⁷ () Tout au plus, les contrats d'adhésion, la partie qui a conçu le contrat pourra consentir telle modification réclamée par l'autre partie et qui lui paraît utile. On ne conçoit pas de pareilles concessions quand il s'agit d'un statut légal ou réglementaire, si les textes ne les ont pas prévues.

⁹⁷⁸ () VLACHOS G., *Droit public économique français et...*, *op. cit.*, Armand Colin, 1996, p. 238.

⁹⁷⁹ () VADCAR C., *op. cit.*, *Éd. J.-C. Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-52, n° 41.

⁹⁸⁰ () DELMAS-MARSALET, *op. cit.*, in *Études et Documents du Conseil d'État*, 1971, spéc. p. 73.

⁹⁸¹ () Le contrôle formel consiste dans l'examen de la situation fiscale de l'intéressé afin de connaître dans quelle mesure ce dernier est en règle vis-à-vis du fisc. La procédure de l'examen au fond est différente selon que la décision finale appartient au ministre ou au directeur régional des impôts. Dans le premier cas, intervient l'avis préalable du conseil de direction du FDES ainsi que du Commissariat général au Plan. Ces avis concernent l'opportunité économique des investissements. Dans l'autre cas, le directeur régional des impôts adresse un projet de décision au préfet de région qui se prononce sur l'opportunité de l'opération. Si la région a une opinion contraire, et qu'aucun accord n'est possible, le dossier transmis à la Direction générale des impôts et la décision es après avis des organismes susmentionnés. En France, l'article 80 de la loi de finances pour 1974 octroie au Parlement le pouvoir du contrôle. Le gouvernement présente chaque année, en annexe au projet de la loi de règlement, un rapport sur les conditions dans lesquelles les fonds publics sont attribués à titre d'aides aux entreprises du secteur industriel. Ce rapport fait l'objet d'un débat annuel lors de l'examen du projet de loi de règlement. VLACHOS G., *op. cit.*, *supra*, Armand Colin, 1996, p. 235.

événements ⁽⁹⁸²⁾. Ainsi, ces agréments ne sont pas purement contractuels. Si certains le sont, ils portent indiscutablement la marque de clause ou de régime exorbitant.

Conclusion

224. L'étude de la phase de passation des *M.P.I.* a confirmé leurs liens étroits avec les marchés publics internes. Les modes d'accès à ces accords sont théoriquement soumis aux réglementations (gré à gré, appels d'offre ou adjudications). Les *M.P.I.* sont bien plus riches d'enseignements que les simples contrats administratifs. Ces accords revendent des aides extérieures (crédits ou aides publiques) et des financements des bailleurs de fonds. Leur importance pour les États développés conduit ceux-ci à encourager cette participation. Les efforts étatiques ont abouti à la mise en œuvre de divers mécanismes d'assurance à caractère national (C.O.F.A.C.), régional (*C.I.A.G.I.*, *S.I.G.I.*) et multilatéral (*A.M.G.I.*, ou *A.M.I.*). Or, ces mécanismes, qui visent à protéger les investissements étrangers contre les risques politiques, sont inconnus par les contrats administratifs. Du surcroît, le principe de négociier, présent dans les contrats administratifs, est bien plus étendu et plus élaboré en matière d'investissement. On parle de diverses formes juridiques (*contrat partiel, accord cadre ou lettre d'intention...*) et on évoque un rapport de force et une incursion des bailleurs de fonds dans la politique législative de divers États en développement. Dès lors, on comprend pourquoi l'État, détenteur d'un pouvoir exclusif quant à la passation des contrats administratifs, a tempéré ce caractère lorsqu'il s'agit d'accords d'investissements. Dans ces cas, l'État

⁹⁸² () DELMAS-MARSALET, *op. cit.*, *Études et Documents du C.E.*, 1971, spéc. p. 74.

n'est plus leur seul adjudicataire car des directives régionales ou internationales ont contraint plusieurs législateurs à aménager leurs règles en vigueur, en associant des représentants, des sponsors dans les processus de l'examen des offres et de leur attribution ⁽⁹⁸³⁾. Ainsi les dispositions nationales ne sont pas exactement celles applicables aux rapports purement internes ⁽⁹⁸⁴⁾ puisque une matière comme celle de protection contraint l'État de nationalité d'investissement à céder implicitement le pas devant sa compétence exclusive ou à modérer son exercice pour éviter les différends ⁽⁹⁸⁵⁾. Ces conclusions démontrent que les *M.P.I.* ont des aspects qui leur sont propres et que la réglementation de leurs modes d'accès ne baigne pas forcément dans le concept publiciste du régime exorbitant.

225. Ce constat, qui peut renforcer l'idée de dissociation entre les contrats administratifs et les accords visés, peut et doit être relativisé car les effets de l'intervention extérieure ne doivent pas être généralisés : tous les États ne respectent pas forcément les directives et les conditions avancées (certains États développés ou pétroliers) ⁽⁹⁸⁶⁾. D'autres, comme le *Sénégal*, se sont dotés d'un nouveau texte inflexible la valeur de ces règles et leurs portées. Dans la mesure où le marché n'est pas financé de l'étranger, l'État reste le maître de la situation quant à l'organisation des modes d'accès. D'ailleurs, quel que soit leur caractère, les modes d'accès ne font pas partie intégrante des critères distinctifs des contrats administratifs. Le Conseil d'État a précisé que le cahier des charges ne particularise plus ces marchés s'il ne contient pas de clause exorbitante. Au-delà de leur aspect, l'État semble *jouer le jeu*. Il a aménagé ses lois qui sont autant applicables aux accords administratifs qu'aux marchés étudiés. A supposer que cette remise en cause soit admise, l'État possède ensuite le pouvoir discrétionnaire d'agrément dont personne ne doit nier le caractère exorbitant. Le droit public réglemente la capacité de l'Administration, organise l'accès aux marchés publics et réglemente leurs procédures d'autorisation. Ce même droit ne doit pas être écarté puisqu'il connaît les principes communs comme celui de la bonne foi ou des conséquences financières du dysfonctionnement. Enfin, les Codes d'investissements

⁹⁸³ () VADCAR C., *op. cit.*, *Juris-Classeur, Droit International*, 1998, Fasc. 565-52, n° 59.

⁹⁸⁴ () *Ibidem*.

⁹⁸⁵ () BOURRINET J., *Les investissements français dans le Tiers-Monde*, *Économica*, 1984, p. 87 ; VADCAR C., *op. cit.*, *supra*, *J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-52, n° 60.

⁹⁸⁶ () « Grâce à ses ressources pétrolières, la Libye a résolu le problème de la dépendance financière. Le financement des opérations de travaux publics étant assuré par des ressources locales, ... », KADIDI K., *Les contrats internationaux...*, *op. cit.*, *thèse*, Dijon, 1978, p. 5.

sont plus le résultat des exigences d'intérêts internes ⁽⁹⁸⁷⁾ que le fruit de la pression de la mondialisation. Ils visent à réaliser des objectifs manifestement propres à l'État concédant (amélioration d'une région défavorisée, réactivation de l'économie, importation de nouvelles technologies...). Leur évolution qui progresse vers la suppression affirme leur caractère exorbitant. Il ressort de ces réflexions qu'au-delà de la confrontation initiée, le droit public de l'État ne peut qu'être sollicité pendant la conclusion de ces marchés car « *quand un litige survient, il est allégué par les plaideurs pour soutenir leur cause* » ⁽⁹⁸⁸⁾. **N'intervenant pas seulement dans la formation des contrats, ce droit peut également affecter leur exécution.**

CHAPITRE II

TRAITEMENT JURIDIQUE DES ENGAGEMENTS CONTRACTUELS

226. Dans les marchés publics internes et internationaux, les cocontractants de l'administration doivent accomplir des engagements juridiquement enracinés dans les clauses souscrites et dans les usages de la profession ⁽⁹⁸⁹⁾. Ces engagements sont très divers : certains ont un caractère juridique (droit applicable, clause d'arbitrage), d'autres revêtent un aspect financier (garanties et cautions) et des tiers ont une nature technico-économique (description des prestations promises et leurs modalités de réalisation, délimitation de la concurrence, obligation de livraison, de réception...). Face à cette multiplicité, il n'est ni possible ni opportun de les traiter car cela dépasse l'objectif initialement visé. Il suffit alors de se pencher sur les clauses qui s'imposent à l'étude comparative des contrats administratifs et des *M.P.I.* et sur celles ayant un regain d'actualité. Ceci étant, les garanties autonomes révèlent que la passation et l'exécution des marchés publics évoquent un climat de méfiance et d'incrédulité. Elles démontrent que les investisseurs étrangers ne sont pas les seuls à vouloir s'assurer contre leurs partenaires par le biais de clauses de stabilisation et d'intangibilité. L'importance des projets envisagés et l'endettement public pour leur réalisation poussent l'opérateur étatique à exiger la délivrance d'une ou plusieurs garanties de remboursement et de bonne exécution. Instrument commun entre les marchés publics

⁹⁸⁷ () LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, op. cit., economica, Paris, 1985, p. 101.

⁹⁸⁸ () Tankoano AMADOU, « La place du droit public de l'État dans l'arbitrage international avec une personne privée », *Rev. Jur. Poli. Indép. Coö.*, 1988, pp. 938 et s, spéc. 945.

⁹⁸⁹ () KADIDI K., *Les contrats internationaux de travaux publics*, thèse, Dijon, 1978, p. 166.

internes et internationaux ⁽⁹⁹⁰⁾, les garanties autonomes posent, par leur nature, des questions particulières (qualification, appel abusif, influence de l'élément d'extranéité sur la réglementation), lesquelles constituent un sujet d'actualité (**Section I**). Par ailleurs, la valeur onéreuse des accords d'investissements motive l'intervention de l'État dans leur exécution successive ou à longue durée. L'État organise les modes d'exécution, dispose d'un pouvoir de contrôle ou de sanction et peut également modifier ces accords ou les résilier. Ces éléments suscitent de nouveau le concept de clause ou de régime exorbitant qui renforcent la doctrine visant à la publicisation de ces marchés. Il convient alors de préciser dans quelle limite l'État intervient et, si son intervention, ici positive, répond à ce courant de pensée ? Il va de soi que parallèlement aux contrats administratifs, l'exécution des *M.P.I.* évoque d'autres difficultés. Les circonstances et les conditions initiales des parties peuvent subir divers changements ⁽⁹⁹¹⁾. Les paramètres convenus peuvent s'altérer conduisant aux bouleversements de leurs conditions. Dans ces situations, on doit préciser dans quelle mesure les concepts *administrativistes* de changement de circonstances et de l'équation financière sont sollicités par les *spécialistes* des accords d'investissements (**Section II**).

Section I **Garanties autonomes**

227. La garantie est « *un acte unilatéral dont le garant assume la responsabilité pour l'avenant d'un certain résultat ou risque économique, c'est-à-dire le préjudice pouvant découler d'un rapport de droit avec un tiers* » ⁽⁹⁹²⁾. Création assez récente pour sécuriser les intéressés, les garanties inconditionnelles remontent à l'époque de crises pétrolières et aux vagues des nationalisations ⁽⁹⁹³⁾. Leur efficacité dans la pratique explique leur intégration dans les lois des marchés publics de plusieurs pays (les États-Unis, la France ou l'Égypte...) ⁽⁹⁹⁴⁾. Ces garanties, rencontrées à moindre échelle dans

⁹⁹⁰ () LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, economica, Paris, 1985, p. 122 (note de bas de page).

⁹⁹¹ () KAHN Ph., « La force majeure et les contrats internationaux de longue durée », *J.D.I.*, 1975, p. 468.

⁹⁹² () Définition donnée par la Cour fédérale de la république fédérale allemande, cité par LEBOULANGER Ph., *op. cit.*, economica, Paris, 1985, p. 121.

⁹⁹³ () CABRILLAC C., MOULY., *Droit des sûretés*, LITEC, 4^{ème} Éd. 1997, n° 397 ; MATTOUT J.P., *Droit bancaire international*, Banque éditeur, 2^e Éd. 1996, n° 197.

⁹⁹⁴ () DUBISSON M., *La négociation des marchés internationaux*, Paris, 1983, p. 123 ; SCHAFFER Eugène, « Des garanties bancaires à première demande dans les contrats clé en main », *Rev. Jur. Poli. Indép. Coö.*, 1988, p. 745 ; ELWAN Omia, « La loi applicable à la garantie bancaire à première demande », *R.C.A.D.I.*, V. III, T. 275, 1998, pp. 29 et s.

les marchés internes, n'ont suscité, chez les publicistes, qu'un moindre intérêt ⁽⁹⁹⁵⁾. Cependant, c'est à l'occasion des marchés internes que les premiers litiges concernant des garanties automatiques ont été examinés devant la Cour d'appel de Paris ⁽⁹⁹⁶⁾ et la Cour de Cassation ⁽⁹⁹⁷⁾. C'est, depuis ces précédents et d'autres arrêts plus récents que se sont posées, en l'espèce, des questions attirant l'attention. Cet intérêt relève également des lacunes et de la diversité législative concernant la réglementation de ces garanties ⁽⁹⁹⁸⁾. Les tentatives abusives de leur exécution expliquent pourquoi les juges sont réticents à leur autonomie vis-à-vis de l'accord de base et de cautionnement. Il convient donc de préciser si ces garanties sont un instrument partagé entre marchés internes et internationaux (**Sous-section I**) et d'étudier les problèmes engendrés par leur appel en exécution (**Sous-section II**).

Sous-section I **Aspects juridiques des garanties autonomes**

228. Le souci de protéger les créanciers a conduit à la mise en place de mécanismes de sûreté assez divers ⁽⁹⁹⁹⁾. Visant à faire face à la défaillance du débiteur, ces mécanismes visent à rembourser l'administration contractante ou à se substituer en lieu et place de son partenaire.

I / Distinction des garanties autonomes et leur réglementation

229. Les garanties autonomes, dites encore indépendantes, automatiques ou inconditionnelles, constituent l'engagement irrévocable d'un banquier garant, sous requête de son client (titulaire de l'accord de base), à payer au bénéficiaire (maître d'ouvrage), dès sa première demande, un montant déterminé, sans aucune objection

⁹⁹⁵ () On peut cependant citer certains travaux consacrés à ce mécanisme : CABRILLAC M., MOULY C., *Droit des sûretés*, Litec, 1997, n° 397 ; LIGNIERES P., *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, Litec, 1994 ; Pascal ANCEL, « Le cautionnement de marché public, générateur d'une obligation autonome », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2117 ; SIMLER P., *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^e Éd. Litec, 2000, n° 920 ; G. POURRET, « Les cautions des marchés réglementés, cautions ou garanties à première demande ? », *Les Petites affiches*, 19 juin 1992, p. 10..

⁹⁹⁶ () Cour d'Appel de Paris, 22 juin 1978, *Dalloz*, 1979, 2, obs., VASSEUR. Michel.

⁹⁹⁷ () Cour de Cassation, Ch. Comm., 13 décembre 1983, *Dalloz, Séries*, 1984, p. 420 ; C. Cass., Ch. Comm., 20 déc. 1982, *D. S.*, 1983, p. 365, notes VASSEUR M.

⁹⁹⁸ () DELAPORTE V., « Les conflits de lois en matière de garanties », *Dossier, Actualité du droit des sûretés, Les Petites Affiches*, 17 juin 1998, n° 72.

⁹⁹⁹ () Il s'agit de garanties réelles et de cautions personnelles, CREDOT F-J., *op. cit.*, *Les Petites Affiches*, 17 juin 1998, n° 72 ; LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, Economica, Paris, 1985, p. 116-117 ; J.M. Mousseron, R. Fabre, J. RAYNARD, J.-L. Pierre, *Droit du commerce international*, Litec, 1997, n° 967.

(¹⁰⁰⁰). Ces garanties engagent ainsi un banquier de payer au bénéficiaire, automatiquement et inconditionnellement le montant fixé sans que le garant puisse contester ou évaluer les documents (¹⁰⁰¹). Il s'agit de garanties, dites commerciales qui peuvent assurer la phase de la passation des *M.P.I.* (garanties de bonne soumission) ou leur phase d'exécution (garanties de bonne fin). Dans certains accords, ces dernières peuvent assurer le remboursement des acomptes, le paiement d'amendes ou de compensations découlant de la violation des réglementations (¹⁰⁰²). La plupart des *M.P.I.* exige leur conclusion. Le contrat du Métro du Caire stipulait que le consortium franco-égyptien, titulaire du marché, était tenu de fournir deux types de cautions : l'une 'retenue de garantie' d'une valeur de 10 % des coûts du projet, restituée dès réception provisoire. L'autre, *garantie de bonne fin* d'une valeur de 10%, libérée dès réception définitive (¹⁰⁰³).

A) Liens juridiques et modes de classement

230. Les garanties de bonne fin connaissent trois classifications : suivant leur objet, elles peuvent être garanties de livraison, de filiation, de restitution d'acompte (¹⁰⁰⁴) et de bonne exécution (¹⁰⁰⁵). Il s'y ajoute les contre-garanties, dites '*garanties de deuxième*

¹⁰⁰⁰ () ELWAN Omia, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, Tome 275, 1998, spéc. p. 30 ; voir également, « la garantie autonome est l'engagement pris par une banque à la demande de son client, vis-à-vis d'un tiers, à l'occasion d'un contrat intervenu entre eux, de payer, dès que ce tiers en fera la demande, sans pouvoir contester pour quelque motif que ce soit le bien-fondé de la demande de paiement et sans pouvoir tenir compte des défenses de payer du client ». CREDOT F-J., « L'actualité des garanties autonomes », *Les Petites Affiches*, 17 juin 1998, n° 72 ; de même, le projet de la CCI concernant les règles uniformes sur garanties contractuelles ou sur demande parle de « l'engagement pris, à la demande du maître d'ouvrage ou sur l'instruction d'une institution financière mandatée par lui, par une banque, une compagnie d'assurance ou une autre partie auquel le garant s'oblige à effectuer dans le limite d'un montant indiqué le versement de toute somme payée par le bénéficiaire ou donneur d'ordre conformément aux conditions de contrat et non-remboursé par ailleurs », cité par LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 120.

¹⁰⁰¹ () SCHAFFER E., *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Coop.*, 1988, p. 734 ; DUBISSON M., *La négociation des marchés...*, *op. cit.*, Paris, 1983, p. 126.

¹⁰⁰² () EL-WAN Omia, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, Tome 275, 1998, spéc. p. 40 ; CREDOT F-J., *op. cit.*, *Les Petit. Affi.*, n° 72, juin 1998 ; LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, Paris, 1985, p. 117.

¹⁰⁰³ () TAÏMOUR M.K., « La conception du contrat clé en main et son application dans le système égyptien », *Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 386 et s. spéc. 407.

¹⁰⁰⁴ () La garantie de restitution d'acompte est la contrepartie du paiement effectué par le client au titulaire du marché d'un (des) acompte(s) indispensable (s) au démarrage des travaux conclus. Son montant doit être égal à celui de l'acompte, généralement fixé à 10 % de la valeur globale du marché Son objectif est la restitution des acomptes versés régulièrement par le maître d'ouvrage en cas de rupture ou de mauvaise exécution. DUBISSON M., *La négociation des marchés...*, *op. cit.*, Paris, 1983, p. 120.

¹⁰⁰⁵ () Leur objet est d'avaliser la satisfaction du client à la bonne fin du marché. En droit français, elles sont des cautions émises pour couvrir la mauvaise ou non-exécution des prestations conjecturées. Leur montant correspond à la valeur totale du marché conclu. Elles couvrent tous les risques conduisant à défaillance du maître d'œuvre dans l'exécution, y compris les catastrophes naturelles ou les révolutions. SCHAFFER E., *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 1988, p. 730 ; DUBISSON M., *op. cit.*, *supra*, p. 122 ; ELWAN Omia, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, Tome 275, 1998, p. 41-43.

rang'. Celles-ci engagent un banquier « *en deuxième rang* » de couvrir l'échéance du banquier '*de premier rang*'. Elles ne sont qu'une conséquence de la volonté des opérateurs étrangers d'être couverts directement par des garants qui n'acceptent d'intervenir qu'à condition d'être à leur tour inconditionnellement couverts (¹⁰⁰⁶). Pour le banquier de premier rang, la contre-garantie est donc une précaution contre l'éventuelle mise en exécution de la garantie initiale. Ce mécanisme est de plus en plus fréquent. Dans un marché conclu entre un opérateur public iraquien et la société libanaise *BUTEK* pour la construction d'une compression de gaz, un acompte de 10 % des coûts de l'opération a été remis en contrepartie d'une garantie automatique de restitution d'acompte émise par la Banque iraquienne de la *Rafedine* et d'une contre-garantie menée par l'*Union des Banques Arabes et Françaises* (¹⁰⁰⁷). **Selon leurs conditions**, ces garanties peuvent être documentaires ou autonomes. Les premières sont celles dont le versement est subordonné à l'apport de certaines preuves à la mauvaise ou la non-exécution (rapports d'experts, certificats d'ingénieurs, décisions arbitrales ou judiciaires). Les secondes sont celles qui ne sont soumises à aucune condition. Elles sont donc inconditionnelles et impliquent le paiement immédiat du garant, c'est-à-dire sans exiger des vérifications. Suivant la qualité du donneur d'ordre, ces garanties peuvent être délivrées par la société sous-traitante ou l'entreprise co-traitante (groupe de sociétés). Elles seront alors adjointes pour la première et conjointe pour la dernière (¹⁰⁰⁸). D'autres garanties peuvent être émises par les maisons-mères. Elles concernent les grands marchés qui, pour plus de sûreté, commandent des garanties adjointes ou dites supplémentaires (¹⁰⁰⁹). Dénommées « *lettres de responsabilité* », ces garanties apportent le soutien aux filiales contractantes pour pallier la défaillance d'exécution. Constitutives d'une sûreté complémentaire, elles ne se substituent pas aux garanties émises par l'entreprise contractante, autonomes ou documentaires.

231. Le délai des garanties inconditionnelles doit être précisé dans son libellé sinon le garant peut se dégager à tout moment. Cependant, ces garanties sont par principe valides pour une durée égale à celle de l'accord les occasionnant. La bonne fin de ceux-ci ou leur caducité pour cause exonératoire autorise le banquier à récupérer les garanties

¹⁰⁰⁶ () PRÜM A., *De l'autonomie des contre garanties à première demande*, In *Mélanges A.E.D.B.F.-France*, 1997, Banque éditeur 1997, pp. 262 et s.

¹⁰⁰⁷ () Cour d'Appel de Paris, le 30 juin 1995, *Clunet*, 1997, pp. 441 et s., notes JACQUEMONT A.

¹⁰⁰⁸ () SCHAFFER E., *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Coop.*, 1988, pp. 730 et s ; DUBISSON M., *La négociation des marchés...*, *op. cit.*, p. 122 ; LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, pp. 118 et s.

¹⁰⁰⁹ () à celles émises par les filiales cocontractantes.

délivrées (¹⁰¹⁰). De même, la contre-garantie ne peut pas être appelée après expiration de sa durée de validité, notamment dans le cas où la garantie et la contre-garantie avaient le même délai (¹⁰¹¹). De plus, si la garantie de premier rang ne peut pas ou ne peut plus être appelée, faute de l'avoir été dans le délai, la contre-garantie, dont la durée excède celle de la précédente, perd sa raison d'être et peut être déclinée (¹⁰¹²).

232. Les garanties étudiées engendrent des rapports triangulaires tant entre les opérateurs de l'accord de base qu'entre chacun d'eux et d'autres partenaires (banque garante, contre garante, sous-traitante ou maisons mère). Il s'agit alors de trois contrats distincts : l'un entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (*contrat principal*), le second entre le donneur d'ordre et le banquier garant, et le dernier entre celui-ci (*la banque*) et le bénéficiaire. Ce faisant, ces garanties créent entre trois sujets au moins des relations bilatérales qui doivent se juxtaposer sans interaction. Le lien entre le donneur d'ordre et son banquier comprend un engagement de remboursement ou de substitution. Il engendre l'ouverture d'un crédit ou d'un contrat de service en vue de rembourser les sommes avancées en plus des rémunérations (souvent évaluée du 1 % à 2 % du montant du marché) (¹⁰¹³).

B) Traitement interne et international

233. Objet d'efforts considérables de la *CNUDCI*, les garanties autonomes ont été abordées par la *CCI* auparavant. Depuis 1978, la *CCI* leur a consacré plusieurs travaux afin de concilier les intérêts antagonistes des partenaires (bénéficiaire, donneur d'ordre, garant, contre garant). Sur la base d'une moralisation de l'autonomie accordée contre les tentatives abusives en exécution, l'article 9 des règles uniformes des garanties

¹⁰¹⁰ () COURTIER J.L., « La garantie à première demande : une nouvelle sûreté pour les créanciers », *Les Petites Affiches*, 23 mai 1994, n° 61 ; SCHAFFER E., *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Coop.*, 1988, pp. 738-740 ; LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *supra*, *économica*, Paris, 1985, p. 118 ; DUBISSON M., *La négociation des marchés...*, *op. cit.*, *supra*, Paris, 1983, pp. 129 et s.

¹⁰¹¹ () CREDOT F-J, « L'actualité des garanties... », *op. cit.*, *Les Petites Affiches*, 17 juin 1998, n° 72 ; VASSEUR M., obs. sous la Cassation commerciale du 3 avril 1990, *D.S.*, 1991, p. 195.

¹⁰¹² () En effet cette position est justifiée car la mise en jeu de la contre-garantie serait dans ce cas abusive. Néanmoins, la Cour de cassation a jugé autrement : « *les engagements de garantie et de contre-garantie à première demande étant indépendants les uns des autres, le garant est en droit d'appeler le contre-garant en exécution de son engagement quand bien même le sien propre ne serait plus valable, faute d'avoir été prorogé au-delà de la date initialement prévue* », Cour de Cassation, Ch. Comm., 8 novembre 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 322.

¹⁰¹³ () SCHAFFER E., *op. cit.*, *Rev. Juri. Poli. Indép. Coop.*, 1988, pp. 727-753, spéc. 736 ; DUBISSON M., *La négociation des marchés...*, *op. cit.*, p. 119 ; CHAMBREUIL B « Arbitrage international et garanties bancaires », *Rev. Arb.*, 1991, pp. 33-67 ; BERLIOZ G., « *Les garanties dans les relations économiques internationales* », J.-C. Périodique II, 13324 ; COURTIER J.-L., « La garantie à première demande : une nouvelle sûreté pour les créanciers », *Les Petites Affiches*, n° 61, du 23 mai 1994 ; AWAD Gamael El-din, *Khtabat ad-daman al-masrifiya (Les lettres de garanties bancaires)*, Le Caire, 1991, pp. 90 et s.

contractuelles exige la présentation de certains documents (décisions judiciaires ou arbitrales de mauvaise ou non-exécution). Durant les années 1980, la CCI a élaboré un nouveau projet intitulé « règles uniformes sur les garanties sur demande », adopté et publié par la CNUDCI en 1992. Ce projet contient des exigences particulières. À titre d'exemple, le garant peut être une institution bancaire ou financière. Il a le devoir de demander au bénéficiaire la présentation de documents et d'informer son client de toute demande tacite, « payez ou prorogez », ou de tout appel en exécution (¹⁰¹⁴).

234. Créée par l'ONU en 1966 afin de développer le droit du commerce international, la CNUDCI a approuvé un projet sur les garanties en question.. Ce projet est élaboré à l'instar de celui de la CCI et des règles de la convention de Vienne en 1980 et loi *type sur l'arbitrage commercial international*. Ses articles 19 et 20 contiennent des règles autorisant l'exercice de mesures provisoires contre les appels abusifs en exécution : serait abusive, la tentative d'exécuter une garantie conformément aux motifs ou aux documents affirmant clairement qu'aucun paiement n'est dû. Serait inacceptable, toute tentative d'exécution faite alors que l'obligation sus-jacente de donneur d'ordre a été annulée par le juge ou l'arbitre. Dans ce cas, l'article cité prévoit que le garant refuse, en bonne foi, le versement de la garantie faute de quoi le donneur d'ordre aurait, selon l'article 20, le bien fondé de demander la saisie de son montant (¹⁰¹⁵). La valeur juridique de ces projets est transversale. Les règles de la CCI sont dépourvues de force juridique à défaut d'une compétence législative de cette institution arbitrale. Leur application est purement volontariste et leur qualification ne dépasse pas les conditions générales des affaires, *lex mercatoria* ou usages du commerce international. Par ailleurs, en vigueur depuis l'an 2000, les dispositions de la CNUDCI ont une valeur normative supérieure aux textes juridiques des États qui les ont ratifiés. Dès qu'un État y adhère, les textes contraires ne s'appliquent pas aux questions conflictuelles (¹⁰¹⁶).

235. L'étude des garanties autonomes conduit à l'interrogation sur la position des législateurs (franco-égyptien) et du juge national. **En droit français**, la nécessité de réaliser des grandes opérations a poussé le législateur à exiger l'apport de plusieurs garanties et cautionnements : garanties de bonne soumission, garantie d'achèvement de

¹⁰¹⁴ () VASSEUR M., « Les nouvelles règles de la chambre de commerce international pour les garanties sur demande », *Rev. Dr. des Affaires Internationales*, 1992, pp. 220 et s.

¹⁰¹⁵ () ELWAN O., La loi applicable à la garantie bancaire..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, T. 275, 1998, spéc., pp. 116-120

¹⁰¹⁶ () Ainsi la ratification des États comme Tunis ou le Koweït rend caduque leurs codifications contraires aux dispositions de ce projet en matière d'appels abusifs ou frauduleux, Cf. *ibid.*, pp. 87, 110, 111 et 200.

l'ouvrage (caution sans bénéfice de discussion et de division, garantie de restitution d'acompte ou d'utilisation de la subvention). Ces garanties sont prévues au Code des Marchés Publics (¹⁰¹⁷) dont l'article 115 prévoit que « *tout titulaire d'un marché (de l'État) peut être tenu de fournir un cautionnement en garantie de la bonne exécution du marché et du recouvrement des sommes dont il serait tenu débiteur au titre de celui-ci. Le cautionnement en numéraire ou en titres peut être remplacé par une caution personnelle ; l'engagement de la caution personnelle est établi selon un modèle fixé par arrêté qui doit comporter l'engagement de verser jusqu'à concurrence de la somme garantie, les sommes dont le titulaire viendrait à se tenir débiteur au titre du marché* ». Ce versement, dit l'article 144 dudit Code, « *est fait sur l'ordre de l'administration contractante et cela sans que la caution puisse différer le paiement ou soulever une protestation pour quelque motif que ce soit* ».

236. Les garanties de marchés publics ont connu une importante évolution. Leurs régimes juridiques connaissaient une distinction entre les garanties délivrées à l'occasion des marchés de l'État et celles concernant les marchés de ses démembrements. La garantie de principe était alors un *cautionnement*, dépôt de garantie. Cependant, les parties pouvaient d'un commun accord la remplacer par la fourniture d'une *caution personnelle et solidaire d'un établissement de crédit agréé*. Le modèle de cet engagement de caution avait été fixé en annexe d'un arrêté du 10 décembre 1984 (¹⁰¹⁸). Selon ce modèle, la caution s'engageait à *exécuter « sur ordre de versement de l'administration sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit* ». Cet engagement correspond à une « *garantie à première demande* ». Il est dès lors judicieux de penser que la garantie de bonne exécution n'était en réalité qu'une garantie inconditionnelle qui s'ignorait. C'est d'ailleurs ainsi qu'à l'époque, les privatistes présentaient volontiers l'article 144 du Code des marchés publics. Il faut également rappeler que c'est à travers un arrêt de la Cour d'appel de Paris en 1978, concernant une garantie bancaire fondée sur ce texte, que la doctrine française s'est, pour la première fois, intéressé aux garanties en question (¹⁰¹⁹).

¹⁰¹⁷ () notamment à ses articles ns° 125, 131 et 144. V. RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, 1^{ère} édition, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 376.

¹⁰¹⁸ () ANCEL Pascal, « Le cautionnement de marché public... », *op. cit.*, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2117.

¹⁰¹⁹ () VASSEUR, *note précitée*, *Dalloz*, 1979, Jurisprudence, p. 259 ; ANCEL P., *op. cit.*, *Rec.*, *Dalloz*, 2001, p. 2117, n° 10.

237. En 1992, le législateur français a aménagé la réglementation des garanties financières exigées des titulaires de marchés publics en unifiant les règles applicables aux garanties délivrées aussi bien à l'occasion des marchés de l'État qu'à l'occasion des accords passés avec ses personnes morales. L'article 322 du Code des marchés publics renvoie aux articles 125, 131 et 132, qui font de la garantie normale une retenue de garantie ⁽¹⁰²⁰⁾. Les modèles de ces articles ont été fixés par un arrêté du ministre de l'Économie et des Finances le 10 décembre 1993. D'une manière surprenante, le modèle de l'engagement de caution, néanmoins distinct de celui de la garantie autonome, implique, et tout comme celle-ci, que la caution s'engage à effectuer, sur ordre de l'administration ou de l'établissement sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit. Ceci étant, une lecture attentive démontre qu'il s'agit bien de deux actes complètement différents. Si la sûreté est assortie d'une clause de paiement immédiat, elle n'est plus une simple caution et doit se voir attribuer sa qualification ! ⁽¹⁰²¹⁾.

238. Le droit public égyptien connaît les garanties autonomes depuis l'arrêté n° 452 de 1952 du ministre des finances, la loi n° 236 de 1954 concernant l'accès aux marchés publics et ses modifications ⁽¹⁰²²⁾. Ces textes qui prévoient la remise de garanties payables à la première demande de l'administration en cas de mauvaise ou de non-exécution, n'ont pas posé d'autres règles en l'espèce. De plus, ni l'ancien code égyptien de 1883, ni son Code Civil, auquel on se réfère en cas de lacune, ne contiennent pas de réglementation. Seules la jurisprudence et la doctrine concernées se sont chargées par la recherche d'une solution adéquate. Pour pallier cette lacune, le nouveau Code égyptien du Commerce de 1999 a consacré ses articles 355 à 360 aux garanties en question ⁽¹⁰²³⁾. Ces articles précisent que, par ces garanties, le banquier agit en son propre nom et s'implique irrévocablement dès que le bénéficiaire reçoit sa lettre d'engagement ⁽¹⁰²⁴⁾. Ils octroient aux opérateurs publics du pays la possibilité de proroger les garanties dont ils bénéficient au moyen d'une demande adressée au donneur d'ordre avant la date

¹⁰²⁰ () Ainsi l'article 131 prévoit que « *la retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, par une caution personnelle et solidaire* ». Cet article est devenu l'art. 100 du nouveau Code des marchés publics.

¹⁰²¹ () ANCEL P., *op. cit.*, *Recueil, Dalloz*, 2001, *Jurisprudence*, p. 2117, ns° 11-12.

¹⁰²² () Il s'agit de la loi n° 158 du 1983 et celle n° 8 du 1999.

¹⁰²³ () AWAD Gamal El-din, *Khtabat ad-daman al-masrifiya*, (*Les lettres de garanties bancaires*), Le Caire 1991, spéc. pp. 12 et 24 ; SOUBEIH N., *La lettre de garantie internationale, thèse*, Paris I, 1989, p. 45.

¹⁰²⁴ () AWAD Gamal El-Din, *Algawanebe al-quanunia lehamaliates al-benouques* (*Les côtés juridiques des opérations bancaires*), Le Caire, 1989, pp. 611 et s ; ELWAN O., *op. cit.*, *R.C.D.I.*, V. III, 1998, p. 72.

d'expiration. Il faut que ce dernier approuve cette demande, faute de quoi ni le bénéficiaire, ni le banquier ne peuvent faire de prolongation ⁽¹⁰²⁵⁾. Cette exigence n'est pas une innovation car la pratique jurisprudentielle l'a souvent prise en considération. Dans un pourvoi en cassation, la Haute Cour égyptienne a annulé la décision de la Cour d'appel du Caire, donnant lieu au versement d'une garantie prorogée unilatéralement ⁽¹⁰²⁶⁾. En formulant une demande de paiement par extension « payez ou prorogez », le bénéficiaire peut échapper au risque de non-approbation ⁽¹⁰²⁷⁾.

239. Suivant la doctrine égyptienne, la garantie automatique est un engagement personnel destiné à la bonne exécution du contrat principal. Elle est en faveur du maître d'ouvrage en qualité de « *bénéficiaire* » et ne doit donc pas être transférée à des tiers, comme le souligne le Code commercial ⁽¹⁰²⁸⁾. La doctrine critique l'article 355/2 du Code octroyant au juge la possibilité de combler les lacunes législatives par les usages du commerce international. Ce texte suppose l'application de règles uniformes (*CCI/CNUDI*) qui ont des dispositions désavantageuses pour l'Égypte et le nouveau monde industriel. En effet, une telle exception qui contredit l'attitude majeure de la doctrine et de la jurisprudence, est dépeinte comme un '*acte digne d'attention*' par le législateur d'un État ayant une large influence régionale ⁽¹⁰²⁹⁾.

II / Nature juridique des garanties autonomes

240. Face à la diversité typologique et l'hétérogénéité des règles juridiques, ces garanties soulèvent d'importantes difficultés. L'examen de leur qualification **(B)**, l'interrogation sur leur automaticité et leurs liens de causalité **(A)** sont fréquemment soulevés.

A) Originalité et causalité

241. Conformément aux arrêts de la Cour de cassation, la réglementation des garanties autonomes découle des dispositions de l'article 1134 du Code civil français. Il

¹⁰²⁵ () Nouveau Code égyptien du commerce.

¹⁰²⁶ () Cassation égyptienne 16 mai 1972, *EL-MAGMOUHA* (Groupe des jugements de cassation en matière civile et commerciale), 22^e années, p. 919. cité par EL-KALIOBI Samiah., *Alussus al-quanouniah léamaliatie albnouques, (Les fondements juridiques des opérations bancaires)*, Le Caire, 1992, p. 470.

¹⁰²⁷ () AWAD G. E., *op. cit.*, Le Caire, 1991, spéc. pp. 198 et s.

¹⁰²⁸ () Cf. *ibid.*, p. 152.

¹⁰²⁹ () L'auteur fait référence au fait que le système juridique égyptien et ses doctrines sont sollicités par plusieurs États arabes. Les juges de ces pays s'y réfèrent pour combler les éventuelles lacunes, interpréter une équivoque, contrebalancer inadéquation ou trancher une contradiction. Il sous-entend donc que le législateur devait être vigilant lors de la rédaction de ce code commercial. ELWAN O., *op. cit.*, pp. 86 et s ; ALAM EL-DIN Ismail M.-D., *Sharh quanun al-tigara al-gadid (Explication du nouveau code du commerce)*, Le Caire, 1999, p. 692.

s'agit du principe d'autonomie de la volonté qui doit être valablement exprimée ⁽¹⁰³⁰⁾. La lettre de garantie doit remplir les conditions essentielles à savoir une capacité contractuelle, un objet déterminé sinon déterminable et une cause non-entachée d'illégalité. Ces éléments ne causent pas de problème d'appréciation ⁽¹⁰³¹⁾. Pas plus que la détermination de la cause des garanties automatiques qui n'a d'ailleurs pas reçu de solution satisfaisante en matière de cautionnement. Incontestablement, les difficultés ne font que s'aggraver lorsqu'il s'agit des garanties en question. La source de cette complexité relève de l'automatisme revendiqué. La cause de garantie détermine son efficacité, son autonomie à l'égard de l'accord de base et de celui de cautionnement. Cependant, la doctrine est trop divisée. Défendue, notamment en matière de cautionnement, la thèse des '*anticausalistes*' est rejetée parce qu'elle est contraire à l'article 1131 du Code Civil selon lequel « *l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* » ⁽¹⁰³²⁾. Cependant, la position des *causalistes* loin d'être unifiée car certains font de l'accord de base la cause des garanties ⁽¹⁰³³⁾, d'autres allouent ce caractère au lien entre le garant et son client (donneur d'ordre) ⁽¹⁰³⁴⁾, et des tiers l'enracine dans les liens entre le banquier et bénéficiaire ⁽¹⁰³⁵⁾. Devant cette diversité, le problème demeure posé et il convient d'interroger la justice française à son propos. Depuis sa décision du 22 juin 1978, la

¹⁰³⁰ () COURTIER J.L., « La garantie à première demande: une nouvelle sûreté pour les créanciers », *Copyright Petites Affiches*, Éd. 27 avril 2001 ; *Les Petites Affiches*, n° 61, 23 mai 1994.

¹⁰³¹ () Ainsi les questions de forme supposent le recours au Code Civil, Code Commercial ou Code de Marchés publics. Celles de capacité contractuelle ou du consentement sollicitent l'application des règles institutionnelles des personnes morales et la théorie générale des obligations, Cf. *Ibidem.*

¹⁰³² () LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, Economica, Paris, 1985, pp. 126-127.

¹⁰³³ () Ainsi M. SIMLER considère que la notion de cause est double. Elle renferme à la fois une cause objective, immédiate et invariable et une cause subjective « *plus médiate, commune aux deux parties au contrat et infiniment variable* ». Selon lui, la cause objective se définit de la manière suivante : « *la fonction de sûreté de la garantie autonome, qui implique une référence nécessaire à un contrat de base, conduit, en définitive, à rechercher la cause de la garantie dans ce contrat. Si le garant s'oblige envers le bénéficiaire, c'est pour que celui-ci consente au donneur d'ordre l'avantage subordonné à la constitution de la garantie...* », cité par COURTIER J.L., *op. cit.*, *Les Petit. Aff.*, n° 61, du 23 mai 1994 (*Copyright Petites Affiches*, Éd. du 27 avril 2001) ; dans ce sens, M. DUBISSON considère que quoique autonome la garantie « *a été délivrée à l'occasion du marché principal. De ce fait, si elle est indépendante du contrat principal, la garantie autonome ne tire pas moins son existence sinon, comme on l'a écrit parfois à tort, sa cause, dans le marché principal* », in « Le Droit de saisir les garanties bancaires émises dans les marchés internationaux », *Juris-Classeur Périodique*, 1982, 11, 138, n° 7.

¹⁰³⁴ () La cause de l'engagement de la banque est, pour M. Berlioz, « *de verser les sommes convenues est l'obligation du donneur d'ordre d'indemniser la banque émettrice (...). D'autre part, l'émission d'une garantie à première demande donne lieu au paiement d'une commission qui constitue, par ailleurs, une cause de l'engagement de la banque* ».

¹⁰³⁵ () Thèse défendue par M. VASSEUR lors de ses commentaires précités sur des arrêts de la Cour de Cassation. L'auteur est particulièrement favorable au développement de la garantie autonome tant dans les rapports internationaux qu'internes. Pour lui il ne peut exister aucune interférence juridique entre le contrat de base et l'engagement de garantie, v., notes précitées.

Cour d'appel de Paris s'est rigoureusement placée en faveur de l'autonomie de ces garanties : « *la banque qui, en application des articles 125 et suivants du Code des marchés publics a souscrit un engagement de caution dit à première demande en garantie de la bonne exécution d'un marché et du recouvrement des sommes dont le titulaire serait reconnu débiteur au titre du marché, est tenu d'exécuter son engagement envers la collectivité publique, sans avoir à solliciter l'accord des sociétés cautionnées. Elle est fondée à réclamer son remboursement à ces dernières, même si la collectivité publique a postérieurement annulé son titre de recette émis à tort* »⁽¹⁰³⁶⁾.

242. Dans un litige concernant une garantie documentaire, la Cour de Cassation a jugé que les motifs de cautionnement diffèrent selon chaque situation, précisant qu'en l'espèce, la discussion n'a pas porté sur la cause du cautionnement mais seulement sur la commune intention des cocontractants. La Cour a estimé que cette question ne faisait donc pas partie de sa compétence normative et relève ainsi du pouvoir souverain des juges du fond⁽¹⁰³⁷⁾. Dans un autre arrêt du 20 décembre 1982, la Haute Cour a eu l'occasion d'indiquer clairement sa position quant au lien de causalité concernant une garantie autonome de bonne exécution. Elle a jugé que le banquier ne pouvait se dérober au paiement de la garantie, par son allégation de nullité de l'accord de base qui « *n'est pas la cause de garantie automatique mais seulement l'occasion* »⁽¹⁰³⁸⁾. En effet, la Cour avait d'abord approuvé la démarche de la Cour d'appel ayant restitué à l'engagement d'une banque son fondement juridique non pas de « *cautionnement mais de garantie autonome* ». Elle en a déduit que cette qualification « *interdisait à la banque de se prévaloir des exceptions qu'une seconde société pouvait opposer à la première, tenant à l'inexécution du contrat les unissant...* ». La Cour a enfin exprimé son attachement à cette conclusion, « *même si l'engagement de la banque avait pour cause le contrat de base dont la nullité était alléguée, en l'état, la banque ne pouvait se dérober de son obligation* »⁽¹⁰³⁹⁾. On peut alors conclure que cette décision a tracé la ligne de démarcation entre les garanties inconditionnelles et l'accord principal. Elle assure que ces garanties en tirent leur existence, tout en conservant à son égard une totale autolimitation. Les exceptions pouvant lui être opposées sont inopposables aux lettres de garantie.

¹⁰³⁶ () Cour d'appel de Paris, 22 juin 1978, *Dalloz*, 1979, 2, obs. VASSEUR M.

¹⁰³⁷ () C.Cass., Ch. Comm., arrêt Beauvais, 9 avril 1973, *Dalloz Séries*, 1973, note MALAURIE.

¹⁰³⁸ () C. Cass., Ch. Comm., 20 décembre 1982, *Dalloz Séries*, 1983, *Bulletins Civ. IV*, n° 417, p. 365, note VASSEUR.

¹⁰³⁹ () Cf. *Ibidem*.

243. Le principe de l'indépendance des garanties automatiques est avéré. Les garanties de premier rang et celles de deuxième rang sont autonomes les unes des autres et vis-à-vis des accords de base les occasionnant ⁽¹⁰⁴⁰⁾. Faut-il préciser que l'autonomie de garanties inconditionnelles obéit au but des bénéficiaires : dans la mesure où elle doit résulter de la renonciation du garant à invoquer les exceptions propres au débiteur, elle leur évite de longues procédures judiciaires ⁽¹⁰⁴¹⁾. Ceci étant, il n'est pas étonnant que plusieurs textes législatifs affirment cette idée. Le Code des marchés publics français indique que le garant s'engage à « payer, à la première demande, dans la limite du montant garanti, les sommes que l'administration pourrait demander [...] soit parce que l'exécution du marché n'aura pas été menée à son terme, soit parce que le titulaire n'aura pas procédé aux échanges ou réparations demandés pendant la période de garantie ». Le Code précise que « les sommes payées resteront acquises à l'Administration quel que soit le motif d'inexécution des prestations, même en cas de force majeure, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire du titulaire, l'engagement étant autonome par rapport aux éventuelles dettes de ce dernier ». De même, en Égypte, le principe d'autonomie a été affirmé par la jurisprudence ⁽¹⁰⁴²⁾ et la doctrine ⁽¹⁰⁴³⁾ avant de l'être par la nouvelle codification : la lettre de garantie est « l'engagement pris par un banquier sur demande du donneur d'ordre de payer au bénéficiaire une somme déterminée ou déterminable durant la durée de validité et sans aucune objection » ⁽¹⁰⁴⁴⁾.

244. Certaines décisions de la Cour de cassation ont délimité l'étendue de l'automatisme affirmée. En effet, « payer à première demande, c'est régler immédiatement, c'est renoncer à exiger des délais de paiement » ⁽¹⁰⁴⁵⁾. Néanmoins, instantanéité et indépendance peuvent ne pas s'identifier. La mention d'un « paiement à première demande » est insuffisante pour caractériser, à elle seule, l'autonomie de la

¹⁰⁴⁰ () CREDOT F-J., « L'actualité des garanties autonomes », *op. cit.*, *Les Petites Affiches*, juin 1998, n° 72.

¹⁰⁴¹ () SCHAFFER E., « Des garanties bancaires à première demande... », *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Coop.*, 1988, p. 736 ; DUBISSON M., *La négociation des marchés...*, *op. cit.*, Paris, 1983, p. 126 ; CREDOT F-J., « L'actualité des ... », *op. cit.*, *Les Petites-Affiches*, 17 juin 1998, n° 72.

¹⁰⁴² () Plusieurs arrêts de la Cour de Cassation égyptienne reconnaissent l'autonomie de ces garanties ; arrêt du 27 mai 1969, *Magmouha al-ahkam al-madania* (Groupe des jugements civils), 20^{ème} année, p. 811 ; adde, Cassation du 14 mars 1972, même référence, 23^{ème} années, p. 401 ; Cassation du 13 février 1984, *ibid.*, 35^{ème} année, p. 473.

¹⁰⁴³ () EL-KALIOBI Samiah., *Alussus al-quanouniah léamaliatie al-benouque*, (*Les fondements juridiques des opérations bancaires*), *op. cit.*, pp. 153 et s ; AWAD G.A., *khétab al-daman almassrfiah*, (*Les lettres de garanties...*), *op. cit.*, pp. 24 et s ; ELWAN O., *La loi applicable à la garantie...*, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1998, pp. 71 et s.

¹⁰⁴⁴ () Art. 355 du nouveau Code égyptien du Commerce.

¹⁰⁴⁵ () Cour de Cassation, 10 mai 1994, *Quotidien juridique*, 19 juillet 1994, p. 7, note J.D.P.

garantie. Il est nécessaire de relever la volonté du garant de n'élever aucune contestation en relation avec le contrat de base d'autant plus que l'automatisme « *ce n'est pas renoncer à se prévaloir d'une référence au contrat en considération duquel la garantie a été donnée* ». On doit toutefois préciser que les allégations liées à la clause compromissoire insérée dans l'accord principal ou à la nullité de celui-ci ne peuvent pas être, en l'occurrence, des motifs valides d'opposabilité ⁽¹⁰⁴⁶⁾. Ainsi, doctrine, jurisprudence et législateurs sont d'accord sur l'autonomie de ces garanties vis-à-vis de l'accord de base et du cautionnement. Cette harmonie ne met pas fin à d'autres difficultés soulevées chaque fois que se pose le problème de leur qualification.

B) Qualification

245. L'autonomie universellement admise influe sur toute tentative de qualification. Stipulation pour autrui, promesse de porte-fort ou délégation imparfaite, la nature juridique de telles garanties a été recherchée dans la théorie générale des obligations ⁽¹⁰⁴⁷⁾. L'opinion majeure en Égypte les a qualifiées d'acte à volonté unilatérale et non d'acte multilatéral (contrat), paradoxalement à la position d'autres juridictions (allemande ou française) ⁽¹⁰⁴⁸⁾. Cette opinion est confirmée par le nouveau Code, dont l'article 359 les nomme '*lettre de garanties*' et non '*garanties autonomes*' ou '*cautionnement*'. Il en résulte que le garant et non le bénéficiaire est le seul visé et que sa volonté unilatérale est la seule et unique source d'obligations ⁽¹⁰⁴⁹⁾. Dans ce contexte, les garanties délivrées par les maisons-mère entraînent une constante hétérogénéité à leur qualification. Il peut s'agir d'un engagement d'honneur, purement moral, d'un engagement civil obligatoire, d'un engagement unilatéral ou contractuel. Cette obligation peut alors constituer une garantie, une stipulation pour autrui ou une simple caution. Cependant, si cette pratique *peut revêtir facilement la forme de caution solidaire, elle n'aurait que difficilement la qualité de garantie autonome*. Par ailleurs, l'étendue de la lettre d'engagement dépasse largement la définition stricte du cautionnement. La garantie au sein du groupement de sociétés s'assimile à la caution.

¹⁰⁴⁶ () Cf. *Ibidem*.

¹⁰⁴⁷ () LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, pp. 124 et s.

¹⁰⁴⁸ () Le Droit français ne connaît que le contrat bilatéral (article 1134 CC). Ce contrat ne produit d'effets qu'entre ses parties. La seule exception est la stipulation pour autrui (Article 1121). Elle constitue un engagement au profit d'un tiers qui est le bénéficiaire, COURTIER J-L., *op. cit.*, Copyright Petites Affiches, Éd. du 27 avril 2001 ; Les Petites Affiches du 23 mai 1994, n° 61. Cependant, au-delà de cette exception, l'on peut relever l'harmonisation entre la justice égyptienne et française sur cette question, ALAM ELDIN Ismail M.-D., *Massoulyat al-benouque, (La responsabilité des banques)*, Le Caire 1993, Tome 2, p. 873.

¹⁰⁴⁹ () Article 359 du Nouveau Code du Commerce égyptien.

Elle s'y oppose parce que l'obligation de la maison mère s'étend à la substitution technique, sans s'arrêter à un pur engagement de paiement ou de remboursement⁽¹⁰⁵⁰⁾. Il ne s'agit donc pas d'une stipulation pour autrui faute d'avoir un stipulant. Dès lors, la qualification retenue est celle d'un acte unilatéral ou d'une simple promesse de caution car la maison-mère, auteur de la lettre de garantie, n'a jamais été directement impliquée dans la relation principale ou l'acte accessoire puisque sa filiale est l'unique partenaire.

246. Ce faisant, comment trouve-t-on la qualification appropriée en cas de différend et que ferait-on si les termes de la garantie n'étaient pas rédigés de façon aussi claire ? Dans ce cas, l'autonomie doit résulter distinctement de l'objet bien défini et de la renonciation du garant à invoquer des exceptions propres à l'émetteur. En cas d'ambiguïté sur la nature de la garantie, le juge ou l'arbitre doit examiner les circonstances de la cause et déterminer l'intention du rédacteur⁽¹⁰⁵¹⁾. Conformément à la théorie générale des obligations, le doute sur la nature exacte de l'engagement doit s'interpréter au profit du débiteur⁽¹⁰⁵²⁾. Autrement dit, sans s'arrêter à la dénomination utilisée, on doit restituer à la garantie son exacte qualification, à savoir dans ce cas, simple caution ou garantie documentaire⁽¹⁰⁵³⁾. Le droit à la lumière duquel se déterminera la qualification, serait celui du lieu de conclusion de l'accord, c'est-à-dire la loi personnelle de la maison mère⁽¹⁰⁵⁴⁾. Dans un marché « *clé en main* » passé en 1982, un constructeur européen s'est engagé à réaliser un complexe portuaire de pêche et d'entretien de navires pour le compte d'un maître d'ouvrage d'un État africain. Par l'intermédiaire d'une banque européenne, le constructeur s'est engagé à fournir une garantie de bonne fin. Par une lettre de garantie, le banquier garant a adressé sa lettre d'engagement dans laquelle a-t-il exprimé la volonté de payer le montant convenu « *tout en renonçant explicitement au bénéfice de discussion et de division sur demande écrite* », du bénéficiaire, du moment où celle-ci est « *accompagnée d'un rapport établi par un expert du Centre International d'Expertise de la Chambre de Commerce International* »⁽¹⁰⁵⁵⁾. Le litige sur l'exécution de l'accord a donné lieu à un autre conflit

¹⁰⁵⁰ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre Etats et...*, op. cit., Paris, 1985, pp. 128-129.

¹⁰⁵¹ () DELAPORTE V., « Les conflits de lois en matière de... », op. cit., *Actualité du droit des sûretés, Les Petites Affiches*, p. 7.

¹⁰⁵² () Article 1162 du Code civil Français et article 152 du Code Civil égyptien selon lesquels, en cas de doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

¹⁰⁵³ () Cette qualification est moins lourde qu'une garantie autonome ou promesse de paiement. CREDOT F-J., « L'actualité des... », op. cit., *Les Petites Affiches*, 17 juin 1998, n° 72.

¹⁰⁵⁴ () DELAPORTE V., op. cit., supra, *Les Petites Affiches*, 17 juin 1998, n° 72, p. 8.

¹⁰⁵⁵ () Sentence CCI, Affaire n° 5639 en 1987, *Clunet*, 1987, pp. 1055-1061, notes S.J.

concernant la garantie de bonne fin. L'ambiguïté de la lettre adressée a occasionné le problème de la qualification. Sur ce point, la partie étatique a défendu l'automatisme de cet engagement. A l'opposé, le banquier a revendiqué que la garantie n'était ni plus ni moins qu'une simple caution. Statuant à Paris, la sentence CCI a ainsi tranché cette question : « *la lettre de garantie est dans ses termes très équivoque. D'une part, la banque utilise les mots de « caution bancaire de bonne fin », « caution solidaire », « renonciation au bénéfice de discussion et de division » caractéristiques d'une caution. Mais de l'autre, la banque s'engage à payer « sur une demande écrite de votre part accompagnée d'un rapport établi par un expert »* »⁽¹⁰⁵⁶⁾. Contraint de choisir entre ces termes contradictoires, le tribunal a d'abord regretté qu'une banque ait pu laisser subsister pareille contradiction. Il a ensuite estimé *qu'il s'agit bien « d'une garantie bancaire de genre documentaire, c'est à dire indépendante de l'obligation principale et subordonnée à la seule production d'un document... »* »⁽¹⁰⁵⁷⁾.

247. Ce problème de qualification est loin d'échapper à la compétence du juge de l'Administration. Dans un arrêt de 1996, le Conseil d'État avait parfaitement fait la distinction entre les garanties autonomes et le cautionnement. L'affaire relevait d'un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté de 1993, ayant pesé sur le garant des obligations excédant celles du titulaire du marché. Le Conseil d'État a affirmé que les obligations d'une garantie autonome diffèrent de celles résultant d'une caution personnelle et solidaire. Il a justement conclu qu'une telle garantie « *constitue une obligation autonome, indépendante du marché* ». Par conséquent, les obligations qui en dérivent « *peuvent être différentes de celles qui incombent au titulaire du marché du fait de la retenue de garantie* »⁽¹⁰⁵⁸⁾. Cette position durera peu. Quatre ans plus tard, la justice administrative a appliqué les règles des garanties autonomes à un conflit concernant un cautionnement. L'arrêt du 14 juin 2000 a fait l'objet d'une confusion. L'affaire concerne un marché passé par la commune de Savoie, en 1988, pour la réalisation d'un télésiège. La Banque *Rhône-alpes* s'était portée caution solidaire de l'entrepreneur en application de l'article 322 du Code des marchés publics. Le télésiège avait été livré en 1989, mais, dès 1990, la commune, constatant certaines déficiences, en réclamait la réparation à son cocontractant. Or, celui-ci était mis en redressement

¹⁰⁵⁶ () Les arbitres ont également relevé *trois autres traits qui, selon celle-ci, caractérisent la qualité de caution : le paiement de tout ou partie d'un montant indiqué dans la lettre d'engagement, la réduction progressive de la garantie suivant l'avancement des travaux et l'insertion d'une clause compromissoire en cas de litige ou de difficulté d'interprétation.* Cf. *ibid.*, p. 1055.

¹⁰⁵⁷ () Cf. *ibidem*.

¹⁰⁵⁸ () Conseil d'État, 10 mai 1996, *Sommaire*, p. 111, obs. TERNEYRE.

judiciaire depuis le 24 décembre 1989. En outre, la commune n'avait pas déclaré sa créance dans le délai prévu par les textes sur les procédures collectives. Elle n'avait pas non plus demandé de relever de forclusion. Dans ce contexte, la Cour administrative d'appel de Lyon avait été saisie afin de préciser si la commune pouvait faire jouer le cautionnement. Par une réponse positive, la Cour a estimé que l'action engagée par un maître de l'ouvrage public à l'égard de la caution « *tend à la constatation de l'existence d'une obligation autonome née d'un contrat de droit public qui ne disparaît pas du fait de la mise en redressement judiciaire de l'entreprise défaillante* »⁽¹⁰⁵⁹⁾. Le garant avait fait un recours contre cette décision, lequel a été rejeté aussitôt de sa formulation. Le Conseil d'État a considéré que la non déclaration de la procédure de la créance principale n'avait pas d'incidence sur la solution du fond et n'empêche donc pas la commune de poursuivre la caution. Pour y parvenir, le Conseil d'État s'est appuyé sur une définition du cautionnement qui heurte de plein fouet la logique privatiste du caractère accessoire. Pour lui, la caution de l'exécution d'un marché public apporte à l'administration une garantie indépendante de la situation de son partenaire en redressement. Ce cautionnement constitue une obligation incontestablement autonome et indépendante de la situation de l'entreprise en redressement. Ainsi, la juridiction administrative a adopté une attitude opposée à celle de la Cour de cassation. Faut-il brièvement mentionner que, dans un domaine similaire (marchés privés des travaux), la Haute Cour française attribue aux garanties fournies par les entrepreneurs de construction la qualité de garanties autonomes⁽¹⁰⁶⁰⁾. Sur ce fondement, la motivation donnée par le Conseil d'État manifeste une méconnaissance totale du caractère accessoire du cautionnement. Affirmant le caractère autonome de l'obligation de la banque garante tout en restant dans le cadre du cautionnement, cette orientation révèle d'une véritable contradiction. De quoi, le civiliste ne peut qu'être grandement surpris de voir accolés au cautionnement les qualificatifs « *indépendant* » et « *autonome* » qu'il réserve à des mécanismes totalement différents⁽¹⁰⁶¹⁾.

248. Face à ces objections, on doit se demander s'il y avait d'autres desseins pour que le Conseil d'État ait cette impression ou adopte cette position ? En effet, pour

¹⁰⁵⁹ () ANCEL P., « Le cautionnement de marché public, ... », *op. cit.*, *Recueil Dalloz*, 2001, Jurisprudence, p. 2117, n° 7.

¹⁰⁶⁰ () Cour de Cassation, 3^{ème} Ch. Civ., 12 mars 1997 (2 arrêts), *Bull. civ.*, 111, n° 53 ; JCP 1998, 1, n° 103, obs. SIMLER ; *Revue de Droit bancaire et bourse*, 1997, p. 174, obs. CONTAMINE-RAYNAUD.

¹⁰⁶¹ () ANCEL P., *op. cit.*, *supra*, *Recueil Dalloz*, 2001, Jurisprudence, p. 2117, ns° 7 et 8 ; AUBY J.-M., note critique sous Cour Administrative d'appel de Lyon, 7 juillet 1998, *Droit Administratif*, décembre 1998, p. 13.

fonder cette divergence, les publicistes songent à l'autonomie du droit administratif vis-à-vis du droit commun et de ses relations. Le cautionnement des obligations nées d'un marché public est sans conteste un contrat de droit public. Un tel contrat n'est donc pas contraint d'être soumis au droit commun (les articles du Code civil en la matière). C'est particulièrement sur cette considération que la Cour administrative d'appel de Lyon a suivi les conclusions de son commissaire du gouvernement pour justifier sa décision (¹⁰⁶²). Cependant, ce motif n'emporte pas de conviction. L'appellation de « *caution ou cautionnement* » ne peut pas être substantiellement différente en droit public et en droit commun. Le Conseil d'État n'a pas hésité à transposer aux contrats de droit public les solutions tirées du Code civil du moment où elles illustrent des principes communs (¹⁰⁶³). Bien mieux, l'examen du caractère accessoire aurait dû avoir lieu dans cette juridiction car le Code des Marchés publics connaît cette distinction. La détermination de ce caractère était alors nécessaire pour distinguer entre les garanties autonomes et les autres formes de caution. Cela étant, il est logiquement compréhensible de regretter la confusion du Conseil d'État entre les deux mécanismes de sûreté, alors qu'il avait su les distinguer il y a quatre ans (¹⁰⁶⁴).

Sous-section II

Mise en œuvre des garanties de bonne exécution

249. S'il est un domaine où le rêve d'un droit uniforme paraît bien lointain, c'est celui des sûretés : « *aucune unification n'est en vue sur le choix des créances garanties, sur les conditions et les effets des privilèges ou garanties instituées* » (¹⁰⁶⁵). *Malgré cette diversité, la jurisprudence n'est pas très nourrie en matière de la loi applicable à ces mécanismes de sûreté. Il convient alors d'aborder les questions liées aux tentatives de mise en œuvre des garanties développées et plus précisément celles de l'appel abusif (I), du droit applicable et du rôle de l'arbitrage dans le règlement des différends (II).*

¹⁰⁶² () L'arrêt parle d'une « *obligation autonome de la caution née d'un contrat de droit public qui ne disparaît pas du fait de la mise en redressement* », Cf. A. BÉZARD, Concl. préc. : « *Devant les juridictions administratives, le code civil est, en principe, inapplicable ; s'il s'applique, c'est de manière tout à fait subsidiaire* ».

¹⁰⁶³ () Ainsi a-t-il raisonné, en matière de cautionnement, à propos de l'exigence d'une mention manuscrite tirée de l'article 1326 Code Civil : C.E., 28 juin 1996, no 138874, KRIET, *R.J.D.A.*, 1997, n° 248. ANCEL P., « Le cautionnement de marché public... », *op. cit.*, *Recueil Dalloz*, 2001, Jurisprudence, p. 2117, n° 9.

¹⁰⁶⁴ () *Ibid.*, n° 4.

¹⁰⁶⁵ () DELAPORTE V., « Les conflits de lois en... », *op. cit.*, *Dossier, Actualité du droit des sûretés, Les Petites Affiches*, 17 juin 1998, n° 72.

I / Appels abusifs et mesures provisoires

250. Si les garanties ne manquent pas de légalité et si la raison de leur mise en œuvre s'est réalisée, le bénéficiaire serait fondé au paiement de leurs montants. Le garant ne doit pas opposer d'exception relevant du contrat principal pour handicaper leur exécution. Il ne doit cependant pas y avoir de pressions exercées sur lui afin de le pousser au paiement (¹⁰⁶⁶). Il n'en est pas toujours ainsi car la pratique révèle des cas dans lesquels s'imposent des conflits concernant des appels frauduleux ou abusifs quant à l'exécution des garanties autonomes **(A)**, lesquelles sont souvent accompagnées ou précédées de mesures provisoires engagées par les donneurs d'ordre ou par les garants **(B)**.

A) La fraude et l'abus en matière de garanties autonomes

251. En effet, si le bénéficiaire peut mettre en exécution une garantie à première demande, il ne doit pas le faire abusivement. D'origine doctrinale, la notion d'abus de droit suppose l'intention de nuire. Elle est '*l'acte abusivement contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité*'. L'abus peut être une faute commise dans l'exercice d'un droit utilisé de façon *irraisonnable* et *sans motivation*. Si l'abus de droit est ainsi reconnu, il devra être condamné. C'est sur le terrain de l'enrichissement sans cause et l'obligation de réparer le préjudice subi que le garant se demande s'il peut désobéir aux procédures abusivement mise en exécution (¹⁰⁶⁷). Dans le cadre des garanties autonomes, l'abus de droit suscite un important problème et une âpre discussion. Doctrine et jurisprudence sont divisées en raison de l'automatisme et de la causalité traitées précédemment. Farouche défenseur des garanties autonomes, M. Vasseur interprète le fraude ou l'abus strictement. Ainsi, tout appel abusif doit être constitutif d'une fraude entre le bénéficiaire et le garant. L'auteur pense que « *la banque peut et doit refuser de payer et que corrélativement défense pourrait lui en être, à bon droit, faite par le juge, au cas où la demande serait manifestement abusive, en entendant par là la demande dont le caractère abusif crève les yeux* » (¹⁰⁶⁸). Il faut donc non seulement une fraude, mais encore que celle-ci « *crève* » les yeux pour que l'appel puisse être qualifié d'abusif.

¹⁰⁶⁶ () COURTIER Jean-Loup, « La garantie à première demande: une nouvelle sûreté pour les créanciers », *Les Petites Affiches*, n° 61, 23 mai 1994, (*Copyright Petit. Affi.*, éd. 27 avril 2001, p. 4).

¹⁰⁶⁷ () Cf. *ibidem*.

¹⁰⁶⁸ () VASSEUR M., sa note sous Tribunal du commerce de Paris 5 mai 1981, Recueil D.S., 1981, p 487

252. M. Dubisson s'oppose à cette conception ⁽¹⁰⁶⁹⁾. Les rapprochant des cautionnements solidaires, l'auteur voit qu'on peut opposer à ces garanties les exceptions occasionnant leur passation. Cette position est marquée par l'originalité puisqu'elle a été publiée avant l'intérêt portée par la justice et la doctrine à cette question. Afin d'apprécier la gravité de l'abus et du droit de saisine, l'auteur a suggéré le remplacement de la garantie dans son contexte. Même si les garanties autonomes sont indépendantes du contrat principal, n'y trouvant pas leur cause, elles y puisent leur existence. L'accord de base et les garanties qui l'accompagnent constituent, qu'on le veuille ou non, sur le plan économique et factuel, à tout le moins, un ensemble ⁽¹⁰⁷⁰⁾. Spécialiste du droit bancaire, M. Simler ⁽¹⁰⁷¹⁾ partage avec vigueur cette ultime position. Il considère pourtant que l'appel abusif suppose la mauvaise foi du bénéficiaire : « *l'origine de cette mauvaise foi réside dans le contrat de base. Mais c'est bien dans l'exécution du contrat de garantie qu'elle se manifeste et se concrétise* ». Pour l'auteur, le comportement frauduleux se confond avec la mauvaise foi. Est de mauvaise foi, celui qui sait qu'il n'a pas le droit auquel il prétend. S'il sait qu'il est de mauvaise foi, c'est en fonction du contrat principal qui est la cause des garanties en question.

253. La Cour de Cassation apparaît néanmoins en faveur de la première acception. Dans un contrat de contre-garantie, elle a décidé que « *...seule la preuve de la connaissance, par la banque garante de premier rang de la réalité du caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie du premier rang, est susceptible de justifier l'interdiction de paiement à l'encontre du banquier contre-garant* » ⁽¹⁰⁷²⁾. Lors d'une autre affaire, le donneur d'ordre, alors condamné, avait formulé un pourvoi en cassation. Il s'agit d'une contre-garantie remise à l'occasion d'un marché conclu et exécuté en Libye. Dans son pourvoi, le demandeur a reproché à la Cour d'appel d'avoir dit que même si l'appel de la garantie (de premier rang) avait été abusif, il n'était pas démontré que l'appel de la garantie de deuxième rang ait lui-même présenté ce caractère comme résultant d'une collusion entre le maître d'ouvrage et le garant de premier rang. Le demandeur suppose la connaissance de l'abus dans l'appel du Ministre libyen de l'Agriculture (bénéficiaire) par le banquier 'N.C.B.' (garant de premier rang) du fait que celui-ci était pour la Libye un de ses émanations. En assurant que la fraude ne se

¹⁰⁶⁹ () DUBISSON M., « Le Droit de saisir les garanties bancaires émises dans les marchés internationaux », *J.C.P.*, 1982, 11, p. 138.

¹⁰⁷⁰ () Cf. *ibidem*.

¹⁰⁷¹ () SIMILIER, « A propos des garanties autonomes de droit interne souscrites par des personnes physiques », *Juris-Classeur Périodique*, 1991, pp. 343 et s.

¹⁰⁷² () Cour de Cassation, Ch. Comm., 12 décembre 1995, *Clunet*, 1996, pp. 674 et s, note PRÜM A.

présume pas mais qu'elle se prouve, la Cour a rejeté le pourvoi au motif « *qu'en raison de l'autonomie de la garantie par rapport à la contre-garantie, le caractère abusif de l'appel de la garantie de premier rang ne rendrait pas nécessairement, par répercussion 'abusif', l'appel à la contre-garantie, auquel a procédé la N.C.B., mais qu'il faudrait encore démontrer l'existence, au moment de l'appel de la contre-garantie, d'une collusion frauduleuse manifeste entre la N.C.B. et le bénéficiaire de la garantie* ». Sur la preuve d'un tel concert, la Cour a fait savoir que *l'appelante n'a rien rapportée à l'appui de sa prétention que « la N.C.B. ne serait qu'une émanation du Ministère de l'Agriculture et que cette qualité serait constitutive de fraude ou à l'origine d'une fraude »* ⁽¹⁰⁷³⁾. Ces décisions ont conduit à la conclusion suivante : si la Cour de Cassation a reconnu des nouvelles garanties personnelles non accessoires de l'accord principal, ces mécanismes ne constituent pas *l'assurance tous risques* ⁽¹⁰⁷⁴⁾. En effet, les garants ne sont pas dépourvus d'arguments pour se dégager de leurs obligations contractuelles. Donneurs d'ordre ou garants peuvent par des mesures provisoires, (saisies arrêts ou saisies conservatoires), mettre en jeu le concept de garanties inconditionnelles.

B) Saisies-arrêts et saisies-conservatoires

254. Il n'est pas exclu que les bénéficiaires des garanties autonomes accèdent au versement de leur montant en vue d'exercer sur leurs partenaires certaines pressions ⁽¹⁰⁷⁵⁾. Il est possible d'ailleurs qu'ils envisagent par des actes dénués de justice l'obtention de leur montant. Dans ces cas, l'autonomie accordée soulève auprès des donneurs d'ordres (sociétés transnationales) et des banquiers certaines appréhensions. Si ceux-ci n'ont pas pu atténuer ces risques par la passation de garanties documentaires ⁽¹⁰⁷⁶⁾, pourraient-ils y parvenir au moyen de mesures provisoires ? Peuvent-ils se protéger par le biais d'une procédure de saisie arrêts ou de saisie conservatoire ? En l'espèce, la réponse à la question posée paraît aléatoire : doctrine, jurisprudence et systèmes juridiques (franco-égyptiens) adoptent des positions différentes pour ne pas dire contradictoires.

¹⁰⁷³ () Quotidien Juridique du 10 mai 1994, citée par CREDOT F-J., « L'actualité des garanties... », *Les Petites Affiches*, du 17 juin 1998, n° 72..

¹⁰⁷⁴ () COURTIER Jean-Loup, « *La garantie à première demande : attention Messieurs les bénéficiaires* », *Les Petit. Aff.*, n° 75, 24 juin 1994 (*Copyright Petites Affiches* édition du 27/04/200, p. 5).

¹⁰⁷⁵ () Ces pressions ont souvent visé par la volonté du bénéficiaire à réaliser des concessions qui vont au-delà de ses engagements. SCHAFFER E. *op. cit.*, pp. 738 -740, DUBISSON M., *La négociation des marchés...*, *op. cit.*, Paris, 1983, p. 127.

¹⁰⁷⁶ () ELWAN Omaïa, *La loi applicable aux garanties à première demande...*, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1998, v. III, pp. 41-43.

a) Mesures provisoires en Droit français

255. Au-delà des controverses concernant l'autonomie et à la causalité de ces garanties, la jurisprudence distingue, en cas de conflit, entre mesures exécutoires et mesures conservatoires. A plusieurs reprises, l'exercice de *la saisie-arrêt* a été autorisé autant par le tribunal du commerce que par le juge des référés. Ces juges ont accordé au donneur d'ordre la saisie-arrêt sous une condition de présenter les justificatifs d'une créance exigible et certaine envers le débiteur. Les faits de l'affaire consistent dans la conclusion des deux garanties de restitution d'acompte et de bonne exécution à l'occasion d'un marché de construction passé entre un opérateur public saoudien et un consortium français. La survenance du litige a poussé ce dernier à demander l'exercice d'une saisie-arrêt. Pour approuver cette requête, le juge des référés a d'abord précisé que ces garanties sont des engagements personnels, autonomes et indépendants. Assurément, dit-il, la saisie-arrêt remet en cause ces caractères irrévocables car elle bloque la mise en exécution de ces garanties autonomes. Mais, il a aussitôt affirmé qu'une telle saisie conservatoire et provisoire est loin de frapper délibérément ou de paralyser définitivement cet engagement. En l'analysant ainsi, la saisie n'affecte pas l'indépendance de ces garanties, et n'exclut pas définitivement leur exécution. Elle ne fait que le retarder momentanément. La particularité, relevant du fait que chacun des adversaires est pour l'autre débiteur et créancier, ne peut pas soustraire les parties à l'application des règles du droit privé puisqu'il s'agit là d'un droit disposé par tout créancier (¹⁰⁷⁷). Défendue par une partie de la doctrine (¹⁰⁷⁸), cette décision a pourtant été abandonnée par d'autres juridictions. La Cour d'Appel de Paris a précisé que la délivrance d'une garantie autonome signifie l'abandon du droit de contestation. Le tribunal a ajouté que le contrat de base n'était pour la garantie que l'occasion de sa conclusion. Par ce motif, elle a décidé que le demandeur ne peut bénéficier de sa saisine (¹⁰⁷⁹). Cette compréhension est confirmée par la Cour de Cassation : *la saisie-arrêt ne constitue pas une simple mesure conservatoire mais une atteinte au caractère irrévocable de l'engagement* (¹⁰⁸⁰). La Cour a nié au donneur d'ordre la pratique de

¹⁰⁷⁷ () Tribunal de Grande Instance de Paris, référés, 13 mai 1980, Banque Française du Commerce extérieur c./ Soc. Caillette et Dony et autres, Dalloz S., 1980, note. Gavalda et Stoufflet.

¹⁰⁷⁸ () LÉBOULANGER Ph. , *Les contrats entre États et...*, op. cit., economica, Paris, 1985, p. 125.

¹⁰⁷⁹ () Cour d'appel de Paris, 27 octobre 1981, J.-C. Périodique, 1981, p. 482, note VASSEUR M..

¹⁰⁸⁰ () Cour de Cassation, Ch. Comm., 14 octobre 1981, J.-C., *Périodique*, 1981, I, 1022, note, MARTIN L.-M.

cette action pour se prévaloir de ses engagements à exécution défectueuse ou de paralyser l'exécution des garanties souscrites en toute connaissance de cause (¹⁰⁸¹).

256. Concernant *la saisie-conservatoire*, le Tribunal de Commerce de Paris a eu l'occasion d'en rejeter plusieurs actions. Au cours des années 1980, une demande d'injonction a été émise lors de différends *Irano-américains*. Les donneurs d'ordre ou leurs banquiers l'ont justifié par deux arguments : le premier relève de l'attribution à l'accord de base la qualité de cause de garantie. Cette assertion est déjà rejetée car doctrine et jurisprudence l'entrevoient comme une simple occasion. Le second est plutôt accepté puisqu'il se place en faveur de la lutte contre les fraudes dans la mise en œuvre de ces garanties. Définie comme étant tout appel en exécution mal fondé et enracinée dans l'interdiction de s'enrichir sans cause, cette logique signifie que le banquier ou son client peuvent solliciter la saisie d'une garantie lorsqu'on a correctement et intégralement exécuté l'accord de base (¹⁰⁸²).

b) Mesures provisoires en droit égyptien

257. A la lecture du Code Civil égyptien, il apparaît que le principe de base est le respect de la bonne foi dans la passation et l'exécution des engagements contractuels (¹⁰⁸³). Dérogent de ce principe les exceptions déterminées par l'article 5 du Code, à savoir l'exécution des actes exercés dans le but de nuire à autrui, ceux ayant pour leur auteur un intérêt minime par rapport aux préjudices causés à autrui ou ceux qui tendent à la satisfaction des intérêts juridiquement illicites. L'application de ces règles aux garanties automatiques signifie que celles-ci ne doivent pas être mises en œuvre abusivement ou frauduleusement. Cette constatation n'a jamais été tranchée de façon unanime par la justice ou la doctrine. Elle n'a pas été non plus mentionnée clairement dans la nouvelle codification (Nouveau Code du Commerce).

258. La doctrine égyptienne partage à cet égard deux opinions. Convaincu des solutions françaises, l'auteur de la première affirme le bien-fondé à paralyser ou saisir ces garanties contre toute tentative frauduleuse ou abusive en exécution. Selon lui, le principe d'autonomie des garanties sur demande ne doit pas s'interpréter de façon excessive ou protéger des actes abusifs pouvant violer d'autres principes primordiaux comme celui de la bonne foi. L'auteur de doctrine indique que l'autonomie de ces

¹⁰⁸¹ () DUBISSON M, « Le droit de saisir les garanties bancaires dans les marchés internationaux », J.C.P., 1982, édition C.I., II, 13813, : *Cour de Paris*, 27 octobre 1981, *Juris-Classeur Périodique* 1981, II, 19702, note BOULOY.

¹⁰⁸² () Tribunal de commerce de Paris, 29 octobre 1982 et du 29 novembre 1982, *Recueil Dalloz Syrie*, 1983, p. 302 ; Trib. Com. de Paris, 5 mai 1981, *Rec. D. S.*, 1981, p. 487, notes M. VASSEUR M.

¹⁰⁸³ () Article 148 du Code Civil égyptien.

garanties fait des mesures provisoires une exception. Leur application ne doit se faire que sous l'empire de deux conditions. *La première* exige que l'abus ou la fraude soit manifestement incontestable. Il en est ainsi de la tentative d'exécuter une garantie autonome alors que le donneur d'ordre a respecté ses engagements. *La seconde* prévoit que le bénéficiaire soit, pour l'inexécution du marché de base, l'auteur ou la cause parce qu'il serait illégal de le laisser s'enrichir par ses propres agissements (¹⁰⁸⁴). Cette opinion a reçu deux objections. Décrite comme étant une simple approbation ou transposition des solutions françaises en Égypte, cette opinion aurait dû être élaborée à la lumière de notre législation. Cette doctrine est une exception à la doctrine hostile à tout obstacle pouvant freiner le paiement immédiat d'une garantie inconditionnelle (¹⁰⁸⁵). De la sorte, elle perd de son effectivité et de son adéquation.

259. Adoptée majoritairement, l'**autre opinion** prohibe au banquier l'abstention de paiement. Elle prohibe également au donneur d'ordre la faculté de saisir la garantie autonome. Selon cette thèse, le maintien de l'autonomie de garantie à première demande est une condition d'accomplissement de sa propre mission. Sa non-identification avec l'accord de base nécessite qu'il y ait un détachement réel entre les engagements du donneur d'ordre et du banquier garant. Si les clauses de l'accord de base gèrent ses droits et obligations, le libellé de la garantie est pour ses parties la seule constitution. La saisine de ces garanties au nom d'un appel abusif fait d'elles des actes accessoires, donc de simples cautions. A l'appui de ces données, cette théorie critique certaines décisions de la justice française qui, sur la présentation des certificats de bonne fin, ont donné suite aux demandes des saisies arrêts ou de saisies conservatoires (¹⁰⁸⁶). Ses auteurs considèrent que la bonne volonté des juges français à rendre au donneur d'ordre la justice n'exclut en rien leur confusion entre contrat de base et garantie autonome. Ce souci de rendre la justice ne doit pas sacrifier le principe universel d'autonomie des garanties à première demande (¹⁰⁸⁷).

260. L'attitude de la justice égyptienne peut être dévoilée à travers deux décisions. Impliquant un consortium étranger (*Wipy Égypte*) et le Ministre de la Défense égyptienne, la première a le 8 février 1982, donné suite à une procédure de suspension

¹⁰⁸⁴ () AWAD Gamal El-Din, *Khatbat ad-daman al-masrifiya, Les lettres de garanties...*, op. cit., pp. 224-231 ; adde, son ouvrage, *Algawanebe al-quanunia lehamaliate al-benouques*, (Les côtés juridiques des opérations bancaires), Le Caire, 1989, op. cit., Le Caire, pp. 601 et s ; AWAD Gamal El-Din,

¹⁰⁸⁵ () ELWAN Omia., *La loi applicable à la garantie bancaire...*, op. cit., *R.C.A.D.I.*, V. III, 1998, p. 82.

¹⁰⁸⁶ () Cour d'Appel de Paris, 17 mars 1983 ; Cour de Cassation, 10 janvier 1986.

¹⁰⁸⁷ () EL-KALIOBI Samiah., *Alussus al-quanouniah léamaliatie al-benouque*, op. cit., pp. 160-165.

de la demande de versement d'une garantie de bonne exécution (¹⁰⁸⁸). Dans une autre affaire, le tribunal d'*Abdine* (au Caire) a ordonné la suppression de la saisie imposée par une précédente juridiction (¹⁰⁸⁹). Ces décisions donnent l'impression que la Justice égyptienne est en harmonie avec la doctrine dominante. Cette impression s'infléchit lorsqu'on met en valeur leurs motivations. En effet, n'étant pas fondées sur la fraude ou l'abus mais sur la volonté d'éviter aux donneurs d'ordres des préjudices conséquents, ces décisions n'étaient que l'expression de l'intervention nécessaire des juges compétents. Avant de se forger une opinion, force est de constater que la preuve du caractère frauduleux ou abusif doit résider au moment de la défense de paiement ou de la demande d'une saisie arrêt ou d'une saisie conservatoire. Le garant ne doit pas, par conséquent, s'immiscer dans l'accord de base pour chercher ses exceptions. La nullité alléguée à ce marché n'est pas suffisante pour paralyser les garanties automatiques. Le garant n'a pas à se faire juge du bien-fondé de son versement et le contre-garant ne peut pas non plus refuser de répondre à l'appel de sa garantie par le garant de premier rang. L'exception de l'appel manifestement frauduleux ou abusif suppose non pas la collusion entre bénéficiaires et garants mais, la connaissance par cette manifestation. Pour ces raisons, on ne partage pas l'opinion majeure de notre doctrine. La reconnaissance de l'autonomie de ces garanties ne devrait pas être utilisée en dehors de la mission pour laquelle elle a été conçue initialement. Que cette opinion soit inspirée d'une juridiction 'étrangère', en l'occurrence française, cela ne contredit en rien sa justesse et sa précision. Faut-il rappeler que, quoique indépendantes, ces garanties visent à assurer le paiement, le remboursement ou la bonne exécution des accords de base. Et que, sur cette base, on ne doit pas faire de leur autonomie un moyen d'abus ou de pression. Par ailleurs, l'admission de mesures provisoires doit être interprétée strictement. Leur application doit être sous réserve d'une fraude ou d'un abus certain et apparent qui saute aux yeux ou qui « *éclate devant les yeux prima facie* », selon l'expression de M. *Vasseur* citée précédemment (¹⁰⁹⁰).

II / Droit applicable et clause arbitrale

¹⁰⁸⁸ () Ordonnances, n° 1149 du 12 mai 1983, et n° 2037 du 26 décembre 1983, Tribunal du Caire (*Chambre Commerciale*), (*inédites*).

¹⁰⁸⁹ () Ordonnance n° 318 Civile Tribunal de *Abdine* (le Caire) 15 janvier 1985, (*inédite*) cité par ELWAN O., La loi applicable à la garantie bancaire..., *op. cit., supra, R.C.A.D.I.*, 1998, v. III, p. 83.

¹⁰⁹⁰ () Cour de Cassation Ch. Commerciale, le 12/12/ 1995, *Clunet*, 1996, pp. 674 et s, note PRÛM A.

261. Si l'application de la loi de l'autonomie de la volonté ne pose pas de difficultés, le défaut de choix imposera diverses complexités. Dans ce cas, la recherche du droit applicable doit se faire à la lumière d'une distinction entre garanties autonomes et simples sûretés. Concernant ces dernières, il existe une présomption octroyant à la loi de l'accord de base son titre d'applicabilité. Les contrats de cautionnement sont présumés s'être soumis à la loi qui régit l'accord envisagé⁽¹⁰⁹¹⁾. Il n'y a pas de présomption en faveur de la loi personnelle du garant qui ne représente pas l'État mais l'opérateur étranger⁽¹⁰⁹²⁾. Il n'y aurait pas de *dépeçage* du droit applicable car les règles de rattachement ne se placent pas non plus en faveur de la loi du banquier. Celui-ci n'étant pas une émanation de l'État contractant, sa loi personnelle n'est pas également celle du lieu de passation ou d'exécution. Inciter à participer aux accords d'investissement, il se réserve le choix d'accéder ou non au cautionnement. Ceci étant, la qualité d'actionnaire ou d'investisseur et la liberté contractuelle s'opposent à la présomption accordée à la loi personnelle visant à protéger des intérêts éminents⁽¹⁰⁹³⁾. Ainsi, le droit de l'accord de base serait appliqué mais aux seuls rapports entre le bénéficiaire (opérateur étatique) et le banquier garant. Il ne s'applique pas aux liens du donneur d'ordre et sa banque, éventuellement soumis à la loi personnelle de cet établissement⁽¹⁰⁹⁴⁾. Par ailleurs, la détermination de la loi applicable aux garanties autonomes n'est pas très aisée. L'autonomie de ces garanties impose la consultation des règles de rattachement. Marquée par la lacune législative et par des positions paradoxales, la nouveauté de ces procédés complique toute tentative de désignation. Ainsi relève-t-on une grande diversité entre partisans de l'abandon du mécanisme bilatéral⁽¹⁰⁹⁵⁾ et adeptes de leur application⁽¹⁰⁹⁶⁾. À défaut du choix de la loi applicable, doctrine et justice françaises admettent le rattachement de ces garanties à la loi personnelle du banquier garant. Cette incorporation est basée sur l'autonomie de ces garanties, facteur de leur séparation des

¹⁰⁹¹ () DELAPORTE V., « Les conflits de lois en matière des... », *op. cit.*, *Les Petit. Affi.*, 17 juin 1998, n° 72.

¹⁰⁹² () Car les impératifs incitant à la protection de la banque émanation de l'État cautionné ne se trouvent pas ici.

¹⁰⁹³ () Il s'agit de transactions de banques centrales des États, lesquelles touchent les lois de police, les intérêts économiques et ne se trouvent pas dans l'hypothèse en question, LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, economica, Paris, 1985, p. 119.

¹⁰⁹⁴ () *Ibidem.* (note bas de page).

¹⁰⁹⁵ () Ex. M. PELICHET M., *Garanties indépendantes dans le répertoire du droit international*, Dalloz, Paris, 1998, pp. 154 et 155.

¹⁰⁹⁶ () ELWAN Omia, La loi applicable à la garantie bancaire..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1998, spéc. p. 126.

accords de base et d'autres formes de cautionnement (¹⁰⁹⁷). Cette conclusion est admise par d'autres législations (¹⁰⁹⁸).

262. En Égypte, la doctrine met en valeur le respect de la loi de l'autonomie de la volonté sous une réserve d'existence des liens avec le contrat sinon le juge se doit de l'écarter en recherchant à la lumière des règles de conflits un rattachement (¹⁰⁹⁹). Cette doctrine voit que les liens étroits entre opérations bancaires, lois de police et économie nationale conduisent à la non-adaptabilité de l'article 19 du Code Civil désignant la loi du domicile commun ou du lieu de passation. Pour cette raison, l'auteur envisage la transposition de la solution française qui se réfère à la loi du garant ou à celle du contre-garant. Cette solution qui rejette le recours à la règle générale des conflits de lois, assure l'équité, la stabilité et la protection du banquier. Elle puise ses raisonnements dans le critère des prestations caractéristiques (¹¹⁰⁰), l'article 24 du Code Civil (¹¹⁰¹) et dans une récente décision de la Cour égyptienne de cassation (¹¹⁰²). Aussi convainquant qu'elle paraît l'être cette opinion fait l'objet des deux objections : d'un côté, le déclin de l'article 19 précité n'avait pas besoin de recourir à un tel détournement. Consacré aux obligations contractuelles, cet article ne s'étend pas aux garanties inconditionnelles, qualifiées non pas de contrat mais d'actes à volonté unilatérale. De l'autre, le recours à l'article 24 du Code Civil n'apparaît pas un choix judicieux. Cet article n'aurait pas dû être sollicité en l'espèce car l'article 19 offre deux options : droit du domicile commun ou celui du lieu de passation (¹¹⁰³). Il semble que ces deux critiques soient en contradiction. Comment peut-on solliciter l'article 19 alors écarté, pour s'opposer à

¹⁰⁹⁷ () DELAPORTE V., Les conflits de lois en..., *op. cit.*, Dossier, *Actualité du droit des sûretés, Les Petit. Affi.*, 17 juin 1998, n° 72, p. 3 ; LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 122 ; CREDOT F.-J., « L'actualité des garanties... », *op. cit.*, *Les Petit. Affi.*, 17 juin 1998, n° 72.

¹⁰⁹⁸ () Autant les nouvelles codifications du droit international privé de la Romani ou de l'Ex-Yougoslavie que la convention de Rome de 1980 admettent leur application.

¹⁰⁹⁹ () Article 19 du Code civil égyptien.

¹¹⁰⁰ () Critère selon lequel le juge doit chercher la loi applicable à la lumière de la volonté tacite ou hypothétique des parties.

¹¹⁰¹ () Pour combler toute lacune législative dans les règles des conflits de lois, cet article autorise le juge à recourir aux principes du droit international privé.

¹¹⁰² () Cette décision concernait une garantie documentaire impliquant trois banquiers : le garant (hollandais), le confirmatif (anglais) et le notateur (égyptien). La première institution avait son siège à l'étranger (en Hollande) alors que l'Égypte était le domicile de dernières. Désirant la soumission du litige à ses législations (loi et justice égyptiennes), la Cour s'y est référée en leur qualité de loi du lieu d'exécution. Elle a donc écarté l'alternatif posé par l'article 19 sus indiqué. ABDEI-ĀLAM Isamēil, *Quanoun amaliat al-bnouques (La loi des opérations bancaires)*, Alexandrie, 1994, pp. 251 et s.

¹¹⁰³ () Faut-il rappeler qu'en droit égyptien, ces garanties à premier demande se qualifient d'acte à volonté unilatérale. Cette qualification suffit à elle seule pour les faire échapper au champ d'application de l'article 19, exclusivement consacré aux obligations contractuelles. ELWAN O., *La loi applicable à la garantie bancaire...*, *op. cit.*, *R.C.A.D.I., V. III*, 1998, spéc. pp. 192-193.

l'article 24 faisant appel aux principes du droit international privé comparé ! Ainsi, sans pouvoir toucher le fond de ladite vision, cette critique lui a ajouté un autre argument. De surcroît, la doctrine du droit comparé, certaines conventions internationales et législations étatiques ont approuvé l'adéquation de cette solution (ex. Convention de Rome 1980 et Droit suisse). Elle a déjà bénéficié d'une large consécration par la justice française et par les *Règles Uniformes* évoquées antérieurement (¹¹⁰⁴). Il en résulte qu'à défaut de choix du droit applicable, celui-ci peut, semble-t-il, être la loi du banquier garant.

263. Arbitrage et garantie autonome : Les liens entre l'arbitrage et les garanties bancaires ont suscité certaines controverses doctrinales. En effet, l'arbitrage et ces garanties sont le fruit de la passation de l'accord de base, duquel ils ont une autonomie inconditionnelle. Ils ont un objectif commun : assurer les droits et obligations contractuels. Alors que les garanties cautionnent le financement ou le remboursement, l'arbitrage neutralise la justice interne (par crainte de lenteur ou de dysfonctionnement). Cependant, les deux procédés diffèrent complètement ; l'arbitrage a dépassé le terrain du contrat pour s'incorporer dans les systèmes juridictionnels. Ces liens donnent lieu à l'interrogation sur la soumission de ces garanties aux clauses compromissoires souscrites dans l'accord principal. Sur ce point, certains auteurs se placent en faveur de la soumission des garanties autonomes aux clauses arbitrales. Cette doctrine voit que l'originalité de ces garanties ne s'oppose pas à ce mode juridictionnel. Leur automaticité par rapport à l'accord de base ne touche pas l'arbitrage, bénéficiaire corrélativement d'une force obligatoire et d'une indépendance totale (¹¹⁰⁵). Semble dépourvue de fondement, cette opinion n'est admise ni par les juges étatiques ni par les sentences arbitrales. La Cour de Cassation française a refusé d'étendre les effets d'une clause compromissoire aussi bien aux cautionnements qu'aux garanties inconditionnelles (¹¹⁰⁶).

264. La sentence CCI rendue dans l'affaire n° 8910 de 1998 traduit la position de l'arbitrage transnational (¹¹⁰⁷). Il s'agit de deux marchés de distribution exclusive d'eau

¹¹⁰⁴ () Article 27 du projet de la CCI- Article 21 et 22 de la convention de CNUDCI.

¹¹⁰⁵ () Cet effet obligatoire concerne seulement les parties au contrat de base. En effet, il n'est applicable ni au garant ou ni au contre-garant, considérés des tiers à l'égard de l'accord principal. CHAMBREUIL B., « Arbitrage international et garanties bancaires », *Revue d'arbitrage*, 1991, pp. 30 et s, spéc. p. 40 et 41 ; MENDEZ RAMOS F., « Arbitrage international et mesures conservatoires », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 54 et s ; LOQUIN Éric, « Arbitrage et Cautionnement », *Rev. Arb.*, 1994, pp. 235 et s.

¹¹⁰⁶ () Cour de Cassation, 20 décembre 1982, *Rev. Arb.*, 1984, p. 477, note Moreau ; C. Cass., 22 novembre 1977, *Rev. Arb.*, 1978, p. 461, note FAUCHARD Ph.

¹¹⁰⁷ () Sentence partielle rendue par la CCI dans l'affaire n° 8910 en 1998, *Clunet*, 2000, pp. 1085 et s., obs. D. H.

qui ont été conclus entre une société française et deux entreprises des *Emirats Arabes Unis* et dont l'un (*contrat tripartite*) a occasionné la délivrance d'une garantie personnelle. Soumise au droit français et enfermant une clause d'arbitrage CCI, cette opération est entrée dans une phase de conflit en raison du non-renouvellement de l'accord. En plus de leur hostilité à l'arbitrabilité du litige (¹¹⁰⁸), les défenderesses se sont opposées sur son applicabilité à la garantie inconditionnelle. À cette revendication de la défense, les arbitres ont répondu que, s'agissant d'un cautionnement solidaire ou d'une garantie autonome, l'engagement du défendeur n°3 « *ne fait pas partie de l'ensemble contractuel* ». Considérant que chacun des accords sus indiqués est contributif à une opération autonome, ils ont affirmé l'extériorité de l'engagement du défendeur n° 3 par rapport à celle, objet du différend. Ne l'obligeant aucunement à exécuter les obligations du contrat de distribution exclusive, cet engagement oppose à ce défendeur l'unique responsabilité « *du paiement de sommes éventuellement dues à la demanderesse par la défenderesse n° 2. On ne saurait donc déduire de cet engagement une volonté du défendeur n° 3 d'être lié par une clause compromissaire figurant dans un contrat qu'il n'était pas tenu d'exécuter. C'est parce que l'engagement unilatéral constitue un élément extrinsèque à l'opération unique* » (¹¹⁰⁹). Sur la volonté d'étendre la clause d'arbitrage au garant, les arbitres ont révélé la confusion entre l'opposabilité de cette clause aux non-signataires et la responsabilité de ceux-ci en vertu du droit matériel. Cette responsabilité ne constitue pas un motif permettant d'étendre les effets d'une clause compromissaire à une personne qui ne l'a pas signé : « *une telle volonté ne saurait être déduite du seul fait de la signature par le défendeur n° 3 de l'engagement unilatéral de caution solidaire* » (¹¹¹⁰). Pour ces motifs, le tribunal arbitral a décidé que le garant n'est pas concerné par la clause arbitrale.

265. Se pose une ultime interrogation sur le pouvoir des arbitres dans l'examen des mesures provisoires liées aux garanties inconditionnelles. Sur ce point, il convient d'aborder une ordonnance rendue au sein d'une autre récente sentence arbitrale. Le 10 février 1993, fût présenté une demande de mesures provisoires opposant une société étrangère (demanderesse) à un opérateur public tunisien (défenderesse) pour la restitution des montants perçus par ce dernier sur trois garanties à première demande

¹¹⁰⁸ () En raison de la violation d'ordre public de l'article 6 de la loi émirienne 18/1981 sur les agences commerciales, tel qu'amendée par la loi 14/1988, réservant aux tribunaux étatiques des EAU la compétence exclusive pour statuer en la matière.

¹¹⁰⁹ () Sentence CCI, affaire n° 8910 en 1998, *Clunet*, 2000, pp.1085 et s., spéc. 1091.

¹¹¹⁰ () *Ibidem*.

émises en sa faveur lors d'un marché de travaux publics. Pour statuer sur leur compétence, les arbitres se sont prononcé ainsi : « *certes, l'article 8.5 du règlement de la CCI ne confère pas explicitement aux arbitres l'entreprise des mesures d'une saisie arrêt ou d'une saisie conservatoire. Mais ce texte remonte à l'époque où il était inimaginable qu'un arbitre puisse jouir d'un tel pouvoir. Si l'arbitrage international a considérablement évolué depuis lors, si des réglementations institutionnelles ou des législations nationales confèrent à l'arbitre cette aptitude et si la pratique arbitrale et les thèses doctrinales défendent farouchement la capacité des arbitres à examiner cette question, la sentence s'est reconnue la compétence de se prononcer à l'égard de mesures provisoires* » ⁽¹¹¹¹⁾. Toutefois, la sentence ne s'est pas reconnue un pouvoir inconditionnel. Elle subordonne son utilisation au respect des quelques réserves fondamentales. Les arbitres doivent respecter le droit applicable à l'arbitrage ou à l'opération contractuelle. Ils sont tenus de recourir aux pratiques de la justice interne à défaut du texte indiquant l'applicabilité des réglementations de la CCI. Il leur est nécessaire d'inscrire les mesures prises dans la seule durée du procès, en attendant une décision finale. Les arbitres doivent limiter la prise de telles décisions à l'état d'urgence qui nécessite la promulgation d'une ordonnance ou d'une sentence intérimaire ou partielle. A moins que la loi applicable à la procédure exige le déroulement d'une sentence, les arbitres doivent enfin donner à ces mesures la forme d'une ordonnance ⁽¹¹¹²⁾. La décision arbitrale provisoire a une force obligatoire mais elle n'acquiert pas la force des choses jugées. Son fondement contractuel et sa procédure exhaustive signifient qu'elle peut toujours être modifiable si l'ensemble des faits qui l'on induit vient d'être transformé ⁽¹¹¹³⁾.

266. Au terme de cette section, on est en mesure de relever certaines observations. Une pratique courante en matière de *M.P.I.*, les garanties autonomes sont bien connues dans les marchés publics internes. Les garanties délivrées à l'occasion de ces derniers ont démontré qu'il n'y a rien de tel dans le modèle relatif au cautionnement. Bénéficiaire d'une garantie autonome, l'administration peut exiger le paiement de son montant inconditionnellement. La caution ou le garant s'engagent à payer les sommes dont le titulaire du marché serait débiteur auprès de l'administration. Et, si le titulaire du

¹¹¹¹ () Ordonnance rendue par une sentence CCI, affaire n° 7388, 10 février 1993, *Clunet*, 2000, pp. 1107 et s.

¹¹¹² () En effet, la rapidité avec laquelle de telles mesures doivent être prises et leur motivation sommaire incitent à adopter le mode d'ordonnance.

¹¹¹³ () Cf. *Ibid.*, pp. 1118 et 1119.

marché n'était pas débiteur, les deux ne les seraient pas non plus. Cependant, le garant est, contrairement à la caution, tenu d'une obligation autonome et immédiate et ne peut pas faire valoir ses arguments qu'après le paiement à l'administration (¹¹¹⁴). Les garanties autonomes souscrites à l'occasion des marchés internationaux posent des problèmes liés à la présence d'un élément d'extranéité. Alors que les garanties occasionnées par les marchés internes sont qualifiées de contrats de droit public, celles des *M.P.I.* évoquent l'applicabilité d'une loi étrangère de celle de l'accord d'investissement. Le recours aux appels abusifs ou frauduleux que connaît le système français ne semble pas rejeté par les juges égyptiens. Les mesures provisoires peuvent être pratiquées mais dans des limites qui assurent à ces garanties le respect de leur mission. L'arbitrage occupe un rôle grandissant dans les garanties autonomes. Cependant, il ne s'impose pas lorsqu'il est prévu par une clause insérée dans le marché de base.

Section II Exécution des engagements des contractants

267. Instrument d'accès aux grands projets (¹¹¹⁵), les *M.P.I.* sont employés par le Tiers-Monde pour aboutir au développement et à l'industrialisation (¹¹¹⁶). L'importance de ces accords, leur exécution prolongée et les évolutions des dernières décennies ont poussé le Tiers-Monde à intervenir dans l'organisation de leur mode d'exécution. Ne voulant plus d'une participation « dormante » en la matière (¹¹¹⁷), ces pays ont adopté des procédés statutaires afin de permettre la formation du personnel, l'établissement

¹¹¹⁴ () ANCEL P., « Le cautionnement de marché public... », *op. cit.*, *Rec. D.*, 2001, p. 2117, n° 13.

¹¹¹⁵ () KADIDI K., *Les contrats internationaux des travaux publics...*, *op. cit.*, thèse, Dijon 1978, pp. 173 et s.

¹¹¹⁶ () TUHO Ch., *Entreprises conjointes et coopération Nord-Sud*, in 'Coopération entre entreprises : entreprises conjointes, stratégies industrielles et pouvoirs publics', *Association Internationale du Droit Économique, Colloque de Louvain la neuve*, 1986, pp. 155-173, spéc. 159 ; ELLAINGANH S., *Aspects juridiques des nouvelles formes d'investissements dans les pays d'Afrique zone française*, thèse, Nice, 1998, p. 82.

¹¹¹⁷ () EL-KOSHERI A.S., *Le régime juridique créé par...*, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1974, spéc. p. 271 ; adde, son article précité in *le contrat économique international*, édition à Bruylant-Pédone, Bruxelles-Paris, 1975, pp. 285 et s

d'un véritable partenariat ⁽¹¹¹⁸⁾ et la coopération réelle avec les sociétés étrangères ⁽¹¹¹⁹⁾. Ils ont ainsi abandonné l'octroi de concessions et l'entrée dans de simples associations au profit des stratégies de coopération ⁽¹¹²⁰⁾. Ces mécanismes qui offrent une potentialité de *co-traitance* ou de sous-traitance à leurs ressortissants ⁽¹¹²¹⁾, conviennent aux investisseurs plus en faveur des opérations moins aventureuses ou plus légères ⁽¹¹²²⁾. Les avantages accordés les incitent à se diriger vers ces procédés ⁽¹¹²³⁾ dont le choix facilite des tâches administratives routinières ⁽¹¹²⁴⁾. Cependant, la création et le fonctionnement de nouvelles entités doivent se conformer aux exigences législatives de l'État sur le territoire duquel l'accord l'occasionnant sera accompli. Si l'État impose l'exécution de certains *M.P.I.* par le biais d'une joint-venture, d'une sous-traitance ou d'un consortium momentané, les partenaires de ces accords doivent s'y conformer ⁽¹¹²⁵⁾. Le choix de telle ou telle modalité constitue ainsi l'un des secteurs d'intervention de l'État qu'il faut préalablement étudier (**Sous-section I**). Par ailleurs, si certains de ces règlements relèvent du Droit des sociétés, il y en a d'autre comme ceux de l'exploitation des ressources pétrolières qui sont régies par des législations particulières ⁽¹¹²⁶⁾. Il faut alors distinguer, lorsqu'il s'agit des marchés de l'État, entre sa décision de participation qui est un acte de souveraineté effectué de *jure-imperii* et les activités conduites au sein de la structure établie, lesquelles s'accomplissent de *jure-gestionis* ⁽¹¹²⁷⁾ : dans le premier cas, l'État revêt le caractère du législateur alors qu'il est dans le second un actionnaire majoritaire d'une société. Dès lors, il n'y a pas de souveraineté affectée, mais une dualité du rôle de l'État à l'égard des nouvelles entités.

¹¹¹⁸ () TUHO Ch., « Entreprises conjointes et coopération Nord-Sud... », *op. cit.*, *Association Internationale du Droit Économique, Colloque de Louvain la neuve*, 1986, spéc. p. 159.

¹¹¹⁹ () SAYD-KASSEM A., *Entreprise multinationale, concurrence et puissance publique*, thèse, Rennes, 1980, pp. 61 et s.

¹¹²⁰ () LEBEN Ch., « Les modes de coopération entre pays en développement et... », *op. cit.*, *Clunet*, 1980, spéc. pp. 564-565

¹¹²¹ () KLAUS Langefeld-Wirth, *Les joint-ventures internationales...*, *op. cit.*, Traduction GARCA André, GLN Joly édition, Paris, 1992, pp. 25-31 ; TUHO Ch., *op. cit.*, in *Association Internationale du Droit Économique, Colloque de Louvain la neuve*, 1986, spéc. p. 164.

¹¹²² () Cette préférence relève des craintes d'insécurité et de doute sur la rentabilité., EL-KOSHERI A.S., *Le régime juridique créé par...*, *op. cit.*, *R. C. A. D. I.*, 1975, T. 147, v. IV, spéc. pp. 269-271.

¹¹²³ () Il s'agit d'avantages financiers et économiques.

¹¹²⁴ () SAYD-KASSEM A., *Entreprise multinationale, concurrence et puissance publique*, thèse, Rennes, 1980, pp. 73-82 ; DUBISSON M., « *La négociation des marchés internationaux* », *op. cit.*, pp. 68-69 ; S. ELLINGTON, thèse précitée, Nice, 1998, pp.71 et 76 et s ; LEBEN Ch., « *Les modes de coopération...* », *op. cit.* p. 566 ; VADCAR C., *op. cit.*, *Éd. J.-C. Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-50, p. 8, n° 26.

¹¹²⁵ () VADCAR C., *op. cit.*, *Éd. J.-C. Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-50, p. 4.

¹¹²⁶ () Cf. *ibidem*.

¹¹²⁷ () ELKOSHERI A., « *Le régime juridique créé par les accords e participation dans le domaine pétrolier* », *R.C.A.D.I.*, 1975, T. IV, T. 147, pp. 221-393, spéc. 242.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certaines règles des contrats administratifs se trouvent sollicitées dans le cadre des *M.P.I.* : les investisseurs sont tenus d'être soumis à des contrôles ou à des sanctions ou que l'État *stricto ou lato sensu* et celui-ci peut, dans des situations particulières, se réserver un pouvoir contractuel d'intervention unilatérale tout en prévoyant des mécanismes de réadaptation en cas de survenance d'événements exceptionnels (**Sous-section II**).

Sous-section I Modes d'exécution

268. La création des sociétés d'économie mixte pour réaliser les projets pétroliers au cours des années cinquante a été conçue comme une véritable révolution (¹¹²⁸). Cette méthode a subi des bouleversements : alors qu'elle apparaît céder sa place aux groupements momentanés et aux sociétés en participation (**I**), la sous-traitance reste la méthode préférentielle pour répondre à certaines circonstances ou prestations (**II**).

I / La co-traitance et ses qualifications

269. La co-traitance induit la création d'une '*société-conjointe*' ou d'un consortium momentané. La *joint-venture*, appelée encore entreprise conjointe, société en participation, '*partnership*' (¹¹²⁹) est « *une association comparativement longue entre une ou plusieurs entreprises locales et une ou plusieurs entreprises étrangères en vue de se livrer à des activités commerciales* » (¹¹³⁰). La joint-venture contractuelle est caractérisée par quelques traits essentiels. Elle est « une société » au sens de l'article 1822 du Code Civil français, mais elle n'a ni raison, ni patrimoine ou siège social. Elle ne peut ester en justice que par l'intermédiaire de son gérant. Néanmoins elle ne peut

¹¹²⁸ () EL-KOSHERI A.S., Le régime juridique créé par..., *op. cit.*, R.C.D.I., V. III, 1975, p. 251.

¹¹²⁹ () DUBISSON M., *Les groupements des entreprises pour les marchés internationaux*, Paris, 1985, pp. 25-26 ; SCHAPIRA jean « Quelques aspects juridiques récents de l'activité des entreprises dites multinationales » in *Travaux du Comité français du Droit international privé*, Dalloz, 1977, pp. 104 et s., spéc. 112.

¹¹³⁰ () VADCAR C., *op. cit.*, *Juris-Classeur Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-50, p. 7 § 24 ; SCHAPIRA jean « quelques aspects juridiques récents de l'activité des entreprises dites multinationales », in *Travaux du Comité français du Droit international privé*, Dalloz, 1977, pp. 104 et s., spéc. 112 ; La Joint-venture est « l'entreprise dont le capital est partagé, dans des proportions variables, entre un investisseur étranger et un promoteur local assurant à chacun un droit de regard sur sa direction et gestion... », TUHO Ch. « *Entreprises conjointes et coopération Nord-Sud* », *op. cit.*, p.158 ; « Elle est la conjugaison des ressources humaines, industrielles, financières de deux ou plusieurs entreprises afin de partager des objectifs communs » ; « le résultat d'une association entre deux ou plusieurs entreprises qui sauvegardent leur autonomie et indépendance », KLAUS Langefeld-Wirth, *Les joint-ventures internationales : Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales*, Traduction GARCA André, GLN Joly édition, Paris, 1992, pp. 22-31.

être ni mise en liquidation, ni en règlement judiciaire et peut être dissoute sur simple demande d'un associé. La société en participation qui ne nécessite aucune forme particulière, ni immatriculation, peut, selon la nature de ses activités, être une société civile ou commerciale. C'est une forme d'alliance dans laquelle les associés, agissant pour leur compte, partagent solidairement les conséquences de leur engagement, ce qui la distingue des formes statutaires (¹¹³¹) et contractuelles (¹¹³²). La détermination de la nature juridique de la joint-venture génère des confusions puisqu'elle revêt simultanément les doubles appréciations. Sa non-appropriation de la production de ressources naturelles (¹¹³³), son dégagement de toute responsabilité ne peuvent voiler sa jouissance d'une autonomie juridique qui donne naissance à une véritable personne morale (¹¹³⁴). Il serait donc erroné de lui contester la qualité de 'société de fait' (¹¹³⁵). La joint venture devient alors internationale dès qu'elle s'implique dans un élément d'extranéité même si les associés relèvent du seul droit national (¹¹³⁶).

270. La constitution d'une joint-venture se base sur une véritable collaboration. Les associés se répartissent l'exécution des tâches : telle entreprise se charge de telle prestation, telle autre s'engage à réaliser telle obligation... Enfin, ils se partagent les fruits en fonction de leur pourcentage de participation. En fonction de leur répartition des actions, les associés se partagent le pouvoir de gestion, de décision et de direction (¹¹³⁷). Si, dans les secteurs commerciaux, les cocontractants étrangers ont la faculté d'être détenteurs majoritaires (¹¹³⁸), la participation des personnes nationales doit l'être dans les secteurs prioritaires (sécurité, défense et développement). Ainsi, le marché passé entre l'*E.G.O.T.H. et la SPP* (¹¹³⁹) pour l'aménagement du Plateau des Pyramides

¹¹³¹ () La joint-venture se dissout directement à la fin de l'accord de base contrairement aux sociétés à responsabilité limitée, sociétés anonyme...et aux sociétés d'économie mixte ou de filiale. KLAUS Langefeld-Wirth, *Les joint-ventures internationales...*, *op. cit.*, Traduction GARCA André, GLN Joly édition, Paris, 1992, p. 8.

¹¹³² () Comme la sous-traitance et le groupement momentané, TUHO Ch., « *Entreprises conjointes et...* », *op. cit.*, spéc. p. 159.

¹¹³³ () Le pétrole extrait appartient à l'ensemble des opérateurs, selon la conception d'un auteur ou à la partie étatique, selon notre conviction. Ce qui est certain, c'est qu'il n'appartient pas à l'entité créée.

¹¹³⁴ () LEBOULANGER Ph., « Le régime juridique des investissements pétroliers en Égypte », *Rev. Eyp. Dr. Int.*, 1972, pp. 120 et s.

¹¹³⁵ () ELLAINGAN H., Aspects juridiques des Nouvelle formes d'investissements dans les Pays d'Afrique zone franche, *op. cit.*, p. 86.

¹¹³⁶ () KLAUS Langefeld-Wirth, *Les joint-ventures internationales...*, *op. cit.*, Traduction GARCA André, GLN Joly édition, Paris, 1992, p. 24.

¹¹³⁷ () Cf. *Ibid.*, pp. 38-40.

¹¹³⁸ () Cette politique législative est, par degré d'intensité variable, en vigueur dans tous les codes d'investissement des États en développement (États de pacte Andin, Indonésie, Inde, Iran, États du Golf, Libye et Égypte), VADCAR C., *op. cit.*, éd. J-C, *Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-50, p. 5.

¹¹³⁹ () *Egyptian General Organization of Tourism and Hotel*

a contribué à la création d'une société 'Egyptian Tourism Development Company' (E.T.D.C.), dont le capital était souscrit à hauteur de 60 % pour l'opérateur étranger et 40 % pour l'opérateur public égyptien (¹¹⁴⁰). En revanche, le marché conclu entre l'entreprise publique égyptienne 'A.O.T.' et la société anglaise 'West Land' pour la construction et la commercialisation de l'avion britannique 'Lynx' a prévu la création de la joint-venture 'Arabe British Helicopter Company', dont 70 % du capital était détenue par la partie égyptienne et le reste par l'autre contractant (¹¹⁴¹). Dans le secteur pétrolier et minier, la joint-venture est le mode d'exécution par excellence (¹¹⁴²). Les contrats B.O.T. (*Build Operate Transfer*) la préfère pour se charger de l'installation, de la finance et de l'exploitation du projet (¹¹⁴³). Le marché du tunnel de la Manche a occasionné la création d'une société en participation (EUROTUNNEL) qui a passé le contrat de construction avec dix groupes français et anglais baptisés *Transmanche-link* (TML) (*une seconde joint venture*) solidairement responsables avec la précédente (¹¹⁴⁴). Le partage des actions n'est qu'une expression des rapports de force entre les partenaires. Son principal objectif est de garantir au détenteur majoritaire les droits d'administrer et de contrôler les opérations en cours d'exécution. Il n'en est pas toujours ainsi car le décalage technique réduit l'importance de cet élément octroie aux opérateurs étrangers le véritable pouvoir d'administration (¹¹⁴⁵). D'ailleurs, ces derniers parviennent à l'établissement du système de vote ou d'un conseil d'administration leur

¹¹⁴⁰ () La gestion devait être assurée par ce dernier et le gouvernement égyptien devait s'engager à l'escompter des douanes et des impôts et à faciliter les procédures de création, LEBOULANGER Ph., « État, politique et arbitrage ; l'affaire du Plateau des Pyramides », *Rev. Arb.*, 1986, spéc. pp. 6 et 7.

¹¹⁴¹ () SALAH ELDIN G.-El., *Aucoude al-daoulah lenacle al-technologiah*, (Les contrats d'États du transfert de technologie), *op. cit.*, Dar-El-Nahda El-Arabia, Le Caire, 1996, p. 147, L'on peut citer également, la joint-venture 'Arabe American Vehicle (A.A.V.) qui fut créée pour l'exécution d'un marché d'industrialisation de voitures, conclue en 1978 entre l'Arabe *Organisation for Industry* (A.O.I.) et l'*American Motors Company*, ; « L'Égypte aujourd'hui », 1986, p. 91; la joint-venture pour la construction et l'exploitation d'un complexe d'aciéries d'*El-Dekhila* à Alexandrie (1992), in « *L'Égypte aujourd'hui* », 1992, p. 88.

¹¹⁴² () Le marché de l'organisme pétrolier égyptien et de la firme 'American Pan' a prévu que « ...Le consortium créé ne jouit pas de la personnalité juridique ». LEBOULANGER Ph., « Le régime juridique des investissements pétroliers en Égypte », *Rev. Egyp. Dr. Int.*, 1972, pp. 120 et s ; adde, son ouvrage, *Les contrats entre États...*, *op. cit.*, economica, Paris, 1985, p. 14 ; La Joint venture domine également les domaines de la biotechnologie et de la technologie d'information, ...TUHO Ch., « Entreprises conjointes et... », *op. cit.*, *Association Internationale du Droit Économique, Colloque de Louvain la neuve*, 1986, spéc. pp. 161-166 ;

¹¹⁴³ () KLAUS Langefeld-Wirth, *Les joint-ventures internationales...*, *op. cit.*, Traduction GARCA André, GLN Joly édition, Paris, 1992, p. 30.

¹¹⁴⁴ () MORAND-DEVILLER J., « EURO TUNNEL : le contrat relatif à la construction du Tunnel sous la Manche », *Les Petit. Aff.*, n° 113, 20 septembre 1995 ; adde, *Copyright Petites Affiches, édition du 27 avril 2001*, p. 4).

¹¹⁴⁵ () TUHO Ch., « Entreprises conjointes et... », *op. cit.*, *Association Internationale du Droit Économique, Colloque de Louvain la neuve*, 1986, pp. 155-173.

permettant de nommer conjointement des représentants, donc de contrebalancer leurs positions minoritaires (¹¹⁴⁶).

271. Le groupement momentané (¹¹⁴⁷) est l'un des modes prépondérants d'exécution des accords d'investissement. Il pose un problème concernant l'opposabilité de la clause compromissoire signée par l'une des sociétés membres aux autres entités. Sur ce point, il ne paraît pas y avoir de difficulté. En dépit de leur personnalité distincte, le groupe de société constitue une réalité économique unique. Il en résulte que la clause compromissoire expressément acceptée par certains membres du groupe doit lier les autres sociétés. En effet, celles-ci sont autant par « *le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution des contrats contenant lesdites clauses* » que par « *la volonté commune de toutes les parties à la procédure* », comme ayant été de « *véritables parties à ces contrats* », sinon « *concernés au premier chef par les litiges qui peuvent en découler* » (¹¹⁴⁸). En revanche, il n'est pas admis d'opposer aux sociétés principales des arbitrages consentis par leurs filiales. En effet, quoique généralisé par plusieurs lois et traités, l'arbitrage reste un mode de règlement exceptionnel. Il doit être choisi par des parties capables d'y consentir et dans des matières où l'État accepte de ne pas se réserver l'exclusivité juridictionnelle (¹¹⁴⁹). Par conséquent, la clause compromissoire doit être interprétée respectivement et ne doit produire d'effets qu'au regard de ses partenaires du fait qu'elle soustrait aux signataires le recours au juge naturel (juge étatique).

272. Cette position restrictive est admise par un grand nombre de sentences arbitrales. L'existence d'un groupe de société n'est pas une condition suffisante pour retenir dans l'arbitrage l'ensemble des sociétés du groupe (¹¹⁵⁰). Le groupement n'est qu'une des conditions et il convient encore de rechercher l'intention réelle et commune des parties au moment des faits ou à tout le moins, celle du tiers non-signataire. Pour dévoiler cette intention, les arbitres des sentences CCI n° 7604 et 7610 en 1995, ont évalué l'attitude de la partie concernée tout au long des négociations, conclusion et exécution de la convention. Les arbitres ont fait savoir que la maison mère n'avait pas

¹¹⁴⁶ () KLAUS Langefeld-Wirth, *Les joint-ventures internationales...*, op. cit., Traduction GARCA André, GLN Joly édition, Paris, 1992, pp. 38-40 ; TUHO Ch., op. cit., in *Coopération entre entreprises : entreprises conjointes, stratégies industrielles et pouvoirs publics*, Association Internationale du Droit Économique, Colloque de Louvain la neuve, 1986, spéc. p.171

¹¹⁴⁷ () Sur le groupement, v., notre premier Titre, Chapitre 1, Section 2.

¹¹⁴⁸ () Arrêt rendu le 26 novembre 1986, *Rev. Arb.*, 1988, p. 153, note Pau.

¹¹⁴⁹ () FADLALLAH Ibrahim, *Clauses d'arbitrage et groupement de sociétés*, *Travaux du Comité français du Droit International privé*, Années 1984-1985, pp. 105 et s.

¹¹⁵⁰ () Sentence CCI, affaire, n° 7155, 1993, *Clunet*, 1996, pp. 1037 et s., obs., ARNALDEZ J-J.

ratifié le contrat. Sa seule intervention s'est limitée à l'émission d'une lettre de garantie. Les circonstances de l'exécution de l'accord ont démontré le versement du prix contractuel à la filiale. Elles ont également affirmé l'absence de la maison mère pendant les négociations à l'amiable et ont donc décidé sa non-implication dans la clause arbitrale⁽¹¹⁵¹⁾.

273. Dans la sentence n° 10758 CCI en 2000⁽¹¹⁵²⁾, le litige relevait d'un marché conclu entre une société française (A)' et une société égyptienne (C), société *dépendante*, c'est-à-dire privatisée, filiale de la société *holding* (B) (entreprise publique). L'accord avait pour objet la fourniture et la construction en Égypte d'une usine d'ammoniaque. Il prévoyait l'application du droit égyptien en cas de différend. Après la réalisation de l'ouvrage en 1993, les parties ont rencontré certaines difficultés motivant le recours par la société privatisée à une procédure arbitrale. Peu après, la société française a engagé une procédure similaire contre la société *holding* afin de lui opposer l'arbitrage signé par sa filiale. L'opérateur français a soutenu⁽¹¹⁵³⁾ que l'entreprise *holding* est lié par la clause d'arbitrage pour sa participation à la conclusion et l'exécution du contrat, par l'intermédiaire de sa filiale : « *il ne fait absolument aucun doute que [la filiale du défendeur] fait partie d'un groupe de sociétés sur lequel [le défendeur] exerce un contrôle absolu et qui se caractérise par le plus haut degré de centralisation du pouvoir et unité dans l'objectif économique...* »⁽¹¹⁵⁴⁾.

274. Les arbitres ont affirmé que l'extension de la clause d'arbitrage doit être abordée avec prudence. En effet, c'est dans le principe d'autonomie de la volonté que cette clause trouve son pouvoir et tire sa source : « *l'extension d'une convention d'arbitrage à un non-signataire n'est pas une simple question de structure ou de contrôle entre sociétés mais plutôt une question de participation du non-signataire aux négociations, à la conclusion ou à l'exécution du contrat ou de son attitude car c'est de cette participation que le Tribunal arbitral peut déduire la commune intention* »⁽¹¹⁵⁵⁾. Les arbitres devaient alors analyser les comportements de la société *B* afin de dévoiler si elle avait l'intention de s'intégrer dans l'accord de base et la clause d'arbitrage. Ils ont rappelé que lorsqu'un non-signataire avait l'intention d'être une partie à l'arbitrage et y

¹¹⁵¹ () Sentences CCI, affaires n° 7604 et n° 7610, 1995, *Rev. Arb.*, 1998, pp. 1027 et s, spéc. pp. 1028-29, obs. D.H.

¹¹⁵² () Sentence CCI, affaire n° 10758, 2000, *Clunet*, 2001, pp. 1171 et s., obs., J.-J. A.

¹¹⁵³ () Il avait également considéré que l' *Holding 'B'* est la seule actionnaire de cette filiale, que la personnalité de celle-ci n'est qu'une fiction et qu'elle avait décidé d'exclure du capital de cette filiale certains actifs ce qui réduisait ses chances de récupérer le montant des dommages éventuels.

¹¹⁵⁴ () Sentence CCI, précitée, affaire n° 10758/2000, *Clunet*, 2001, spéc. 1173, obs., J.-J. A.

¹¹⁵⁵ () Cf. *ibidem*.

a consenti, cette intention doit être prouvée par écrit. Le tribunal arbitral a examiné les signataires de la clause compromissoire et le rôle du défendeur pendant la négociation et l'exécution du marché (¹¹⁵⁶). Il a ressorti des documents produits que le défendeur est impliqué dans la négociation (*soumission des offres à son bureau, tenu des réunions en présence de ses représentants, contrôle des étapes d'examen et d'approbation...*). Néanmoins, cette implication ne contient aucune affirmation quant à son acceptation de la clause de règlement des différends (¹¹⁵⁷). En outre, la signature du contrat peu après par la seule filiale, conforte cette constatation. Si le demandeur avait souhaité l'implication du défendeur, il aurait dû insister à ce moment important.

Cette analyse a été largement approuvée lorsque le tribunal s'est tourné vers la phase d'exécution. Mettant en relief la spécificité du marché (¹¹⁵⁸), il a *cependant précisé que* « le demandeur n'a apporté aucune preuve de l'implication du défendeur dans l'exécution » du marché (¹¹⁵⁹). Par ces motifs, ils ont affirmé l'insuffisance de l'existence d'un groupe des sociétés pour leur opposer un arbitrage consenti par l'une d'entre elles. Ils ont ainsi approuvé la demande de la partie égyptienne quant à sa non implication au contrat et à la clause de règlement des différends (¹¹⁶⁰).

275. Dans le cadre de cette hypothèse du groupement, il se pose une interrogation sur la répartition de la responsabilité entre les sociétés du consortium. Sur ce point, il suffit de se référer à un arrêt du Conseil d'État français pour démontrer l'effectivité des enseignements des contrats administratifs et la justesse de leurs solutions. L'objet de l'arrêt était un marché de construction à Guidel. Cet accord a donné lieu à un groupement d'entreprises représentées par l'une d'entre elles (*société de génie Civil de l'Ouest*), agissant comme 'mandataire commun'. La société mandataire était attributaire du lot n° 1 correspondant aux gros œuvres avec la société d'entreprise générale de bâtiment (*CITRAM*). La réalisation de l'ouvrage accusa un retard d'environ un an, mais

¹¹⁵⁶ () Pour le prouver, la partie française a fait référence à une importante correspondance établissant que le défendeur a joué un rôle essentiel dans la négociation et la conclusion du contrat et dans son exécution. Elle a également soutenu qu'au moment de la négociation du contrat les intérêts du défendeur et de sa filiale étaient totalement entremêlés....

¹¹⁵⁷ () Sentence CCI, affaire n° 10758/2000, *Clunet*, 2001, pp. 1172 et s, spéc. 1175, obs. J.-J. A.

¹¹⁵⁸ () « Il s'agit d'un contrat pour la conception, la fourniture et la construction d'une usine industrielle. Son exécution impliquait une relation complexe sur un grand nombre d'années. Il s'agissait d'un contrat dans lequel le demandeur avait des obligations de conception, de supervision de la construction et de formation du personnel. [La filiale du défendeur] était responsable de la construction même et, bien entendu, son personnel était formé pour faire fonctionner l'usine. La relation est tout à fait différente des affaires concernant la fourniture de marchandises dans lesquelles l'identité d'une société particulière dans un groupe qui fournit effectivement le produit peut ne pas avoir d'importance pour le vendeur et l'acquéreur ». Cf. *ibid.*, pp 1176

¹¹⁵⁹ () *Ibidem*.

¹¹⁶⁰ () Cf. *ibid.*, p. 1174.

l'on prononça la réception provisoire des deux bâtiments. Toutefois, la réception définitive n'a jamais été décidée en raison de la défectuosité de l'étanchéité des façades. Dès avant la réception provisoire, l'Office avait saisi le tribunal administratif de Rennes, demandant la sanction des sociétés membres pour le retard en exécution. Sur cette requête, le Tribunal a souligné que la répartition de responsabilité à un marché donne lieu à deux litiges autonomes : le premier ne peut que relever de la compétence du juge administratif puisqu'il concerne les fautes imputées aux entreprises participantes. Le second devrait dériver de sa compétence car son objet est le contrat de groupement, au sein duquel, les responsabilités se répartissent selon le droit commun (Art., 1216 du Code Civil). Il s'agit donc d'un contentieux judiciaire qui relève de droit des sociétés, conjointes ou en participation. Cependant, en l'espèce, le tribunal s'est reconnu la compétence pour examiner non seulement le litige opposant les entreprises regroupées à l'administration, mais également la faculté d'interpréter le protocole d'accord passé entre elles et l'architecte pour le règlement des litiges liés à l'opération. Le litige entre entreprises ne peut relever que du juge administratif puisqu'il est fondé sur la mauvaise exécution du marché de construction. Le Tribunal s'est donc permis de rendre un jugement sur le fond de cette question, en décidant que « *sur les désordres et au titre de la responsabilité contractuelle, il a laissé 5% de responsabilité à la charge du maître d'ouvrage à raison de sa fonction de 'conducteur d'opération'. Il a reparti le 95% restant à concurrence de 8/10 pour les deux entreprises de gros œuvre solidaires pour ce lot (SGCO et la CITRAM) et 2/10 pour l'architecte Le Feuillie (sans prononcer entre les entreprises et celui de solidarité), les autres entreprises étant mises hors de cause* » ⁽¹¹⁶¹⁾. En somme, les marchés publics internes et internationaux peuvent être réalisés par des joint-ventures ou des consortiums. Les conflits qu'évoquent ces entités sont *soumis* au Conseil d'État ou à l'arbitrage et tranchés conformément au droit commun.

II / Sous-traitance interne et internationale

A) Formation et réglementation

276. Une opération engageant un partenaire à réaliser tout ou partie des prestations confiées au maître d'œuvre ⁽¹¹⁶²⁾, la sous-traitance est un des mécanismes les plus

¹¹⁶¹ () DANDELKOT Marc, « Le régime des actions en garantie en cas de groupement d'entreprises ; Conclusions sur le Conseil d'État, 21 février 1986 », *Rev. Fr. Dr. Adm.*, 1986, pp. 751 et s., spéc. 752-53

¹¹⁶² () Ainsi dit l'article 1 de la loi française du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance dans les marchés publics que « *La sous-traitance est une opération par laquelle un entrepreneur confie à une autre personne appelée 'sous-traitant' tout ou partie de l'exécution du marché conclu avec le maître*

répandus dans l'exécution des marchés publics à caractère interne ou international. Porteuse d'une dérogation à l'exigence d'exécution personnelle des contrats, elle est une convention par laquelle l'entrepreneur de l'administration confie à un autre partenaire qu'elle a admis, l'exécution de certaines prestations (¹¹⁶³). La sous-traitance concerne plutôt les marchés de bâtiments, de travaux et de fournitures industrielles. Couramment utilisée en matière de concessions (¹¹⁶⁴) elle réalise les accords d'affermage, d'architecture, de services ou d'audiovisuel. Méthode habituelle d'exécution des contrats administratifs, la sous-traitance reste envisageable dans les contrats d'entreprise, c'est-à-dire ceux par lesquels une personne s'oblige, sans avoir la qualité de salarié ou de mandataire, à effectuer une tâche au profit d'une autre personne physique ou morale.

277. En droit français, la sous-traitance est restée jusqu'en 1975 soumise aux mêmes règles juridiques que la cession, et est donc réglementée par l'article 1165 du Code Civil (¹¹⁶⁵). Parallèlement, elle est, en droit égyptien, régie par les articles 646-667 du Code Civil et par les règles particulières à la théorie générale des obligations. Cependant, lorsqu'il s'agit de la sous-traitance dans un contrat administratif, ces règles ne s'appliquent qu'à défaut de textes législatifs, en l'occurrence le droit sur les appels d'offre et adjudication (¹¹⁶⁶). Que ce soit en droit français ou égyptien, deux conditions sont indispensables pour que la sous-traitance soit légale : la première exige qu'elle soit partielle (¹¹⁶⁷). Le maître d'œuvre ne peut sous-traiter que certaines parties des engagements souscrits. Il doit avoir l'agrément du maître d'ouvrage (État ou ses personnes morales). Le titulaire d'un marché ayant le caractère d'un contrat d'entreprise peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son accord, « à condition d'avoir obtenu de la collectivité ou de l'établissement public contractant l'acceptation de chaque sous-traitant et des conditions de paiement de chaque contrat de sous-

d'ouvrage », GUILLIEN Raymond et (alii.), *LEXIQUE Termes juridiques*, op. cit., 11^e édition, Dalloz, 1998, p. 500.

¹¹⁶³ () BRACONNIER S., « Le Droit des Marchés publics... », *Éd. Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, n° 120-121 p. 52 ; DUMAS J.-P., « Sous-traitance et livraison d'ouvrage clé en main en Droit français », *Rev. Jur. Poli. Indép. Co.*, 1988, p. 693.

¹¹⁶⁴ () On l'a même appelé '*sous-concession*' puisqu'elle charge le co-concessionnaire du transport du gaz, sans pour autant décharger le concessionnaire des obligations découlant de cahier des charges.

¹¹⁶⁵ () Depuis une série de lois ont été promulguées comme la loi du 31 décembre 1975 et ses modifications (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, celle n°84-46 du 24 janvier 1984 et le décret du 15 février 1985). DE LAUBADER A., (et alii.), *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., T. 1, 13^e éd., pp.717 et s.

¹¹⁶⁶ () MAHMOUD M.M., *Daour al-quaouaëid al-doualial al-gadida fi al-monakassat wa-al mozaïadat fi al-doual alnamiah*, (*Rôle des nouvelles règles internationales dans les adjudications et appels d'offres des États en développement*), Dar El-nahda, le Caire, 1997, p. 212.

¹¹⁶⁷ () Cf. *ibid.*, p. 224 : Art. 2 du Code des Marchés Publics français ; PATOUT S., *Les marchés publics internationaux des bâtiments...*, op. cit., éd. Moniteurs, Paris, 1981, pp. 203 et s ;

traitance » (¹¹⁶⁸). L'agrément est exigé avant la conclusion du contrat ou pendant son exécution. Il peut être explicite, mais rien n'empêche qu'il soit tacitement tiré du silence, le vingt et unième jour suivant la réception de la demande. La sous-traitance excédent un certain seuil doit avoir un agrément de paiement direct afin de protéger le sous-traitant contre la défaillance ou la mauvaise foi de l'opérateur principal (¹¹⁶⁹).

278. Corrélativement aux accords internes, la sous-traitance est souvent sollicitée pour la réalisation des marchés d'investissement. A l'époque des deux guerres, elle était pour les grands projets des États développés une modalité d'exécution proportionnelle. Depuis lors, le Tiers-Monde a préféré cet instrument dans la réalisation de son développement économique et industriel (¹¹⁷⁰). Divers marchés pétroliers ont placé les opérateurs étrangers au rang des sous-traitants du monopole étatique dont l'activité est soumise au contrôle de l'État et à des agréments parlementaires ou ministériels (¹¹⁷¹).

279. La sous-traitance peut être une *sous-traitance de spécialité* ou de *capacité*, dite 'conjoncturelle'. La première est souvent motivée par des raisons purement techniques et requiert du sous-traitant le savoir-faire et l'expérience rationnelle. On recourt souvent à la seconde pour des motifs *économico-budgétaires*, même si elle épargne le sous-traitant local (¹¹⁷²). Elle résout les difficultés technico-économiques du titulaire du marché, offrant aux petites et moyennes entreprises de nouveaux chantiers ou d'autres compétences professionnelles. La durée du contrat de sous-traitance est étroitement liée à celle de l'accord principal (¹¹⁷³). Ces dispositifs d'ordre interne sont repris par les conditions *F.I.D.I.C.*, dont l'article 59 alinéa 5 aboutit à un résultat voisin de celui de l'action directe lorsqu'il permet au sous-traitant agréé l'obtention auprès de l'*Ingénierie-Conseil* d'un constat signifiant qu'il a été payé par le maître d'ouvrage directement (¹¹⁷⁴). Les marchés internationaux occasionnant des contrats de sous-traitance sont innombrables. Attribué le 19 juin 1982 par l'État du Qatar à la société

¹¹⁶⁸ () Article 1 de la loi française du 31 décembre 1975.

¹¹⁶⁹ () DE LAUBADER DE A., (et alii.), *Traité de droit...*, *op. cit.*, t. 2, L.G.D.J., p. 718 ; BRACONNIER S., *Le Droit des Marchés Publics...*, *op. cit.*, pp. 53 et s, n° 120-127 ; KADIDI K., *op. cit.*, thèse, Dijon, 1978, pp. 174 et s ; FAOUZI SalahEldin., *La loi n° 89 du 1998 sur les appels d'offres et adjudications ; problèmes pratiques et solutions*, Dar El-Nahda, le Caire, 2000, pp. 327 et s.

¹¹⁷⁰ () Domaines de construction d'usines, centres hospitalier, universités, routes, autoroutes, barrages, ports, aéroports..., BISMUTH J.L., *La sous-traitance internationale*, *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Privé*, années 1984-1985, pp. 23 et s ; DUMAS J.P., « Sous-traitance et livraison d'ouvrages clé en main en Droit français », *Rev. Jur. Poli. Indép. Co.*, 1988, p. 692.

¹¹⁷¹ () Étant donné que celui-ci n'est qu'un mandataire ou un représentant de l'État souverain, seul propriétaire des ressources naturelles.

¹¹⁷² () MARTIENS P., « La sous-traitance... », *op. cit.*, *D.P.C.I.*, 1979, T.5 n° 2, spéc. pp. 253-255.

¹¹⁷³ () DUMAS J.P., *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Co.*, 1988, pp. 694-695.

¹¹⁷⁴ () M. BISMUTH., *op. cit.*, in *Trav. Comité Français du Dr. Int. Privé*, 1984-1985, p. 79.

américaine *Creighton limitide (Creighton)*, l'exécution du marché de construction et de maintenance d'un Hôpital a été confié à deux sous-traitants (sociétés construction entreprises *company 'CEC'* et *Kassem Drawish Fakhroo and Sons 'KDS'*, par l'entrepreneur cocontractant (¹¹⁷⁵). Conclu en 1986, le marché de réalisation du Tunnel sous la Manche a donné lieu à une quarantaine de contrats de sous-traitance pour la réalisation des équipements fixes et du matériel roulant (¹¹⁷⁶).

280. La sous-traitance représente l'occasion d'intervention étatique dans l'exécution des marchés publics internes ou internationaux. On a vu que les droits français et égyptien suspendent sa légalité sur le respect de deux conditions. D'ailleurs, le droit français instaure un système de garanties obligatoires aux sous traitants en vue de les protéger à l'étranger ou sur le territoire national (¹¹⁷⁷). De même, le droit égyptien n'admet la sous-traitance aux sociétés étrangères qu'à titre d'incapacité ou d'incompétence technique des personnes internes (¹¹⁷⁸). L'exercice du pouvoir souverain est encore plus accentué en matière internationale : l'Union européenne prohibe la sous-traitance aux ressortissants étrangers de projets financés par ses organisations économiques régionales. Divers pays arabes interdisent la sous-traitance avec des entreprises israéliennes ou leurs alliées directement ou indirectement. Quoique critiquée en doctrine (¹¹⁷⁹), ce type d'intervention est un fait dont l'entrave peut révéler de sérieux problèmes d'ordre public et menacer l'existence de l'accord principal.

B) Conflits de lois et de juridiction

281. Si on se demande dans quelle mesure la sous-traitance évoque *des* conflits de lois et de juridiction, la réponse dépendra de sa qualification qui génère des difficultés surmontables par l'interprétation de la volonté des parties, de la loi choisie et des

¹¹⁷⁵ () Ce marché a été résilié, donnant ainsi lieu à un litige tranché par une série de sentences arbitrales et un recours devant la Cour d'Appel de Paris sur lesquels nous reviendrons, Cour d'Appel de Paris (1^{er} Chambre Civile), 12 Janvier 1996, Gouvernement de l'État du Qatar c./ Creighton Ltd, *Rev. Arb.*, 1996, pp. 429-441, note . FOUSSCHARD.

¹¹⁷⁶ () Représentatifs de 70 % de l'accord de base, ces contrats ont été obtenus par 47 % des entreprises françaises et 40 % des sociétés anglaises. MORAND-DEVILLER J., « Eurotunnel : le contrat relatif à la construction du Tunnel sous la Manche », *Les Petites Aff.*, n° 113, 20 septembre 1995.

¹¹⁷⁷ () Garanties conjointes de bonne exécution, garanties et cautionnement de paiement du prix et dépenses supérieures au seuil déterminé. Ces garanties ont, dans le système français, le caractère de lois de police car elles sont édictées pour satisfaire un intérêt économique. Articles 12-14 de la loi française sur la sous-traitance, DUMAS J.P., *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Co.*, 1988, pp. 694 et s ; BISMUTH J.L., La sous-traitance internationale, *op. cit.*, *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Privé*, 1984-1985, spéc. p. 32.

¹¹⁷⁸ () Loi n° 138 du 1981 et celle n° 89 du 1998.

¹¹⁷⁹ () Elle a été qualifiée d'atteinte avérée à la liberté contractuelle du titulaire de l'accord principal. Elle altère la sous-traitance en co-traitance dans la mesure où les autorités internes participent dans le choix de sous-traitant potentiel, DUMAS J.P., « Sous-traitance et livraison d'ouvrages... », *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Co.*, 1988, spéc. pp. 700-704.

caractères propres à chaque prestation. En premier lieu, la sous-traitance impliquant un élément d'extranéité met en concurrence plusieurs lois ⁽¹¹⁸⁰⁾ exige une première interrogation sur sa nature interne ou internationale. Cette qualification est importante à double titre : la diversité des solutions qui offrent les systèmes juridiques en jeux à une seule question, lui apporte un intérêt potentiel ⁽¹¹⁸¹⁾. De plus, la désignation de la justice compétente en dépend, même si l'intérêt de ce point devient minime en présence d'une clause arbitrale ⁽¹¹⁸²⁾ : si le litige concerne une action directe, il impliquera le maître d'ouvrage devant son juge national. S'il concerne les deux autres contractants ou l'un d'entre eux vis-à-vis du tiers, le tribunal saisi peut être judiciaire ⁽¹¹⁸³⁾, administratif ou pénal ⁽¹¹⁸⁴⁾.

282. Au cours d'un arrêt concernant une sous-traitance conclue dans le cadre du projet du Parc loisir d'*Eurodisneyland* entre l'entrepreneur américain et des sociétés françaises, la Cour d'Appel de Paris a décidé que l'opération « *avait incontestablement un caractère international* » ⁽¹¹⁸⁵⁾. La Cour a consacré une longue motivation pour justifier cette nature « *les contrats satellites mêmes conclus entre deux entreprises du même pays participent au caractère internationalement économique de l'opération. En l'espèce, cependant, les deux entreprises parties à ce sous-traité avaient leur siège en France et toute leur opération exécutait sur le sol français. On pouvait donc douter que ce contrat mette en cause le commerce international, c'est-à-dire l'économie de plus d'un État, alors que le contrat de sous-traitance conclue entre deux entreprises françaises ne devient généralement international que s'il s'exécute à l'étranger et réalise un transfert de personnel, de matériel, de technologie et de fonds de la France vers l'étranger, s'inscrit dans un processus de transfert de génie civil à l'étranger. Néanmoins, la jurisprudence française accepte volontiers que l'internationalité d'un tel contrat résulte du lien étroit qu'elle entretient avec le contrat principal. Dans le cas du*

¹¹⁸⁰ () souvent celles du maître d'ouvrage, du sous-traitant et de l'entrepreneur principal. Cf. *ibid.*, p. 705.

¹¹⁸¹ () La réponse à des questions comme celle de l'imprévision ou de révision des prix diffère suivant le système juridictionnel. La théorie de l'imprévision est, à titre d'exemple, reconnue par les lois italienne, grecque, algérienne, ou égyptienne.... Elle est cependant méconnue par d'autres comme les lois française, marocaine, belge ou sénégalaise... BISMUTH J.L., *op. cit.*, *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Privé*, 1984-1985, spéc. pp. 24-25.

¹¹⁸² () L'attribution de la compétence dépend des conditions et de la qualité des contractants et de la nature des questions conflictuelles. Cf. *ibid.*, pp. 702-706.

¹¹⁸³ () même si l'accord principal est qualifié de contrat administratif.

¹¹⁸⁴ () actions engagées par les tiers victimes des travaux publics sous-traités aux nationaux ou à des étrangers. Cf. *ibidem*.

¹¹⁸⁵ () Cour d'Appel de Paris (1^e ch. Sect. Urgences), 27 janvier 1993, Société Taylor Woodrow Projects France (TWPF) c./ Société Atelier Perrault Frères, *Rev. Arb.*, 1995, pp. 561 et s.

projet d'Eurodisney, totalement importé et minutieusement contrôlé par la firme américaine qui a imposé son savoir-faire à l'ensemble des entreprises intervenant dans le projet, ce lien était évident »⁽¹¹⁸⁶⁾

283. Une fois son internationalisation admise, la sous-traitance évoque une seconde interrogation sur sa nature de 'contrat de vente, d'entreprise, de mandat ou de délégation'⁽¹¹⁸⁷⁾. Cette qualification n'est pas dénuée de sens. Lorsque la loi applicable la qualifie de vente, on doit s'assurer de la validité de certaines clauses, durée, garantie de mise en service et de maintenance contractuelles⁽¹¹⁸⁸⁾, dont la réglementation diffère selon les systèmes conflictuels⁽¹¹⁸⁹⁾. Citons l'exemple d'une sous-traitance octroyée par une société française à une autre allemande dans le cadre d'un marché clé en main conclu avec un opérateur égyptien : alors que la loi française admet, en l'espèce, la délimitation de la durée de la garantie dans les ventes entre professionnels d'un même secteur, les droits allemand et égyptien ne l'appliquent pas forcément si le sous-traitant (vendeur) commet un dol⁽¹¹⁹⁰⁾. Lorsque ladite loi la qualifie de *contrat d'entreprise*, l'identité de cette loi joue un rôle important dans le règlement de l'intervention gouvernementale. La sous-traitance octroyée par une entreprise suisse à une autre anglaise pour la réalisation de travaux en Égypte impliquerait des conflits entre trois législations qui réglementent différemment la résiliation unilatérale. Si dans la loi égyptienne ces mesures peuvent constituer une force majeure, les lois suisse et anglaise n'exonèrent pas forcément la partie imputée d'une responsabilité purement contractuelle.

284. La sous-traitance implique des rapports triangulaires entre les deux parties (sous-traitant et sous-traité) ou entre chacune et le maître d'ouvrage ou des tiers. Pour déterminer les effets juridiques, il faut distinguer entre sous-traitance légale et sous-traitance illégale. L'irrégularité donne à l'Administration la possibilité de rejeter toute revendication de paiement ou d'action directe et de demander au titulaire du marché la

¹¹⁸⁶ () Cf. *Ibidem*.

¹¹⁸⁷ () Les prestations matérielles peuvent être mobilières ou immobilières tandis que les prestations intellectuelles sont souvent des missions d'études, montages, supervisions de montage, BISMUTH J.L., *La sous-traitance...*, *op. cit.*, *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Privé*, années 1984-1985, spéc. p. 29 ; MARTIENS P., « La sous-traitance », *D. P.C.I.*, 1979, T.5, n° 2, p. 245-270, spéc. p. 250.

¹¹⁸⁸ () Ex. clause de garantie contre les vices cachés, celle des actions directes...

¹¹⁸⁹ () qui sont le Droit français, allemand et égyptien.

¹¹⁹⁰ () Inspiré des lois suisse et allemande et inspirant les lois syrienne, libyenne et algérienne, l'article 453 du Code Civil égyptien indique que « *Les contractants peuvent, par des conventions particulières, aggraver l'obligation de garantie, la restreindre ou la supprimer. Néanmoins, toute stipulation supprimant ou restringent la garantie est nulle si le vendeur a intentionnellement dissimulé le défaut de l'objet vendu* », BISMUTH J.L., *op. cit.*, *supra*, *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Privé*, années 1984-1985, spéc. p. 29 (note de bas de page n° 50-56).

réparation d'une faute contractuelle ⁽¹¹⁹¹⁾. Le Conseil d'État, qui a responsabilisé l'Administration pour un sous-traitant impayé, n'a pas tiré l'ensemble des effets d'une sous-traitance légale. Il les a amoindri car le cocontractant a bénéficié de versements d'acomptes sans s'assurer de l'agrément de la collectivité locale : « *la simple présence du sous-traitant dans quelques réunions de chantier ne signifie pas l'acceptation et l'agrément par l'administration. Si la responsabilité de l'Administration sur cette base ne peut être invoquée, le titulaire du marché peut, si elle remplit les conditions, l'impliquer dans une responsabilité d'enrichissement sans cause...* » ⁽¹¹⁹²⁾. En tout cas, le sous-traitant ne perdra pas son droit au paiement car il peut imputer au donneur d'ordre une responsabilité quasi délictuelle. Par ailleurs, la sous-traitance légale ne dégage pas les partenaires de leurs obligations initiales. Le sous-traitant est responsable vis-à-vis du donneur d'ordre (sous-traité) en cas de non ou mauvaise exécution ⁽¹¹⁹³⁾. Le titulaire du marché est garant du sous-traitant lors de la résiliation du marché principal. Les deux partenaires sont responsables à l'égard du maître d'ouvrage : le sous-traitant n'est responsable que de ses engagements souscrits tandis que son donneur d'ordre l'est de façon totale. Sous-traitant et sous-traité sont singulièrement ou conjointement liés à l'égard de l'administration en ce qui concerne la réalisation des engagements contractuels. Cependant, la responsabilité du sous-traitant face à l'administration ne peut être que délictuelle. Il en est ainsi car la sous-traitance ne le lie qu'au titulaire du marché et que les liens financiers avec l'administration ne l'intègre pas à l'accord principal ⁽¹¹⁹⁴⁾. La sous-traitance donne lieu au règlement direct des rémunérations convenues, sans quoi le sous-traitant peut engager une action directe contre l'administration ou le titulaire principal ⁽¹¹⁹⁵⁾. Le maître d'ouvrage s'engage au paiement direct du sous-traitant, sauf présence de la clause de paiement conditionnel. Selon les termes de cette clause, 'if and when', le sous-traitant accepte d'être payé si (if) et quand (when) le maître d'ouvrage paiera le titulaire principal ⁽¹¹⁹⁶⁾. Le sous-traitant

¹¹⁹¹ () C'est à dire contracter sans autorisation.

¹¹⁹² () LICHER L., *Droit des contrats administratifs*, op. cit., 2^{ème} Éd. L.G.D.J., Paris, 1999, p. 396, n° 656.

¹¹⁹³ () DUMAS J.P., « Sous-traitance et livraison d'ouvrages... », op. cit., *Rev. Jur. Poli. Indép. Coö.*, 1988, spéc. pp. 694-699.

¹¹⁹⁴ () LICHER L., *Droit des contrats...*, op. cit., supra, p. 395.

¹¹⁹⁵ () BRACONNIER S., « Le Droit des marchés publics... », op. cit., Éd. J.-C., *Dr. Adm.*, 1998, pp. 54 et s.

¹¹⁹⁶ () BISMUTH J.L., op. cit., *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Privé*, 1984-1985, spéc. p. 44.

est cautionnaire à l'égard des tiers et sa responsabilité généralement civile, risque en matière de travaux publics d'être également pénale (¹¹⁹⁷).

Sous-section II Pouvoirs de sanction et problèmes d'exécution

285. Si, dans le cadre de leur souveraineté, les États déterminent les conditions d'accueil des investissements étrangers (¹¹⁹⁸), ceux du Tiers-monde ne se contentent plus d'être des acteurs passifs dans leurs processus d'exécution. La pratique du commerce international et la complexité des liens contractuels ont conduit les États à aménager leur souveraineté pour mieux réaliser leur développement (¹¹⁹⁹). Toutefois, les États se préservent certains pouvoirs de contrôle et de sanction compte tenu de la particularité des prestations promises et leur exécution sous l'ordre ou au nom de l'administration **(I)**. Pour faire face aux circonstances exceptionnelles, ils incluent, avec leurs partenaires transnationaux, des mécanismes contractuels (*hardship*) ou juridictionnels de réadaptation **(II)**.

II / Pouvoir de direction, de modification et de résiliation

286. Piliers de toute relation contractuelle, les principes de l'autonomie de la volonté, de l'immutabilité et de la force obligatoire des contrats (¹²⁰⁰), sont assortis d'exceptions dans les marchés publics internes et internationaux (¹²⁰¹). Par ces accords dits '*contrats de souveraineté*' (¹²⁰²), dont l'objet est la concentration et ou l'organisation de l'économie, l'opérateur public jouit d'un pouvoir réglementaire ou contractuel du contrôle, de sanction, de modification ou de résiliation.

287. Le pouvoir de contrôle est une des règles générales des contrats administratifs que l'administration peut exercer même si elle ne l'a pas contractuellement prévue. C'est un droit réglementaire au nom duquel le pouvoir public doit surveiller le déroulement de l'exécution de ces accords conformément aux législations. Les contrats des travaux publics qui en sont la meilleure manifestation, reconnaissent à

¹¹⁹⁷ () DUMAS J.P., *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Coö.*, 1988, spéc. pp. 694-698 et 699.

¹¹⁹⁸ () KLAUS Langefeld-Wirth, *les joint-ventures internationales...*, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁹⁹ () Article 4 du contrat du 20 octobre 1978 entre Zaïre et l'« OTRAG ».

¹²⁰⁰ () Cependant, il faut que ces clauses ne heurtent pas les lois impératives.

¹²⁰¹ () Le statut contractuel auquel adhère l'État ne lui fait pas perdre ses attributs et son pouvoir exorbitant. *Infra*, Partie II, Titre II, Ch. 2.

¹²⁰² () BOY Laurence, « L'Arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales du droit public », *Rev. Dr. Int. Dr. Éco.*, 1991, p. 122.

l'administration le droit de s'assurer de leur conformité avec le service public (¹²⁰³). Dans les *M.P.I.* le contrôle est une pratique courante et une des manifestations de la souveraineté de l'État hôte d'investissement (¹²⁰⁴). Son essor, sa modalité et la qualité des organes qui s'en chargent, diffèrent d'un État à un autre suivant la tradition juridique, la politique économique et le niveau de développement (¹²⁰⁵). Pour atteindre certains objectifs économiques, le Brésil, à titre d'exemple, a instauré une politique offensive et défensive prévoyant que mêmes les contrats privés devaient répondre à la politique d'industrialisation (¹²⁰⁶). La nouvelle réglementation française a introduit des restrictions inexistantes auparavant. Le législateur de 1996 a prévu le renforcement du système d'autorisation (¹²⁰⁷). Les secteurs particulièrement visés sont ceux de l'armement et des investissements de nature à « *mettre en cause l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique* » (¹²⁰⁸). Ces deux exemples démontrent que les États, tant développés qu'en développement, exercent un contrôle d'effectivité et d'adéquation (¹²⁰⁹). Ces pays se réservent le droit de vérifier dans quelle mesure les activités étrangères sur leurs territoires sont conformes aux exigences prévues législativement ou contractuellement.

288. Une seconde règle des marchés publics consiste dans le pouvoir de l'administration d'infliger des sanctions pécuniaires au cas où ses partenaires

¹²⁰³ () VEDEL G., (*et alii.*), *Droit administratif*, T. 1, P.U.F., p. 418 ; RICHER L., *Le droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 201-203.

¹²⁰⁴ () CHARQUI Mimoun, *Essai sur le droit des sociétés transnationales*, Rabat 1994, p. 45 ; Schneider C., La souveraineté de l'État au carrefour du droit international et du droit administratif, *In Mélanges Gustave PEISER*, Paris, 1995, spéc. p. 436.

¹²⁰⁵ () Le contrôle peut relever d'une ministère, d'une commission ministérielle, d'un service spécialisé, ou d'une simple administration... VADCAR C., « Les grands projets d'investissements », *Clunet*, 1997 ; Malgré leur diversité, ces organes visent à assurer le respect des réglementations. Elles relèvent toutes du droit public et se chargent par d'autres missions d'information. FEUER G., Contrats Nord-Sud et transfert de technologie, *les contrats internationaux et pays en voie de développement*, Economica, Paris, 1989, spéc. p. 152. Il va de soi que les activités contractuelles des opérateurs étrangers font l'objet d'autres contrôles qu'exercent leurs maisons-mère, leurs États d'origine (lois anti-truste), dont l'objet est la transparence, la régularité et la lutte contre l'évolution anarchique du phénomène transnational ou encore du capitalisme mondial), CHARQUI M., *op. cit., supra*, Rabat, 1994, p. 44. Il existe également un contrôle d'effectivité exercé par les bailleurs de fonds sur la qualité et la conformité de l'usine construite ou de ses productions. Marie-Angèle HERMITTE, « Licence de marque et assurance de qualité dans les ventes internationales d'ensembles industriels », *Clunet*, 1989, pp. 5 et s. spéc. p. 34.

¹²⁰⁶ () LECLERCQ Claude, « La responsabilité des pouvoirs publics de l'État d'accueil dans la réalisation de l'ouvrage clé en main; choix, exécution, réception », *Rev. Jur. Poli. Indép. Co.*, 1988, p. 630.

¹²⁰⁷ () Mécanisme administratif classique, demande d'investissement et d'autorisation ministérielle. CARREAU D., « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *Recueil Dalloz*, 1996, *Chroniques*, p. 239, n° 22.

¹²⁰⁸ () Cf. *ibidem*.

¹²⁰⁹ () L'arrêté espagnole, du 5 décembre 1973, exige que « *le transfert de techniques en totalité ou en partie dépassée ne doivent défavoriser les objectifs prioritaires du gouvernement* », LECLERCQ C., *op. cit., supra*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Co.*, 1988, spéc. p. 630.

commettraient des fautes ou des manquements. Ces sanctions d'ordre réglementaire ou contractuel, doivent, sauf accord contraire, être précédées d'une mise en demeure ou d'une notification. Il s'agit d'un procédé dissuasif conçu dans l'intérêt des contractants : pour l'administration, mieux vaut obtenir l'exécution du contrat que sa résiliation. Pour son partenaire, la mise en demeure lui permet de se défendre correctement (¹²¹⁰). Le droit égyptien autorise à ses opérateurs publics la confiscation des matériels utilisés ou des cautions délivrées en cas de retard inexcusable ou de mauvaise exécution. Selon le Conseil d'État, il s'agit là d'« *un droit voire une autorisation confiée aux personnes publiques contractantes et non pas d'une obligation* » (¹²¹¹). L'autorité contractante est la seule à décider si la mise en œuvre des garanties ou des matériaux doit être totale ou partielle et s'il doit procéder à la résiliation (¹²¹²). La loi égyptienne prévoit encore la faculté de ses opérateurs publics à infliger des amendes à l'encontre de leurs partenaires. Il s'agit là d'une sanction obligatoire qui doit être facturée sans dépasser 15 % de la valeur de l'opération (¹²¹³). Ces règles ont été traduites dans le marché du Ministre égyptien de la défense et de la Société américaine (*Chromalloy Aero Services Company*) pour l'industrialisation d'hélicoptères militaires, l'assistance technique et la coopération (¹²¹⁴). L'article 9 de l'accord mentionne qu'en cas de retard dans la délivrance de tout ou partie des matériaux ou des services, le gouvernement a le droit de prélever sur le prix convenu une somme égale à 1 % du montant des matériaux ou de services qui n'ont pas été livrés à temps. Cette pénalité est appliquée dès qu'il y a un retard, sans notification au fournisseur ni recours aux procédures judiciaires. Dans ce cas, le retard ne doit pas dépasser 3 mois pour les matériaux (F) et 6 mois pour les services, sinon le gouvernement égyptien a le droit de résilier le contrat et de confisquer le montant des cautions (¹²¹⁵). Si le fournisseur prouve que le retard est la conséquence d'une imprévision, le gouvernement peut renoncer à tout ou partie de la sanction mentionnée. Cependant, il faut que la période n'excède pas 180 jours sinon la partie publique peut résilier le contrat sans imposer de sanction.

¹²¹⁰ () RICHER L., *op. cit.*, 2^{ème} Éd. L.G.D.J., Paris, 1998, p. 204.

¹²¹¹ () Conseil d'État égyptien, Section consultative, avis du 2 avril 1994 ; MAHMOUDE M.M., *Dour al-kouaeïd al-doualiyah al-gadiadh fi al-monacassat wa al-mozaiadat al-nāmah*, le Caire, 1997, pp. 291-293.

¹²¹² () Cf. *ibid.*, pp. 291-293.

¹²¹³ () Avis de Conseil d'État égyptien du 11 novembre 1992, affaire 54/1/315, (inédate).

¹²¹⁴ () LEBOULAGER Ph., Note sous l'arrêt de la Cour d'Appel du Caire : Ministère de la défense égyptienne c./ Société (Chromalloy Aero Services Company), *Rev. Arb.*, 1998, pp. 723 et s.

¹²¹⁵ () *Sans mise en demeure ni recours à d'autres procédures judiciaires ou formelles*, Cf. *ibid.*, pp. 723 et s.

289. Le pouvoir de **modification ou de résiliation** unilatérale n'est pas forcément réglementaire car des clauses contractuelles l'allouent à l'État ou à ses émanations. En effet, nombreux sont les *M.P.I.* dans lesquels les opérateurs étatiques se réservent le droit de modifier le contenu ou le caractère quantitatif ou qualitatif des prestations. L'article XXX (b) de l'accord *Pan-American UAR Oil Company* passé avec l'organisme public égyptien du pétrole (1963) a préservé à ce dernier un pouvoir de contrôle et de modification (¹²¹⁶). Dans les marchés *Know-How*, dont la technologie et le savoir-faire sont en évolution, les exigences du maître d'ouvrage peuvent faire l'objet de modifications (demande d'un complément d'information, d'une mission de démonstration...) (¹²¹⁷). Des contrats prévoient que « *durant la construction et l'exploitation de l'usine, le bailleur s'engage à compléter la documentation par certaines parties non fournies au départ et dont l'expérience ferait apparaître l'utilité* ». D'autres mentionnent que « *le bailleur s'engage à répondre à la demande du maître d'ouvrage qui désirerait introduire des variations d'importance limitée dans la gamme de produits fabriqués, de manière à suivre l'évolution de son marché intérieur* » (¹²¹⁸). Par ailleurs, il est fréquent que l'opérateur étatique s'octroie un droit de préemption ou d'acquiescement du projet lorsque l'investisseur souhaite céder ses droits ou obligations. Cette faculté vise à empêcher la probabilité d'introduire des personnes indésirables sur des projets d'importance considérable pour le développement. Ainsi, la substitution d'une tierce personne aux opérateurs étrangers est subordonnée à l'agrément de l'État alors que celui-ci *stricto ou lato sensu* peut transmettre sa part de participation à l'une de ses émanations (¹²¹⁹).

290. Enfin, les opérateurs étatiques insèrent fréquemment des clauses contractuelles de résiliation. Certains accords pétroliers de l'Égypte ont prévu que l'État peut les résilier si la société étrangère se refuse l'exécution d'un jugement l'imposant à l'État. Celui-ci peut également y mettre un terme si l'investisseur s'abstient du paiement des redevances dues à son partenaire, ou si ce dernier n'exécute pas une de ses obligations (¹²²⁰). L'on retrouve dans l'article *L.XVI* de l'accord conclu entre le monopole égyptien et la société italienne *ENI* (1963) la même stipulation : « *le gouvernement peut résilier*

¹²¹⁶ () LEBOULANGER Ph., *op. cit.*, *Rev. Egyp. Dr. Int.*, 1972, spéc. p. 128 ; Son ouvrage, *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 87.

¹²¹⁷ () Cette assistance supplémentaire est couverte par le prix ; au-delà de certaine limite, elle est facturée. Marie-Angèle HERMITTE, *op. cit.*, *Clunet*, 1989, pp. 5 et s., spéc. 22.

¹²¹⁸ () Cf. *ibid.*, p. 23.

¹²¹⁹ () LEBOULANGER Ph., *Contrats entre États et...*, *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 88.

¹²²⁰ () Cf. *ibid.*, p. 89.

le contrat si la société étrangère n'exécute pas son obligation d'investissement minimum, si elle ne paie pas les redevances ou si elle transfère ses droits à un tiers sans accord préalable du gouvernement ». En outre, les contrats égyptiens conclus avec des opérateurs américains et japonais pouvaient être résiliés en cas de « production de faux rapports au gouvernement, mise en faillite de la société étrangère, refus d'exécution d'une décision judiciaire dans un litige avec le gouvernement, d'extraction des matières autres que celles prévues au contrat et, d'une façon générale, d'inexécution des engagements contractuels »⁽¹²²¹⁾. Toutefois, il devait y avoir une mise en demeure dans un délai de trois mois, au cours duquel le gouvernement enjoignait le concessionnaire de remédier à la cause de résiliation. A l'expiration de cette période, le gouvernement pouvait abroger le marché, mais sa décision pouvait faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État⁽¹²²²⁾. Dans le marché précité du Ministre de la défense, les parties ont stipulé que le gouvernement égyptien pouvait le résilier en cas d'inexécution par le fournisseur de ses obligations⁽¹²²³⁾. Valable 30 jours après sa réception, l'abrogation doit se faire par lettre recommandée ou par *télex* adressé au siège principal du cocontractant. L'article a dispensé la partie égyptienne de tout recours aux procédures judiciaires ou formelles, précisant qu'en conséquence de cette résiliation, le gouvernement pouvait également confisquer les lettres de garantie sans devoir prouver le préjudice subi et sans donner d'explications⁽¹²²⁴⁾.

291. Sur la nature exorbitante de ces dispositions, il y a effectivement une divergence de positions entre le Conseil d'État et la Cour de Cassation. Celle-ci considère que « la clause conférant à une personne publique le droit de résilier le contrat sans mise en demeure préalable, en cas de manquement de son cocontractant à l'une de ses obligations, n'est pas exorbitante »⁽¹²²⁵⁾. Le Tribunal des Conflits et le Conseil d'État s'accordent avec cette position de principe. En effet, n'est pas exorbitante, la clause de modification ou de résiliation unilatérale jouant dans des conditions similaires à celles du droit commun. Le caractère *inusuel* ne résulte pas de ce droit de résiliation, réservée à l'Administration car les baux commerciaux contiennent des clauses similaires, limitées au défaut de paiement du loyer ou à la violation des

¹²²¹ () Sur ces exemples. Cf. LEBOULANGER Ph., *op. cit.*, *Rev. Egyp., Dr. Int.*, 1972, p. 129.

¹²²² () Cf. *ibid.*, p. 130.

¹²²³ () LEBOULANGER Ph., note précitée, *Rev. Arb.*, 1998, pp. 723 et s., spéc. p. 725.

¹²²⁴ () Article n° 14, Cf. *ibid.*, p. 725.

¹²²⁵ () Cour de Cassation, Ch. Civ., 14 mars 1987, *Bull.*, n° 110 ; Cass. Civ., 20 novembre 1973, *Sté Maison du Livre français*, G. P. 21-24 janvier 1974, *D.S.* 1974, p. 11.

stipulations du bail ⁽¹²²⁶⁾. Le juge administratif considère néanmoins que le caractère 'exorbitant' d'une clause se manifeste lorsque l'accord peut être *résilié d'office, sans exiger de décision de justice ou d'intervention du juge* pour vérifier la régularité ou le bien-fondé de la résiliation. Il en est ainsi du pouvoir de résiliation unilatérale après une simple mise en demeure, ce qui est contraire à l'article 1184 du Code Civil français ⁽¹²²⁷⁾. L'est a fortiori la clause conférant aux personnes publiques le même pouvoir sans mise en demeure et sans véritable indemnité, car contraire à l'article 1174 du Code sus-indiqué ⁽¹²²⁸⁾.

292. Hormis ce genre de stipulations, sont communément qualifiées d'exorbitantes les clauses de recouvrement des créances par voie d'état exécutoire, celles d'intérêt général ou de la soumission des négociations internes au système d'agrément. Sont également de cette nature, les stipulations autorisant l'Administration à agir d'office ou celles lui conférant le pouvoir de direction. On peut protester que la pratique privée connaît de contrats réservant au maître d'ouvrage ce pouvoir de contrôle et de sanction. À cette objection on doit aussitôt répliquer : la faculté de vérifier le bon déroulement des travaux n'accorde pas à son auteur « *un pouvoir permanent de contrôle et de direction* » ⁽¹²²⁹⁾. De même, si on objecte que les pénalités de retard ne manifestent pas d'originalité car des mécanismes similaires se trouvent dans les rapports privés ⁽¹²³⁰⁾, on répond que les sanctions concernant les contrats administratifs s'en distinguent par leur modalité d'exécution : l'Administration peut les mettre en œuvre sans attendre l'intervention du juge compétent ⁽¹²³¹⁾. Ces sanctions ont un caractère autoritaire étant donnée qu'elles ont une application directe sans recours aux juges d'exécution. Par ailleurs, nécessaires dans les rapports ordinaires, la preuve d'une perte subie ou d'un

¹²²⁶ () Tribunal des Conflits 15 juin 1970 cité par LAMARQUE J., Déclin du critère de clause exorbitante, *In Mélanges WALINE M.*, spéc. p. 516.

¹²²⁷ () T. C., 2 juillet 1962, Cts Cazettes, *Rec.* p. 823, affaire Sté du Vélodrome dit Parc des Princes, Conseil d'État, 26 février 1965, *R.D.P.*, 1965, p. 506, conclusions Bertrand ; Selon le texte de cet article, « la clause résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour les cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle le contrat n'a pas été point exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts... », Code Civil, Dalloz, 1999, p 942

¹²²⁸ () « *Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* », Code Civil, Dalloz, 1999, p 942

¹²²⁹ () VEDEL G., *Droit administratif, op. cit.*, P.U.F., 1992, p. 417.

¹²³⁰ () Ainsi, les articles 225, 224, 222 du Code Civil égyptien prévoient ces sanctions

¹²³¹ () Article 26 de la loi égyptienne n° 9 de 1983, sur les appels d'offre et adjudication.

préjudice causé, est présumée à l'égard de l'administration dès qu'il y a eu un retard dans l'exécution (¹²³²).

II / Mécanismes de réadaptation

293. Contrats administratifs et marchés publics internationaux peuvent faire l'objet de plusieurs événements. Il peut s'agir de simples changements de circonstances, de la force majeure ou de l'imprévision (A). Libératoire de la partie imputée (¹²³³), la force majeure dans les *M.P.I. engendre* des effets transitoires : prorogation du délai d'exécution ou suspension momentanée des opérations. Ces effets peuvent conduire à la reprise des travaux ou des négociations (B).

A) Équation financière, force majeure et imprévision

294. Si le prix des marchés est immunisé contre l'intervention de l'Administration, les changements générateurs d'une dévaluation économique peuvent conduire à sa révision et à son ajustement (modification du prix des matières premières dans certains accords de travaux publics ou de concessions). La révision peut être d'ordre contractuel lorsque l'accord contient des clauses permettant de réaliser, dans certains cas, l'équilibre. Le Conseil d'État a établi un mécanisme jurisprudentiel allant dans ce sens. Il s'agit de la *théorie de l'équation financière*, selon laquelle « *il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser, dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées. Dans tout contrat de concession est impliqué un calcul d'équivalence entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui...* » (¹²³⁴).

295. Sujétions imprévues ou théorie de l'imprévision : La doctrine de l'imprévision a été élaborée par la jurisprudence de divers pays afin de résoudre les problèmes issus de certains événements. Traduction amplifiée de la théorie anglaise de la frustration, ce concept est accueilli par la justice allemande, considérant qu'obliger l'exécution d'un engagement devenu onéreux est contraire au principe de la bonne foi

¹²³² () Selon une décision du Conseil d'État égyptien, le retard dans l'exécution des contrats relevant de service public perturbe sa continuité et sa sauvegarde, Haute Cour Administrative égyptienne, année Judiciaire 298, le 6 mars 1986, cité par Mahmud M.M., ouvrage précité, p. 302 et 309 ; en revanche, il est communément admis que les clauses de délai d'exécution, d'exportation de produits locaux ou de création d'emplois ne s'intègrent pas dans cette qualification. RICHER L., *op. cit.*, L.G.D.J., 1^{ère} Éd. 1995, pp. 81 et 82.

¹²³³ () DE LAUBADERE A., *Traité du Droit administratif*, 13^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 732.

¹²³⁴ () Conseil d'État, 11 mars 1910 ; LAUBADERE A., *op. cit.*, *supra*, p. 727 ; VEDEL G., (et alii.), *op. cit.*, P.U.F., Paris, 1992, p. 416 ;

dans les transactions (¹²³⁵). Cependant, la justice française a toujours refusé la mise en œuvre de cette conception. Trop attachés aux principes communs (*pacta sunt servanda, immutabilité des contrats...*), ses juges imposent aux débiteurs le respect des engagements souscrits faute d'avoir une véritable cause d'exonération. En revanche, depuis l'affaire 'Gaz de Bordeaux' (1916), la justice administrative admet cette conception. Conçue pour préserver la continuité du service public, dont la perturbation peut causer la disparition de la partie lésée, la **sujétion imprévue** réalise l'équité contractuelle et la bonne collaboration (¹²³⁶). Le Conseil d'État égyptien applique cette conception. L'attitude de notre justice administrative trouve appui dans l'article 147/2 du Code Civil, conciliant ainsi le Droit Commun et le Droit de l'Administration (¹²³⁷). Cet article autorise le juge à *réduire raisonnablement l'obligation devenue excessive de la survenance d'un événement exceptionnel, imprévisible et général*. Relevant de l'ordre public (¹²³⁸), le texte exige *que l'exécution du contrat, sans devenir impossible, soit excessivement onéreuse. Il prévoit enfin que le juge prenne en compte les circonstances et les intérêts des cocontractants*. À la lumière de cet article, l'imprévision exige l'adjonction de trois conditions :

- Comme pour la force majeure, les circonstances doivent être imprévisibles lors de la conclusion de la convention (¹²³⁹),
- Contrairement à la force majeure, l'imprévision conditionne la généralité des événements. Par '*généralité*', on entend que ces faits affectent un groupe suffisamment important (habitants d'une ville ou d'une contrée) ou toute une profession (agriculteurs, producteurs ou commerçants) (¹²⁴⁰),

¹²³⁵ () D'autres législations (italienne, grecque, syrienne, algérienne,...) ont intégré cette théorie à leur codification, KAHN Philippe « La force majeure et les contrats internationaux de longue durée », *J.D.I.*, 1975, p. 469 ; DAVID R., L'imprévision dans le Droit Européen, *In Mélanges JAUFFERT A.*, Paris, 1974, pp. 211-229 ; LESGUILONS H., « Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der geschäftsgrundlage », *D.P.C.I.*, 1979, Tome V, n° 4, pp. 507-533.

¹²³⁶ () Ce concept exprime la volonté du Conseil d'État de résoudre des crises insurmontables telle l'obligation de l'Administration d'indemniser son cocontractant, DAVID R., *op. cit.*, *In Mélanges JAUFFERT A.*, Paris, 1974, pp. 211-229 ; LESGUILONS H., *op. cit., supra*, *D.P.C.I.*, 1979, p. 530 ; PATOUT S., *Les marchés internationaux de bâtiments*, C.F.C.E., Éd. Moniteurs, Paris, 1980, p. 207.

¹²³⁷ () Par la conciliation entre l'équité contractuelle et intérêt de l'administration. EL-TAMAOU S., *Al-mabadée al-assassiah lel-auoud al-édariah*, (Les principaux éléments des contrats administratifs), 5^e édition, Le Caire, 1991, pp. 660 et s.

¹²³⁸ () « Toute convention contraire est nulle d'une nullité d'ordre public ».

¹²³⁹ () Ces circonstances peuvent être financières (*hausse des salaires, du prix des matières premières, événements administratifs ou politiques*.) et leur imprévisibilité doit être examinée de façon subjective, en se basant sur les traits physiques et moraux des partenaires des contractants

¹²⁴⁰ () ABED-ELWADOUE Yahia., *Nazariat al-éltzamat (La théorie des obligations)*, t. II, 1990, le Caire, p. 389 ; EL-TAMOUI S., *op. cit., supra*, pp. 673 et s.

- Que ce soit pour la force majeure ou pour l'imprévision, ces événements doivent être externes à la volonté des contractants. Deux derniers points différencient la force majeure de l'imprévision : alors que cette dernière exige le bouleversement de l'économie du contrat, la force majeure conditionne l'impossibilité d'exécution. Le juge ou l'arbitre ne peut que réduire les obligations devenues onéreuses dans l'imprévision, tandis qu'il peut, dans l'autre cas, résilier l'accord affecté ou le suspendre en attendant la normalisation⁽¹²⁴¹⁾.

296. Sans s'attacher à son origine « *publiciste* ou *privatiste* », l'imprévision occupe davantage une place importante dans les contentieux d'investissements. Elle a fait la base juridique de la révision du prix de certaines opérations. Dans la sentence n° 4761 de 1987 de la CCI⁽¹²⁴²⁾, les arbitres ont admis cette théorie après une longue discussion. Les circonstances de l'affaire étaient surtout le dysfonctionnement administratif à l'égard d'un marché de travaux qui a, en conséquence, démarré tardivement. L'administration libyenne n'avait pas octroyé les permis d'importation des matériaux et des outillages nécessaires. Elle a eu du retard dans la délivrance des visas pour les travailleurs étrangers. Les mauvaises conditions climatiques, les difficultés d'approvisionnement de certaines matières premières comme le ciment et le sable ont également affecté cet accord de construction. Considérant ces circonstances, le cocontractant libyen demanda au maître d'ouvrage la prolongation du contrat pour dix-huit mois supplémentaires. Il lui a encore demandé la majoration du prix initial de 30 % pour l'augmentation des prix du bois, du ciment et du sable. Les parties ont négocié un avenant au contrat initial approuvant la prolongation du délai, la révision du prix, sous condition de l'agrément du maître d'ouvrage et la procuration des certaines subventions⁽¹²⁴³⁾. La poursuite des travaux n'a pas duré longtemps. La partie étrangère a abandonné le chantier en raison de la persistance des problèmes d'exécution⁽¹²⁴⁴⁾. Les arbitres ont fondé l'imprévision dans le principe supérieur de la bonne foi et l'interdiction de l'abus du droit. En effet, il est *manifestement contraire à la bonne foi et, partant abusif de maintenir des obligations imposées au débiteur par le contrat si les circonstances existant lors de sa conclusion se sont modifiées à un point tel que l'économie de ce*

¹²⁴¹ () DURAND-B. P., « La Durée des accords de coopération et les clauses gouvernant leur adaptation », *D.P.C.I.*, 1984, pp. 356-375, spéc. p. 367 ; EL-TAMOUI S., *op. cit.*, Le Caire, 1991, p. 673 et s.

¹²⁴² () Sentence CCI, affaire n° 4761 en 1987, *Clunet*, 1987, pp. 1012-1018, obs. S.J.

¹²⁴³ () *Ibid.*, p. 1013

¹²⁴⁴ () *Ibid.*, p. 1014.

contrat se trouve bouleversée ⁽¹²⁴⁵⁾. En conséquence, et conformément à la loi libyenne applicable, ils ont approuvé l'accomplissement de l'imprévision : « *le droit libyen n'interdit pas la révision du prix stipulé à forfait en cas de survenance des circonstances extraordinaires et imprévisibles ; bien plus dans ces circonstances, il autorise expressément le juge à augmenter le prix fixé dans le contenu ou à résilier la convention, et ne se distingue par là en rien d'autres systèmes juridiques, tel le droit suisse ou le droit allemand, qui connaissent expressément la théorie de l'imprévision* » ⁽¹²⁴⁶⁾.

297. Une autre sentence arbitrale *CIRDI* s'est référée à cette conception. L'affaire relève d'un litige concernant la construction en Algérie de l'ambassade koweïtienne. Le marché, soumis au droit algérien, fut attribué à une société italienne en 1983 pour un prix forfaitaire non-révisable. En 1987, le maître d'œuvre a formulé une demande de supplément de prix en raison de la chute du dollar, en se fondant sur les dispositions de la théorie de l'imprévision. L'opérateur koweïtien s'y est opposé et le CIRDI a été saisi faute de cette acceptation. Les arbitres qui ont admis le déséquilibre économique du contrat et la connaissance de l'imprévision par le droit algérien « *ont évalué les compensations dues à celui-ci et ont condamné la société koweïtienne à payer diverses sommes avec un intérêt de 14 % par an* » ⁽¹²⁴⁷⁾.

Ainsi, la théorie de l'équation financière ne doit pas être amalgamée à l'imprévision : La première exige l'intervention de l'administration comme cause de réalisation, alors que l'autre revendique des événements extérieurs bouleversant l'économie de la transaction. L'établissement d'une égalité financière entre partenaires est la base de la première alors que l'assurance de la continuité du service public est le fondement de l'imprévision. L'indemnité du cocontractant privé doit couvrir l'intégralité des charges supplémentaires en cas d'équation financière, alors qu'elle ne couvre pas la totalité du déficit dans l'imprévision ⁽¹²⁴⁸⁾.

298. Force majeure : qu'il s'agisse de contrats privés ou publics, internes ou internationaux, la force majeure est, comme l'a dit M. KAHN, l'*exécution de la non-*

¹²⁴⁵ () *Ibid.*, p. 1015.

¹²⁴⁶ () *Ibid.*, p. 1016.

¹²⁴⁷ () LOQUIN E., Note sur l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, la Première Chambre, le 13 juin 1996, Société Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c./ Société Icroi Estero, SPA et autres, *Clunet*, 1997, pp.151-168, spéc. 152-159.

¹²⁴⁸ () VEDEL G., (*et alii.*), *Droit administratif, op. cit.*, P.U.F., pp. 422-425.

exécution (¹²⁴⁹). Il s'agit de « l'apparition soudaine d'un ou plusieurs événements, météorologiques ou géophysiques, insurmontables, incontrôlables, échappant à la volonté de l'un des cocontractants et ayant pour effet l'impossibilité totale ou partielle d'exécuter leurs obligations » (¹²⁵⁰). Démonstration des événements, imprévisibles, inévitables et d'ordre extérieur, cette définition exige aussi qu'il y ait une impossibilité d'exécution (¹²⁵¹). Ainsi, trois conditions sont nécessaires pour évoquer la force majeure :

1) Événements imprévisibles, irrésistibles à la volonté de la partie imputée. L'imprévisibilité signifie que les parties n'ont pas prévu ces événements. L'inévitabilité est l'incapacité d'agir face à ces incidents,

2) L'extériorité sous-entend que la partie étrangère ne soit ni l'auteur, ni la source de tels événements,

3) L'impossibilité d'exécution peut être totale ou partielle mais elle doit être l'unique aboutissement (¹²⁵²).

La clause de force majeure peut être abstraite ou concrète (¹²⁵³). Dans un marché clé en main et d'assistance technique, elle était ainsi rédigée : « tout retard ou défaut d'exécution des prestations prévues par le présent contrat ne constituera pas une faute imputable à l'entreprise étrangère dans la mesure où cette dernière pourra justifier que ce retard est dû à l'un des cas de force majeure définis dans l'article 147 du droit civil ». Pour éviter toute lacune ou confusion, les parties préférèrent incorporer certaines énumérations. Dans un accord liant l'Éthiopie à une entreprise américaine, celle-ci se dégageait de toute responsabilité lors de la survenance de « fait du prince, incendie, explosions, tempêtes, maladies, épidémies, conditions pouvant être préjudiciables à la santé ou à la sécurité, troubles atmosphériques, tremblements de terre, soulèvements, guerres, blocus, embargos, troubles, dommages, pénuries, pénurie de matériel, de

¹²⁴⁹ () KAHN Ph., « La force majeure et les contrats internationaux de longue durée », *Clunet*, 1975, p. 468.

¹²⁵⁰ () RIAD F., « Les contrats de développement... », *op. cit.*, *Rev. Egy. Dr. Int.*, 1986 ; *adde*, le même article in *Les Petites Affiches*, 1986, p. 21, n° 86 p. 21 ; DE LAUBADERE A., (et alii.), *op. cit.*, L.G.D.J., 1998, p. 731, n° 1065.

¹²⁵¹ () MARCEL F., « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *D.P.C.I.*, 1979, T. V, n° 4, pp. 472 et s., spéc. p. 498 ; KAHN Ph., *op. cit.*, *Clunet*, 1975, pp. 469-507, spéc. 496 ; RIAD F., *op. cit.*, *supra*, p. 22 ; HADADE Hafiza, *Al-aucoudes al-mobramah baeina aldouale wa al-ashkass al-agnabiah*, (Les accords conclus entre les États et les personnes étrangères), 1^{ère} édition, Dar El-Nahhda El Arabia, Le Caire, 1996, p. 94.

¹²⁵² () MARCEL F., *op. cit.*, *supra*, *D.P.C.I.*, 1979, T. V, n° 4, pp. 472 et s., spéc. 492 ; KAHN Ph., *op. cit.*, *supra*, *Clunet*, 1975, p. 473 ; LAUBADERER A., *op. cit.*, *supra*, p.731, n° 1066.

¹²⁵³ () Elles sont abstraites lorsqu'elles octroient à la loi applicable la faculté d'appréciation, RIAD F., *op. cit.*, *supra*, *Les Petit. Affi.*, 1986, p. 21, n° 86 ; LÉBOULANGER Ph., *Contrats entre Etats et...*, *op. cit.*, Paris, 1985, pp. 143 et s.

machines ou d'équipements, interventions gouvernementales ou toute autre cause semblable ou non aux causes prescrites, échappant à la maîtrise raisonnable de la société »⁽¹²⁵⁴⁾.

299. Ces énumérations induisent deux observations : la première démontre que d'innombrables cas de force majeure sont illustratives et non pas décisives⁽¹²⁵⁵⁾. La seconde révèle que certaines d'entre elles (*guerres, embargos, grèves...*), ne produisent pas d'effet exonératoire lorsqu'elles touchent les marchés publics internes. Le Conseil d'État français a souligné que « *les difficultés ou l'impossibilité d'exécution sont susceptibles d'être prévues et ne constituent ni force majeure, ni imprévision* ». Il a autant décidé « *qu'il n'y a pas d'imprévisibilité en cas de grève car le partenaire de l'administration aurait pu la conjecturer, pas plus qu'il n'y a d'impossibilité puisqu'il aurait pu mettre en place certaines sanctions ou procurer une main d'œuvre remplaçante...* »⁽¹²⁵⁶⁾. Cette position est d'ailleurs partagée par le Conseil d'État égyptien dans un arrêt rendu le 14 avril 1960 : « *l'agression militaire contre l'Égypte en 1956 devait être considérée comme un fait prévisible aux yeux du demandeur syrien, vu le soutien de son État et la perturbation des relations internationales dans la zone du Moyen-Orient. Si le demandeur considère que les préjudices causés relèvent de cette guerre, celle-ci était donc 'prévisible' de tout syrien et l'imprévision présumée perd l'une de ses conditions* »⁽¹²⁵⁷⁾.

En revanche, les *M.P.I.* peuvent contenir des clauses faisant de la grève et la guerre une cause d'exonération. Au cours d'un marché impliquant un État arabe et une société japonaise, une clause appelée '*de risques exceptionnels*' a mentionné les actes de guerre, l'invasion, l'embargo, les blocus et tout autre acte ennemi comme étant des causes de libération⁽¹²⁵⁸⁾. Faut-il cependant reconnaître que l'événement de la guerre n'a pas été admis immédiatement et que la doctrine émet certaines réserves pour accepter cette exception : les faits doivent être constitutifs d'opérations comparables à la guerre ou aux insurrections et être internationalement reconnus comme tels⁽¹²⁵⁹⁾. Ils ne

¹²⁵⁴ () RIAD F., « Les contrats de développement... », *op. cit.*, *Les Petit. Affi.*, 1986, n° 86, p. 21.

¹²⁵⁵ () MARCEL F., *op. cit.*, *D.P.C.I.*, 1979, T. V, n° 4, pp. 472 et s ; KAHN Ph., *J.D.I.*, 1975, p. 473.

¹²⁵⁶ () Conseil d'État, juin 1927 et 29 janvier 1909 ; DE LAUBADERE A., (et alii.), *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 731-32, n° 1066.

¹²⁵⁷ () Tribunal Administratif égyptien, 14 avril 1960, *Alsana Al-rabihat-ashr quadaiah* (14^e année judiciaire), p. 36 ; v. EL-TAMOUI S., *Almabadē al-assassiah lelaucoud alédariah...*, *op. cit.*, Ain-chamss, Le Caire, 1991, p. 680.

¹²⁵⁸ () LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre...*, *op. cit.*, economica, Paris, 1985, p.148.

¹²⁵⁹ () GRELON B. et autres, « Contrats et crise du Golfe », *Chunet*, 1991, pp. 633-677, spéc. 657.

doivent pas entacher de la légalité au regard du Droit des gens. Dans le domaine contractuel, l'État agresseur ne doit pas bénéficier de cette cause d'affranchissement. En revanche, l'opération militaire irrégulière constitue une force majeure pour la partie imputée dès que ses obligations contractuelles deviennent, sans qu'elle n'en soit responsable, une impossibilité d'exécution (¹²⁶⁰).

300. Au-delà de ces événements, le climat d'insécurité peut-il avoir les mêmes effets s'il immobilise le marché en pleine expansion ? Opposant un opérateur espagnol à un maître d'œuvre algérien dans un marché de construction, la sentence rendue dans l'affaire n° 8873 de 1997 permet de visualiser cette situation. L'objet du litige consistait dans la demande formulée par la partie espagnole pour le remboursement des frais supplémentaires et l'exonération du retard en exécution. Dus à l'insécurité du contexte algérien, aux difficultés d'approvisionnement (¹²⁶¹) ces événements ont été revendiqués comme cause d'exonération. Après son exposition des conditions de la force majeure décrites en droit espagnol applicable, le tribunal arbitral a examiné attentivement les occurrences. Tout d'abord, il précise que, sauf catastrophes naturelles, les faits en causes ne justifient pas le retard supposé 'de force majeure'. Dans des cas isolés, a-t-il ajouté, il est difficile d'affirmer avec certitude si les dégâts de la route construite ont pour origine sa situation générale. Même si l'état de la route relève de l'utilisation défectueuse des véhicules, rien ne prouve que celle-ci soit précisément imputée à l'Algérie ou à la société transnationale. L'acceptation par le maître d'œuvre d'ouvrir la route à la circulation avant son achèvement prête à suspens et doit, faute de preuve contraire, lui assigner la réparation des dégâts éventuels (¹²⁶²).

Ensuite, les arbitres ont étudié avec soin l'insécurité du contexte algérien, constatant que la situation dramatique de l'Algérie s'est fait ressentir sur l'exécution de telles opérations. Étant particulièrement visés, les collaborateurs étrangers n'étaient guère enclins à se rendre sur place. Cependant, s'agissant ce contrat, la situation était prévisible pour la demanderesse lors de sa signature de l'accord, ce qui signifie qu'elle a accepté d'encourir le risque. Cette situation ne peut être génératrice de force majeure tant qu'il n'y a pas d'impossibilité d'exécution. Rien ne prouve qu'il y a eu des incidents ou des actes terroristes empêchant la continuité de l'exécution des travaux

¹²⁶⁰ () Cf. *ibid.*, pp. 664-665.

¹²⁶¹ () pluie, tempête de sable et non respect d'obligations de coopération...

¹²⁶² () Sentence arbitrale CCI, affaire n° 8873 de 1997, *Clumet*, 1998, pp. 1017 et s., pp. 1020.

(¹²⁶³). Dans ces conditions, assure le tribunal, toute réclamation de surcoûts imputables à une force majeure est dépourvue de tout fondement.

301. Ainsi le Conseil d'État et les sentences arbitrales ont un principe commun. Les événements de guerre ou d'actes similaires ne sont pas toujours une cause d'exonération. Cette réalité vaut également pour les grèves du personnel et les révolutions. Du reste, la loi applicable aux événements exceptionnels peut être désignée par les contractants. Juges ou arbitres doivent la respecter même si elle n'est pas valable pour l'ensemble des opérations. *À défaut de tout choix, la définition de force majeure 'doit se référer à la jurisprudence et à la doctrine'* (¹²⁶⁴). Cependant, la loi régissant les faits en cause est celle de l'accord de base. Dans des affaires impliquant des personnes publiques algériennes ou libyennes, la CCI a recouru exclusivement à la loi suisse (¹²⁶⁵), au droit algérien (¹²⁶⁶) et à la loi libyenne (¹²⁶⁷). Il n'en est pas toujours ainsi car les parties peuvent y échapper par l'insertion des clauses d'énumération et/ou de renégociation. De leur côté, les arbitres favorisent le recours aux principes généraux pour combler le défaut de clause de suspension ou d'extinction (¹²⁶⁸). Des sentences arbitrales ont fait application des usages du commerce international (¹²⁶⁹) ou des principes généraux du Droit des gens (¹²⁷⁰). Cependant, il se trouve que ces tentatives se heurtent à des difficultés liées au caractère impératif des réglementations de la force majeure ou de l'imprévision (¹²⁷¹).

¹²⁶³ () *Ibid.*, p.1022 .

¹²⁶⁴ () Sentences CCI, affaire n° 3099/3100 (1979), *Clunet*, 1980, p. 952 ; Sent. CCI, affaire n° 2478 (1974), *Clunet*, 1975, p. 926 ; Extraits de la sentence CCI, affaire n° 2139 (1974), *Clunet*, 1975, p. 930

¹²⁶⁵ () Sentence CCI, affaire n° 1703 de 1971, *Clunet*, 1974, pp. 895 et s., obs. Y. DERAÏN.

¹²⁶⁶ () Sentences CCI, affaire n° 3093/3100 de 1979, *Clunet*, 1980, p. 951, obs. Y. DERAÏN.

¹²⁶⁷ () Affaire NOC c./ Libyan Sun Oil Company », *Rev. Arb.*, 1991, p. 263, AUDIT B.

¹²⁶⁸ () « *Les arbitres ne basent leur solution que sur les principes généraux du Droit et les dispositions contractuelles [...]. C'est là une démarche caractéristique des arbitres du commerce international qui ne se réfèrent pour ainsi dire jamais aux Droits nationaux pour apprécier l'existence d'une force majeure mais à la règle générale selon laquelle un événement de force majeure est un événement imprévisible et irrésistible* », sentence CCI, affaire n° 2478 en 1974, *Clunet*, 1975, p. 928, obs. Y. DERAÏN.

¹²⁶⁹ () DERAÏN Y., *Attente légitime des parties et Droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international, Trav. du Com. Fran. de Dr. Int. Privé, Années 1984-1985*, Paris, 1987, p. 86.

¹²⁷⁰ () Le tribunal des différends *irano-américains* participe de ce raisonnement lorsqu'il a qualifié de 'force majeure' les actes de puissance publique iraniens. Il a précisé que certains usages du commerce international jouent en l'occurrence un rôle important, AUDIT B., « Le Tribunal des différends Irano-Américains », *Clunet*, 1980.

¹²⁷¹ () MARCEL F., « Les clauses de force majeure... », *op. cit.*, *D.P.C.I.*, 1979, T. V, n° 4, p. 495 ; KAHN Ph., « Force majeure... », *op. cit.*, *Clunet*, 1975, p. 474.

B) Effets des événements exonérateurs

302. Dans les grands marchés, les parties prévoient que lors de la réalisation des événements évoqués, leurs accords ne seraient pas hâtivement résiliés. Expriment leur attachement à l'achèvement de ces projets, elles se contentent de suspendre l'exécution pour un temps défini (a) et s'accordent à renégocier leurs conditions si cela était exigée (b).

a) Suspension et prorogation

303. Les événements exceptionnels qui conduisent l'exécution des accords de base à la suspension, peuvent mener les garanties autonomes au paiement ou à la prorogation. La suspension de l'obligation dispense le débiteur d'exécuter son obligation. Elle ne prolonge pas la durée prévue initialement. Si l'obligation doit être exécutée dans un certain délai, le terme met fin à l'accord, le conduisant dès lors à la résiliation. Qualifiée d'exception quelque peu particulière vis-à-vis de la théorie générale des obligations (¹²⁷²), la suspension du contrat doit être stipulée en attendant la normalisation ou la reprise des négociations (¹²⁷³). Dans une clause de force majeure, elle est rédigée de la façon suivante : « la partie concernée devra prendre toute disposition utile pour assurer, dans le plus bref délai, la reprise normale de l'exécution des obligations affectées par la force majeure » (¹²⁷⁴). La durée de suspension, aussi varie soit-elle, s'étend entre trois à douze mois et les parties peuvent se contenter de sa prolongation. Dans un marché de liquéfaction de gaz, entre un maître d'ouvrage indonésien et un entrepreneur américain, les parties étaient convenues qu'« au cas où surviendrait un événement qui constituerait un cas de force majeure, les obligations affectées seraient prolongées automatiquement d'une période égale au retard entraîné par la survenance d'un tel cas » (¹²⁷⁵). Il n'en est pas toujours ainsi car la prolongation des événements exceptionnels (ex. l'embargo) mène à la révocation du contrat, dont le délai de suspension ou de prorogation expire sans accord de renouvellement (¹²⁷⁶).

304. Il va de soi qu'à défaut de clauses suspensives, les arbitres ont su interpréter celles à portée générale, en donnant effet à la suspension afin de surmonter certains événements. Lors des différends *irano-américains*, le tribunal arbitral a interprété

¹²⁷² () WEILL. A. et TERRE F., *Droit Civil ; Les obligations*, Dalloz, 4^{ème} édition, Paris, 1986.

¹²⁷³ () Cet effet est une traduction de la solidarité des parties, dont l'intérêt commun est en jeu à cause de ces événements, MARCEL F., « Les clauses de force majeure... », *op. cit.*, *D.P.C.I.*, 1979, T. V, n° 4, pp. 486 et 499 ; KAHN Ph., « Force majeure et... », *op. cit.*, *Clunet*, 1975, pp. 481 et s.

¹²⁷⁴ () LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre...*, *op. cit.*, économique, Paris, 1985, p. 159.

¹²⁷⁵ () Cf. *ibid.*, p.161.

¹²⁷⁶ () GRELON B. (et alii), *op. cit.*, *Clunet*, 1991, pp. 661-662.

l'article 19-3 de l'accord *Khemco* (¹²⁷⁷), relevant que la force majeure ne met pas automatiquement fin au contrat : « *son effet doit seulement suspendre l'exécution de l'engagement et l'exercice du droit aux termes de l'accord de khemco* » (¹²⁷⁸). De même, lors d'un autre litige opposant le même gouvernement iranien à un consortium étranger (¹²⁷⁹), le tribunal rejeta l'effet extinctif de la révolution sur le contrat. Il affirma que les événements révélateurs de la force majeure suspendent momentanément certaines dispositions de cet accord. Ceci est conforme à la pratique la plus courante dans la loi du contrat (¹²⁸⁰). En effet, a-t-il considéré, « *la force majeure, comme cause de pleine ou partielle suspension ou arrêt d'un contrat, est un principe général du droit qui s'applique même si le contrat est silencieux* » (¹²⁸¹). A la lumière des principes dégagés, la sentence souligna qu'en dépit de sa 'frustration' pour cause de force majeure, le marché litigieux ne devait pas être éteint car le 19 mars 1979, date de la rupture de celui-ci, les conditions sont devenues progressivement normales et l'exportation du pétrole a été relancée, en déduisant ainsi que l'accord était seulement suspendu pour ces événements. En refusant de négocier le contrat après cette date, le gouvernement iranien engage sa responsabilité contractuelle pour la résiliation unilatérale de ses obligations (¹²⁸²).

305. Par ailleurs, les juges ou arbitres peuvent donner au mécanisme de suspension une large application. Dans une sentence CCI en 1974, l'objet du litige était un marché de construction, en Égypte, d'une Usine de pâte à papier. Les partenaires de l'accord étaient les sociétés américaines « *Parsons & Whittemore Inc* » et une entreprise publique *RAKTA*. La guerre de 1967 et la dégradation des relations égypto-américaines ont conduit la partie étrangère à l'abandon de son opération. Devant les arbitres, la partie américaine a revendiqué cette cause pour se dégager de ses obligations. Le tribunal l'a condamné pour ne pas avoir repris l'exécution de ses engagements une fois

¹²⁷⁷ () Les termes de cette clause étaient plus usuelles disposant que « *If the performance of any obligation or the exercise of any right is rendered impossible, hindered or delayed by a force majeure cause for a period exceeding twelve consecutive months* », Sentence rendue par la 1^{ère} Ch. du Tribunal Irano-américain dans l'affaire *Amoco Int. Financing Corporation c./ NPC-NIOC-Irans*, le 14 juillet 1987, *I.L.M.*, 1988, pp. 1920 et s, spéc. 1337, n° 81

¹²⁷⁸ () *its effect is solely to suspend the performance of obligation and exercise of right under khemco agreement*, n° 82 et 83 de la sentence, p. 1337

¹²⁷⁹ () Sentence *Mobil Oil Iran & Mobil Sales and Supply Corporation c./ NIOC-Iran*, 14 jui. 1987, *I-US-CTR*, 16-1987, 111, pp. 5 et s.

¹²⁸⁰ () « *Force majeure conditions were regarded only as causing a suspension of certain provisions of the agreement ... this is in with the most common practice in contract law* » Cf. *ibid.*, p. 38.

¹²⁸¹ () « *it is also admitted generally that force majeure, as a cause of full or partial suspension or termination of a contrat, is a general principle of law which applies even where the contract is silent* » Cf. *ibid.*, p. 39.

¹²⁸² () Cf. *ibid.*, n° 117, 119 et 120.

les hostilités terminées (¹²⁸³). Dans l'affaire *Wintershall c./ Gouvernement du Qatar*, l'objet du litige était le marché pétrolier de partage de production conclu le 18 juin 1973 et modifié le 10 avril 1976 pour une durée de 30 ans. Les sociétés avaient l'obligation d'atteindre un niveau déterminé de production pour commencer à céder progressivement des parts au gouvernement. Cependant, à l'expiration des délais prévus, les investisseurs n'arrivaient pas à atteindre la quantité de production exigible en raison de l'interdiction gouvernementale d'exploiter une région dite '*structure A*' qui faisait l'objet d'un différend frontalier entre le Qatar et le Bahreïn. Les demandesses ont allégué que cette interdiction valait résiliation du contrat par le gouvernement. Cette allégation a été rejetée par le tribunal, qui souligna le caractère de force majeure de la circonstance et la bonne foi du gouvernement. Il a, en conséquence, conclu que les dispositions du contrat étaient applicables à cette région uniquement à partir de la date où les requérants seraient autorisés à l'exploiter, ordonnant la prolongation du contrat de huit ans, en attendant que le problème frontalier soit résolu définitivement (¹²⁸⁴). Les sentences précitées illustrent une tendance consacrant à l'effet suspensif une large application. La suspension admise en l'absence de toute clause ou en présence de stipulations imprécises est fondée sur la pratique uniforme en matière d'investissement.

306. Une dérogation à l'obligation initiale de paiement, *la prorogation* offre l'alternative au garant de payer la somme de garantie ou de proroger sa durée d'exécution (¹²⁸⁵). Il s'agit d'une clause contractuelle qui doit être pratiquée avant l'expiration de la date de garantie ou de cautionnement. La prorogation a été sollicitée lors de l'embargo contre l'Iraq afin de permettre aux opérateurs publics iraqiens de conserver leurs transactions jusqu'au terme de cet événement. Toutefois, elle n'est pas autorisée car l'embargo a pu rendre caducs plusieurs accords de base et, par conséquent, l'engagement du garant (¹²⁸⁶). De la sorte, les autorités françaises ont refusé la prorogation d'une contre-garantie conclue par l'Union des Banques Arabes et Françaises en faveur d'une banque iraquienne (*Rafédain Bank*), dès que l'exécution du contrat de base a été bloquée pour cette raison (¹²⁸⁷). C'est dans le cadre du marché de construction d'une station de compression de gaz qu'a éclaté le premier litige engendré

¹²⁸³ () Sentence rendue dans l'affaire, n° 1703, *Clunet*, 1974 ; LELEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, op. cit., pp. 148 et s ; PAULSSON J., « Le Tiers-Monde dans l'arbitrage commercial transnational », *Rev. Arb.*, n° 1, 1983, pp. 37 et s.

¹²⁸⁴ () Sentence Ad-hoc du 31 mai 1988, *ILM*, 1989, pp. 800 et s.

¹²⁸⁵ () Cf. *ibid.*, p. 653.

¹²⁸⁶ () Cf. *ibid.*, p. 656.

¹²⁸⁷ () Cour d'Appel de Paris, 23 juin 1995, *Clunet*, 1997, pp. 441-453, spéc. 442, note JACQUEMONT A.

par la crise du Golfe. Il s'agit de garanties de paiement d'acompte demandées par la société libanaise 'BUTEC' à la 'Rafedain Bank', à son tour bénéficiaire d'une contre-garantie engagée par l'UBAF (Union des Banques Arabes et Françaises). Entré en vigueur le 30 novembre 1989, l'accord de base a été suspendu en raison de l'embargo décidé en août 1990 par l'ONU à l'égard de l'État iraquien. Le 26 novembre 1990, le banquier garant du premier rang (Rafidain Bank) a informé son donneur d'ordre (Société libanaise) de la demande de prorogation ou de paiement. Après son acceptation, le donneur d'ordre libanais s'est tourné vers le contre-garant (UBAF), demandant la prorogation de la garantie de deuxième rang. Désapprouvée par le Trésor français, cette requête a engendré le refus par la Banque iraquienne de proroger à son tour la garantie de premier rang (¹²⁸⁸). Le 14 septembre 1993, la société libanaise a saisi le Tribunal de commerce de Paris, demandant la caducité des garanties et des contre-garanties autonomes. Après avoir statué sur sa compétence, le Tribunal a donné une suite favorable. Il a également condamné la banque et la société publique iraquienne à réparer les préjudices d'un appel dilatoire et abusif en exécution. Lors du recours contre cette décision, la Cour d'Appel de Paris a approuvé les réclamations de la société libanaise. Pour la suspension des marchés affectés par l'embargo, les garanties litigieuses sont devenues caduques ou parvenues à leur terme. Néanmoins, la Cour a contesté tout caractère abusif de l'appel en exécution de la société iraquienne, condamnant le garant à payer la somme de 51 000 francs pour compenser des charges imputées à la société libanaise (¹²⁸⁹).

Ainsi, fondée sur l'éventuelle disparition des événements exceptionnels, la suspension allonge la durée du contrat d'une autre période égale à celle de ces situations. Une fois les hostilités disparues, cette modalité suppose l'existence d'une volonté commune dans la reprise des travaux ou la renégociation de leurs conditions

b) Hardship et renégociation

307. Issu de la pratique du commerce international, le *hardship* est une clause d'aménagement des conditions économiques du contrat en cas de leur bouleversement. Traduite par la renégociation contractuelle (¹²⁹⁰), cette stipulation, ignorée des rapports internes et, souvent inconnue dans certaines législations (loi française), correspond à la

¹²⁸⁸ () Cf. *ibid.*, p. 443.

¹²⁸⁹ () Cf. *ibid.*, pp. 444-448.

¹²⁹⁰ () PAULSSON J., « L'adaptation du contrat », *Revue d'arbitrage*, 1984, pp. 249 et s ; OPETIT B., « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de 'hardship' », *Clunet*, 1974, pp.794 et s., spéc.797.

notion de *sujétion imprévue* des contrats administratifs ⁽¹²⁹¹⁾, même si sa nature conventionnelle est le seul élément de différenciation. Dans un marché public international, il fût stipulé que, « *si au cours du présent contrat, la situation générale en vigueur au moment de sa conclusion venait à subir des modifications importantes ou si les circonstances sur lesquelles les parties se sont fondées au moment de sa conclusion venaient à se développer de façon à ce que l'une d'elles ait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait lui demander de supporter, les parties se mettraient d'accord pour adapter les conditions du présent contrat à la nouvelle situation de façon équitable pour les deux contractants* » ⁽¹²⁹²⁾. Dans un autre accord d'approvisionnement en charbon conclu en juillet 1980 entre deux opérateurs des États développés pour une durée de 15 ans, les parties ont convenu que lors de la *survenance des circonstances non-prévues au contrat*, « *elles feront le maximum pour faire face, dans la bonne volonté, aux épreuves pouvant naître de ce fait* ». L'article 9 de l'accord précisait qu'« *en cas de changement de circonstances du marché du charbon, chacune des parties aurait le droit de demander la révision du prix pour atteindre un juste rééquilibrage* » ⁽¹²⁹³⁾.

308. Les principes *Unidroit* sur les contrats internationaux prévoient qu'il y a '*hardship*' lors de la survenance des événements « *qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, augmentation du coût d'exécution des obligations ou diminution de la valeur de la contre prestation, et qui apparaissent après conclusion du contrat* ». Il faut que la partie lésée n'ait pu, lors de la conclusion du contrat, prendre en considération de tels événements (qui ont échappé à son contrôle) et que le risque de leur réalisation ne lui ait pas été initialement attribué. L'article 6.2.3. indique qu'en cas de '*hardship*', la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande ne donne pas à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations. A défaut d'un accord entre les parties, l'une d'elles peut saisir le tribunal, lequel peut mettre fin au contrat ou le réadapter s'il conclut à l'existence d'un *hardship* ⁽¹²⁹⁴⁾. Qu'il soit contractuel ou conventionnel, le *hardship* figure parmi les principes généraux du Droit, la *lex mercatoria*, les usages du commerce international. Application facultative, il ne peut pas être sollicité par les juges ou arbitres en l'absence d'une stipulation

¹²⁹¹ () PATOUT S., *Les marchés internationaux ...*, op. cit., C.F.C.E., éd. Moniteur, Paris, 1980, p. 211.

¹²⁹² () FOUCHARD Ph., « Notes sur la décision de la Cour de Paris, 1^{er} Chambre Civile 13 janvier 1971 », *Rev. Arb.*, 1973, p. 69 ; OPETIT B., op. cit., *Clunet*, 1974, spéc. p. 800.

¹²⁹³ () GAUTIER P.Y., « L'arbitrage QUINTETTE devant les juges de Colombie Britannique : La clause '*hardship*' », *Rev. Arb.*, 1991, pp. 611-623, spéc. 613.

¹²⁹⁴ () GIARDIN A., « Les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », *Clunet*, 1995, p. 547-584, spéc. p. 577.

contractuelle. Cette compréhension s'inspire de l'article 1 précisant que « *ces principes s'appliquent lorsque les parties acceptent que leur contrat y soit soumis. Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur accord soit régi par les principes généraux du droit, lex mercatoria ou autre formule similaire* »⁽¹²⁹⁵⁾.

309. Il résulte de ce développement que le *hardship* revendique deux conditions : un changement imprévisible ou incontrôlable de circonstances, induisant à des effets néfastes sur l'économie de l'opération contractuelle⁽¹²⁹⁶⁾. La réalisation de ces conditions entraîne à la partie imputée l'obligation d'informer son partenaire et de demander aussitôt la négociation en vue d'aboutir à un réajustement. Le *hardship* conduit alors à l'ouverture des négociations. Cependant, il faut pour cela que le bouleversement des conditions économiques du contrat soit bien réel : *le changement entraîne des résultats fondamentalement différents de ceux envisagés par les parties en s'engageant*⁽¹²⁹⁷⁾. En effet, il serait inéquitable de faire subir à la partie affectée les conséquences onéreuses alors qu'un équilibre dans l'exécution du contrat reste possible⁽¹²⁹⁸⁾. C'est au nom de l'équité, un élément neutre et objectif, que les partenaires doivent renégocier leurs conditions, même si cette notion est économiquement vague et juridiquement hasardeuse. C'est pourquoi, tout refus ou abstention de renégocier avec la partie lésée lui donne la faculté d'engager la justice (étatique ou arbitrale). Celle-ci qui peut obliger les partenaires à renégocier leurs conditions, doit le cas échéant décider la reprise des travaux selon la base de conclusion. Toutefois, la partie imputée peut redemander au juge de trancher entre la continuité de l'accord ou sa résiliation. Dans ce dernier cas, il serait question de désigner la partie contractuellement responsable de l'échec des renégociations en vue de la condamner en cas de mauvaise foi ou d'abus de droit⁽¹²⁹⁹⁾. Au cours d'une sentence arbitrale *CNUDCI*, les parties de l'affaire dite *Quintette* ont affronté une baisse du prix du charbon en raison de l'instabilité et la chute du prix du pétrole pendant les années 1980. La tonne équivalait à 60.00 \$ alors qu'elle dépassait 75.00 \$ dans ce contrat. Cet événement a motivé l'acheteur japonais à demander amiablement la révision du prix de base. Pour parvenir à une solution, le vendeur '*consortium occidental*' a proposé une baisse de 9.00 \$ sur le prix établi.

¹²⁹⁵ () Cf. *ibid.*, p. 548.

¹²⁹⁶ () D'ORTOLI B., La réadaptation du contrat international, *mémoire de D.E.A., Nice*, 1986, pp. 54-59.

¹²⁹⁷ () OPETIT B., *op. cit.*, *Clunet*, 1974, spéc. pp. 803 et 804.

¹²⁹⁸ () Cf. *ibidem.*

¹²⁹⁹ () Durant ces phases, les engagements initiaux se maintiennent en vigueur en raison de la probabilité d'échec des négociations. Dans le cas contraire, les nouveaux engagements remplaceront les anciens, D'ORTOLI B., *op. cit.*, *mémoire D.E.A., Droit International, Nice*, 1986, pp. 59-63.

Proposition refusée par le client qui a préféré recourir à l'arbitrage (¹³⁰⁰). Statuant sur leur compétence, les arbitres de la *CNUDCI* ont décidé que le prix de base serait déterminé selon les clauses du contrat relatif au charbon à livrer pour la période de 1987-1991 (¹³⁰¹).

310. Par ailleurs, doit-on affirmer que la *renégociation* n'est pas exclusive au hardship puisque la normalisation en cas de force majeure suspensive conduirait à la reprise des travaux sinon à la recherche d'un terrain de réadaptation. Ce procédé d'entente à l'amiable peut être prévu contractuellement, mais souvent limité aux questions économique-financières ou aux principes de la justice et de l'équité dans les transactions (¹³⁰²). Dans la concession d'*Aminoil* cette clause a été rédigée ainsi : « *si, en raison de changements dans les termes de concessions qui pourraient intervenir dans l'avenir, les Gouvernements du Moyen-Orient venaient à recevoir une augmentation globale des bénéfices, la Société pourra se concerter avec le Souverain afin de voir si, eu égard à l'ensemble des circonstances pertinentes, y compris aux conditions dans lesquelles les opérations sont réalisées et compte tenu de tous les paiements effectués, il serait équitable envers les deux parties d'apporter un certain nombre de changements dans les termes des accords entre le Souverain et la Société* » (¹³⁰³). Il s'agit donc d'une pratique courante dans les contrats miniers. Son application s'est manifestée par les changements traduits par l'abandon des concessions classiques aux profits des accords d'association ou de partage de production (¹³⁰⁴). La renégociation est une obligation qui implique l'échange des propositions raisonnables et le bon comportement. Elle s'accomplit par l'entente sur des concessions réciproques en vue de parvenir à un compromis sinon une réadaptation. Toutefois, la négociation n'aboutit pas forcément à la conclusion d'un accord car l'on ne doit pas oublier qu'il s'agit bien d'une obligation de moyen, c'est-à-dire d'un comportement loyal à la recherche d'une réadaptation des conditions contractuelles par rapport aux *nouveaux* événements (¹³⁰⁵). Les

¹³⁰⁰ () GAUTIER P.Y., « L'arbitrage *Quintette* ... », *Rev. Arb.*, 1991, spéc. p. 613.

¹³⁰¹ () Cf. *ibid.*, pp. 621-622.

¹³⁰² () CUYPER Jean-Quentin, (et alii.), « Renegotiation of long-term international agreements and flexibility... », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1995, pp. 775-800, spéc. 790.

¹³⁰³ () Sentence *Aminoil c/ le Koweït*, *Cluent*, 1982, p. 874, n° 15.

¹³⁰⁴ () EL-KOSHERI A.S., *Stabilité et évolution dans les techniques juridiques utilisées par les Pays en voie d'industrialisation, in le contrat économique international, édition (Bruyant-Pédone), Bruxelles-Paris*, 1975, pp. 285 et s ; EL-YOUNSI Malika, *Les règles matérielles du droit des contrats d'États à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine, thèse, Paris II*, 1994, pp. 160 et s ; Sentence *Aminoil c./ le Koweït*, *Cluent*, 1982, p. 171.

¹³⁰⁵ () EL-YOUNSI M., *op. cit.*, *supra*, thèse, Paris II, 1994, pp. 160 et s ; Sentence *Aminoil c./ le Koweït*, *Cluent*, 1982, p. 876, n° 24.

renégociations, éventuellement possibles entre les parties concernées directement ou par intermédiation (¹³⁰⁶), peuvent en cas d'échec conduire à la résiliation (¹³⁰⁷). Dans l'affaire *Amoco* examinée par le Tribunal des différends irano-américains, les arbitres ont souligné la survie du contrat aux causes de la force majeure suspensive, en constatant l'échec des efforts de négociation déployés par les contractants. Le Tribunal se livra à l'examen de la validité des mesures de puissance publique à la lumière du droit applicable au contrat et des circonstances du différend. C'est surtout sur le terrain de la résiliation unilatérale que le tribunal s'est placé pour examiner ces agissements (¹³⁰⁸). En effet, l'intervention unilatérale est la cause prépondérante de la fin anticipée d'un bon nombre de ce type d'opérations. Sans s'attendre même à des causes d'exonératoires, les opérateurs étatiques interviennent pour ou sans faute de leurs cocontractants. Dans le marché du Ministre égyptien de la défense, celui-ci a fait du retard imputé à son partenaire une cause pour accéder à la résiliation. L'Égypte soutenait que la société américaine n'avait pas fourni les services et les matériaux promis dans le calendrier prévu depuis l'entrée en vigueur de l'opération (le 16 juin 1988). Faisant une preuve d'attachement au projet, la partie égyptienne procéda le 29 mai 1989 à la prorogation du délai convenu pour une durée supplémentaire de dix-huit semaines. En raison de l'inexécution des prestations promises par la société étrangère, le Ministre de la défense lui a infligé une pénalité de trois cent mille dollars. Cependant, la société a continué à ne pas tenir compte de ses engagements. Considérant que cette attitude avait perturbé un service public (force aérienne), le Ministre a résilié ce contrat d'industrialisation. N'ayant pas accepté cette résiliation, la société américaine a engagé une procédure arbitrale, demandant la réparation et l'indemnisation. Pour légitimer ses agissements, la partie égyptienne a soulevé la nature administrative de l'accord litigieux devant l'arbitrage déroulé sous l'auspice du Centre d'arbitrage régional du Caire, plusieurs juges étatiques (égyptien, français et américain) (¹³⁰⁹). L'exemple de cette

¹³⁰⁶ () DURAND P., « La Durée des accords de coopération et les clauses gouvernant leur adaptation », *D.P.C.I.*, 1984, spéc. pp. 371-73 ; KAHN Ph., « Force majeure et... », *op. cit.*, *Clunet*, 1974, pp. 481 et s ; FONTAINE Marcel, « Les clauses de force majeure... », *op. cit.*, pp. 488-89 et 500.

¹³⁰⁷ () CUYPER J-Q., (et alii.), « Renegotiation of long-term international agreements and flexibility... », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1995, spéc. p.792.

¹³⁰⁸ () Sentence *Amoco c./ gouvernement iranien*, *I.L.M.*, 1988, pp. 1337 et s., n° 83.

¹³⁰⁹ () Cour d'Appel du Caire ; *Ministre de la défense égyptienne c./ la société américaine (Chromalloy Aero Services Company)*, *Rev. Arb.*, 1998, pp. 723 et s., spéc. 725, note LEBOULANGER Ph.

affaire, comme autant d'autres (¹³¹⁰) manifestent les problèmes juridiques provoqués par la modification ou la résiliation unilatérale qui sont ceux de la qualification et du droit applicable au différend.

Conclusion de la première partie

311. La diversité typologique des *M.P.I.* et la complexité liée à la qualité de leurs opérateurs sont autant d'obstacles à cette analyse comparatiste : sujet du Droit des gens, l'État est présent tout au long des accords d'investissements en sa qualité de souverain (puissance publique) et/ou de contractant. Cette dualité prête à confusion. Pour s'en détacher, il a fallu étudier la distinction classique entre État souverain et État Administration. On a également dû évaluer l'influence des investisseurs étrangers sur la souveraineté étatique et l'effectivité de la maîtrise par l'État des processus de la passation et de l'exécution des *M.P.I.* Il est apparu qu'« *un État moderne ne peut plus tolérer l'existence sur les territoires nationaux des enclaves économiques contrôlées par des sociétés étrangères* » (¹³¹¹). L'État législateur réglemente de la même manière l'accès des sociétés locales ou transnationales aux grands projets et le Code des marchés publics (ou assimilés) est par principe applicable à ces sujets. C'est l'État qui codifie la jouissance des investisseurs par des privilèges exorbitants et c'est lui qui réglemente l'exécution des prestations promises : l'État dispose des droits de préemption, de direction, d'organisation des modes d'exécution (*sous-traitance*, joint-venture ou création des consortiums). Soumises au Droit des sociétés, ces entités évoquent également des lois impératives destinées à protéger les partenaires et réaliser l'intérêt de la collectivité. Ainsi, l'État agit en tant que puissance publique, mais il revêt en même temps une autre qualité : partenaire d'une entité statutaire, l'État agit comme propriétaire ou actionnaire et se trouve lié par le Droit des sociétés. Ses collaborateurs exercent leurs activités en contrepartie des prix, des rémunérations ou d'un paiement en nature d'une part des puits. Ces comportements auxquels s'ajoute le désengagement de l'État au profit de ses entreprises publiques et privatisées ont conduit à

¹³¹⁰ () Ex., l'affaires n° 3050 en 1992 CCI, celle du ministre Tunisien d'équipements 1993 ou celle des antiquités (Égypte) 1995, l'avis du Conseil d'État français 1986 ou la décision du Conseil d'État libanais sur lesquelles on reviendra tout au long de la seconde partie.

¹³¹¹ () « *l'action étatique se dirige nécessairement vers l'intégration du secteur pétrolier dans le rouage de l'économie nationale* », ELKOSHERI A., Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *R.C.A.D.I.*, 1975, T. IV, T. 147, pp. 221-393, spéc. 230.

l'assouplissement des règles applicables aux *M.P.I.* La souveraineté est de plus en plus en retrait par rapport aux évolutions dirigées vers la libéralisation des investissements étrangers. Depuis le recours fréquent aux bailleurs de fonds et la mise en place de groupements régionaux, les règles des appels d'offres et d'adjudications subissent plusieurs incursions. Les *M.P.I.* subissent une tendance de libéralisation lente mais apparente. Grâce aux accords bilatéraux et multilatéraux, d'importants dogmes se mettent en place (concurrence, transparence, notion la plus favorisé ou non-discrimination). L'Accord de l'OMC sur les marchés publics a contribué à améliorer l'accès aux organes gouvernementaux centraux, alors que les gouvernements ont poursuivi les discussions visant à inclure dans l'accord les achats effectués par des entités des gouvernements sous-centraux et locaux, ainsi que par des organismes gouvernementaux, des services d'utilité publique et des administrations municipales (¹³¹²). Les *M.P.I.* sont marqués par la *déréglementation* (ouverture à une concurrence soumise aux directives internationales et aux lois nationales). Ils se distinguent par la *privatisation* ; plusieurs États sont en train d'effectuer à leurs établissements le caractère d'entreprises du droit commun. Sous un contrôle varié, ils transfèrent certains secteurs d'utilité publique (*infrastructure, service, économie ou industrie,...*), à l'initiative privée. Enfin, les *M.P.I.* se glissent dans une technique de *commercialisation*. Les secteurs publics économique et industriel des États, surtout en développement sont attribués aux opérateurs privés (nationaux ou étrangers).

312. Les *dissemblances* qui séparent les accords confrontés ne les empêchent pas de se rencontrer. Leurs typologies, leur objet et objectifs, leurs modes de passation et d'exécution sont similaires. Ils relèvent en tout (contrat administratif) ou en partie (*M.P.I.*) du Code des marchés publics. Les affinités entre ces accords sont bien plus claires qu'auparavant. La conclusion et l'exécution des uns et des autres sont soumis à la délivrance de plusieurs autorisations ou approbations. Ainsi, ces deux figures contractuelles font l'objet, par excellence, de l'ingérence ou l'exercice de pouvoirs extra-juridiques. Les marchés publics internes et internationaux se préoccupent des mêmes missions de *santé et/ou de service public(s)*. Plus importants encore les *M.P.I.* qui se chargent des opérations de la défense nationale ou du développement économique,

¹³¹² () « Débouchés sur les Marchés publics internationaux », // *WWW market-gover-procurement-e.pdf*.

- Les marchés publics *nationaux* et *internationaux* ont encore d'autres points communs. La particularité de certains engagements tient plus précisément à la présence de la personne étatique et à l'objectif de développement. Pilier de la théorie sollicitée, le principe de la mutabilité essentielle devient pour les *M.P.I.* un instrument de conciliation entre des intérêts privés et publics. Les mécanismes de réadaptation et de renégociation des *M.P.I.* empruntent aux théories publicistes de sujétions imprévues ou de changement de circonstances, d'importantes règles juridiques (¹³¹³).

313. Les traits esquissés ne sont pas les seules occasions de rapprochement entre les deux faces (interne et internationale) de la participation publique. Les accords étudiés se rencontrent à nouveau puisqu'ils sont l'apanage privilégié de l'intervention étatique. Conçue comme une ingérence indue, cette intervention suscite des questions de légalité étroitement liées au problème du droit applicable et de la qualification juridique ! Ainsi peut-on déduire que les deux figures contractuelles apparaissent plus proches qu'elles ne le laissent croire. Toutes deux relèvent de la puissance publique et de la souveraineté. Toutes deux cherchent, dans deux orbites distinctes, à surmonter les mêmes difficultés. **Il convient alors de se demander si les *M.P.I.* doivent être qualifiés d'administratifs en raison de cette proximité ?**

¹³¹³ () EL-YOUNSI M., *op. cit.*, thèse, Paris II, 1994, p. 102.

DEUXIÈME PARTIE

**LES CONTRATS ADMINISTRATIFS DANS LES
MARCHES PUBLICS INTERNATIONAUX :
QUALIFICATION ET REGLEMENT DES
DIFFERENDS**

314. En dépit d'une proximité patente et d'une similitude apparente, le contrat administratif et son droit fournissent-ils aux problèmes des *M.P.I.* des solutions opérantes ? Les différends concernant ces marchés sont quasiment liés aux nationalisations d'un projet, ou à la résiliation d'une opération par l'État hôte d'investissement. Le droit de nationaliser dans l'intérêt public ne mérite pas d'être remis en question (¹³¹⁴). Il a toujours été pratiqué par les États et seules ses modalités font l'objet de contestations. De surcroît, ses questions juridiques sont suffisamment débattues, d'autant que son exercice est rarement opéré face aux enjeux de la mondialisation. D'autres modes d'intervention, comme la résiliation ou la modification unilatérale, sont toujours praticables et discutables. Aux confins du pouvoir législatif et du devoir contractuel placés à la frontière de la souveraineté et du respect de la parole donnée, ces problèmes sont loin d'être résolus (¹³¹⁵). La réalisation d'un équilibre entre les intérêts des parties s'annonce difficile. L'aménagement du pouvoir souverain ne prive pas l'État d'exercer ses prérogatives dans certaines limites correspondant au *principe de la mutabilité*. Cette similitude peut être une affirmation qui permettrait aux enseignements du droit administratif d'étendre leur champ d'application. Pour mesurer la place de ce droit, il faut préciser s'il est en mesure de gérer les différends de ces marchés. Une doctrine rejetée a vainement défendu l'idée que la logique heurte son application car la morale soutient que les contractants ne doivent pas être soumis aux règles de leur création (¹³¹⁶).

¹³¹⁴ () Ce droit est désormais incontesté. LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et personnes privées étrangères*, *économica*, Paris 1985, n° 364, p. 198.

¹³¹⁵ () *Ibidem*.

¹³¹⁶ () AUDIT Mathias, *Les conventions transnationales entre Personnes publiques*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 67, n° 150 ; dans ce sens MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière du Contrat d'État », *J.D.I.*, 1986, pp. 8 et s., n° 6.

315. Les *M.P.I.* sont autant porteurs d'une internationalité liée à l'extranéité juridico-économique que révélateurs de conflits de lois et de juridiction (¹³¹⁷). De ce fait, le droit de l'État hôte peut être sollicité conformément à l'autonomie de la volonté ou aux critères de rattachement (lieu de passation ou d'exécution) (¹³¹⁸). En ce sens, l'existence d'une clause d'*electio-juris* nettement rédigée est un préalable exigé. Mais, l'interprétation de l'intention des parties rend la tâche des juges ou des arbitres manifestement ardue (¹³¹⁹). Les difficultés ne cessent de s'aggraver lorsque les parties choisissent une loi stabilisée (¹³²⁰). Elles deviennent imminentes lorsque les contractants ne se prononcent pas ou qu'ils ont fait un *mauvais choix* (¹³²¹).

316. L'hypothèse n'est pas théorique. Quelques affaires, comme celle de la *Chromalloy Aero Services Company c./ Ministre de la défense égyptienne*, représentent ce cas. Les partenaires avaient désigné comme droit applicable l'*Egypt law*, sans plus de précision (¹³²²). Certes, la détermination des règles matérielles relève de la fonction des juges et non de la volonté des contractants (¹³²³). Néanmoins, la distinction entre les rapports du droit *public* et du droit *privé* confrontent les juristes à plusieurs difficultés. L'absence de choix ou la généralité de sa rédaction incite à se demander si le droit administratif peut s'appliquer. La proximité entre *M.P.I.* et contrats administratifs ainsi que l'aspect extra-juridique de leurs litiges ne font que renforcer cette idée. Le problème est loin d'être exclusif aux lois étatiques. Si le recours fréquent à la loi de l'État

¹³¹⁷ () JACQUET J.M., « Le contrat d'État », *Éd. Juris-Classeur, Droit international*, 1998, Fasc. 565-60, n° 29, p. 8.

¹³¹⁸ () Cf. *ibid.*, p. 8, n° 29.

¹³¹⁹ () Ainsi écrit l'auteur, « ...pour qu'ensuite une telle clause soit suivie d'effet, il faut d'abord qu'elle existe et il faut savoir ce que les parties ont effectivement voulu dès lors que la clause présente quelque complexité, ce qui correspond à la pratique la plus fréquente », JACQUET J.-M., La loi de l'État contractant, *In Mélanges dédiés à BOYER*, 1996, pp. 284 et s.

¹³²⁰ () KADIDI K., Contrats internationaux des travaux publics en droit libyen, *thèse, Dijon*, 1978, p. 303 ; « Le cocontractant étranger (...) est hostile au choix de la loi de l'État », LALIVE P., L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères, *New Directions In International Law, Unidroit, Rome* 1976, V. II, pp. 317 et s., spéc. 328, n° 19.

¹³²¹ () « Ce mauvais choix est évident lorsque les parties n'ont pas pu s'entendre sur le choix d'un droit et ont laissé cette question sans réponse dans le contrat. Cette hypothèse est fréquente. Nombreuses sont les sentences arbitrales dans lesquelles les arbitres ont dû commencer par décider la droit applicable en raison de l'absence de choix ou même de la présence de choix contradictoire... », KESSEDIJAN Catherine, « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable (analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1995, n° 2, pp. 373 et s, spéc. 375.

¹³²² () Article 12 de l'annexe (E) du contrat, v. LÉBOULAGER Ph., Note sous l'arrêt de la Cour d'Appel du Caire : *Ministre de la défense égyptienne c./ la société américaine (Chromalloy Aero Services Company)*, *Rev. Arb.*, 1998, pp., 723 et s., spéc. pp. 729-732.

¹³²³ () FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé ; La coopération transfrontalière entre les collectivités publiques infra-étatiques », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1997, pp. 405 et s., spéc. p. 422.

contractant (¹³²⁴) est ‘répandu sans être systématique’ (¹³²⁵), d’autres lois s’y associent ou y interviennent. Divers marchés combinent la loi de l’État et les principes généraux du droit ou le Droit des gens. Plusieurs juridictions, résolutions et conventions internationales approuvent l’applicabilité de ces usages ou normes. Le célèbre et condamnable arrêt de la *C.P.J.I.* (1929) a affirmé que « *tout contrat qui n’est pas un contrat entre États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale* » (¹³²⁶). La même décision a également précisé qu’« *un État souverain (...) ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui à ce sujet à une loi autre que sa loi propre* ». L’article 42/2 de la Convention de Washington (1965) dispose qu’à défaut de tout choix, « *le tribunal applique le Droit de l’État contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière* » (¹³²⁷). La résolution de l’Institut du Droit International (*Session d’Athènes*) a admis le principe de combinaison des lois applicables en matière d’investissement (¹³²⁸). L’un des aspects dégagés de la problématique des accords visés a trait au système juridique dont ils relèvent et auquel les contractants se soumettent (¹³²⁹). La détermination de ce régime est l’une des questions les plus controversées (¹³³⁰) de par la *complexité et le paradoxe soulevés* (¹³³¹). Ce problème s’amplifie dans les accords transfrontaliers. La montée en puissance de ces opérations aurait dû être accompagnée d’une réflexion législative sur leur qualification et leur ordre d’enracinement. Or, les législateurs

¹³²⁴ () Voyez cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, section 2.

¹³²⁵ () JACQUET J.M., *op. cit.*, In *Mélanges dédiés à BOYER*, p. 291 ; WEIL P., Principes Généraux du Droit et contrats d’État, In *Mélanges GOLDEMAN B.*, pp. 387 et s.

¹³²⁶ () Affaire des emprunts serbes et brésiliens, *C.P.J.I.* 1929, *Série A*, n° 15, pp. 121 et s.

¹³²⁷ () GOLDMAN B., *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées*, Pédone, Paris, 1969, pp. 133 et s ; DELAUME George, « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Clunet*, 1982, pp.775 et s.

¹³²⁸ () « *les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat, soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit* », *Annuaire de l’Institut de Droit International, Session d’Athènes*, 1979, p. 192.

¹³²⁹ () « *...la détermination du droit applicable est un préalable obligé* », JACQUET J.M., La loi de l’État contractant, *op. cit.*, In *Mélanges BOYER*, pp. 283 et s.

¹³³⁰ () MOHAMED S.M., « Mondialisation et souveraineté d’État », *Clunet*, 1996, pp. 611 et s., spéc. p. 637.

¹³³¹ () JACQUET J.M., « Le contrat d’État », *op. cit.*, *Éd. Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, p. 4, n° 15 ; VEHOEVEN Joe, « Arbitrage entre États et entreprises étrangères : des règles spécifiques ? », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 609 et s., spéc. p. 614 ; LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, p. 167 ; WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, *R.C.A.D.I.*, v. III, 1969, pp. 98 et s.

octroient à leurs collectivités territoriales l'accès aux actions extérieures, laissant de côté toutes les questions juridiques inévitablement posées (¹³³²).

317. Dans ces conditions, on peut se demander si les *M.P.I.* sont des traités ou des assimilés. S'ils ne le sont pas, la loi étatique peut-elle, et dans quelle mesure, être appliquée ? Admettons qu'un *M.P.I.* y soit soumis, cet accord peut-il être qualifié d'administratif ? Cette nature doit-elle supprimer les conséquences liées à la présence des étrangers ? Le cas échéant, suffit-il au contractant de l'opérateur public d'être étranger pour que la nature administrative cesse de s'appliquer ? L'examen de ces questions pose une interrogation préalable sur les démarches poursuivies pour déterminer le droit applicable. Dans les situations qui touchent plusieurs ordres juridiques, ce procédé passe par une des deux phases : raisonner *en termes d'appartenance* ou raisonner en termes de *conflits de lois* (¹³³³). L'écart entre ordres interne et international incite à opter pour la méthode d'appartenance. Il peut suggérer l'existence d'une délimitation entre les ordres en présence (¹³³⁴). A cet égard, les contrats d'État sont de véritables défis pour ce type de raisonnement. Ces accords sont conclus entre un sujet de l'ordre international et un sujet de l'ordre interne. Ils se situent au point de jonction entre les deux disciplines. Rien ne devrait alors interdire leur éventuelle *appartenance* « à l'ordre juridique international » ou « à un ordre juridique interne qui reste à définir » (¹³³⁵). Cependant, ce mode de raisonnement ne paraît être utilisé qu'à titre d'exception. L'*internationalité* s'y oppose car elle perd son effectivité si la qualification n'est pas susceptible d'être partagée. Il est alors préférable de raisonner en termes de conflit des lois, ce qui suppose l'élection de l'un des ordres juridiques ayant une vocation d'application (¹³³⁶). Cette démarche est consolidée par les liens existant entre les éléments d'extranéité et la particularité de l'État souverain. L'ordre juridique international peut se présenter comme l'un des ordres suivant lequel le contrat d'État aurait pu être formé (*optique unilatérale*), ou l'un de ceux à l'égard duquel les *M.P.I.* pourraient être localisés (*optique bilatérale*).

318. Sans vouloir faire de préférence entre ces modes de raisonnement, il paraît nécessaire de les distinguer pour mettre en valeur le préalable de la qualification. Par

¹³³² () MESTRE C., La coopération décentralisée et le droit international, *in le Droit appliqué à la coopération interrégionale en Europe*, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 47-70, spéc. pp. 51-52.

¹³³³ () VERHOEVEN J., « Traités ou contrats entre États ? Sur les conflits de lois en droit des gens », *Clunet*, 1985, pp. 5 et s., spéc. p. 27, n° 22; JACQUET J.M., *op. cit.*, *In Mélanges BOYER*, 1995, p. 287.

¹³³⁴ () Cf. JACQUET J.M., *op. cit.*, *supra*, p. 287.

¹³³⁵ () *Ibidem*.

¹³³⁶ () *Ibid.*, p. 289.

définition, on ne peut pas les identifier. L'appartenance vise à réaliser une *préférence entre ordres juridiques interne et international*. Le conflit de lois suppose une *concurrence entre deux ou plusieurs législations*. On a pu également soutenir que la différence entre ces modes tient aux instruments utilisés : alors que le raisonnement en terme d'appartenance fait primer le processus de qualification, celui effectué en terme de conflits de lois renvoie directement aux règles de rattachement ⁽¹³³⁷⁾. On précise seulement que la qualification de l'acte litigieux est également un préalable nécessaire pour désigner ce second mode de raisonnement ⁽¹³³⁸⁾. La détermination de la loi d'un contrat implique l'examen de celui-ci et donc sa qualification ⁽¹³³⁹⁾. Toute opération de ce type suppose qu'on définisse avec précision l'objet à qualifier, c'est-à-dire la question juridique posée. C'est seulement après avoir mené à bien cette phase préliminaire qu'on aborde une seconde phase, dite de classement ⁽¹³⁴⁰⁾.

319. Les raisonnements en terme de conflits de lois et en terme d'appartenance accordent à la qualification son importance. Cependant, la nature juridique des *M.P.I.* est beaucoup plus complexe à cause de l'entrée en scène de nouveaux ordres concurrents. Il est alors concevable qu'elle serait difficilement séparable de la détermination du droit applicable. Cette difficulté de disjonction justifie, mais insuffisamment, la disparition progressive de la qualification. Il est alors compréhensible que les motivations des sentences allant dans ce sens soient discutables et que leur mutisme soit condamnable. Quelle que soit l'ampleur de la contradiction, le processus de la qualification ne doit pas être réduit à néant : « *il est vain de vouloir résoudre des différends contractuels en faisant une totale abstraction de la nature juridique du contrat. Implicitement ou explicitement, le juge ou l'arbitre appelé à*

¹³³⁷ () *Ibid.*, p. 288.

¹³³⁸ () La qualification peut se faire selon le droit du juge (*lege-fori*), conformément à la loi du fond (*lege-causae*) ou aux concepts propres au droit international. Toutefois, devant le juge étatique, elle ne serait que '*lege-fori*' car l'identification de la loi étrangère est supposée jusqu'alors ignorée. BATIFOLLE Henri et LAGARDE Paule, *Droit international privé*, Tome 1, 7^{ème} Éd. Paris, 1983, ns° 292 et 289, pp. 337-40 ; l'identification et l'interprétation d'une règle de conflit dépendent de la qualification. LEHMANN R., « Les qualifications », *éd. Juris Classeurs, Droit international*, 1980, Fasc.531, Art. 3-D, p. 3.

¹³³⁹ () Qualifier, c'est « *déterminer le sens de la règle de conflit, le juge ne peut pas matériellement s'adresser à une loi tant qu'il n'en a pas choisie aucune, donc tant qu'il n'a pas qualifié* », BATIFOLLE H., *op. cit.*, T. 1, 7^{ème} Éd. Paris, 1983, n° 293, p. 342 ; « *ce n'est que dans un second temps que le juge s'attachera à déterminer l'ordre juridique applicable, à l'aide d'une règle de conflit. Celle-ci pourra, en raison de son caractère bilatéral, désigner soit l'ordre juridique français, soit un ordre juridique étranger* », DOLEZ B., « Le juge administratif et les conflits de lois », *Chroniques administratives, R.D.P.*, 1995, pp. 1030 et s., spéc. p. 1047 ; LEHMANN R., *op. cit.*, *supra*, *éd. Juris-Classeur Dr. Int.*, Fasc. 531, p. 3.

¹³⁴⁰ () « *Il se peut que le problème rebondisse ensuite et qu'il faille, à l'intérieur de la législation désignée par la règle de conflit, procéder à une nouvelle qualification portant cette fois-ci sur les règles substantielles* », MAYER P., *Droit International privé*, 6^{ème} Éd. Montchrestien, 1998, n° 1151, p. 112.

trancher le litige devra prendre parti sur cette question » (¹³⁴¹). Aussi importante qu'elle paraisse l'être, la qualification a soulevé des problèmes autant qu'elle a contribué à des solutions. Elle a lancé divers débats entre les *intégristes* des concepts classiques (publicisation) et les partisans de nouvelles solutions (**Titre I**). Certains attribuent aux marchés publics internationaux la nature administrative pour parvenir à leur localisation. Académiquement justifiable, cette démarche souffre, dans la pratique contemporaine, d'une certaine marginalisation. D'autres revendiquent, en revanche, la délocalisation de ces accords par leur soumission au droit transnational ou au Droit des gens. Aussi séduisante qu'elles puissent l'être, ces solutions se sont imposées, bien qu'étant l'objet de contestation. La délocalisation n'a jamais pu être complète. Ses ordres d'enracinement sont lacunaires et n'ont pas pu atteindre l'objectif visé par leur propre pertinence juridique. Ils n'ont pas pu neutraliser l'accès par l'État à ses pouvoirs exorbitants. Pour toutes ces raisons, ces théories n'ont pas pu atteindre un niveau établissant un 'ordre positif' en matière d'investissement. Les deux doctrines ne peuvent donc pas s'imposer individuellement. Leur diversité enrichissante peut permettre de se forger une opinion. Le fait que la publicisation représente une solution dépassée et la délocalisation demeure critiquée incite à s'éloigner de ces dichotomies redoutées dans le but d'examiner la place de la loi de l'État parmi les ordres concurrents aux règlements des différends (**Titre II**).

¹³⁴¹ () BERLIN D., « Le contrat d'État », *Répertoire Dalloz Dr. Int.*, 1998, spéc. n° 4 ; JACQUET J.M., *op. cit.*, *Éditions du Juris-Classeur Dr. Int.*, 1998, Fasc. N° 565-60, n° 2.

TITRE I

Désaccord sur la qualification : localisation ou délocalisation

320. Si les intérêts publics et privés sont difficilement conciliables, leurs difficultés s'aggravent lorsque qu'ils touchent des sujets dont les uns appartiennent aux États développés et les autres relèvent des États en développement (¹³⁴²). Les efforts déployés depuis la décolonisation n'ont pas abouti à des solutions acceptées par et pour tous. Les théories doctrinales s'opposent perpétuellement. Les revendications de la délocalisation affrontent celles de la localisation : *avocats déterminés de l'internationalisation*, les partisans des opérateurs étrangers font appel à leurs théories pour freiner le pouvoir normatif de l'État hôte d'investissement (¹³⁴³). Par leurs œuvres théoriques, ils ont mis en cause les tentatives du recours exclusif à la loi de l'État contractant (¹³⁴⁴). Malgré ces évolutions, le désir de localiser les *M.P.I.* dans l'ordre juridique étatique ne s'est jamais affaibli. C'est une doctrine qui bénéficie d'un soutien farouche chez un bon nombre d'auteurs et de juges étatiques. Plusieurs affaires récemment évoquées devant ces derniers confirment et revendiquent cette solution. Les partisans de cette théorie profitent de lacunes et de critiques des théories adverses pour consolider leur position

¹³⁴² () FRIEDMANN W., *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, 1971, pp. 118 et s.

¹³⁴³ () RIGAUX F., *Droit public et privé dans les relations internationales*, Pédone, Paris, 1977, p.

371.

¹³⁴⁴ () CHARQI Mimoun, *Essai sur le droit des sociétés transnationales*, Rabat, 1994, pp. 57 et s.

(¹³⁴⁵). Ils affirment qu'au-dessus de tout contrat plane nécessairement l'ombre d'une loi interne et que la volonté de l'évincer serait vouée à l'échec (¹³⁴⁶). L'autonomie de la volonté n'exclut pas que la loi de l'État soit applicable. Si certains ordres étatiques connaissent de règles spécifiques aux marchés internes, rien ne devrait interdire que celles-ci soient transposables. La référence aux solutions qu'offre la théorie des contrats administratifs est fondée sur des arguments défendables. En effet, la présence dans les *M.P.I.* des critères de la publicisation est concevable. Les problèmes d'intervention unilatérale sont classiquement similaires et justifiables. Les réponses fournies par cette théorie n'ont pas échappé aux réflexions des juristes de l'ancien droit. La conciliation entre « *souveraineté et immutabilité* » a déjà été évoquée au cours du XVII^e siècle par *Grotius*, qui a exposé les problèmes de la contractualisation avec « *ceux qui ont la souveraineté* » (¹³⁴⁷). L'auteur avait abordé ce sujet avec précision. On en a déduit la stabilité des problèmes posés par l'activité contractuelle de l'État et les règles juridiques qui leur sont applicables. L'attachement à l'ancien droit n'est pas forcément pertinent car les activités et les règles juridiques sont renouvelables. Il apparaît alors que les positions antagonistes sont juridiquement défendables. Les marchés visés renferment les éléments de la délocalisation et de la publicisation. La défaite attribuée à l'une au profit de l'autre ou la dualité de leur domination est compréhensible. Le lien avec le souverain est une affaire de politique, de poids autant que de droit. Dans ces conditions, il est temps d'aborder ce dilemme sous un angle différent : les critères de l'internationalité et de la publicisation peuvent-ils coexister dans une seule et même opération ? Autrement dit, les *M.P.I.* peuvent-ils dépasser la coexistence 'passive' pour réaliser une réelle cohabitation ? La réalité juridique de l'extranéité est-elle de nature à neutraliser les effets de la publicisation ? Les éléments de celle-ci contredisent-ils les conséquences juridiques de l'internationalisation ? Pour mieux traiter ces questions, il faut consacrer une analyse détaillée aux théories de la qualification (**Chapitre I**), afin, et à travers l'évaluation de la théorie de la publicisation, de préciser si elles peuvent cohabiter ou s'éclater mutuellement (**Chapitre II**).

¹³⁴⁵ () *Ibidem*.

¹³⁴⁶ () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 45, n° 108.

¹³⁴⁷ () GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, par PRADIER-FODERE, tome 1 (1865) ; tome 2 (1867) ; tome 3 (1867), Paris, *Guillaumin et Cie, Librairies*, Tome 2, p. 218 ; les écrits de Vattel avaient évoqué la question actuelle de l'identification entre « souverain » et « ses représentants », cité par, CISTAC G., « Une histoire juridique de l'État contractant dans le commerce international », *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, T. XLIII*, 1995, pp. 172-193, spéc. p. 185.

CHAPITRE I

ÉCHEC DE LA DÉLOCALISATION ET REJET DE LA PUBLICISATION

321. Les théories élaborées pour protéger les investisseurs étrangers visent à délocaliser les accords étudiés par leur soustraction aux lois et aux juges de l'État d'accueil (¹³⁴⁸). Leur objectif timidement dévoilé est la protection des étrangers contre la partialité des juges étatiques et le recours démesuré aux prérogatives de souveraineté (¹³⁴⁹). Par crainte que l'État tire parti de son pouvoir législatif, leurs défenseurs ont revendiqué la *transnationalisation* ou *l'internationalisation* des problèmes contractuels (**Section I**). Ces conceptions ont conféré aux *M.P.I.* un « *ordre* » considéré « *juridique* » (¹³⁵⁰) et plus bénéfique parce que, aux yeux de ses auteurs, il offre aux rapports spécifiques des solutions originales. Pourtant, l'hétérogénéité et la controverse dont elles souffrent, ont redonné souffle à la doctrine incorporant *les M.P.I.* dans la théorie des contrats administratifs ou transposant celle-ci dans l'ordre international (**Section II**).

¹³⁴⁸ () BOGOUSLAVSKY M., L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées, in *Rapport UNIDROIT*, Rome, 1977, T. II, pp. 308 et S.

¹³⁴⁹ () DEBY-GERARD France, *Le rôle de la règle des conflits dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Paris, 1973, p. 215.

¹³⁵⁰ () CHARQI M., *Essai sur le droit des sociétés...*, *op. cit.*, Rabat, 1994, p. 64.

Section I Perspective critique de la délocalisation

322. Les appels à la *délocalisation* des marchés publics internationaux remontent à l'époque des célèbres nationalisations au nom de la souveraineté des États sur les ressources naturelles. Dû à M. Weil, ce terme de « *délocalisation* » recouvre l'attachement des accords étudiés au droit transnational ou au Droit des gens ⁽¹³⁵¹⁾. Malgré la diversité de leur chemin, ces concepts ont un objectif commun et reflètent un but lointain : neutralisation du pouvoir judiciaire et législatif de l'État souverain ⁽¹³⁵²⁾. Ils sont cependant divisés par deux courants de pensées : l'un penche vers la *transnationalisation* (**sous-section I**) et l'autre appelle au recours à la nouvelle branche du Droit des gens (**sous-section II**).

Sous-section I Théories de transnationalisation

323. Avant d'aborder le vif du sujet de la transnationalisation, il convient de préciser que certains auteurs l'ont préféré à cause de la nuance sémantique de l'épithète « *internationale* ». En effet, est par définition '*internationale*' la seule relation qui lie « *nation à nation, entre plusieurs nations* » ⁽¹³⁵³⁾. Cependant, la division du monde en États souverains et l'interventionnisme de ceux-ci ont fait bénéficier les rapports privés et mixtes de cette appellation : « *sont également appelées internationales les relations privées qui se nouent par-dessus les frontières* » ⁽¹³⁵⁴⁾. Ainsi, lorsqu'il désigne toute relation transfrontalière, le terme '*international*' porte en lui une ambiguïté. Dès lors, cette épithète « *devrait être écartée lorsqu'il s'agit de qualifier un contrat entre un État et une société transnationale* ». Si de tels accords ne relèvent pas de l'ordre juridique international, il est « *exact de les qualifier de transnationaux* » ⁽¹³⁵⁵⁾. On comprend donc que le vocable '*transnational*' est utilisé pour transcender le clivage traditionnel Droit interne/Droit international. Il forme une nouvelle discipline propre aux problèmes des rapports qui revendiquent plusieurs systèmes juridiques à cause de conflits de lois,

¹³⁵¹ () BATIFFOL H., « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements ; sentence du 30 novembre 1979 (AGIP SPA c./ Gouvernement de la République Populaire du Congo », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1982, pp. 92-109 (note de bas de page 107).

¹³⁵² () BOGUSLAVSKY M., *op. cit.*, in *Rapport UNIDROIT*, Rome, 1977, T. II, p. 308 ; DEBY-GERARD F., *op. cit. supra*, Dalloz, Paris, 1973, p. 215.

¹³⁵³ () RIGAUX F., *Droit public et privé...*, *op. cit.*, Pédone, Paris, 1977, p. 367.

¹³⁵⁴ () Cf. *ibidem*.

¹³⁵⁵ () RIGAUX F., « Souveraineté des États et arbitrage transnational », in *Le droit des relations économique international, mélange GOLDMAN B.*, pp. 269 et s.

de conditions des étrangers ou des immunités juridictionnelles. Leurs réponses relèvent d'une combinaison de diverses normes : Droits internes, Droit des gens, *lex mercatoria* ou principes généraux du Droit... Sous cet angle, le droit transnational s'intéresse plutôt aux *M.P.I.* dont les multinationales ont tiré parti de leur pleine liberté pour édifier un réseau de relations tantôt soumises tantôt soustraites au droit national : « *la notion d'espace transnational désigne le lieu de convergence de forces économiques ayant réussi à aménager des rapports juridiques affranchis de tout contrôle efficace de la part des États. La doctrine a soutenu cet effort par des théories telles que la « délocalisation » du contrat ou la notion de droit 'anational' »* ⁽¹³⁵⁶⁾.

324. Aux concepts du Tiers-ordre s'ajoute un autre similaire par la rupture avec les règles classiques, mais au profit des seules clauses contractuelles. C'est le '*contrat sans loi*', très proche de ces opinions par le détachement des contrats d'État de toute loi étatique afin d'immuniser les sociétés multinationales. Cette théorie, qui rompt avec la localisation, s'oppose à tout recours au Droit des gens et doit alors prendre place parmi les thèses de la transnationalisation ⁽¹³⁵⁷⁾. Ces théories font l'objet de critiques doctrinales et apparaissent rejetées par la pratique contractuelle : les parties aux *M.P.I.* se réfèrent fréquemment aux règles situées en dehors de leurs accords ⁽¹³⁵⁸⁾. L'observation élémentaire des clauses de droit applicable aux contrats d'État démontre l'absence de référence explicite à la *lex mercatoria* ⁽¹³⁵⁹⁾. Dans cette perspective, il convient de préciser dans quelle mesure les *M.P.I.* s'intègrent dans l'ordre transnational et si ces théories dépassent leurs approches doctrinales.

I/ Un contrat sans loi : inacceptable en doctrine et indiscutable en milieu arbitral

325. La théorie de '*contrat sans loi*' suppose que les parties peuvent soustraire leur rapport à toute loi pour le soumettre aux seules clauses contractuelles ⁽¹³⁶⁰⁾. Elle vise

¹³⁵⁶ () RIGAUX F., *Droit public et privé...*, op. cit., Pédone, Paris, 1977, spéc. pp. 368-400 ; adde, son cours, Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, *R.C.A.D.I.*, 1989, t. 213, vol. 1, pp. 9-408, spéc. 45-48 et 337-340 ; FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé... », op. cit., *Rev. Crit. Dr. Int. Pri.*, 1997, spéc. p. 415.

¹³⁵⁷ () CHARQI M., *Essai sur le droit des sociétés...*, op. cit., Rabat, 1994, p. 73.

¹³⁵⁸ () JACQUET M., « Le contrat d'État », éd. *J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 13, p. 4.

¹³⁵⁹ () mais, de temps à autre, certaines formules peuvent avoir cette signification. LEBEN Ch., Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci, *In Mélanges HUBERT Thierry*, édition à Pédone, Paris, 1998, pp. 248 et s., spéc. p. 273, n° 64.

¹³⁶⁰ () VERDROSS, « Protection of Private Property under Quasi-International Agreements », in *Varia Juris Gentium, Liber amicorum Jean Pierre Adrien François*, Leyden : Sijthoff, 1959, pp. 355-362 ; BOURQUIN, *Arbitration and Economic Development Agreement*, Business Lawyer, 1960, pp. 860-879.

particulièrement à faire échapper les *M.P.I.* aux systèmes étatiques (¹³⁶¹). Ce sont les contrats qui font la loi des parties (¹³⁶²), car chacun d'eux est le promoteur de son droit et se distingue des lois nationales et internationales. Les *M.P.I.* se suffisent donc à eux-mêmes : « *ce sont eux, et eux seuls, qui définissent les droits et obligations des contractants et il n'est point besoin d'avoir recours à un quelconque système de droit* » (¹³⁶³). Une fois incorporées dans le contrat, les normes choisies s'appliqueront en tant que 'déléguées' par la 'lex-contractus' et perdront leur racine. On peut trouver une application de cette doctrine dans l'accord de 1958 entre la Tunisie et la Compagnie des transports par pipeline au Sahara disposant que « *la présente convention constitue la loi des parties* » (¹³⁶⁴).

326. La thèse du contrat sans loi est condamnée sur le plan doctrinal : *ce nouveau produit moderne du droit ou plutôt du non-droit, le contrat sans loi* (¹³⁶⁵), peut être une source de confusion (¹³⁶⁶). Il menace la stabilité des transactions en raison des difficultés qu'affrontent les arbitres lors de l'appréciation de clauses douteuses puisqu'ils ne doivent pas recourir aux règles juridiques. Il s'agit d'un concept sans fondement, voire *une pétition de principe* car il faut que la dissuasion des parties leur soit extérieure pour fonder la force obligatoire des contrats (¹³⁶⁷).

327. Démonstration de la méfiance des cocontractants, cette théorie pousse à l'extrême et octroie à l'autonomie de la volonté une mission illégale : « *les parties à un contrat ne sont pas intrinsèquement dotées de la capacité d'édicter des règles de droit (...). Il y aurait une atteinte grave à l'impérativité et à la prévisibilité du droit. Il convient donc d'admettre que ce n'est pas l'État législateur qui conclut mais l'État-sujet de droit. Par conséquent, celui-ci ne peut créer un ordre juridique autonome à*

¹³⁶¹ () NIBOYET Marie-Laure, « Contrats internationaux : détermination du droit applicable », *Éd. Juris-Classeur, Droit International*, 1998, Fasc. 552-30, n° 10.

¹³⁶² () LEVEL Patrice, « Le contrat dit sans loi », *Trav. Comité fr. Dr. Int. Privé*, 1964-1966, pp. 209 et s ; CHARQI M., *Essai sur le droit des sociétés ...*, *op. cit.*, Rabat, 1994, p. 73.

¹³⁶³ () WEIL P., « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *Recueil et Documents du Conseil d'État*, 1970, pp. 14 et s, spéc. p. 17.

¹³⁶⁴ () Cf. *ibidem*.

¹³⁶⁵ () LASLO RECZEI, préface in, *Le contrat économique international : stabilité et évolution*, Pédone, Paris, 1975, p. VIII.

¹³⁶⁶ () CARBONNIER. Jean, Hypothèse du non-droit, *Archives de philosophie du droit*, n° 8, 1963, pp. 55-74 ; NIBOYET M.L., *op. cit.*, *Éd. J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 552-30, n° 10 ; CHARQI M., *op. cit.*, Rabat, 1994, p. 72 ; LALIVE P., article précité, in *rapport Unidroit, Rome*, 1976, V. II, pp. 317 et s., spéc. 336 ; WEIL P., *op. cit., supra*, in *Recueil et Documents du Conseil d'État*, 1970, spéc. p. 17.

¹³⁶⁷ () LALIVE Jean-Flavien, Les contrats entre États ou opérateurs étatiques et opérateurs privés étrangers ; développements récents, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1983, spéc., p. 46 ; adde, MAYER P., *op. cit., Chonet*, 1986, p. 25, n° 25.

l'occasion d'un contrat d'État »⁽¹³⁶⁸⁾. La liberté de choix ne doit pas s'assimiler à la volonté d'échapper à toute loi au profit des « zones de non-droit »⁽¹³⁶⁹⁾. Cette liberté diffère de l'hypothèse du contrat sans loi et son admission ne devrait aucunement permettre de s'affranchir des dispositions impératives des normes internes et internationales⁽¹³⁷⁰⁾.

Le contrat sans loi conduirait à admettre « une liberté dangereuse pour les faibles, pleine de surprises pour les tiers, laissant les juges ou les arbitres dans un embarras excessif »⁽¹³⁷¹⁾. Sans solliciter les précisions des normes juridiques, ce concept les obligerait à forger un nouveau système, purement artificiel. Il est impossible d'imaginer que les parties aient pu tout prévoir et que leur contrat, complexe, se contenterait de ses seules stipulations consensuelles⁽¹³⁷²⁾. L'existence d'un milieu économique homogène « suppose l'existence de normes consacrées par les autorités spécifiques de ce milieu, appliquées et dégagées par des juridictions arbitrales ». La pratique concrète, le respect et l'application de ces normes démontrent l'existence d'un « fond de règles substantielles assez complet pour ne pas laisser sans loi ce genre d'opération contractuelle »⁽¹³⁷³⁾. Les seules clauses prévues dans le contrat ou la sphère juridique dans laquelle il baigne s'avèrent insuffisantes. Le recours à un système de droit s'impose et laisse présager qu'il n'y a pas véritablement de place pour ce concept doctrinal⁽¹³⁷⁴⁾. Aucun accord ne peut se suffire à lui seul. Rattaché aux normes juridiques, à la *lex mercatoria*, le contrat international échappe difficilement à l'une d'entre elles. Il ne se soustrait aux unes que pour tomber sous l'empire de l'autre et le « contrat dit sans loi »⁽¹³⁷⁵⁾ demeure marginal.

¹³⁶⁸ () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, op. cit., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 45, n° 99.

¹³⁶⁹ () LEVEL P., *Le contrat dit sans loi*, op. cit., *Trav. Com. Fra. Dr. Inter. Pr.*, (1964-1966), p. 209.

¹³⁷⁰ () NIBOYET M.-L., op. cit., *Éd. J.-C., Dr. Int.*, Fasc. 552-30, n° 13 ; La Cour de Cassation a interdit aux parties d'échapper aux dispositions impératives d'une convention internationale à laquelle les parties s'étaient référées ; Cass. Comm., 4 février 1992, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1992, p. 496, note P. LAGARDE.

¹³⁷¹ () BATIFFOL H., « La sentence Aramco et le droit international privé », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1963, spéc. p. 655.

¹³⁷² () FOUCHARD Ph., *Arbitrage commercial international*, Paris, 1965, p. 405 ; GOLDMAN B., *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international : réalité et perspectives*, *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Pr.*, 1977-79, Paris, 1980, pp. 4 et s.

¹³⁷³ () LEVEL P., *Le contrat dit sans loi*, op. cit., *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Pr.* (1964-66), pp. 209 et s.

¹³⁷⁴ () « le contrat ne peut pas tout prévoir et se passer absolument pour son interprétation et son application de références à des normes extérieures », LALIVE P., op. cit., *Rapport Unidroit*, Rome, 1976, spéc. 336.

¹³⁷⁵ () LEVEL P., op. cit., *supra*, *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Pr.* (1964-66), spéc. p. 231.

328. Cette théorie est également déclinée par la pratique judiciaire et arbitrale. Les juges qui l'ont parfois envisagée (¹³⁷⁶), l'ont souvent écartée. Lorsque la Cour d'Appel de Paris annonça que « *la Société des Services Contractuels des Messageries Maritimes est mal fondée à prétendre que le contrat devrait être nécessairement rattaché à la législation d'un pays déterminé* » (¹³⁷⁷), la Cour de Cassation l'a bien rectifié précisant que « *tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un État* » (¹³⁷⁸). Les arbitres quoique dépourvus de *lex-fori* et soumis à la volonté des parties lors de l'application du droit choisi, affirment qu'« *un contrat quelconque ne peut exister in vacuo, mais doit reposer sur un Droit* » (¹³⁷⁹). On peut alors conclure que le contrat sans loi n'existe pas à l'époque actuelle. Sur tout contrat plane nécessairement l'ombre d'une loi puisqu'une convention comme celle de Rome (19 juin 1980) précise que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* » et si aucune loi n'a été choisie « *le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* » (¹³⁸⁰).

II : Le Tiers-Ordre et ses approches doctrinales

329. D'une manière plus élaborée, certaines doctrines tirent le fondement de la délocalisation d'un Tiers-ordre distinct à la fois des lois internes et de l'ordre international. Ce sont les théories appelant à l'existence d'un droit transnational dont la définition et l'identification évoquent l'émergence de véritables règles de droit (**A**), alors qu'il fait toujours l'objet des critiques (**B**).

A) Définition et sources juridiques

330. Développé par *Ph. Jessup* (¹³⁸¹) et *J.F. Lalive* (¹³⁸²), le concept du *droit transnational* est considéré comme un Tiers-ordre, 'intermédiaire', 'mixte' et 'neutre' par rapport aux clivages juridiques classiques. Il est un '*Droit mixte*' parce qu'il tire son

¹³⁷⁶ () Ex., Cour de cassation, arrêt *American-Trading Company*, 5 décembre 1910, JACQUET J.M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Économica, Paris 1983, pp. 23, 24 et 26.

¹³⁷⁷ () « *en matière de règlement international, les conventions ne peuvent être mises en échec que dans les limites territoriales de l'État où est requise leur exécution si elles se heurtent à une loi d'ordre public interne* », Cour d'Appel de Paris, arrêt de *Messageries Maritimes*, 24 avril 1940, S. 1942, p. 29, note J.P., NIBOYET.

¹³⁷⁸ () Cour de Cassation, Ch. Civ., 21 juin 1950, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1950, p. 609, note H. BATIFFOL.

¹³⁷⁹ () Sentence du 23 août 1958, *Aramco c/ l'Arabie Saoudite*, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1963, pp. 272 et s.

¹³⁸⁰ () P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Revue Crit. Dr. Int. Pr.*, 1991, pp. 300-301.

¹³⁸¹ () L'expression de droit transnational a été employée par JESSUP Ph., pour régir « les actes ou événements qui transcendent les frontières de l'État ». selon l'auteur ce droit « comprend le droit civil et le droit pénal, il comprend le droit international privé et public », *Transnational Law*, New Haven, Yale University. Press, 1956, n° 32.

¹³⁸² () LALIVE J.-F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1983, spéc. pp. 47 et 126.

contenu des normes internes et internationales (*traités internationaux ou principes généraux du Droit*)⁽¹³⁸³⁾. Sous cet angle, le droit transnational, placé à la proximité du Droit des gens, en diffère par son ouverture à d'autres sources (*lex mercatoria*⁽¹³⁸⁴⁾ ou *motivations des sentences arbitrales*)⁽¹³⁸⁵⁾. Cet ordre, qui manifeste une préférence pour théories de Droit des gens pour réglementer les accords d'investissement, se distingue de la théorie de contrat sans loi. Il est « *plus précis, plus commode dans la pratique, moins 'inquiétant'* »⁽¹³⁸⁶⁾ pour les États contractants. Plusieurs appels étendent son champ d'application aux actions extérieures des collectivités territoriales. Le droit transnational ne saurait se limiter à la *lex mercatoria* et envahirait le droit administratif dans ses rapports avec le droit international : « *un des traits spécifiques des contrats de développement est que le problème de l'internationalisation et celui de la transnationalisation se posent pour eux en des termes identiques. Ne conviendrait-t-il donc pas, en ce qui les concerne, et pour tous les contrats d'État de dépasser le clivage entre droit international public et lex mercatoria pour parvenir à l'élaboration d'un ordre juridique propre aux relations entre États et entreprises privées ? Tel était déjà le vœu de Jessup* »⁽¹³⁸⁷⁾.

331. Le Droit transnational désigne un ordre non territorial dont les sujets sont les agents d'un pouvoir économique diffus à travers le monde. En dépit de leur implantation et de la nécessaire localisation de leurs actes et actions, ces agents ont réussi à se créer un domaine analogue à celui des États, à l'intérieur duquel ils obéissent à d'autres règles que celles qu'ils se sont fixées à eux-mêmes. La tendance contemporaine semble favoriser la réalisation d'un équilibre d'intérêts publics et privés au moyen de ces évolutions et l'arbitrage ne cache pas son attachement à l'élaboration de ce troisième espace. Selon l'arbitrage CCI des affaires n° 5030/1992 et 7710/1995, le caractère international d'un contrat d'État le fait échapper d'emblée à toute loi nationale⁽¹³⁸⁸⁾. La délocalisation du contrat État est selon les arbitres « *indispensable au respect de l'équilibre contractuel* »⁽¹³⁸⁹⁾. Les arbitres ont décidé qu'il leur appartient de définir

¹³⁸³ () Cf. *ibid.*, 127 ; KAHN Ph., « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *Clunet*, 1965, pp. 338-384.

¹³⁸⁴ () GOLDMAN B., « *La lex mercatoria dans les contrats et arbitrage...* », *op. cit.*, *Clunet*, 1979, p. 475.

¹³⁸⁵ () LALIVE J.F., *op. cit.*, *supra*, R.C.A.D.I., V. III, 1983, spéc. p. 48.

¹³⁸⁶ () Cf. *ibidem*.

¹³⁸⁷ () SCHNEIDER C., « La souveraineté au carrefour du droit international et du droit administratifs », *In Mélanges GUSTAVE Peiser, P.U. de Grenoble*, 1995, pp. 423 et s, spéc. 448.

¹³⁸⁸ () RIGAUX F., *Droit public et privé...*, *op. cit.*, Pédone, Paris, 1977, p. 400.

¹³⁸⁹ () Sentence n° 7710 en 1995 CCI, *Clunet* 2001, p. 1149 et s., spec. 1163, obs. Y.D.

le système juridique gouvernant ce contrat, lequel « relèverait prioritairement des stipulations contractuelles et des usages du commerce international complétés par les principes généraux du droit international des contrats internationaux »⁽¹³⁹⁰⁾. La sentence a démontré que les principes généraux du Droit et la *lex mercatoria* sont parmi les sources du droit transnational et que ces principes sont ceux « qui reviennent à ramener la relation contractuelle à laquelle l'État est partie à une relation de droit privé » et ceux qui « dans les droits nationaux, ont pour objet de protéger une partie faible »⁽¹³⁹¹⁾. Le recours à ces principes reflète une délocalisation voulue d'autant plus que la décision de l'affaire des *emprunts serbes* est intervenue à une époque où cette qualification des contrats d'État souverain « n'avait pas encore trouvé droit de cité dans le droit international des contrats »⁽¹³⁹²⁾.

332. Seconde source du Tiers-ordre, la *lex mercatoria* traduit les usages et pratiques des commerçants. Fervent défenseur de cette conception, M. Goldman parle de l'apparition dans le monde juridique, de ce phénomène nouveau pour régir « certaines activités du commerce international ». La délocalisation voulue par l'auteur « devrait situer le contrat dans le tissu des relations économiques transnationales et le soumettre par conséquent, dans tous les cas, au droit transnational »⁽¹³⁹³⁾. Sans vouloir passer par le canal des lois étatiques qui sanctionnent la *lex mercatoria*, il défend son application directe et principale⁽¹³⁹⁴⁾. Définie comme étant la « loi marchande des temps modernes », elle est solidement développée à travers les lois uniformes, les contrats types et les décisions des institutions arbitrales⁽¹³⁹⁵⁾. Elle forme ainsi l'une des sources prépondérantes du droit transnational⁽¹³⁹⁶⁾.

333. Ce développement annonce que l'arbitrage, notamment celui de la CCI, s'ouvre sur cette tendance de privatisation. Il n'empêche qu'il reste difficile de se faire une idée précise sur son extension aux marchés d'investissements. Au-delà des sentences CCI, la pratique ne paraît guère avouer quelque rattachement à un droit transnational.

¹³⁹⁰ () Sentence CCI, affaire n° 5030 /1992, *Clunet*, 1993, p. 1004, obs. Y.D.

¹³⁹¹ () *Ibidem*.

¹³⁹² () *Ibid.*, p. 1008.

¹³⁹³ () GOLDEMAN B., Le droit applicable selon la convention de la *BIRD*, in *investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées*, Paris, 1969, p. 143 ; GOLDMAN B., Frontières de Droit et *Lex mercatoria*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, t. 9, p. 177 ; LALIVE J.F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1983, spéc. p. 48.

¹³⁹⁴ () EL-KOSHERI A.S., Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *R.C.A.D.I.*, 1975, Tome 147, v. IV, pp. 219 et s, spéc. p. 383, (note de bas de page n° 358).

¹³⁹⁵ () CHARQI M., *Essai sur le droit des sociétés ...*, *op. cit.*, Rabat, 1994, p. 71.

¹³⁹⁶ () À noter que la *lex mercatoria* peut être traduite par d'autres expressions comme le Tiers-ordre ou le droit spontané. Yves DERAIS, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.*, 1973, p. 122.

L'arbitrage *ad-hoc* n'en fait pas mention et, même s'il s'appuie sur des usages ou des pratiques similaires : « *il ne paraît pas vouloir y découvrir quelque allégerance révolutionnaire et les 'principes' dont il fait un assez large emploi paraissent plus « internationaux » que « transnationaux »* »⁽¹³⁹⁷⁾. Le Tiers ordre, qui peut paraître favorable en la matière par rapport au droit international⁽¹³⁹⁸⁾, apporte un intérêt plus virtuel qu'actuel et l'on doit alors aborder ses critiques doctrinales.

B) Approches critiques

334. Le troisième espace juridique et ses sources n'échappent pas aux critiques, qui subsistent même si elles « *paraissent aujourd'hui conservatrices et quelque peu dépassées, compte tenu des besoins et de la dynamique des relations économiques...* »⁽¹³⁹⁹⁾. Les concepts d'ordre transnational ne présentent guère de solutions adéquates aux problèmes du droit applicable. Il s'agit de notions équivoques et contradictoires : elles commencent par écarter les règles du Droit des gens qui sont loin d'être « un droit quasi international », puis reviennent en solliciter certaines⁽¹⁴⁰⁰⁾. Ces notions ne permettent pas de « *déterminer quelles sont les composantes de ce fond commun des diverses civilisations juridiques* »⁽¹⁴⁰¹⁾. Le Tiers-ordre est tellement « *incertain dans son contenu, mystérieux dans sa nature, mal défini dans son champ d'application* »⁽¹⁴⁰²⁾ qu'il ne mérite pas cette dénomination. Il laisse la porte ouverte au subjectivisme et ne permet guère aux parties de connaître à l'avance leurs droits et obligations⁽¹⁴⁰³⁾. La condamnation du droit transnational est constamment soulevée. Ce droit exerce la fonction qu'il a usurpée. Il serait trop simple et dangereux d'en faire abstraction. Ses valeurs sont contestées et l'effectivité des fonctions qu'il assume est remise en question.

335. Les Principes Généraux du Droit auxquels se réfère cette doctrine sont difficilement appréciables⁽¹⁴⁰⁴⁾. On ne sait pas dans quelle mesure ces principes, dont elle s'inspire, coïncident avec ceux des nations civilisées. A défaut d'une véritable communauté juridique internationale, il *serait absurde de penser qu'il puisse exister*

¹³⁹⁷ () VERHOEVEN Joe, « Arbitrage entre États et entreprises étrangères : des règles spécifiques », *Rev. arb.*, 1985, pp. 609-640, spéc. 627, n° 15.

¹³⁹⁸ () *Ibidem*.

¹³⁹⁹ () LALIVE J.F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1983, spéc. p. 49.

¹⁴⁰⁰ () CHARQI M., *op. cit.*, Rabat, 1994, p. 66.

¹⁴⁰¹ () DELAUME G., « Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle », *Rev. belge de droit international*, 1968, pp. 336 et s.

¹⁴⁰² () Cf. *ibid.*, p. 363.

¹⁴⁰³ () WEIL. P., Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1969, pp. 184 et 193.

¹⁴⁰⁴ () GAILLARD Emmanuel., « Arbitrage Commercial international : droit applicable au fond du litige », *éd. J.-C., Dr. Int.*, 1996, fasc.586-9-1, n° 35.

une norme commune à toutes les nations (¹⁴⁰⁵). Ces normes *anationales* sont privées de toute rigueur scientifique. Il est *faux* de dire que les arbitres empruntent leurs solutions à un ensemble normatif cohérent, tout comme il est illusoire de leur attribuer la formation de règles convaincantes. Ladite théorie n'a donc d'autre effet que d'assurer l'éviction du droit étatique à travers une motivation formelle, créatrice d'un nouveau légalisme (¹⁴⁰⁶).

336. Depuis son apparition, la *lex mercatoria* est remise en question (¹⁴⁰⁷). Les premières objections consistent à lui nier la qualité d'un véritable ordre juridique (¹⁴⁰⁸). Un contrat faisant de la *lex mercatoria* son *proper law* ne serait que partiellement régi par des règles de droit, et favoriserait le contrat sans loi. Elle représente donc une autre manière d'affirmer la primauté du contrat sur la loi (¹⁴⁰⁹). Sans trop s'attacher aux controverses liées à sa *juridicité* (¹⁴¹⁰), la *lex mercatoria* souffre de partialité : elle se préoccupe de la sécurité du commerce plus que des intérêts particuliers aux États ou à leurs émanations personnalisées (¹⁴¹¹). La seconde contestation se base sur le fait que la *lex mercatoria* soutienne les opérateurs économiquement forts (¹⁴¹²). Une conception propre aux rapports mixtes n'a pas de contenu susceptible de convenir aux contrats d'État. Bien qu'elle comprenne les usages de la société des marchands, son opposabilité

¹⁴⁰⁵ () Cf. *ibidem*.

¹⁴⁰⁶ () RIGAUX F., *op. cit.*, Paris, 1977, p. 400 ; dans ce sens, « le Tiers-ordre se propose les mêmes dessins et objectifs (que l'internationalisation de M. WEIL), essayant de justifier sur le plan juridico-idéologique un rapport inter-social bien déterminé et essayer de lui assurer une certaine crédibilité, une juridicité voire une légitimité, buts bien sûr non avoués », CHARQI M., *op. cit.*, *supra*, Rabat, 1994, p. 63.

¹⁴⁰⁷ () GAILLARD E., *op. cit.*, *supra*, éd. *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1996, fasc. 586-9-1, n° 30.

¹⁴⁰⁸ () LAGARDE P., Approche critique de la *lex mercatoria*, *Mélanges GOLDMAN B.*, 1982, pp. 125 et s.

¹⁴⁰⁹ () De plus, en présentant le principe *pacta sunt servanda* comme un principe fondamental de la *lex mercatoria*, la soumission du contrat à celle-ci conduirait à faire prévaloir les termes du contrat sur toute autre norme. Et, là encore, on dénonce l'avènement du contrat sans loi. GAILLARD E., « Arbitrage Commercial international... », *op. cit.*, *supra*, éd. *Juris-Classeur Dr. Int.*, 1996, fasc. 586-9-1, n° 32.

¹⁴¹⁰ () VERHOEVEN J., « Arbitrage entre États et entreprises étrangères... », *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 1985, pp. 609-640, spéc. p. 626 ; MAYER P., article précité, *Clunet*, 1986, p. 23, n° 23 ; GOLDMAN B., « Une bataille juridique autour de la *lex mercatoria* ; l'affaire Norsolor », *Rev. Arb.*, 1983, pp. 379 et s.

¹⁴¹¹ () « Un point d'ailleurs reste en suspens : celui de la conformité de la *lex mercatoria* au bien général des peuples intéressés car il n'y a pas coïncidence nécessaire entre ce bien et le bien des communautés marchandes. Ainsi la *lex mercatoria* se définit comme 'un corps de règles et d'usages trouvant leur origine dans des corps sociaux qui se distinguent des États par leur solidarité et par leur caractère anational », in le contrat économique international, stabilité et évolution, Paris, 1975, pp. 3 et s ; LAGARDE P., *op. cit.*, in *Mélanges GOLDMAN*, 1982, pp. 125 s.

¹⁴¹² () sous entendu qu'elle soutient les opérateurs du Nord au détriment de ceux du Sud. W. WENGLER qui y voit un « caprice pseudo-juridique pas toujours candide », in « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1982, pp. 467 et s., spéc. p. 501 ; « cette tentative (la *lex mercatoria*) est frappée du soupçon de dissimuler un droit des forts imposé par les entreprises puissantes aux plus faibles, voire une appréhension de l'espace juridique transnational par des pouvoirs économiques privés », LAGARDE L., *op. cit.*, *supra*, *Mélanges GOLDMAN*, 1982, spéc. pp. 125-126.

aux États suppose des doutes (¹⁴¹³). Il ne suffit pas que des personnes mixtes entrent en relations pour constituer une société produisant un tel droit (¹⁴¹⁴). Invoquée pour gouverner les contrats classiques, ce concept ne peut s'appliquer aux investissements sans la volonté de la partie étatique. La *lex mercatoria*, qui régit les relations commerciales, *n'est pas compatible avec les rapports des États agissant en tant que tels car ils interviennent avec ou sans le secours des prérogatives de puissance publique* (¹⁴¹⁵). Une *lex mercatoria* tendant à dissimuler la spécificité de l'État éprouverait des problèmes délicats dans la pratique (¹⁴¹⁶). La réalité de la jurisprudence arbitrale démontre un bilan décevant de vingt-cinq ans d'application (¹⁴¹⁷). On comprend donc que « *l'expression droit transnational paraît avoir plus de charmes apparents que de portée réelle* » (¹⁴¹⁸). Il paraît difficile de lui prêter un contenu positif dans l'état présent de cloisonnement des ordres juridiques : soit l'on se réfère « *à une lex-contractus qui vit d'elle même et subsidiairement d'usages et de 'Principes généraux'*. *C'est l'hypertrophie du contrat sans loi qui demeure une absurdité logique* ». Soit l'on se réfère « *à des principes généraux du droit, ce qui revient à parler de droit transnational, en oubliant que les principes ne constituent pas en soit un système juridique* » (¹⁴¹⁹). L'espoir que « *le droit transnational désignera demain une catégorie de règles uniformes* » (¹⁴²⁰) demeure loin de la réalisation. La positivité de ces concepts est condamnée car ils ne présentent guère de solution acceptable au problème du droit applicable. Ses partisans ont simplement profité de la liberté des arbitres et de la difficile détermination d'un ordre juridique d'appartenance ou d'emprunt pour parvenir à ces propositions (¹⁴²¹). L'adoption de celles-ci rend excessive l'opposition à tout ordre juridique pouvant fournir, au moins partiellement, des normes adéquates à la

¹⁴¹³ () MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif... », *op. cit.*, *Clunet*, 1986, p. 27, n° 28.

¹⁴¹⁴ () Sinon il faudrait dire qu'il existe une société franco-allemande et un droit franco-allemand dans la mesure où des Français et des Allemands concluent des contrats. Il existe des rapports entre États et personnes privées mais ils ne constituent pas entre eux une société. Cf. *ibid.*, p. 24, n° 23.

¹⁴¹⁵ () FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration... », *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1997, pp. 404 et s., spéc. p. 415.

¹⁴¹⁶ () JACQUET J.M., « Le contrat d'État », *op. cit.*, *Éd. Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, Fasc. N° 565-60, n° 13, p. 4 ; adde, « L'État opérateur du commerce international », *Clunet*, 1989, pp. 621 s., spéc. 627 s ; WEIL P., *Principes généraux du droit...*, *op. cit.*, pp. 406 et s ; MAYER P., *op. cit.*, *supra*, *Clunet*, 1986, spéc. pp. 8 et s.

¹⁴¹⁷ () GAILLARD E., *op. cit.*, *Éd. J.-C., Dr. Int.*, 1996, fasc.586-9-1, p. 14, n° 35.

¹⁴¹⁸ () VERHOEVEN J., *Contrats entre États et ressortissants d'autres États, in le contrat économique international, stabilité et évolution*, Paris, Pédone, 1975, spéc. pp. 142 et 143.

¹⁴¹⁹ () Cf. *ibidem*.

¹⁴²⁰ () Cf. *ibidem*.

¹⁴²¹ () destinées aux arbitres et élaborées par la doctrine et par eux-mêmes, JACQUET M., *op. cit.*, *Éd. Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 14, p. 4 ; MAYER P., *op. cit.*, *Clunet*, 1986, spéc. p. 29, n° 3 1.

réglementation de ces opérations (¹⁴²²). Ces objections ont encouragé d'autres *concurrents* à considérer ce troisième espace comme une timide référence à l'internationalisation (¹⁴²³).

Sous-section II Question de l'internationalisation

337. L'*internationalisation* proprement dite des *M.P.I.* est l'autre face de la délocalisation. Elle vise à neutraliser le pouvoir exorbitant de l'État et à le responsabiliser internationalement (¹⁴²⁴). Sous cet angle, elle partage le même but que la transnationalisation. Ses partisans invoquent la protection des étrangers contre les avatars des lois internes. Elle se distingue par la revendication du recours direct au droit des gens (¹⁴²⁵). Ces accords *sont conclus dans l'ordre international*, constitutifs de nouveaux actes juridiques internationaux et régis, à ce titre, par le droit international. Leur asymétrie attribue un *intérêt certain* à cette incorporation. Le Droit des gens est mieux placé pour juger les comportements de l'État lorsqu'il fait appel aux aléas politiques ou de puissance publique (¹⁴²⁶). Il ne lui permet pas de modifier ses engagements contractuels comme il l'entend (¹⁴²⁷). Cette qualification ne suscite pas de difficulté en présence d'une *clause* faisant référence au Droit international. A défaut d'une telle *stipulation*, elle devient discutable et doit avoir des soutiens pour se substituer aux critiques doctrinales. L'internationalisation de *M. Weil* lui paraît la théorie la plus acceptable pour les États en développement (¹⁴²⁸). Estimant que le Tiers-Ordre est un *échec*, l'auteur insiste sur le rapport classique entre droit national et droit international : le premier étant supposé exclu, il faut alors rattacher au second ces relations contractuelles (¹⁴²⁹). Négation de la *transnationalisation*, la présente théorie

¹⁴²² () JACQUET J.M., La loi de l'État contractant, *op. cit.*, pp. 283 s ; son article précité, éd. *Juris-Classeur Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, p. 4, n° 14.

¹⁴²³ () « Le droit transnational propose d'appliquer le droit international par « analogie ». Ce faisant, il invite les arbitres à raisonner comme s'ils étaient dans l'ordre international mais en jetant « un voile pudique sur ce fait en parlant d'un droit transnational ». LEBEN Ch., Retour sur la notion de contrat d'État..., *op. cit.*, In *Mélanges HUBERT Th.*, Pédone, Paris, 1998, pp. 248 et s.

¹⁴²⁴ () Un accord 'internationalisé' handicaperait le recours excessif aux pouvoirs souverains. L'internationalisation ferait appel au principe *pacta sunt servanda*, ce qui empêcherait toutes modifications des engagements contractuels sans accord commun. COLIN J.-P., *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, L.G.D.J., Paris, 1980, pp. 303-304.

¹⁴²⁵ () WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1969, pp. 95 et s.

¹⁴²⁶ () JACQUET M., *op. cit.*, *Juris classeur Dr. Int.*, 1998, Fasc. N° 565-60, n° 20, p. 6.

¹⁴²⁷ () « On ne voit pas comment un État, agissant seul, pourrait modifier à sa guise le droit international » Cf. *ibid.*, p. 6, n° 20.

¹⁴²⁸ () WEIL P., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.* V. III, 1969, p. 187.

¹⁴²⁹ () Cf. *ibid.*, pp. 196, 197, 198, 184.

n'a pas tardé à être remise en question. Elle demeure inacceptable, malgré son application par certaines juridictions.

I / Internationalisation : raison d'être et arguments

338. Subjective (¹⁴³⁰) ou objective (¹⁴³¹), l'internationalisation vise à attribuer aux M.P.I. la qualité d'accords de droit international (¹⁴³²), au nom de diverses assertions : ses défenseurs revendiquent la nécessaire reconnaissance aux multinationales d'une 'personnalité internationale limitée' (¹⁴³³). Ils se réfèrent notamment à l'article 42 de la Convention de *Washington* (1965) selon lequel le CIRDI applique « le droit de l'État contractant, ainsi que les principes du droit international en la matière... » (¹⁴³⁴). Non moins remarquable, ajoutent-ils, le traité *franco-britannique* (1986) relatif au tunnel sous la Manche : en cas de différends concernant la concession, le tribunal arbitral

¹⁴³⁰ () L'internationalisation subjective tente d'expliquer le phénomène par les mécanismes conflictuels de droit international privé. Frederick MANN, « The Proper law Concluded by International Persons », in *Studies of International law, oxford* 1973, pp 211 et s ; V. également, « s'il est clair que le contrat peut être conclu, par un particulier avec l'État au sens du droit international, la soumission de ce contrat au droit des gens sort renforcée, car c'est seulement aux yeux de ce droit que l'État peut être appréhendé en tant que sujet du droit international. Seul l'ordre juridique international connaît pleinement cet être spécial qu'est l'État souverain et seul il est susceptible de produire un régime juridique qui puisse régir les contrats conclus par cet être avec des personnes privées. Si donc on admet qu'un contrat est conclu avec cet être-là (l'État souverain), l'opération ne peut se situer qu'au sein de l'ordre juridique du droit international public », Ch. LEBEN « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », *op. cit.*, In *Mélanges Ph. KAHN, Éd. Litic-Credimi*, Dijon, 2000, spéc. p. 127.

¹⁴³¹ () L'internationalisation objective évolue essentiellement dans l'orbite d'un raisonnement publiciste reconnaissant son propre jargon. Elle se traduit par la présence de certains éléments dans chaque accord évoquant cette qualification. L'un de ces éléments est la conclusion de l'accord ou l'autorisation de sa passation par les représentants de l'État dans le domaine du droit international. Le second exige que le contrat n'ait pas une nature purement privée ou commerciale et qu'il contienne de la part de la partie étatique des obligations en rapport avec des actes de puissance publique telles que les engagements de protection ou le pouvoir de modification ou de résiliation. Il faut également que la forme de la conclusion du contrat, du côté de la partie étatique, soit identique ou similaire à celle de la conclusion de traités de droit international. Il est nécessaire que les différends relatifs au contrat n'aient pas à être tranchés par des tribunaux nationaux mais par des tribunaux arbitraux internationaux. Il faut avoir une indication précisant que la loi nationale de la partie étatique n'est pas le droit applicable à l'exécution par les parties ou au règlement des différends. BÖCKSTIEGEL, Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des États ou des entreprises contrôlées par l'État, in *Arbitrage international 60 ans après regard sur l'avenir, publication CCI*, 1984. spéc. pp. 178-180.

¹⁴³² () « C'est à un droit international des contrats, dont certains éléments peuvent être empruntés au droit des traités internationaux, d'autres au droit des contrats internes (privés ou administratifs), qu'il convient de se référer. Je dis bien : un droit international des contrats, c'est-à-dire, à des règles de droit international gouvernant les contrats » WEIL P., Cours général de Droit international public, *R.C.A.D.I.* 1992, v. VI, tome 237, pp 9-370, spéc. p. 98 ; en ce sens, BERLIN D., « Contrats d'État », *Répertoire international, Dalloz*, 1998, n° 5.

¹⁴³³ () WEIL P., *op. cit.*, *supra*, *R.C.A.D.I.*, 1969, V. III, T. 128, pp. 95-240, spéc. 126-147 ; Ch. LEBEN affirme qu'il se dégage de la pratique contractuelle et de la jurisprudence arbitrale, la jouissance par les personnes privées dans ce domaine des contrats d'État d'une personnalité internationale limitée, mais réelle, in *Quelques réflexions théoriques...*, *op. cit.*, éditions LITIC-CREDIMI, Dijon, 2000, pp. 119-175, spéc. 120, 128 et s.

¹⁴³⁴ () JACQUET M , « Le contrat d'État », *op. cit.*, *J.-C., Dr. Int.*, 1998, fasc. 565-60, n° 45, p 10.

pourrait appliquer, entre autres, les dispositions pertinentes du traité et les *principes du droit international* (1435). Ces auteurs considèrent que l'insertion de clauses d'arbitrage (1436) ou de stabilisation soustraient les *M.P.I.* aux lois internes au profit de l'ordre international. Cette interprétation a été soutenue par la Commission du droit international. La majorité de ses membres est d'avis que le Droit des gens pourrait régir un accord d'investissement lorsqu'un État ou un organe international est impliqué (1437). Selon la résolution de l'Institut de Droit International, la soustraction du contrat à la loi de l'État peut découler du recours à l'arbitrage ou de l'insertion de clauses de protection. Rendue dans la *Session d'Oslo* (1977), une autre résolution a confirmé que « *les contrats entre un État et une personne privée étrangère sont soumis aux règles de droit auxquelles les parties ont l'intention de les soumettre. Les parties peuvent, de manière expresse ou implicite, soumettre leur contrat soit à un ou plusieurs droits internes ou aux principes communs à ceux-ci, soit au droit international, y compris les principes généraux du droit, soit à une combinaison de ces sources du droit* » (1438).

339. En effet, il semble que le déracinement des *M.P.I.* de l'ordre juridique de l'État hôte s'adapte mieux à ce type de relations : leur internationalisation « *est aujourd'hui une donnée inéluctable de la vie internationale* » (1439). Les *M.P.I.* manifestent la réalité politique et économique de cette qualification. Ils trouvent leur centre de gravité dans les rapports interétatiques : « *combien de chefs d'État, de ministres ne se font-ils pas accompagner dans leurs déplacements, à l'étranger par une pléiade d'hommes d'affaires qui attendent du voyage la conclusion de profitables contrats? Et combien de*

¹⁴³⁵ () WEIL P., *op. cit., supra*, R.C.A.D.I. 1992, v. VI, tome 237, spéc. p. 97.

¹⁴³⁶ () LEBEN Ch., *op. cit., In Mélanges Ph. KAHN*, éd. Litic-Credimi, Dijon, 2000, spéc. p. 129 ; « *L'indice plus fréquemment retenu de la volonté des parties d'internationaliser le contrat réside dans l'insertion d'une clause compromissoire...* », WEIL P., *op. cit., R.C.A.D.I.*, 1969, v. III, t. 128, spéc. p. 176 ; selon LALIVE P., « *une clause d'arbitrage constitue un indice important (...), d'une internationalisation du régime du contrat* », article précité, *in rapport UNI-DROIT*, Rome, 1976, V. II, spéc. p. 341, n° 45 ; l'existence d'une clause arbitrale est une condition essentielle pour l'internationalisation car « *toute attribution de compétence aux juridictions étatiques a non seulement pour effet, mais pour but d'empêcher* » cette qualification, JACQUET J.M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983, p. 160 ; v. aussi ; « *le comportement ultérieur des parties, c'est-à-dire leur décision de soumettre globalement leurs litiges résultant des Contrats à l'arbitrage international sous l'égide des règles CCI, est une preuve claire et la confirmation que les parties ont préféré la délocalisation du système de résolution des litiges eu égard à tous les Contrats en conformité avec leurs fortes préoccupations quant à la neutralité du cadre légal matériel et procédural dans leurs relations à long terme concrétisées par les Contrats* ». Sentence CCI, affaire n° 7710 en 1995, Clunet, 2001, spéc. p. 1155, obs. Y.D.

¹⁴³⁷ () V. le rapport de M. WORTLEY B.A. lors de la Session de l'I.D.I. de Nice 1967, *Annuaire de I.D.I.* Session de Nice, 1967. Tome 52, vol. 1, p. 409.

¹⁴³⁸ () *Annuaire de l'Institut du Droit International*, Vol. 57, t. II, 1977, p. 201.

¹⁴³⁹ () Voyez l'*Avant-Propos* de WEIL P., *in Les contrats d'État à la preuve du droit international*, Lila LANKARANI EL-ZEIN, éditions Bruylant, Bruxelles, 2001, p. XVIII.

'grands contrats' ne sont-ils pas fonction des relations politiques du moment entre l'État hôte et l'État national du contractant ? »⁽¹⁴⁴⁰⁾. Cette doctrine qui sollicitait l'opinion de certains juges⁽¹⁴⁴¹⁾ ou arbitres⁽¹⁴⁴²⁾ pour affirmer la positivité de cette théorie, a trouvé dans l'affaire *Texaco-Calasiatic* sa première application. L'arbitre a admis l'attachement aux systèmes internes de toute situation qui en épuise ses sources. Il a affirmé qu'il en sera différemment pour les contrats internationalisés qui se placent directement sous l'empire du Droit des gens : « la décision d'un État de procéder à des mesures de nationalisation constitue l'exercice d'une compétence de droit interne, mais elle comporte des conséquences internationales dès lors que ces mesures atteignent un rapport juridique de droit international »⁽¹⁴⁴³⁾. Durement critiquée⁽¹⁴⁴⁴⁾, la fameuse sentence qui était la seule à mettre en œuvre cette nouvelle théorie, est restée longuement isolée. Toutefois, la capacité d'expansion du droit international⁽¹⁴⁴⁵⁾ et les mutations contemporaines ont fait de lui un véritable droit transnational⁽¹⁴⁴⁶⁾ : rien ne devrait alors en empêcher l'évolution dans son contenu et ses fonctions⁽¹⁴⁴⁷⁾. Ce droit occupe une position privilégiée, lui permettant de s'infiltrer dans les pratiques contractuelles ou conflictuelles. Il a néanmoins fallu attendre quinze ans pour qu'une autre sentence réveille ces motivations, en les associant à celles de la transnationalisation : « conclu entre un État souverain et une entreprise étrangère, le contrat litigieux est un contrat d'État. De tels contrats sont délocalisés et internationalisés, la seule présence d'une clause d'arbitrage international y contribuant d'une manière significative, comme du reste dans des contrats internationaux entre personnes privées »⁽¹⁴⁴⁸⁾. En l'absence d'un choix non-ambiguë de droit applicable, cette

¹⁴⁴⁰ () Cf. *ibidem*

¹⁴⁴¹ () Dans l'affaire de l'Anglo-Iranian, le juge *Levi Carneiro* a soutenu que l'accord liant le cartel anglais et l'Iran « pourrait être considéré comme une convention de portée internationale, sinon internationale en elle-même », *Anglo-Iranian Oil Company*, Cour Internationale de Justice, *Mémoires et Plaidoiries*, 1953, pp. 94-98, spéc. 153.

¹⁴⁴² () Ainsi des sentences comme celle de *Saphir ou de l'Aramco* ont fait application des principes fondamentaux de la bonne foi et des principes généraux du droit. WEIL P., « Un nouveau champs d'influence ... », *op. cit.*, *Recueil et Documents du Conseil d'Etat*, 1970, p. 19.

¹⁴⁴³ () Sentence *Texaco-Calasiatic c./ le gouvernement libyen*, *Clunet*, 1977, pp. 349 et s, spéc. 367-68.

¹⁴⁴⁴ () IBRAHIM Ahmed I., *Al-tahkim aldouali al-kass*, (L'arbitrage international privé), 3^{ème} éditions, Dar El-Nahda, Le Caire, 2000 ; LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre Etats et...*, *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 218, n° 393 ; STERN Brigitte, « Trois arbitrages, Un même problème, Trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1980, p. 3.

¹⁴⁴⁵ () REUTER Paul, L'extension du droit international... , *op. cit.*, pp. 251 s.

¹⁴⁴⁶ () CARREAU Dominique, *Droit international*, Pédone, Paris, 1986, pp. 32 s., ns° 67 s.

¹⁴⁴⁷ () JACQUET J.-M., *op. cit.*, éd. *J.-C. Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 27-28, p.7 .

¹⁴⁴⁸ () Sentence CCI, affaire n° 5030 de 1992, *Clunet*, 1993, pp. 1005, obs. Y D.

internationalisation « peut avoir pour effet de les faire échapper à l'application de toute loi étatique ». Les arbitres qui ont dès lors écarté la référence à la loi de l'État, ont conclu à l'application des « principes généraux du droit international des contrats internationaux »⁽¹⁴⁴⁹⁾.

II / internationalisation impossible

340. Solution si simple, si révolutionnaire, l'internationalisation fait l'objet de critiques ciblées dans deux directions : refus de cette solution et lacune matricielle du Droit des gens. Traversant l'esprit de ses défenseurs, ces critiques ont fait l'objet de répliques ou de tentatives d'échappatoire qui peuvent théoriquement emporter la conviction. L'internationalisation reste ainsi loin de faire l'unanimité et la plupart des juristes ont affirmé qu'elle est vouée à l'échec et qu'il voudrait mieux formuler d'autres arguments si ses partisans persistent à son application⁽¹⁴⁵⁰⁾. Il n'est guère étonnant que certains de ses défenseurs parlent de l'impossibilité de sa réalisation⁽¹⁴⁵¹⁾ alors que d'autres insistent sur le possible dépassement de ses objections⁽¹⁴⁵²⁾.

A) Rejet de l'internationalisation par le Droit des gens

341. L'internationalité des *M.P.I.* peut ne pas être contestée si elle relève du droit international privé et non pas d'un droit se désintéressant de leurs différends⁽¹⁴⁵³⁾. Cette affirmation n'a rien d'excessif et elle est une simple constatation de l'état académique du Droit des gens. Les *M.P.I.* ne s'assimilent pas aux traités (a), la Cour International de Justice s'est fermement désintéressée des problèmes liés à ces marchés et le droit international méconnaît la particularité des investisseurs étrangers (b).

¹⁴⁴⁹ () *Ibid.*, p. 1004.

¹⁴⁵⁰ () CHARQI M., *Essai sur le droit des sociétés...*, op. cit., Rabat, 1994, pp. 60 et s.

¹⁴⁵¹ () Même si les marchés formant son objet demeure dans une « lente genèse d'un régime international », BERLIN D., op. cit., in *Répertoire*, Dalloz D.I, 1998, n° 6-53

¹⁴⁵² () JACQUET J.M., op. cit., J.-C., *Dr.Int.*, 1998, ns° 25-28 ; AUDIT M., *Les contrats transnationaux...*, op. cit., Paris 1, 1999.

¹⁴⁵³ () NJEM Jean-Claude, *Le régime juridique et la nationalisation de concessions pétrolières et autres concessions d'immeubles : une étude de Droit international privé au regard des Pays en voie de développement*, Tome 4, Institut Suédois de Droit international, Université d'Uppsala, Almqvist & Wiksell International, Stockholm, 1980, spéc. pp. 189-190.

a) Non-assimilation aux traités et méconnaissance d'une personnalité internationale limitée

342. Les *M.P.I.* s'identifient-ils ou s'assimilent-ils aux traités ? La convention de Vienne du 22 mai 1969 sur le droit des traités répond négativement. Elle renvoie au droit constitutionnel de chaque État le soin d'autoriser ses entités à s'engager internationalement (¹⁴⁵⁴). La constitution française, à titre d'exemple, ne contient pas de textes octroyant de telles facultés à l'administration. La circulaire interministérielle du 26 mai 1994 a éclairé cette position silencieuse, en précisant que la qualité de sujet du droit international n'appartient qu'aux États et aux organismes internationaux et à eux seuls : l'octroi aux collectivités territoriales du pouvoir de contractualiser avec des étrangers ne signifie pas qu'elles deviennent sujets du Droit des gens (¹⁴⁵⁵). Dans son avis du 25 octobre 1994, le Conseil d'État français a confirmé que les accords conclus entre des collectivités locales françaises et étrangères ne constituent pas des engagements internationaux au sens du titre VI de la Constitution (¹⁴⁵⁶). Les États sont les seuls à pouvoir accéder au droit international public et à se lier par des traités (¹⁴⁵⁷).

343. Cette position est défendue en doctrine (¹⁴⁵⁸) : il est abusif d'appliquer en la matière la règle du droit des traités qui interdit à un État d'exciper de son droit interne pour échapper à ses obligations. A supposer que ces accords soient régis par le droit international, cela n'implique aucunement leur soumission aux règles applicables aux traités. Il est 'déraisonnable' de considérer que ce droit leur étend le bénéfice de telles règles ou qu'il ne distingue pas entre les États et les particuliers (¹⁴⁵⁹). Les *M.P.I.* ne sont pas de traités, ils ne s'y identifient pas et ne s'y assimilent non plus (¹⁴⁶⁰) et il

¹⁴⁵⁴ () La constitution d'un état unitaire ou fédéral peut habiliter ses démembrements à conclure des traités en son nom et l'engager au même titre que si le traité avait été passé par le Chef de l'État ou toute autre organe habilité à cet effet; mais en aucun cas cette compétence n'a pour effet de transformer l'entité de l'état en sujet du droit des gens

¹⁴⁵⁵ () FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé ; La coopération transfrontalière entre les collectivités publiques infra-étatiques », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1997, p. 404 et s, spéc. 412 (note de bas de page n° 26).

¹⁴⁵⁶ () Avis du Conseil d'État, 25 octobre 1994, *Rapport* 1994/1995, annexe III, annexe VI ; FILALI O., *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, pp. 404 et s., spéc., p. 412

¹⁴⁵⁷ () Sentence du 10 juin 1955, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1956, pp. 278 et s., note BATIFFOL H.

¹⁴⁵⁸ () WENGLER W., « Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international ? », *R.G.D.I.P.*, 1971, pp. 315 et s ; LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, Economica, Paris, 1985, p. 218, n° 393 ; FILALI O., *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, p. 412 ; M. BOGOUSLAVSKY, L'État en tant que partie aux contrats..., *op. cit.*, *Rapport 'Unidroit'*, Rome, 1976, t. II, p. 310.

¹⁴⁵⁹ () VERHOEVEN Joe, « Arbitrage entre États et entreprises étrangères... », *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 1985, pp. 609-640, spéc. 615-624.

¹⁴⁶⁰ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre Etats et...*, *op. cit.*, Economica, Paris, 1985, p. 218, n° 393 ; Ibrahim Ahmed I, *Al-tahkim aldouali al-kass*, (*l'arbitrage international privé*), *op. cit.*, Le Caire, DAR EL-Nahda, 2000.

faudrait « *désespérer à jamais du Droit des gens s'il devait ainsi s'aveugler* »⁽¹⁴⁶¹⁾. Sur ce point, les *internationalistes* ont précisé qu'ils n'ont aucunement entendu l'assimilation des contrats d'État aux traités. Lors de la Session d'Oslo (1977), les membres de l'Institut de droit international ont affirmé qu'« *un contrat avec un particulier n'est pas un traité, même s'il contient une référence au Droit des gens...* »⁽¹⁴⁶²⁾. S'interrogeant sur cette question, *M. Weil* a répondu qu'« *un contrat d'État n'est pas un traité international et les règles du droit des traités, dominées par le principe de stabilité, sont pour une large part inappropriées dans le cas d'un contrat d'investissement, qui relève d'une approche plus évolutive et est dominé par l'idée de sauvegarde de l'équilibre contractuel* »⁽¹⁴⁶³⁾. De même, *M. Berlin* a indiqué que « *les contrats d'État s'inscrivent à mi-chemin entre un contrat entre personnes privées et un traité entre États* »⁽¹⁴⁶⁴⁾. Mais que peuvent-ils face à la méconnaissance aux investisseurs étrangers de la personnalité internationale limitée ? En effet, le Droit des gens n'a pour vocation les rapports des composantes de la société internationale, c'est-à-dire les États et les organisations qu'ils créent⁽¹⁴⁶⁵⁾. Les particuliers ne sont pas directement sujets de droit international et ne peuvent invoquer ni subir la règle *pacta sunt servanda* en tant que norme internationale⁽¹⁴⁶⁶⁾. En entrant dans des rapports contractuels avec des États, ils ne deviennent pas de ce simple fait de sujets du droit international⁽¹⁴⁶⁷⁾. La soumission de leurs accords à ce droit n'est alors qu'« *une pétition de principe* »⁽¹⁴⁶⁸⁾ : ce droit s'en désintéresse et la Cour de Justice Internationale n'est pas compétente pour régler leurs différends⁽¹⁴⁶⁹⁾. Dans l'affaire de

¹⁴⁶¹ () VERHOEVEN J., *op. cit., supra, Rev. Arb.*, 1985, spéc. pp. 624.

¹⁴⁶² () HECKE (Van), observations préliminaires, Annuaire de l'I.D.I., Session d'Oslo, 1977, vol. 57, tome II, note 22-24, p. 247 ; COLIN J.P., *Le principe de la souveraineté des États...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 309.

¹⁴⁶³ () WEIL P., Cours général de droit international public, *R.C.A.D.I.*, 1992, T. 237, pp. 9-370, spéc. p. 98.

¹⁴⁶⁴ () BERLIN D., *op. cit., Rép. Dalloz, Dr. Int.*, 1998, n° 8.

¹⁴⁶⁵ () MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État... », *op. cit., Clunet*, 1986, p. 21, n° 20.

¹⁴⁶⁶ () VEDEL G., « Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé », *Rev. arb.*, 1962, p. 116 ; adde, W. WENGLER, *op. cit., R.G.D.I.P.*, 1971, pp. 313 et s ; RIGAUX F., *Droit public et privé...*, *op. cit.*, Pédone, Paris, 1977, spéc. p. 371.

¹⁴⁶⁷ () BOGUSLAVSKY M., *op. cit., in rapport Unidroit-Rome*, 1967, V. II, p. 310

¹⁴⁶⁸ () LOGIE J., « Les contrats pétroliers iraniens », *Rev. Belge Dr. Int.*, 1965, n° 2, p. 425.

¹⁴⁶⁹ () Ainsi, dans l'affaire des emprunts norvégiens ladite Cour se prononça clairement sur son incompétence sans se donner l'occasion de remettre en question la solution établie par la CPJI en 1929 V. Recueil de la Cour Internationale de Justice, 1957, pp. 30-32 ; RIGAUX F., *Droit public et privé ...*, *op. cit.*, Pédone, Paris, 1977, p. 374.

l'Anglo-iranien, la *C.I.J.* s'est opposée à l'assimilation du gouvernement anglais entre traités et concessions, en précisant qu'« elle ne saurait admettre cette opinion »⁽¹⁴⁷⁰⁾.

344. A cette objection, les internationalistes ont répondu qu'elle « est juste, mais sa conclusion ne l'est pas »⁽¹⁴⁷¹⁾. On sait, expliquent-ils, qu'en s'appuyant sur une argumentation académiquement probante, tout ordre juridique connaît des sujets primaires, et des sujets 'secondaires' ou 'dérivés' : le droit interne tient, pour sujets primaires, les individus et le droit international, les États : « cela n'empêche aucunement que des sujets 'secondaires', 'dérivés', puissent être accueillis dans un ordre construit en premier lieu autour de sujets primaires. C'est le cas, en droit interne, des personnes morales par rapport aux personnes physiques. Il y a donc là aussi, et comme en droit international, une hétérogénéité des sujets de droit ». Ceci étant, « les personnes privées peuvent être considérées comme des sujets à capacité limitée du droit international, à partir du moment où elles peuvent entrer en litige directement avec un sujet primaire (un État), ou avec un sujet dérivé (une organisation interétatique) et traduire l'un ou l'autre devant une juridiction internationale ou être traduites par lui »⁽¹⁴⁷²⁾. Cet argument traduit les évolutions de la pratique. La consécration du droit international classique aux seules relations inter-étatiques ne s'est pas produite « par essence, mais en raison de données historiques »⁽¹⁴⁷³⁾. Rien ne devrait proscrire qu'il s'étende à d'autres sujets du moment où il a su intégrer diverses organisations politico-économiques : « l'on ne voit pas en vertu de quel à priori des rapports contractuels 'transnationaux' ne pourraient pas tomber à leur tour dans son orbite ». Les contrats d'État « sont un élément essentiel des investissements internationaux. Leur centre de gravité se situe dans la sphère internationale. Les intégrer dans l'ordre juridique international ne consiste qu'à traduire en termes de droit cette 'irradiation

¹⁴⁷⁰ () Dans cette affaire, le représentant du gouvernement britannique revendiquait que la concession pétrolière se doublait d'un accord entre l'Iran et le Royaume-Uni. La Cour déclarait qu'elle ne saurait admettre cette opinion ; « ce contrat n'est rien, de plus qu'un contrat de concession entre un gouvernement et une société privée étrangère. Le gouvernement du Royaume-Uni n'est pas partie au contrat : aucun lien contractuel n'existe entre le gouvernement de l'Iran et le Royaume-Uni. En vertu du contrat, le gouvernement de l'Iran ne saurait revendiquer contre le gouvernement du Royaume-Uni aucun des droits qu'il peut revendiquer contre la compagnie, pas plus qu'il ne peut être invité à s'acquitter à l'égard du gouvernement du Royaume-Uni des obligations dont il est tenu envers la compagnie ». *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company*, *Recueil de la Cour Internationale de Justice*, 1952, p. 112.

¹⁴⁷¹ () Pour M. WEIL., la critique est 'sérieuse' mais elle n'est pas 'dirimante', Cours précité, *R.C.A.D.I.*, 1992, vol. VI, tome 237, spéc. p. 97 ; LEBEN Ch., Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État, *op. cit.*, éditions LITIC-CREDIMI, Dijon, 2000, pp. 119-175, spéc. p. 130.

¹⁴⁷² () Cf. LEBEN Ch., *ibid.*, p. 131.

¹⁴⁷³ () WEIL P., « Un nouveau champs d'influence... », *op. cit.*, *Recueil et Documents du Conseil d'État*, 1970, p. 18.

internationale' de fait. Pareille solution présenterait au surplus l'avantage d'être acceptable à la fois par les investisseurs privés du monde occidental et par les pays du tiers monde : aux yeux des premiers, elle assure mieux que toute autre cette « dénationalisation » des contrats qui leur paraît offrir les meilleures garanties de stabilité ; aux seconds elle offre la possibilité d'intégrer dans la trame contractuelle un concept aussi précieux pour eux que celui de respect de la souveraineté étatique »⁽¹⁴⁷⁴⁾. La C.I.J. « n'a pas hésité à analyser comme internationale la relation entre une organisation internationale et ses agents, bien que nul n'ait jamais envisagé de voir dans le fonctionnaire international un sujet de droit international »⁽¹⁴⁷⁵⁾.

345. A dire vrai, cette assertion est convaincante en ce qu'il n'y a pas d'incohérence à la jouissance par l'individu de la qualité du sujet du droit international public. Cette idée est encore contestée et loin de garantir l'internationalisation proprement dite des marchés publics : au cours de leur adhésion à la convention du *CIRDI*, les États ont précisé que l'acceptation de l'arbitrage ne signifie pas l'admission d'attribuer aucune personnalité internationale à leurs cocontractants. Lors de la rédaction du Code de conduite sur les sociétés transnationales, le groupe de travail intergouvernemental a réaffirmé cette position de principe : les membres du groupe ont assuré qu'il ne saurait y avoir de véritable '*réciprocité*' entre un État et de telles sociétés qui doivent agir conformément aux législations internes⁽¹⁴⁷⁶⁾. Bien mieux, l'un des partisans de la théorie en question a affirmé que « *la personnalité des cocontractants n'est pas de nature à apporter des conclusions définitives quant à l'internationalisation* »⁽¹⁴⁷⁷⁾.

b) Arguments vidés de leurs substitutions

346. Les *transnationalistes* ont pris leur revanche en s'attaquant aux arguments de l'internationalisation. Ainsi expliquent-ils qu' « *on ne trouve aucun exemple de clause expresse insérée dans les contrats à cette fin* »⁽¹⁴⁷⁸⁾. Le choix du Droit des gens « *ne constitue pas un facteur à l'internationalité du contrat* »⁽¹⁴⁷⁹⁾. Tout contrat impliquant des parties dont l'une n'est pas un sujet de Droit des gens ne peut relever de celui-ci par

¹⁴⁷⁴ () *Ibidem*.

¹⁴⁷⁵ () WEIL P., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1992, vol. VI, tome 237, spéc. p. 97.

¹⁴⁷⁶ () E/C. 10/17-77-11 A 5, cité par COLIN J.P., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 317.

¹⁴⁷⁷ () BERLIN D., *op. cit.*, *Répertoire Dalloz, Dr. Int.*, 1998, n° 12.

¹⁴⁷⁸ () RIGAUX F., Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1989, V. I., Tome, 213, pp. 9-408, spéc. p. 232, n° 167.

¹⁴⁷⁹ () LALIVE J.F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.* 1983, V. III, t. 181, spéc. p. 127.

la simple affirmation que le droit international s'applique au contrat ⁽¹⁴⁸⁰⁾. Les clauses combinant le droit national et les principes de droit international n'ont pas de portée suffisante quant à l'internationalisation ⁽¹⁴⁸¹⁾ : « *nous ne pensons pas que l'on puisse soumettre ledit contrat au droit international par effet du renvoi dans le texte du contrat aux principes du droit. L'une des parties, même si c'est un État, ne peut modifier la nature du droit international en vigueur* » ⁽¹⁴⁸²⁾. De surcroît, cet indice perd de sa valeur lorsqu'on constate que les particuliers peuvent eux-aussi choisir « *le Droit international* » pour s'appliquer à leurs contrats ⁽¹⁴⁸³⁾. De même, il est discutable de déduire l'internationalisation de la clause compromissoire. En effet, le régime normatif et la qualification diffèrent du mode de règlement des différends. S'il est possible qu'aucun juge étatique n'ait accepté l'internationalisation, il n'est guère explicable, même pas défendable, que le juge ne soit pas en mesure d'opter pour le Droit des gens ou que l'arbitre doit exclure le rattachement au droit interne. La valeur de cet indice étant épuisée, on peut en déduire que l'internationalisation est un fait, ne fleurissant qu'en milieu arbitral grâce à la liberté des arbitres du commerce international ⁽¹⁴⁸⁴⁾. Par ailleurs, l'indice tiré des clauses de stabilisation est à son tour superflu : ces stipulations n'ont pas d'effets sur la localisation de l'ordre d'enracinement des accords d'investissements ⁽¹⁴⁸⁵⁾. Tout au plus, si l'internationalisation tient à des critères objectifs, pourquoi n'internationalise-t-on pas « *maints autres contrats 'privés' qui participent a priori des accords que l'on dirait de développement économique* »? La réponse est aussi simple : le fait que seuls les marchés publics internationaux soient aussi visés s'explique par « *la seule présence de l'État* », vraie raison poussant à solliciter

¹⁴⁸⁰ () L'État contractant peut certainement choisir le droit des gens, « *sans pour autant convertir le contrat en un traité international ni conférer par là, à la société étrangère, une qualité de sujet de droit international* ». LALIVE P., L'État, en tant que partie à des contrats de concession..., *op. cit.*, *New Directions In International Law, Unidroit, Rome, 1976, V. II, pp. 317 et s., spéc. n° 27* ; W. WENGLER, « Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités... », *op. cit.*, *R.G.D.I.*, 1972, n° 36, p. 6 ; COLIN J.P., *Le principe de souveraineté...*, *op. cit.*, *supra*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 317.

¹⁴⁸¹ () WENGLER W., *idem.*, *Clunet*, 1972, p. 7, n° 12.

¹⁴⁸² () Dans ce cas, les limites des effets du principe d'autonomie de la volonté seront définies non par le droit interne, mais par la nature même du droit international. BOGOUSLAVSKY M., L'État, en tant que partie à des contrats des concessions ou d'investissement conclu avec des sociétés privées étrangères, in *Niw directions international Tarde Law, Unidroit, Colloque Rome 1976, Océana publications, 1977, p. 314 et s* ; ELKOUSHETRI A.S., *op. cit.*, p. 326, n 16 ; W. WENGLER, *op. cit.*, *supra*, *R.G.D.I.P.*, 1972, n 2 ; COLIN J.P., *Le principe de souveraineté...*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 311.

¹⁴⁸³ () LALIVE J.F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1983, V. III, t.181, spéc. p. 128.

¹⁴⁸⁴ () VERHOEVEN J., *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 1985, pp. 609-640, spéc. p. 617, n° 7

¹⁴⁸⁵ () LANKARANI EL-ZEIN Lila, *Les contrats d'État à la preuve du droit international*, Bruylant, 2001.

cette qualification au motif que le Droit des gens protégerait adéquatement les investisseurs étrangers 'contre' le recours par l'État à son pouvoir exorbitant (¹⁴⁸⁶).

347. Toujours dans cette logique critique, l'assertion tirée de la Convention du CIRDI est sujette à caution. Bien que l'arbitrage du Centre soit international, l'article 42 de cette convention n'invite le Droit des gens qu'à titre subsidiaire : « *le droit applicable au contrat est en principe le droit interne de l'État partie au différend, complété puis corrigé, le cas échéant, par le droit international* » (¹⁴⁸⁷). A leur tour, les travaux de la Commission et de l'*Institut de Droit International* perdent de leur crédibilité en raison de la partialité en faveur des multinationales. La participation à ces travaux ait été réservée aux partisans de la délocalisation (¹⁴⁸⁸). C'est pourquoi la réplique du Tiers-Monde ne se fit pas attendre : refus d'une *internationalisation* restrictive de la souveraineté des États sur leurs ressources, dissimulatrice d'un *impérialisme* et une *nouvelle colonisation* (¹⁴⁸⁹). Les juristes de ces pays ont alors déploré cette partialité : « *il n'y a pas que les investisseurs à protéger. L'institut doit aussi prendre en considération les intérêts des États et faire la balance entre ceux-ci et ceux-là...* » (¹⁴⁹⁰). Pour ces raisons, lesdites résolutions étaient une source de confusion. Ces œuvres heurtent de plein fouet des normes universelles comme la décision de la 11^{ème} Session de la Commission de droit international selon laquelle « *un accord dont l'une des parties est un État et l'autre partie une personne privée, n'est jamais un contrat ou un accord international* » (¹⁴⁹¹). Elles vont à l'encontre de la résolution 1803 et affectent la

¹⁴⁸⁶ () « *il n'est pas besoin du droit des gens pour protéger équitablement chacun des contractants* », Joe VERHOEVEN, « Arbitrage entre États et ... », *op. cit.*, *Rev. Arb.* 1985, spéc. pp. 615-618.

¹⁴⁸⁷ () F. RIGAUX, Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : Cours général de Droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1989, V. I., T. 213, pp. 9-408, spéc. p. 231, n° 166.

¹⁴⁸⁸ () COLIN J.-P., *Le principe de souveraineté des États...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 303.

¹⁴⁸⁹ () « ... Il a été décidé que ce projet se réfère aux contrats de concession entre un État et un investisseur étranger, et il est plein de signification que le projet ne les qualifie pas comme des contrats de concession mais comme des accords. On ne dit pas non plus dans le projet que ces contrats ou concessions sont fondamentalement soumis à la loi nationale... On abolit le pouvoir éminent de l'État sur ces contrats, et la possibilité de les rendre conformes à l'intérêt public, en tenant compte de l'évolution des données économiques et sociales... La disposition 3/1 prévoit la révision ou modification par voie d'accord, c'est-à-dire qu'on donne au concessionnaire un pouvoir de veto sur tout changement. Pour l'interprétation et l'exécution de ces accords on supprime entièrement la juridiction nationale... Mais le résultat net sera que ces accords de concessions, intangibles sauf avec le consentement de la compagnie intéressée, exclus de la juridiction locale, seront sanctionnés par des commissions ad hoc d'enquête, de conciliation et d'arbitrage, qui régleront des matières essentiellement réservées à la constitution de l'État et à son pouvoir législatif. Le résultat de tout cela pourrait bien être le rétablissement de ce genre de contrats de concession qui faisaient d'une compagnie privée une sorte de SEIGNEUR FEODAL dans une région déterminée, avec pouvoir de justice, de réglementation, d'enquête et même d'instruction publique, Cela justifierait l'expression de NEO-COLONIALISME qu'on a employée ici... », COLIN Jean-Pierre, *Le principe de souveraineté...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 316.

¹⁴⁹⁰ () Cf. *ibidem*.

¹⁴⁹¹ () Rapport de la Commission de Droit International, 10^e Session New York, 1959, p. 12.

souveraineté des États qui peuvent modifier leurs législations quitte à verser à leur victime une indemnisation réelle (¹⁴⁹²). Accorder un traitement purement international aux multinationales créerait des clivages étrangers sur le territoire des États (¹⁴⁹³), sensibles quant à l'ingérence des grandes puissances dans leurs affaires nationales (¹⁴⁹⁴).

B) Internationalisation aléatoire et contradictoire

348. L'internationalisation affronte d'autres objections : cette conception qui a essayé de jeter des jalons d'enrichissement au droit international paraît « *pleine de lacunes, imprécisions et contradictions* » (¹⁴⁹⁵). Lors de sa recherche sur le fondement de la responsabilité de l'État en cas de la violation d'un contrat, *M. Weil* a critiqué les thèses radicalement opposées : la thèse *maximaliste* selon laquelle toute atteinte au contrat est contraire au Droit des gens et celle *minimaliste* qui incorpore les contrats d'État dans les lois internes. Il a ensuite privilégié une position nuancée en précisant que « *l'inexécution du contrat peut constituer un acte contraire au droit international* » (¹⁴⁹⁶). Ce faisant, l'auteur est tombé « *dans une contradiction* » lorsqu'il a distingué entre les accords d'ordre interne et ceux du droit international en ignorant, par le biais de sa position nuancée, la distinction initialement opérée (¹⁴⁹⁷). L'affirmation que « *l'inexécution du contrat peut constituer un acte contraire au droit international* » (¹⁴⁹⁸) indique que l'auteur a retenu du droit international les règles qui lui conviennent le mieux : après avoir critiqué les thèses opposées (minimaliste et maximaliste), l'auteur s'est trop rapproché de la dernière dans sa position dite 'nuancée'.

349. De plus, la précision que « *le droit international comporte des règles relatives à l'exécution des contrats passés par les États avec des étrangers, et ce, alors même qu'il s'agirait de contrats régis par le droit interne* » (¹⁴⁹⁹), engendre une **internationalisation généralisée** à tous les contrats sans distinction aucune (¹⁵⁰⁰). La

¹⁴⁹² () BOGOUSLAVSKY M., L'État en tant que partie a des contrats de concession..., *op. cit.*, pp. 310-311; COLIN J.-P., *op. cit., supra*, L.G.D.J., Paris, 1980, pp. 316 et 317.

¹⁴⁹³ () EL-KOSHERY A.S., Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *R.C.A.D.I.*, 1975, Tome 147, V. IV, spéc. pp. 218 et s ; RIGAUX F., *Droit public et privé...*, *op. cit.*, Pédone, Paris, 1977, pp. 371-372.

¹⁴⁹⁴ () Il s'agit d'affaires d'ingérence dans certains pays d'Amérique Latine au nom de la protection diplomatique. BERLIN D., Le régime juridique international des accords entre États et..., *thèse*, Paris, 1981, p. 128.

¹⁴⁹⁵ () CHARQI M., *Essai sur le droit des sociétés...*, *op. cit.*, Rabat, 1994, p. 60.

¹⁴⁹⁶ () WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats passés entre ..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1969, V. III, t. 128, spéc. pp. 133, 137, et 141.

¹⁴⁹⁷ () CHARQI M., *Essai sur le droit des sociétés...*, *op. cit., supra*, Rabat, 1994, p. 60.

¹⁴⁹⁸ () WEIL P., *op. cit., supra*, *R.C.A.D.I.*, 1969, vol. III, Tome 128, p. 141.

¹⁴⁹⁹ () *Ibid*, p. 145.

¹⁵⁰⁰ () CHARQI M., *op. cit., supra*, Rabat, 1994, p. 60.

superposition de la « *la vérité juridique* » des contrats d'État au même titre que leur « *vérité économique* » ⁽¹⁵⁰¹⁾ afin de les internationaliser n'a pas une véritable qualification. En effet, les relations économiques desquelles parle l'auteur sont de nature non pas 'internationale' mais plutôt 'transnationale' : « *ce terme convient mieux pour exprimer la réalité que M. Weil se plaît à qualifier d'internationale. La 'vérité économique de ces contrats' revêt non pas un caractère 'international' mais plutôt un caractère 'transnational'* » ⁽¹⁵⁰²⁾.

350. L'internationalisation des *M.P.I.* est *ambitieuse* ⁽¹⁵⁰³⁾ et l'ordre juridique auquel elle s'attache est lacunaire et aléatoire dans la mesure où, ne s'appliquant pas de soi, il exige la volonté commune allant dans ce sens. A défaut d'un traité de *couverture* ⁽¹⁵⁰⁴⁾, la protection accordée ne serait que partielle et n'intègre pas le droit international dans l'ordre juridique du contrat éventuellement soumis au droit de l'État contractant ⁽¹⁵⁰⁵⁾. Dès lors, l'internationalisation d'un cas de l'espèce resterait indirecte, médiate ⁽¹⁵⁰⁶⁾, réglée ou incomplète ⁽¹⁵⁰⁷⁾. La recherche d'une internationalisation directe et plus complète ⁽¹⁵⁰⁸⁾ serait une « *internationalisation sauvage* » ⁽¹⁵⁰⁹⁾ et illusoire. Le droit international des contrats est lacunaire à des règles adéquates aux problèmes complexes ⁽¹⁵¹⁰⁾ et la prévention du recours aux diverses sources n'était qu'une recherche d'un échappatoire. L'appellation aux sources *matérielles* et *formelles* ⁽¹⁵¹¹⁾, à la coutume, à

¹⁵⁰¹ () « *Les contrats passés entre États et ressortissants étrangers s'insèrent dans les relations économiques internationales et leur centre de gravité se trouve dans l'orbite internationale. La vérité économique de ces contrats revêt à coup sûr un caractère international ; pourquoi la vérité juridique ne viendrait-elle pas superposer ?* », WEIL P., *op. cit.*, R.C.A.D.I., 1969, V. III, t. 128, p. 186.

¹⁵⁰² () « *il est erroné de dire que ces contrats que nous qualifierons désormais de « transnationaux » relèvent du droit international, que les « contrats transnationaux » le sont en raison de leur réalité économique, relèvent soit d'un « Droit national », du « Droit international » ou d'un « Tiers Ordre », CHARQI M., *op. cit.*, supra, Rabat, 1994, pp. 61, 71 et s.*

¹⁵⁰³ () L'application du droit international à titre primaire demeure sujette à caution car les multinationales ne sont pas de sujets du droit des gens. JACQUET M., « *Le contrat d'État* », *op. cit.*, Éd. J.-C., *Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 20, p. 6.

¹⁵⁰⁴ () RIGAUX F., Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : Cours général de Droit international privé, R.C.A.D.I., 1989, V. I., Tome, 213, pp. 9-408, spéc. pp. 231 et s ; JUILLARD P., Contrats d'État et investissement, *in les contrats internationaux et pays en voie de développement*, economica, Paris, 1985, pp. 164 s.

¹⁵⁰⁵ () JACQUET J.M., *op. cit.*, Éd. J.-C., *Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 18, p. 5.

¹⁵⁰⁶ () La médiation se réalise par l'intervention de l'État qui émane l'investisseur étranger par une voie juridique (protection diplomatique...) et correspond aux cas dans lesquels s'effectue la médiation d'un traité

¹⁵⁰⁷ () Puisqu'elle est soumise à la présence de certaines conditions.

¹⁵⁰⁸ () JACQUET J.M., *op. cit.*, Éd. J.-C., *Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 18, p. 5.

¹⁵⁰⁹ () RIGAUX F., *op. cit.*, R.C.A.D.I., 1989, V. I., T. 213, pp. 9-408, spéc. 231 et s.

¹⁵¹⁰ () LALIVE J.F., *op. cit.*, R.C.A.D.I. 1983, V. III, t. 128, p. 128 ; DEBY-GERARD France, *Le rôle de la règle des conflits...*, *op. cit.*, Dalloz, Paris, 1973, p. 218.

¹⁵¹¹ () Il s'agit de droit des gens, droit des contrats, de l'article 38 du statut de la C.I.J. et de conventions interétatiques qui auraient un rôle modeste mais certain. WEIL P., *op. cit.*, R.C.A.D.I., 1969, vol. III, Tome 128, spéc. pp. 186, 193, 195, 198 et 204.

la doctrine et aux pratiques judiciaires et arbitrales ⁽¹⁵¹²⁾, est un témoignage de la dépendance de la nouvelle branche du droit international. Ainsi, le recours au droit interne est proposé pour combler divers manquements : le statut du personnel, les formalités douanières, les prescriptions de police relèveraient du droit de l'État contractant ⁽¹⁵¹³⁾. N'ignorant pas la spécificité de l'État, on a recommandé l'emprunt aux règles du droit administratif dans certaines situations ⁽¹⁵¹⁴⁾.

351. On a finalement dévoilé l'*arrière pensée* d'une théorie visant à responsabiliser internationalement l'État contractant ⁽¹⁵¹⁵⁾. La coopération transfrontalière est venue réaffirmer le désengagement de l'État, donc son irresponsabilité, pour tout ce qui relèverait de ces opérations contractuelles. Les traités auxquels la France est partie écartent la responsabilité étatique quant aux conséquences des accords et arrangements passés avec des collectivités territoriales ⁽¹⁵¹⁶⁾. L'irresponsabilité étatique en l'espèce n'est pas contraire au Droit des gens car l'État ne peut engager sa responsabilité qu'en cas de violation d'un traité et non d'un lien contractuel. La *juridicité* de tels conflits exige l'épuisement des voies de recours judiciaire ⁽¹⁵¹⁷⁾ ou arbitrales. Il ne peut en être autrement que si la violation du contrat est constitutive d'un fait illicite au regard du droit international conventionnel ⁽¹⁵¹⁸⁾.

352. En guise de conclusion, on a pu constater qu'au-delà de leur objectif commun, les théories de la délocalisation empruntent aux principes de « *pacta sunt servanda* », de la bonne foi, de l'estoppel ⁽¹⁵¹⁹⁾, de droit acquis ⁽¹⁵²⁰⁾ qui figurent dans les lois des

¹⁵¹² () Cf. *ibid.*, pp. 196 et s.

¹⁵¹³ () Cf. *ibid.*, p. 188.

¹⁵¹⁴ () Cf. *ibidem*.

¹⁵¹⁵ () WEIL P., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1969, vol. III, T. 128, pp. 95-240, spéc. 126-147 ; HUSSEYIN PAZARCI, « La responsabilité internationale des États à l'occasion des contrats conclus entre États et personnes privées étrangères », *R.G.D.I.*, 1975, pp. 354-421, spéc. 384-398 ; YOUSSEF Ali, La responsabilité internationale de l'État en matière des contrats d'État, *thèse*, Nice, 1985.

¹⁵¹⁶ () Art. 5 du traité franco-italien, art. 4, 2 de la Convention de Bayonne, FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé... », *op. cit.*, *R.C.D.I.P.*, 1997, pp. 404 et s., spéc. 413-14.

¹⁵¹⁷ () CHAPPEZ Ch., *La règle de l'épuisement des recours internes*, Pédone, Paris, 1972., p. 86.

¹⁵¹⁸ () Ces faits peuvent dériver de l'État ou de ses entités habilitées de prérogative de puissance publique selon sa loi nationale (article 7 du projet élaboré par la Commission du Droit international le 25 juillet 1980 sur la responsabilité internationale de l'État). FILALI O., *op. cit.*, *supra*, *Rev. Crit. D.I.P.*, 1997, p. 404 et s., spéc., pp. 413-14.

¹⁵¹⁹ () C'est-à-dire, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. GAILLARD Emmanuel, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international ; principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 241 et s.

¹⁵²⁰ () BOGOUSLAVSKY M., L'État en tant que partie à des contrats de concession... », *op. cit.*, *Rapport Unidroit*, 1977, p. 310 ; PAUTOT S., *Guide d'exportation du bâtiment et...*, *op. cit.*, p. 28 ; SCHAPIRA J. et LEBEN Ch., *Droit international des affaires*, Que sais-je ?, 1994, pp. 18 et s ; BAUER

toutes les nations. Elles s'accordent sur l'inévitable application de certaines lois internes mais la sélection de ces règles diverge : alors que la transnationalisation vise la privatisation, l'internationalisation, elle, insiste sur l'attribution à la théorie des contrats administratifs un rôle important. Encourageant la délocalisation, l'arbitrage a su forger l'idée que les investissements et commerces mondiaux n'ont « *ni frontières ni drapeau national* »⁽¹⁵²¹⁾, en se consacrant à fonder des règles conjuguées ou alimentées de la *lex mercatoria*, des principes généraux du Droit et des diverses juridictions. Ces théories vont les unes à l'encontre des autres et demeurent en pleine contradiction⁽¹⁵²²⁾. Il n'en demeure pas moins qu'elles se mêlent et qu'elles sont difficilement identifiables. Cette observation n'est pas théorique car on a pu relever une certaine confusion de la pratique. Dans l'affaire *Elf Aquitaine* contre l'Iran, poussé par sa volonté de dénationalisation, l'arbitre s'est livré à une curieuse assimilation entre concepts du Tiers-Ordre et ceux de l'internationalisation, en les présentant comme des théories visant à soumettre le contrat au Droit des gens⁽¹⁵²³⁾. Dans la sentence CCI de l'affaire n° 3050 de 1992, les arbitres ont combiné les deux théories pour soustraire les accords litigieux au droit de l'État concerné. Pour ce faire, ils ont affirmé que de tels accords « *sont délocalisés et internationalisés* »⁽¹⁵²⁴⁾. Ils les ont soumis aux dispositions contractuelles « *aux usages du commerce international* »⁽¹⁵²⁵⁾. Les arbitres ont inscrit ces marchés dans la théorie d'internationalisation, en se référant aux « *principes généraux du droit international des contrats* », qui « *sont ceux qui reviennent à ramener la relation contractuelle à laquelle l'État est partie à une relation de droit privé* »⁽¹⁵²⁶⁾. Se tournant vers la transnationalisation, la sentence mérite de recevoir ses objections⁽¹⁵²⁷⁾. Elle est une sentence *perplexe dans ses raisonnements* : alors que les théories de la délocalisation se contestent mutuellement, ladite sentence les intègre dans une pure perspective de

Hubert., « Les traités et les règles du droit international privé matériel », *R.C.D.I.P.*, 1966, pp. 555 et s ; JACQUET J.M., « Le contrat international », Dalloz, 1992, pp. 5 et s.

¹⁵²¹ () cité par Mohamed S.M., « Mondialisation et souveraineté d'État », *Clunet*, 1996, n° 3, spéc. p. 638.

¹⁵²² () CHARQI M., *Essai sur le droit des ...*, op. cit., Rabat, 1994, pp. 57 et 64.

¹⁵²³ () « *que le recours à une loi ou à un système de règles de droit ne pourrait être, en l'espèce, que supplétif puisque Les parties sont en effet convenues de déférer tous litiges relatifs au contrat à un arbitrage (...), et ont admis l'une et l'autre, dans leurs écrits, que la réponse aux questions litigieuses devait être cherchée d'abord dans le contrat et dans les usages du commerce international, les principes généraux du droit (pour la demanderesse) ou la loi (de l'État X) n'intervenant que si ces sources ne la fournissaient pas* ». Cf. *ibid.*, p. 1005.

¹⁵²⁴ () FOUCHARD Ph., « Commentaire de la sentence ELF Aquitaine Iran C/ NIOC National Iranian Oil Company du 14 janvier 1982 », *Rev. Arb.*, 1984, p. 333.

¹⁵²⁵ () Sentence CCI, affaire N° 5030 de 1992, *Clunet*, 1993, p. 1004, obs. Y. Derains.

¹⁵²⁶ () *Ibid.*, pp. 1004 et 1013.

¹⁵²⁷ () MOHAMED S.M., « Mondialisation et souveraineté d'État », *Clunet*, 1996, n° 3, p. 611 et s, spéc. p. 639 ; JACQUET J.-M., « Le contrat d'État », *Ed. J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 13, p. 4.

privatisation. Elle peut s'inscrire dans le cadre d'une internationalisation sauvage par son détournement des lois nationales au moyen d'une consultation sectionnée de critères du rattachement ⁽¹⁵²⁸⁾. La critique décisive qu'on peut adresser contre la délocalisation consiste dans le fait *qu'il ne s'agit pas ici d'une véritable question de qualification* pas plus que d'une 'polémique doctrinale' visant à tout prix la protection des entreprises transnationales. Cela n'a rien de contestable depuis leur affirmation que « *les juristes plus proches des investisseurs étrangers sont souvent des avocats déterminés à l'internationalisation* ». Dès lors, il n'est pas étonnant que ces juristes cherchent par un argument juridico-idéologique à responsabiliser l'État internationalement ⁽¹⁵²⁹⁾. Les M.P.I. ne relèvent pas d'un droit *transnational*, ne sont pas des traités ni assimilés et ne doivent pas s'incorporer dans le Droit des gens ⁽¹⁵³⁰⁾. On ne connaît toujours pas de principe général du droit international propre à ces marchés ⁽¹⁵³¹⁾. Dans ce domaine, « *il n'existe pas (du moins pas encore) de « système » international comme il en existe en matière commerciale* » ⁽¹⁵³²⁾. L'investissement international public relève « *d'un régime juridique radicalement différent qui tient à la spécificité de son origine et de ses finalités* » ⁽¹⁵³³⁾. Ainsi, *empreintes d'arrières pensées* ⁽¹⁵³⁴⁾, ces théories doivent être rejetée en raison de la fragilité de leurs assertions : *considérant que « le droit, comme la guerre, n'est le plus souvent que la continuation de la politique par d'autres moyens »* ⁽¹⁵³⁵⁾, les *internationalistes*, qui ont « *soufflé le vent de la délocalisation* » ⁽¹⁵³⁶⁾, se sont référés aux arguments prêtant « *au sourire* » et à « *l'étonnement* » ⁽¹⁵³⁷⁾. Ils n'ont pu

¹⁵²⁸ () WEIL P., *op. cit.*, R.C.A.D.I., 1969, V. III, t. 128, p. 122.

¹⁵²⁹ () CHARQUI M., *op. cit.*, Rabat, 1994, p. 59.

¹⁵³⁰ () FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé... », *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, spéc, p. 415.

¹⁵³¹ () BRECHON-MOULENES Christine, « Marchés publics », *Rép. Dalloz, Droit international*, 1998, p. 3, n° 32 et p. 8, n° 44.

¹⁵³² () JUILLARD E., « Investissements », *Rép. Dalloz, Droit international*, 1998, n° 87, p. 15.

¹⁵³³ () Cf. *ibid.*, n° 33.

¹⁵³⁴ () Elle est ainsi car elle tend à neutraliser le pouvoir normatif de l'État contractant, Cf. *ibid.*, p. 414 ; F., RIGAUX « Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1978, pp. 435-459. Elle donne l'impression de respecter politiquement le prestige de l'État en tant que sujet de droit des gens, LALIVE J.F., *op. cit.*, R.C.A.D.I., V. III, 1983, pp. 126 et s.

¹⁵³⁵ () WEIL P., *op. cit.*, R.C. A. D. I., 1969, V. III., pp. 95 et s.

¹⁵³⁶ () MAHIOU A., « Comment concilier le maintien des avantages de l'arbitrage avec l'adaptation des procédures aux particularités des entités publiques ? », in *Arbitrage international, 60 ans après Regard sur l'avenir*, Paris, CCI publishing 1984, p. 252.

¹⁵³⁷ () « *L'argument prêterait à sourire si la matière n'était pas sérieuse* », LALIVE J.F., *op. cit.*, R.C.A.D.I., V. III, 1983, spéc. p. 126 ; VERHOEVEN J., « Arbitrage entre États et... », *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 1985, spéc. p. 618, n° 7.

récolter que « *l'orage du nationalisme juridique étriqué* »⁽¹⁵³⁸⁾ à travers les tentatives de localisation.

Section II Doctrines de la Publicisation

353. Au-delà de leurs engagements contre les nationalisations, *les États ne* semblent pas céder le pas en acceptant de devenir de simples cocontractants. Ils insistent sur la « *re-nationalisation procédurale* »⁽¹⁵³⁹⁾ ou sur le « *nationalisme contractuel* »⁽¹⁵⁴⁰⁾ des marchés de développement. Lors de leur congrès au Caire le 23 mars 1965, les États pétroliers arabes ont relevé : *oil-concession agreements are of an administrative nature because (...) one of the contracting parties is a public entity, usually the state, acting on behalf of the nation for the exploitation of natural resources of vital importance to the state*”⁽¹⁵⁴¹⁾. La tendance de localisation des *M.P.I.* est répandue depuis des décennies et ses défenseurs s'intéressent plutôt à la publicisation des accords conclus entre États et opérateurs étrangers. Cette qualification touche l'ensemble de ces contrats même si elle est souvent évoquée à l'occasion des marchés de travaux publics ou des contrats pétroliers⁽¹⁵⁴²⁾. Elle appelle à leur soumission au droit administratif en raison de la qualité des partenaires et de leurs objectifs et objets. Cependant, l'idée même de publicisation et ses arguments sont controversés : de nombreux auteurs et arbitres rejettent sa transposition aux accords visés.

Sous-Section I Théories de la Publicisation

354. Les théories de la publicisation sont de deux ordres : l'une insiste classiquement sur la localisation des *M.P.I.* dans la théorie des contrats administratifs **(I)**, l'autre appelle à la transposition, totale ou partielle, des enseignements de cette théorie dans un environnement d'internationalisation **(II)**.

I / Incorporation des *M.P.I.* dans la théorie des contrats administratifs

¹⁵³⁸ () MAHIOU A., *op. cit., supra, in Arbitrage international, 60 ans après Regard sur l'avenir*, Paris, CCI publishing, 1984, p. 252.

¹⁵³⁹ () El KOSHERI A.S., *op. cit., R.C.A.D.I.*, 1975, vol. 147, pp. 291 et s.

¹⁵⁴⁰ () BERLIN D., *op. cit., thèse*, Paris, 1981, p. 127.

¹⁵⁴¹ () The Arab Petroleum Congress Cairo, Mars du 16 au 23, 1965, Doc. O.P.E.C., p. 5., cité par, JONATHAN C.-G., *Les concessions en droit international public, thèse*, Paris, 1966, p. 170.

¹⁵⁴² () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, pp. 214 et s.

355. La théorie de la localisation se focalise sur la dualité classique de qualification. Tout comme pour les autres contrats, certains *M.P.I.* peuvent relever du droit public comme du droit privé ⁽¹⁵⁴³⁾. L'aspect prépondérant de chaque accord est susceptible de lui conférer l'une ou l'autre de ces qualifications. Le concept est défendu par un bon nombre d'*administrativistes* et d'*internationalistes* considérant que la nature de l'un des contractants, le service public, et/ou les clauses exorbitantes assurent la publicisation.

356. En 1937, M. **Ph. Develle** écrivait que les accords de richesses naturelles du sous-sol sont des accords conclus pour exploiter un service public ou une entreprise d'intérêt général et impliquent les piliers de la concession ⁽¹⁵⁴⁴⁾. Farouche défenseur de cette opinion, le professeur *Jèze* est allé jusqu'à nier le caractère contractuel des concessions pétrolières et minières, les qualifiant d'« *actes administratifs unilatéraux* » de l'État ou de l'administration ⁽¹⁵⁴⁵⁾. Il en devrait être ainsi car, dit-il, « *l'acte de concession ne crée pas une situation juridique individuelle* ». Cet acte n'applique au concessionnaire qu'un statut légal fixé en matière d'exploitation de mines par les lois et règlements. Il s'agit alors non pas d'un contrat administratif mais d'un acte administratif unilatéral. Publiciste modéré, le Doyen *De Lobadere* admet la nature contractuelle mais administrative des contrats de plan, dits contrats de souveraineté ⁽¹⁵⁴⁶⁾. Dans sa consultation rendue à la demande de la société américaine dans l'affaire *britich petroleum*, le publiciste égyptien *M. Omar* a qualifié d'administrative la concession conclue entre ladite société et la Libye ⁽¹⁵⁴⁷⁾. Dans son ouvrage sur le « contrat administratif », *M. Troubiana* ⁽¹⁵⁴⁸⁾ précise que « *certaines contrats conclus par des États étrangers, des entreprises publiques étrangères, ou des organismes internationaux*

¹⁵⁴³ () WOLFGANG FRIEDMANN qui a écrit que « *The only proper criterion for distinguishing the scope of public as distinct from that of private international law is the characterization of the relation or activity in question as predominantly public rather than process of economic and social development* », in *The American Society of International Law Proceedings*, 1966, p. 12, cité par, EL-KOSHERI A.S., Le régime juridique créé par les accords..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1975, T. 147, V. IV, pp. 219 et s, spéc. p. 381, note de bas de page n° 345.

¹⁵⁴⁴ () La concession pétrolière nécessite une 'autorisation administrative puisque elle touche l'intérêt économique. DEVELLE Ph., *La concession en droit international*, Paris, 1937, p. 34.

¹⁵⁴⁵ () La concession en tant qu'acte condition suppose la soumission du concessionnaire à un statut légal. Ni ce statut, ni les conditions de la concession, ni même leur incitation par les concessionnaires ne peuvent la transformer en une figure contractuelle. Les *conditions mises à la concession sont des actes unilatéraux (ex. permissions et concessions de voirie)*, *Jèze* « Caractères essentiels des principaux contrats administratifs », *Revue du Droit public*, 1925, pp. 483-490 ; adde, « Les principes généraux de droit administratif », *Paris*, 1926, p. 491.

¹⁵⁴⁶ () DE LAUBADERE André, (et alii.), *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 787.

¹⁵⁴⁷ () LALIVE J.-F., Les contrats entre États ou ..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III., 1983, pp. 118 et s.

¹⁵⁴⁸ () TROUBIANA Annie, « Contrat administratif », *Rep. Dalloz. Dr. Int.*, Vol. 1, n° 11., p. 574 ; adde RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 257.

avec des particuliers, tels que les contrats de fournitures, d'exécution de travaux, d'exploitation des richesses minières ou pétrolières, etc. présentent, tant par leur but que par leur contenu, un caractère de droit public, passé en vue de l'exécution d'un service public. Ils contiennent généralement des clauses exorbitantes du droit commun que seul l'exercice de prérogatives de puissance publique peut permettre d'insérer ; même si l'on admet que les parties jouissent d'une plus grande liberté contractuelle sur le plan international qu'en droit interne ». Il en résulte, selon M. P. Delvolvé⁽¹⁵⁴⁹⁾, que « les marchés internationaux peuvent être soit des contrats privés, soit des contrats administratifs ».

357.

Corrélativement, un bon nombre d'internationalistes défendent avec conviction la nature administrative de ces marchés. Dans son rapport présenté à l'Assemblée Générale de l'O.N.U., le représentant du Liban a souligné que « ces contrats sont assujettis aux juridictions internes et, même si la question de leur nationalisation ne peut se poser, ils sont susceptibles d'être totalement ou partiellement modifiés par la législation nationale »⁽¹⁵⁵⁰⁾. Dans un article consacré à l'État contractant, on a pu écrire qu'« un contrat de concession est un contrat de type particulier : un contrat administratif. Le caractère principal d'un tel contrat est la reconnaissance de certains pouvoirs unilatéraux de l'organe compétent exercés dans l'intérêt public »⁽¹⁵⁵¹⁾. Le droit de modification ou de résiliation unilatérale découle du caractère des concessions qui relèvent du droit public interne. M. Hamed Sultan a considéré avec fermeté que les concessions pétrolières et minières réunissent les trois critères de la publicisation : « ces accords impliquent une personne publique. Ils contiennent des clauses dérogatoires du droit commun (exonération de douane, clause de développement, pouvoir de modification, du contrôle, de sanction...) et touchent directement le service public et l'intérêt national de la population »⁽¹⁵⁵²⁾. Dans son ouvrage portant sur le régime

¹⁵⁴⁹ () « pour les premiers, l'arbitrage est possible si les contrats touchent aux opérations de commerce international, tandis que pour les seconds, c'est le caractère administratif qui est pris en compte et qui, en quelque sorte, anéantit la référence aux opérations du commerce international et à la notion d'investissements », Pierre DELVOLVÉ, communication au colloque du 17/9/1990 organisé par l'Association Française d'Arbitrage, publication de l'A.F.A., pp. 26-27, cité par A. PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, L.G.D.J., 1997, p. 95.

¹⁵⁵⁰ () Ils « ne doivent pas être soumis à la juridiction internationale », Doc. U.N. A/C 2/Sr. 858, p. 5.

¹⁵⁵¹ () BOGOUSLAVSKY M., *op. cit.*, in *New directions international Trade Law, Unidroit, Colloque Rome 1976*, oceana publications, 1977, pp. 313 et s ; adde ELKOSHERI A.S., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, v. III, 1975, p. 326, n° 16.

¹⁵⁵² () SULTAN HAMED, « Legal nature of oil concessions », in *Rev. Egyp. Dr. Int.*, 1965, v. 21, pp. 73-89.

juridique des nationalisations de concessions, M. J.-C. Njem, a consacré à ce point une analyse intéressante à la fin de laquelle il souligna que la concession pétrolière « n'est pas un contrat de droit privé mais plutôt un contrat administratif »⁽¹⁵⁵³⁾.

II / Exploration de la théorie des contrats administratifs

358. Plus moderne, l'autre courant doctrinal qui insiste sur le bienfait du recours à la théorie des contrats administratifs en matière d'investissements. L'idée a été développée par des auteurs qui ont annoncé la naissance d'une 'théorie élargie des contrats administratifs' ou du 'contrat administratif international'. Contrairement aux tentatives de localisation, cette vision internationalise la théorie des contrats administratifs par un emprunt total ou partiel de ses enseignements.

A) Le contrat administratif, un modèle de référence

359. Conscient de l'inadaptabilité des règles classiques de la théorie générale des obligations pour trancher les litiges tels que ceux liés à l'intervention de l'État, plusieurs auteurs admettent le nécessaire emprunt de certains enseignements à la théorie des contrats publics de l'Administration. L'un des premiers auteurs ayant illustré cette solution était un juriste anglo-saxon. Dans son article publié en 1962, M. Fatouros⁽¹⁵⁵⁴⁾ a consacré d'importants développements sur cette opinion. L'auteur a fait savoir que les accords étudiés sont proches des contrats administratifs puisqu'ils comportent, à des degrés divers, les mêmes éléments. Dès lors, selon lui, ladite théorie dispose des règles les plus élaborées et les plus appropriées pour servir de 'modèle d'analogie' dans le règlement de problèmes semblables⁽¹⁵⁵⁵⁾. L'efficacité et le dynamisme du contrat administratif (mutation sociale, politique et économique) encouragent à sa transposition. Cette opinion est partagée par M. Friedmann⁽¹⁵⁵⁶⁾, selon lequel cette théorie fournira une excellente analyse pouvant apporter des éléments précieux aux problèmes liés aux concessions internationales.

360. Ce courant de pensée a eu chez les juristes français un écho prépondérant. A bien des égards, M. Weil a farouchement milité en faveur de la transposition des

¹⁵⁵³ () NJEM Jean-Claude, *Le régime juridique et la nationalisation de concessions pétrolières et ...*, op. cit., T. 4, Université D'upsala, Almqvist & Wiksell International, Stockholm, 1980, pp. 182 et s ; BOY L., « L'Arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales du droit public en France : contribution du droit économique », *Rev. Dr. Int. Dr. Écono.*, 1991, p. 123.

¹⁵⁵⁴ () FATOUROS A. A., The administrative contract in international transactions : reflection on the uses of comparison, In *Mélanges Max RHEINSTIEN*, pp. 260 et s., spéc. 265 ; v. également « *Gouvernement Guarantees to Foreign Investors* », 1962, pp. 196 et s.

¹⁵⁵⁵ () Cf. *ibid.*, p. 269.

¹⁵⁵⁶ () FRIEDMANN, "The Changing Structure of International Law" London, 1964.

éléments essentiels des contrats administratifs pour s'intégrer voire compléter le droit international des contrats (¹⁵⁵⁷). Pour *mieux mettre en lumière l'originalité du nouveau champ d'influence du droit administratif français dans le domaine des relations extérieures*, l'auteur a exposé des allégations sur sa transposition dans le droit communautaire et au Droit des gens (¹⁵⁵⁸). Il a particulièrement insisté sur le bienfait de la théorie des contrats administratifs dans le règlement des différends liés aux accords d'investissements (¹⁵⁵⁹). Les vœux de M. *Weil* semblent avoir été entendus par certains arbitres (¹⁵⁶⁰) et auteurs intéressés par ces opérations. Sans admettre la publicisation, M. J.M. *Jacquet* a souligné l'intérêt que peuvent apporter les enseignements du contrat administratif aux contrats d'État. Cette théorie permet de reconnaître un certain pouvoir à l'État, gardien d'un intérêt public, sans méconnaître les intérêts financiers de son cocontractant (¹⁵⁶¹). Plus intéressant encore, les appels systématiques d'un bon nombre d'auteurs qui visent à reconnaître l'existence d'« *un contrat administratif international* » pour régir ce type d'opérations.

B) Concept du contrat administratif international

361. Les nombreuses analogies entre les accords confrontés ont motivé le développement de la thèse du contrat administratif international à plusieurs reprises. Les contrats internationaux de travaux publics en constituent un premier élément : « *même dans les pays où le concept de contrat administratif n'existe pas, les contrats de travaux publics présentent une ressemblance significative avec les contrats administratifs tels*

¹⁵⁵⁷ () C'est le droit international des contrats dont l'idée a été conçue pour régler les litiges liés à l'intervention de l'État souverain.

¹⁵⁵⁸ () « *La valeur d'exportation du droit administratif français n'est plus à démontrer (...). Le droit international lui-même commence à subir cette contamination. La communauté européenne fut le second point de pénétration de l'influence du droit administratif français dans le secteur international (...). L'emprunt aux techniques françaises s'est imposé d'autant plus facilement que les préventions d'autrefois contre le droit administratif français sont aujourd'hui dissipées* », WEIL P., « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français... », *op. cit.*, *Recueil et Documents du Conseil d'État*, 1970, pp. 14 et s.

¹⁵⁵⁹ () Les écrits de M. *Weil* sont esquissés tout au long de cette recherche. Il convient toutefois de rappeler par son cours récent devant l'Académie de La Haye au cours duquel l'auteur a renouvelé sa convection, WEIL P., *Le Droit international en quête de son identité...*, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, Vol. VI, T. 237, 1992, pp. 13-366, spéc. pp. 95 et s.

¹⁵⁶⁰ () Sentence *Texaco-Calasiatic*, *Clunet*, 1977, pp. 349 et s.

¹⁵⁶¹ () JACQUET M., « Le contrat d'État », *op. cit.*, *J.-C. Dr. Int.*, 1998, Fasc. N° 565-60, n° 22, p. 6 ; MAYER P., a précisé que la nouvelle branche du Droit international, « *reste à créer* », in « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État... », *op. cit.*, *Clunet*, 1986, pp. 5 et, spéc. n° 28.

qu'ils sont connus dans la jurisprudence et la doctrine »⁽¹⁵⁶²⁾. A l'instar des contrats administratifs liés au service public ou à l'intérêt général, ces marchés sont économiquement et stratégiquement plus importants : « l'objet de plusieurs accords de développement reflète le manque de cadre et d'infrastructure dans les pays en voie de développement. L'État ne contracte pas comme un simple particulier, mais comme puissance publique chargée d'assurer le développement. Dans ces conditions, la primauté de l'intérêt général est beaucoup plus pressante que dans les contrats administratifs. L'application de la théorie des contrats administratifs est la seule solution qui puisse garantir un équilibre entre l'exercice du pouvoir public et la protection des droits du co-contractant »⁽¹⁵⁶³⁾.

362. Au cours des années quatre-vingt, ce concept a été reproduit dans un ouvrage consacré comme guide et pratique des marchés internationaux de travaux et de bâtiments⁽¹⁵⁶⁴⁾. Dans une étude sur les accords de développement, on a partagé l'idée que le contrat administratif international « apparaît déjà comme la méthode qui serait à retenir quant à la qualification de State Contracts »⁽¹⁵⁶⁵⁾. Lors d'un débat portant sur souveraineté et arbitrage, M. Kahn en a pris la défense ouvertement : « en ce qui me concerne, je suis de plus en plus persuadé que pour un grand nombre de contrats d'État, la notion de contrat administratif international ayant son régime propre serait la solution la meilleure, et en tout cas la plus justifiée »⁽¹⁵⁶⁶⁾. Cette analyse a été approuvée par l'un des participants : « Je crois que Philippe Kahn a répondu à une partie des remarques qui avaient été adressées à l'un comme à l'autre. Je n'y reviens plus »⁽¹⁵⁶⁷⁾. Il semble que l'auteur égyptien, F. RIAD s'attache à cette opinion : « peut-on conclure qu'il s'agit en l'occurrence d'une forme de contrat administratif international qui confère à l'État le droit exorbitant de résilier le contrat unilatéralement si l'intérêt général que l'État surveillé l'exige ? La sentence Aminoil semble l'affirmer en précisant que le contrat en question est devenu un contrat selon le régime modifié duquel l'État avait acquis au cours des ans une position spéciale qui comprenait le droit de résilier et la sentence va jusqu'à dispenser l'État de saisir au

¹⁵⁶² () KADIDI K., Contrats internationaux de travaux publics..., *op. cit.*, thèse, Dijon, 1978, p. 370.

¹⁵⁶³ () Cf. *ibid.*, p. 374.

¹⁵⁶⁴ () PATAUT Serge, *Marchés internationaux des bâtiments et des travaux publics ; Guide et Pratique*, C.F.C.E., édition à Moniteur, 1980.

¹⁵⁶⁵ () LEDUCQ Xavier, Les accords de développement économique conclus entre un partenaire étatique et une personne privée étrangère, thèse, Rouen, 1981, p. 113, n° 163.

¹⁵⁶⁶ () Ph. KAHN, In Débats sur 'souveraineté d'État et arbitrage', *Rev. Arb.*, 1985, p. 674.

¹⁵⁶⁷ () VERHOEVEN J., in Débats sur 'Souveraineté d'État et arbitrage', *Rev. Arb.*, 1985, p. 674.

préalable le tribunal arbitral pour demander la résiliation lorsque l'urgence de la mesure ne peut pas s'accorder à la longueur de la procédure arbitrale » (1568).

363. Au cours de la dernière décennie, ce concept semble gagner du terrain. Soulevant interrogations et doutes sur la loi française du 19 août 1986 (1569), un praticien a précisé que « l'article 9 témoigne de l'ouverture irrésistible des activités des collectivités territoriales, et de l'État lui-même, sur le monde du commerce international. Il réalise, dans un domaine délimité, un recul du champ de compétence des juridictions administratives. Il annonce peut-être une nouvelle qualification, celle des contrats administratifs portant sur des opérations de commerce international » (1570). Plusieurs auteurs revendiquent l'application de cette théorie aux marchés conclus entre collectivités territoriales relevant des États différents : « le mouvement récent de codification de la coopération décentralisée (les conventions internationales et les lois sur les marchés des collectivités extra-territoriales), pourrait être à l'origine de contrats administratifs internationaux, dont l'originalité serait, d'une part, d'échapper, le cas échéant, à la compétence juridictionnelle administrative française, et d'autre part, d'être soumis aux règles que le droit international privé a su forger, jusqu' alors, pour régir des relations internationales traditionnellement privées » (1571).

364. Ces évolutions coïncident avec les efforts de l'auteur allemand *Beyerlin* qui s'est consacré sur le développement d'un « droit administratif international bilatéral » applicable aux actions transfrontalières. Ce droit contient un système de conflit entre les droits publics de divers pays et serait approprié aux seules collectivités territoriales. Il ne s'appliquerait ni aux particuliers, soumis au droit international privé, ni aux États dont les accords relèvent du Droit des gens. Selon cette théorie, les collectivités territoriales peuvent entretenir des rapports contractuels avec des collectivités étrangères et se soumettre au droit public interne choisi ou désigné par un système similaire à celui

¹⁵⁶⁸ () RIAD Fouad, « Les contrats de développement », *Rev. Egyp. Dr. Int.*, V. 42, 1986, pp. 253-281, spéc. p. 270.

¹⁵⁶⁹ () Il s'agit de la loi autorisant les collectivités territoriales françaises à compromettre

¹⁵⁷⁰ () DE BOISSÉSON Matthieu, « Interrogations et Doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi du 19 août 1986 », *Rev. Arb.* 1987, pp. 3 et s, spéc. p. 21.

¹⁵⁷¹ () « Il n'est donc pas chimérique d'espérer que le cadre juridique de la coopération transfrontalière puisse servir de base au Conseil d'État pour faire évoluer sa position et reconnaître enfin que les contrats administratifs, dès lors qu'ils sont affectés d'éléments d'extranéité, sont des contrats internationaux auxquels la règle suivant laquelle la compétence suit le fond ne saurait s'appliquer », FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé... », *op. cit.*, *Rev. Crit Dr. Int. Privé*, 1997, spéc. pp. 439-440.

de rattachement ⁽¹⁵⁷²⁾. Il va de soi que deux études assez récentes s'attachent à cette qualification. Liée aux conventions transnationales des personnes publiques, la première soutient que la publicisation est la nature juridique qu'il convient de leur assigner : ⁽¹⁵⁷³⁾ « *un contrat transnational sera administratif si son objet est proprement administratif* ». Or, dans la grande majorité des cas, « *les conventions de coopération décentralisée sont bien des contrats administratifs* » ⁽¹⁵⁷⁴⁾. Intitulée « *la Notion de contrat administratif au-delà des frontières* » ⁽¹⁵⁷⁵⁾, la seconde rejette toute hostilité à l'égard de la publicisation dont le déclin ne relève pas du concept lui-même : les solutions qu'offre cette théorie ne diffèrent fondamentalement pas de celles de la privatisation. Ici et là, les contractants de l'État agissant au détriment de leurs accords ont l'assurance de se voir octroyer une indemnité et/ou une réparation. Le rejet de la théorie du contrat administratif dans ce domaine ne relève donc pas d'un défaut entachant sa technicité, mais plutôt de la crainte des opérateurs étrangers qui y voient un outil juridique autorisant le pouvoir public de se désengager unilatéralement ⁽¹⁵⁷⁶⁾.

Sous-section II **Doctrines opposées à la Publicisation**

365. La théorie des contrats administratifs, qui concerne la quasi-totalité des *M.P.I.*, est loin d'être admise car plusieurs auteurs et arbitres s'opposent à cette qualification. Ils lui reconnaissent « *le mérite d'attirer l'attention sur les intérêts primordiaux de l'État et la nécessité d'une certaine adaptation* » aux besoins de grands contrats, en affirmant aussitôt qu'elle ne paraît pas « *de nature à fournir à ceux qui l'invoquent les armes qu'ils en attendent* » ⁽¹⁵⁷⁷⁾. C'est parce qu'il s'agit d'une théorie qui joue en faveur de l'un des cocontractants : « *cette même théorie devrait, au nom de l'intérêt général et sous condition du respect de l'équation financière, servir l'administration* »

¹⁵⁷² () BEYERLIN, « Rechtsprobleme der lokalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit », pp. 397-435, spéc. p. 399, cité par LEVRAT Nicolas, *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques*, 1^{ère} Édition, P.U.F., 1994, pp. 322-323.

¹⁵⁷³ () AUDIT M., *Les conventions transnationales ...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 229.

¹⁵⁷⁴ () Cf. *ibid.*, pp. 232-233, n° 511.

¹⁵⁷⁵ () MOHAMED ABD EL-AZIZ A.B., *La Notion de contrat administratif au-delà des frontières ; une étude dans le régime juridique des accords conclus entre État et personnes étrangères*, thèse, Université de Hilwan, le Caire, 2000, spéc. p. 246.

¹⁵⁷⁶ () Cf. *ibidem*.

¹⁵⁷⁷ () LALIVE Pierre, *L'État en tant que partie à des contrats de concession...*, *op. cit.*, In *Rapport UNIDROIT*, Rome, 1976, V. II, pp. 317 et s, spéc.358.

(¹⁵⁷⁸). Dès lors, les contrats qui « *ne contiennent aucune sujétion débordant le cadre des règles de Droit privé, ne pourront être qualifiés ni de contrats publics internes, ni d'international agreements* » (¹⁵⁷⁹). De même, aperçues comme étant des « *contrats jure-imperii générateurs de droits acquis* », les concessions pétrolières ne peuvent « *se réduire à de simples contrats administratifs* » (¹⁵⁸⁰). A caractère général, ces objections ont renforcé celles liées à la méconnaissance des critères des contrats administratifs dans les *M.P.I.* (I) et à l'adaptabilité et l'effectivité du recours à cette théorie (II).

I / Rejet des critères des contrats administratifs : critères introuvables

366. Pour rejeter la publicisation des *M.P.I.*, on s'est attaqué aux critères subjectif et objectif des contrats administratifs. Pour ce faire, divers auteurs ont tenté de banaliser la qualité 'publique' de l'un des contractants. Ils ont affirmé que l'État commerçant traite de *jure gestionis* et non pas de *jure imperii*. Partenaire d'une joint-venture industrielle, il conclut un contrat de droit commun soumis aux règles classiques du rattachement. De la sorte, la présomption prévoyant un régime particulier aux contrats de l'administration « *n'est qu'un mythe qu'il faut bannir du domaine juridique* » (¹⁵⁸¹). M. Berlin D. a pu parvenir à cette conclusion au moyen d'une autre explication. Il a admis le caractère réglementaire des *M.P.I.* et la particularité de l'État contractant : « *de nombreuses législations nationales fixent les limites du pouvoir des négociations des parties sur le contenu de l'accord. Le régime juridique de l'investissement étranger peut être contenu dans un acte unilatéral. Il s'agit alors d'un simple agrément administratif, d'une convention d'établissement ou d'un acte bilatéral (...). Même dans le cas d'un accord bilatéral, la procédure peut mettre en jeu des procédures purement administratives : ainsi, au terme des négociations entre contractants, l'entreprise étrangère est agréée par décret pris sur proposition du Président d'une Commission interministérielle, après que la convention d'établissement ait été signée par le Président de la République et le cocontractant étranger : ce même décret contient une approbation de la convention d'établissement* » (¹⁵⁸²). Cependant, a-t-il indiqué, « *le caractère étranger du cocontractant de l'administration et le contenu du contrat empêchent qu'on le réduisent*

¹⁵⁷⁸ () LALIVE J.-F., Les contrats entre États ou opérateurs étatiques et..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1983, p. 122.

¹⁵⁷⁹ () EL-KOSHERI A.S., Le régime juridique créé par..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1975, T. 147, v. IV, spéc. p. 382, note de bas de page n° 356.

¹⁵⁸⁰ () COHEN-JONATHAN G., *Les concessions en droit international public, thèse*, Paris, 1966, p. 114.

¹⁵⁸¹ () EL-KOSHERI A.S., *op. cit.*, *supra*, *R.C.A.D.I.*, 1975, T. 147, V. IV, spéc. p. 382.

¹⁵⁸² () BERLIN D., *Thèse précitée*, Paris, 1981, note de bas de page p. 125.

à un simple contrat administratif»⁽¹⁵⁸³⁾. Le droit administratif peut s'appliquer aux contrats de la puissance publique avec un cocontractant privé, mais ne prend pas en compte les situations internationales, sans doute, parce que l'État peut exiger de graves sacrifices auprès de ses citoyens au nom de l'intérêt général. La situation est différente quand il s'agit de marchés entre États et investisseurs étrangers qui ne doivent pas être assimilés aux nationaux de ces pays puisqu'ils n'ont pas à leur égard les mêmes liens de loyauté. La soumission des cocontractants (nationaux et étrangers) de l'Administration aux mêmes règles doit être abandonnée. Il existe déjà une certaine inégalité au détriment des investisseurs étrangers qui ne doivent ni s'intéresser à la politique intérieure de l'État ni participer au débat électoral⁽¹⁵⁸⁴⁾. Dans cet ordre d'idée, une sentence CCI de 1995 s'est opposée à l'application de droit administratif (français) sur un litige concernant un marché transfrontalier passé entre des opérateurs publics français et étrangers. Selon les arbitres, ce droit public d'un État ne pouvait pas s'appliquer car il « a pour objet de régir les rapports qu'entretiennent les personnes publiques de cet État, soit avec des personnes privées, soit avec d'autres personnes publiques du même État ; il ne revendique pas l'organisation des rapports des personnes publiques de cet État avec celles d'un État étranger »⁽¹⁵⁸⁵⁾.

Par ailleurs, on ne doit pas identifier la puissance publique des États développés à celle des États en développement. La première remplit ses missions d'intérêt collectif par le recours (exclusif) à ses ressortissants. La situation est toute autre pour le Tiers-Monde, dont les moyens de mener à bien son service public dépendent de la puissance économique des investisseurs étrangers⁽¹⁵⁸⁶⁾. Pour ces raisons, l'interprétation *interniste* du critère organique ne doit être transposée aux M.P.I. qu'avec beaucoup de précaution. L'État qui, lors d'un contrat administratif, impose ses conditions, se trouve dans les accords visés face aux opérateurs plus puissants : comment peut-on alors assimiler un marché dans lequel l'État est économiquement dominé à un accord qu'il domine largement⁽¹⁵⁸⁷⁾.

¹⁵⁸³ () Cf. *ibidem*.

¹⁵⁸⁴

()

Lorsqu'il porte sur la nationalisation de leur projet. SEIDL-HOHENVLDERN I., « L'évolution des dommages dans les arbitrages internationaux », *A.F.D.I.*, 1987, pp. 7 et s., spéc., pp. 8.

¹⁵⁸⁵ () Sentence cité par AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 265, n° 562.

¹⁵⁸⁶ () BERLIN D., *op. cit., supra*, thèse, Paris, 1981, note de bas de page 124.

¹⁵⁸⁷ () DAVID Nicola, « Les clauses de stabilités dans les contrats pétroliers », *Clunet*, 1985, pp. 85 et s ; SERAGE Hussein Mohamed ABUZID, *Al-tahkim fi aucoud al-pétrole*, (L'arbitrage dans les contrats pétroliers), thèse Ain-Chamss, *Le Caire*, 1998, p. 602.

367. Des opposants de la théorie des contrats administratifs ont souligné que les *M.P.I.* sont rarement liés au service public et qu'ils contiennent des stipulations contraires au concept classique de clause ou de régime exorbitant. En effet, la négation du critère de *service public* découle non seulement de l'existence de celui-ci, mais aussi des difficultés de sa définition et de son appréciation. Le fait que la définition de service public soit *ambiguë et fluctuante*, justifie la non effectivité du recours à ces notions : « la définition même de la notion du service public subit une remise en cause profonde »⁽¹⁵⁸⁸⁾. C'est un concept qui « se laisse difficilement enfermer dans un schéma rigoureux. Le législateur se garde soigneusement de lier l'Administration pour l'avenir par une définition de portée générale ». Le Conseil d'État ajoute à la confusion⁽¹⁵⁸⁹⁾. La doctrine dominante, n'ayant pas réussi à combler ce vide, a présenté le service public sous un jour pathologique : une bonne partie de la littérature consacrée à la notion commence par des mots aussi pessimistes qu'autopsie, crise, mythe, vicissitude⁽¹⁵⁹⁰⁾. Et quand bien même, il s'est traduit par toute « activité d'intérêt général exercé par une personne publique ou sous son contrôle et suivant un régime dérogatoire du droit commun », cette définition a fait l'objet de nombreuses critiques⁽¹⁵⁹¹⁾ : il s'agit d'une définition bâtie sur un tissu de malentendus, voire de mythes, car la plupart des éléments de référence sont aussi obscurs les uns que les autres. L'intérêt général, « noyau dur » de la définition classique du service public, est-il une notion à géométrie variable, une notion empirique qui n'a jamais reçu de définition générique dans quelque texte de portée générale qui se soit »⁽¹⁵⁹²⁾. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil d'État a affirmé que la mission de service public (industriel et commercial) ne signifie pas l'application automatique du droit public : les contrats

¹⁵⁸⁸ () DE LAUBADERE A., *op. cit.*, T. I, L.G.O.J. pp. 543-612 ; G. VEDEL et P. DELVOLVE, *Droit administratif, op. cit.*, Themis, 1980, pp. 1020 et s.

¹⁵⁸⁹ () « dans un arrêt du Conseil d'Etat, l'expression service public peut être employée dans des sens différents, ce qui ne facilite pas son interprétation », Guy BRAIBANT, *Droit administratif français*, 2^{ème} éd. Dalloz, 1988, p. 130.

¹⁵⁹⁰ () SIDIBE F.F., Les enjeux de la qualification dans le contentieux des actes ..., *op. cit.*, thèse, Nice, 1995, p. 183, n° 74, et note de bas de page.

¹⁵⁹¹ () Cette définition est approximative car elle ne recoupe pas tout le terrain d'élection des services publics. Elle n'intègre ni la théorie de service public virtuel ni le champ de service public par détermination de la loi dont certains ont peu de liens avec l'intérêt général bien compris. Cf. *Ibidem*.

¹⁵⁹² () « Le Conseil d'État s'est toujours gardé de la définir positivement : il s'est toujours appliqué à dire ce que l'intérêt général n'était pas, là où on aurait voulu savoir ce qu'il était exactement », SIDIBE F.F., *op. cit.*, supra, thèse, Nice, 1995, p. 183.

passés entre le service industriel et les usagers sont des contrats de droit commun quelles que soient les clauses qui y sont insérées (¹⁵⁹³).

368. Au-delà des critiques liées à la définition du service public, on a nié son existence dans les *M.P.I.*, rarement chargés de telles missions (¹⁵⁹⁴). Ce démenti concerne au premier chef les marchés de ressources naturelles sur lesquels les publicistes eux-mêmes ont du mal à unifier leurs points de vue (¹⁵⁹⁵). Dans ce sens, il apparaît que « *la doctrine française est globalement défavorable à la qualification de la concession de mines en concession de service public-contrat administratif* » (¹⁵⁹⁶). Le refus de voir dans les accords pétroliers l'une des composantes du critère matériel (service public) (¹⁵⁹⁷) s'appuie sur l'inexistence dans les *M.P.I.* de ses piliers (continuité, égalité et mutabilité) et sur la non-affectation des puits aux usagers (¹⁵⁹⁸). Dans la sentence Texaco-Calasiatic, l'arbitre unique a précisé que les accords litigieux « *ne peuvent pas être qualifiés de contrats administratifs parce qu'ils ne relèvent pas d'une mission de service public et que le gouvernement libyen les a signés non pas en sa qualité publique ou souveraine mais sur un pied d'égalité vis-à-vis de son cocontractant* » (¹⁵⁹⁹).

¹⁵⁹³ () BERLIN D., *Le régime juridique international...*, *op. cit.*, thèse, Paris, 1981, p 55 ; HADAD Hafiza, *Al-aucoudes al-mobramah baeina aldouale wa al-ashkass al-agnabiah*, (Les accords conclus entre les États et les personnes étrangères), 1^{ère} édition, Dar El-Nahhda El Arabia, Le Caire, 1996, p. 475.

¹⁵⁹⁴ () « *Les contrats administratifs sont des contrats par lesquels l'administration entend remplir des missions de service public, ce qui est assez rarement le cas pour les contrats d'État* », JACQUET J.M., *op. cit.*, p. 32, n° 158 ; LALIVE J.F., *Les contrats entre États...*, *op. cit.*, R.C.A.D.I., V. III, 1983, p. 120.

¹⁵⁹⁵ () Les publicistes français sont partagés : certains ont considéré la concession minière un acte administratif unilatéral (Jèze, *op. cit.*, *supra* ; ROLLAND L., in « La situation juridique des exploitants de mines », *R. D. P.*, 1911, pp. 731 et s., spéc. p. 754). D'autres l'ont opposé à la concession de service public. Par exemple, M. De LAUBADERE considère que la concession de mine est « une activité privée d'intérêt général » et « non une concession de service public », in *Traité élémentaire de droit administratif*, Grands services publics et entreprises Nationales », *op. cit.*, n° 1156) ; ou M. DUFAU J., ayant souligné que « l'activité minière n'a jamais été considérée comme une activité de service public », in « *Les concessions de service public* », *op. cit.*, éd. À Moniteur, 1979, pp. 15 -16. cet auteur a cependant affirme que « *la concession de mines doit être regardée comme une concession de travail public* », Cf. *ibid.*, p. 16 ; sur ces propos v. SIDIBE F.F., *Les enjeux de la qualification dans le contentieux...*, *op. cit.*, thèse, Nice, 1995, p. 198 et s. Pour les publicistes égyptiens, il suffit de rappeler par les deux consultations présentées par M. OMAR Abdul El-khalec dans l'affaire B.P. et par son M. MORCUS dans l'affaire Texaco-Calasiatic lesquelles s'opposent radicalement.

¹⁵⁹⁶ () L'auteur ajoute que « *la doctrine française a abordé la question de la nature juridique de la concession de mines soit sous l'angle de la nature juridique du droit créé par ce titre minier, soit dans la perspective de la nature (publique ou privée) de l'entreprise dont elle (la concession) fait l'objet. Et dans tous les cas de figure, l'opinion dominante est que la concession de mines n'est pas une concession de service public-contrat administratif* », SIDIBE F.F., *op. cit.*, thèse, Nice, 1995, p. 198.

¹⁵⁹⁷ () Cf. *ibid.*, p. 192 ; EL-SAYEED M., *L'organisation des Pays exportateurs du pétrole*, LG.D.J., Paris, 1967, p. 81.

¹⁵⁹⁸ () SERAGE H. M. Abuzid, Al-tahkim fi aucoud al-pétrole, *op. cit.*, thèse Ain-Chamss, Le Caire, 1998, p. 604.

¹⁵⁹⁹ () LALIVE J.F., *Les contrats entre États ou...*, *op. cit.*, R.C.A.D.I., V. III, 1983, p. 121.

369. Sous un angle différent, les *partisans de la transnationalisation* rejettent la présence dans les *M.P.I.* de clauses exorbitantes. Tout d'abord, ils ont utilisé les débats que les publicistes ont consacré à ces clauses en crise (¹⁶⁰⁰) pour contester leur adéquation en matière d'investissements (¹⁶⁰¹). Ils ont ensuite nié l'existence dans ces marchés de telles stipulations. Les accords pétroliers, surtout du *Moyen-Orient*, ne contiennent pas de clauses exorbitantes, mais des clauses limitatives des prérogatives de l'Administration (¹⁶⁰²). Considérant que toute stipulation exorbitante doit être souscrite au profit des personnes publiques, ces auteurs ont nié aux clauses octroyant des avantages fiscaux de cette qualification. Ainsi, considèrent-ils que, si le caractère administratif dérive des clauses exorbitantes, les *M.P.I.* y échappent par leurs stipulations restrictives des pouvoirs souverains (¹⁶⁰³).

370. De surcroît, le pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale, qui était autrefois la manifestation patente de clauses exorbitantes, existe désormais dans les contrats de vente, d'emprunt ou leurs équivalents (¹⁶⁰⁴). À dire vrai, diverses interrogations d'un publiciste confirment cette évolution : *les M.P.I. « comportant un certain pouvoir unilatéral de la partie étatique contractante, répondent-ils encore aujourd'hui à une typologie exceptionnelle ? N'y a-t-il pas également, dans la pratique privée, des contrats qui réservent au maître d'ouvrage la possibilité de modifier unilatéralement les dispositions contractuelles ? Ces grands contrats de type administratif le sont-ils encore, dans l'ordre international où ils se situent, alors qu'on*

¹⁶⁰⁰ () WEIL P., Le critère du contrat administratif en crise, In *Mélange WALINE*, pp. 831 et s ; LAMARQUE M., Le déclin de la clause exorbitante, In *Mélanges WALINE*, pp. 497 et s.

¹⁶⁰¹ () « *L'analyse profonde de la jurisprudence démontre que le processus utilisé (clauses exorbitantes) n'est pas aussi mécanique. La démarche intellectuelle sous-jacente implique l'évaluation de l'ensemble de la situation tout d'abord pour évaluer si dans les circonstances, il existe des considérations dont l'importance rend légitime le recours aux clauses exorbitantes* », EL-KOSHERI A.S., Le régime juridique créé par les accords..., *op. cit.*, R.C.A.D.I., 1975, T. 147, V. IV, pp. 219 et s., spéc. p. 380 (note de bas de page n° 342) ; « *Quant à la notion de régime dérogatoire au droit commun, cet autre élément classique de définition du service public, toutes les certitudes à son propos s'ébranlent dès qu'on lit attentivement l'étude critique que M. Vedel lui a consacrée depuis 1956* », SIDIBE F.F., Les enjeux de la qualification dans le contentieux d'investissement, thèse, Nice, 1995, spéc. pp. 183-184 ; LALIVE P., L'État en tant que partie à des contrats..., *op. cit.*, *Rapport Unidroit*, Rome, 1976, pp. 317 et s., spéc. 358.

¹⁶⁰² () SÉRAGE ELDINAbuzid H.M., *Altahkim fi auoud alpétrole*, *op. cit.*, thèse Ain-Chamss, Le Caire, 1998, p. 606.

¹⁶⁰³ () Cf. *ibidem.* ; Selon LÉBOULANGER Ph., Le régime juridique préférentiel fait éloigné ces accords de la notion de contrat administratif, in *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, economica, Paris, 1985, p. 217.

¹⁶⁰⁴ () L'article 1144 du Code civil dispose que « le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens de débiteurs ». Le locataire peut effectuer des réparations urgentes à la place du propriétaire, même s'il ne peut se faire rembourser les coûts que lorsqu'il a obtenu une autorisation du juge. BERLIN B., *op. cit.*, thèse, Paris, 1981, pp. 53-54 ; en ce sens HADAD Hafiza, *Al-aucoudes al-mobramah baeina aldouale wa al-ashkass al-agnabiah*, (Les accords conclus entre les États et les personnes étrangères), 1^{ère} Éd. Dar El-Nahhda El Arabia, Le Caire, 1996. p. 474 ; ABOUZID Sérage H.M., *op. cit.*, *supra*, thèse, Ain-Chamss, Le Caire, 1998, p. 606.

rencontre des dispositions similaires dans des contrats conclus avec des maîtres d'ouvrage privés ? »⁽¹⁶⁰⁵⁾.

371. Pour la plupart des observateurs, l'aliénation par la puissance publique de son pouvoir de modification unilatérale du contrat et l'insertion dans l'accord d'une clause compromissaire sont les deux éléments permettant de rejeter la qualification de contrat administratif. La présence de telles stipulations *peut s'interpréter comme un indice d'absence de toute clause exorbitante* ⁽¹⁶⁰⁶⁾. De même, « *une clause de stabilisation exclut l'idée d'un pouvoir implicite de l'État de réviser unilatéralement ou d'abroger le contrat qu'il se plaît à considérer comme 'administratif'* » ⁽¹⁶⁰⁷⁾. Ici et là, on trouve un véritable rejet ou du moins une contradiction avec la théorie des contrats administratifs ⁽¹⁶⁰⁸⁾. L'aliénation des pouvoirs (judiciaire et législatif) permet le déclin de cette conception ⁽¹⁶⁰⁹⁾. Des clauses telles que les clauses de protection constituent la négation formelle du caractère « *essentiellement et foncièrement inégalitaire* » du contrat administratif. Elles traduisent l'abandon de la souveraineté et apparaissent exorbitantes non pas du droit privé mais du droit de l'administration : « *lorsque la clause a une portée essentiellement négative, l'État a entendu contracter sur un pied d'égalité. L'État ou l'Administration s'engage à ne pas faire usage de pouvoir qui est normalement le sien sans l'accord de son partenaire. En acceptant l'insertion d'une clause de stabilité et d'intangibilité, l'État Libyen s'est exprimé en faveur d'un traitement sur le même pied d'égalité qui est contraire au critère de clause exorbitantes* » ⁽¹⁶¹⁰⁾.

II / Inadéquation de la publicisation

372. Dans son avis sur l'affaire 'Eurodysneland', le Conseil d'État a précisé que ce contrat « *n'est certainement pas 'un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions du commerce international', étant conclu en France avec des personnes*

¹⁶⁰⁵ () Voyez l'intervention de M. DELVOLLE J.-L., *in Rev. Arb.*, 1985, spéc. p. 596.

¹⁶⁰⁶ () BERLIN D., *op. cit.*, thèse, Paris, 1981, pp. 124, 141 et 142.

¹⁶⁰⁷ () LALIVE P., *op. cit.*, *Rapport Unidroit*, Rome, 1976, V. II, Ociana publications INC Dobbs Ferry, N.Y., 1977, pp. 317 et s., spéc. 359.

¹⁶⁰⁸ () JACQUET J.M., Le contrat d'État, *op. cit.*, J.-C., *Dr. Int.*, 1998, p. 32, n° 158 ; LALIVE J.F., Les contrats entre États..., *op. cit.*, R.C.A.D.I., V. III, 1983, p. 120 ; Dans cette perspective, on a écrit que « *la présence dans les concessions pétrolières des clauses privant l'État d'accueil de son pouvoir, incontestablement reconnu, à déterminer la quantité de pétrole à produire ou à fixer le prix de cette matière ne fait qu'opposer ces accords à toute tentative de publicisation, car de telles prérogatives ne seront jamais dissimulées dans l'hypothèse des contrats publics internes de l'Administration* », EL-SAYEED M., *L'organisation des Pays exportateurs de pétrole*, L.G.D.J., Paris, 1967, p. 80.

¹⁶⁰⁹ () BERLIN D., *op. cit.*, thèse, Paris, 1981, p. 124, (note de bas de page).

¹⁶¹⁰ () Sentence *Texaco-Calasiatic*, *Clunet*, 1977, pp. 365-66 ; LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et ...*, *op. cit.*, Paris, 1985, pp. 216-17.

publiques françaises pour être exécuté en France. Il s'agit en outre à l'évidence d'un contrat administratif et non d'un contrat commercial, tant à raison de son objet que de ses clauses exorbitantes du droit commun et il existe une incompatibilité radicale entre la notion de contrat administratif et celle de 'contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce » (¹⁶¹¹). Cette prise de position a répandu aux attentes de ceux qui estiment qu'au-delà du caractère administratif des contrats de souveraineté, il y aurait une incompatibilité radicale entre la notion de contrat administratif et celle de contrat international passé pour les besoins du commerce international et dans ses conditions (¹⁶¹²). Ainsi, indépendamment des critiques liées aux critères avancés, les opposants ont soulevé d'autres objections. Ils appellent à l'abandon des concepts classiques (¹⁶¹³), faussement utilisés en dehors de leur champ d'application (A). A supposer qu'ils soient déterminables et acceptables, les éléments de la publicisation ne sont pas transposables faute d'effectivité et d'adéquation (B).

A) La publicisation, une qualification utilisée hors de son champ d'application

373. Les écrits de professeurs *J.F. Lalive* et *D. Berlin* illustrent la part importante de cette objection : le premier assure qu'« *il n'est pas utile de chercher une solution sur la base d'une distinction entre le droit public et le droit privé, car d'origine romaine cette distinction est d'une part en pleine évolution dans les pays où elle est consacrée et, d'autre part, étrangère à certains systèmes juridiques* » (¹⁶¹⁴). Le second considère que le recours à cette qualification aboutit à des résultats inacceptables : « *s'enfermant dans une dialectique privé-public dont la prise en compte telle quelle pose plus de problèmes qu'elle n'en résout, on est conduit à soumettre des aspects privés au droit public et/ou vice versa...* » (¹⁶¹⁵). *Il serait, donc, vain de croire que la définition du régime exorbitant réglerait définitivement les questions des marchés impliquant 'l'État souverain' et que ses autres contrats puissent réintégrer la notion plus large de contrats internationaux. Tout au contraire, l'application des règles de conflit a montré le caractère aléatoire des*

¹⁶¹¹ () RIBS Jacques, « Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français », *Juris-Classeur Périodique, La Semaine Juridique*, n° 41, 1990, I, 3465.

¹⁶¹² () BOY Laurence, L'Arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales du droit public en France : contribution du droit économique, *Rev. Dr. Int. Dr. Écono.*, 1991, pp. 122 et s., spéc. p. 124.

¹⁶¹³ () BERLIN D., *op. cit.*, thèse, Paris, 1981, p. 57.

¹⁶¹⁴ () LALIVE J.F., Les contrats entre États..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1983, V. III, pp. 194-196.

¹⁶¹⁵ () BERLIN D., *op. cit.*, *supra*, thèse, Paris, 1981, pp. 141-142.

distinctions esquissées, c'est pourquoi l'examen des problèmes découlant de l'application des règles de conflit de lois montrera le caractère presque inévitable du recours aux principes du droit international en la matière...» ⁽¹⁶¹⁶⁾. On a également évoqué l'hétérogénéité des consultations de deux publicistes égyptiens sur la qualification des concessions libyennes nationalisées pour soutenir l'*amalgame lié au recours à la publicisation* ⁽¹⁶¹⁷⁾. De ce fait, il est difficile de proposer une classification des « *state contracts* » suivant la dualité de qualification : les juridictions administratives éprouvent diverses difficultés liées à la nature des accords des établissements publics ⁽¹⁶¹⁸⁾ et au dépeçage du droit applicable à certaines opérations. Au vu de ces difficultés, on peut se demander si cette théorie peut être d'une utilité et d'un usage facile pour déterminer un partage de compétences ⁽¹⁶¹⁹⁾. *Le rattachement global induit à des résultats inacceptables car il soumettra les aspects privés au droit public ou vice versa* ⁽¹⁶²⁰⁾. Ainsi, le recours à la théorie des contrats administratifs en la matière n'est qu'un « *faux problème* », donc une fausse qualification : « *les qualités 'publique' et 'privée' se contredisent mutuellement. Le privé suppose que l'État ne jouit pas de ses attributs souverains. Le public fait de ces pouvoirs un critère prépondérant. La présence de l'État exclut la première qualification mais la seconde supposerait un rapport interne de l'État. Lorsque celui-ci est l'un des sujets d'une relation, le concept d'administration s'oppose au droit privé. On entre dans une autre sphère. La sphère proprement internationale, dans laquelle les oppositions traditionnelles n'ont pas de place ou n'ont plus le même sens* » ⁽¹⁶²¹⁾. Or, une fausse qualification met naturellement

¹⁶¹⁶ () Cf. *ibid.*, pp. 25 et s.

¹⁶¹⁷ () La consultation élaborée par M. OMAR à la demande de l'arbitre unique MAHMASSENI a attribué la nature administrative sur la concession *Liamco*. Celle présentée par M. Morcos à la demande de l'arbitre DUPUY a nié l'existence de similitude entre les concessions Texaco-Calasiatic et les contrats administratifs. M. LALIVE en déduit qu'il se peut que la source de ce désaccord tiende au fait que les affaires libyennes concernent des concessions minières alors que les concessions visées par les contrats administratifs sont celles d'électricité, de routes, d'autoroutes etc. Le terme concession couvre donc deux réalités différentes et la conclusion de M. OMAR était le résultat probable d'un amalgame. LALIVE J.-F., *op. cit.*, R.C.A.D.I., 1983, v. III, pp. 118 et s.

¹⁶¹⁸ () ex., les établissements publics industriels et commerciaux, BERLIN D., *Le régime juridique international...*, *op. cit.*, thèse précitée, Paris, 1981, p. 50.

¹⁶¹⁹ () *Ibid.*, p. 56.

¹⁶²⁰ () L'auteur envisage une qualification mixte pouvant être « *en conformité avec la sentence de l'Aramco* ». Il appelle à diviser l'acte mixte ou complexe en deux parties : une première partie contenant les aspects qui relèvent par leur propre nature du droit privé (de jure gestionis) et une deuxième partie englobant les autres aspects qui relèvent plutôt de catégories du droit public (de jure imperii) ». EL-KOSHERI A.S., *Le régime juridique créé par les accords...*, *op. cit.*, R.C.A.D.I., 1975, T. 147, v. IV, pp. 219 et s, spéc., p. 380, (note de bas de page n° 342).

¹⁶²¹ () Contrairement à M. EL-KOSHERI, cet auteur refuse l'interposition par une qualification « *mixte* ». La recherche dans les qualités « *publique, semi-publique* » n'est pas un bon chemin. Elle ne

en cause la démarche menant à cette conclusion. Plusieurs auteurs ont soulevé des arguments troublant l'effectivité du recours au contrat administratif et son adéquation : « *les catégories classiques du contrat administratif ne suffisent plus à appréhender la variété infinie du contenu des accords* »⁽¹⁶²²⁾ susceptibles d'être régis par un autre ordre juridique, voire par plusieurs ordres *anationaux* appliqués cumulativement ou séparément⁽¹⁶²³⁾. Dans le contrat internationalisé, le problème posé est différent. L'examen du caractère administratif de tels accords apparaît subsidiaire et intervient seulement afin de déterminer les règles matérielles d'un ordre juridique qui reste à définir. La détermination de cet ordre constitue un préalable que le droit international privé comparé remplit par une qualification primaire, c'est-à-dire la désignation de la règle de rattachement. Dans un second temps, il convient de chercher, à l'intérieur de cet ordre, les règles matérielles applicables, donc d'évoquer le problème de publicisation⁽¹⁶²⁴⁾. Les *M.P.I.* n'abordent pas toute cette répartition. Certains revendiquent un autre relevant de la séparation entre les accords soumis au droit international et ceux soumis aux règles des conflits de lois, « *ce ne serait donc qu'à l'intérieur de cette deuxième catégorie, et dans l'hypothèse où cette distinction aurait un sens, que l'on pourrait parler de subdivision entre contrats de droit privé et de droit public* »⁽¹⁶²⁵⁾. Pour ces raisons, le recours à cette qualification est une démarche utilisée en dehors de son champ d'application : « *l'objection décisive à l'utilisation d'une distinction entre contrats de droit privé et contrats de droit public concerne sa mise en oeuvre en dehors de son domaine normal d'application qui est l'ordre juridique interne* »⁽¹⁶²⁶⁾. La réception dans l'ordre international de notions de Droit interne ne

conduit pas à une explication acceptable de paradoxe relevant de questions comme celle de l'impact de clause compromissoire et de celle de stabilisation. MAYER P., *op. cit.*, *Clunet*, 1986, spéc. pp. 11-12.

¹⁶²² () BERLIN D., *Le régime juridique international...*, *op. cit.*, thèse, Paris, 1981, p. 124.

¹⁶²³ () EL-KOSHERI A.S., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1975, T. 147, v. IV, pp. 219 et s., spéc. p. 328.

¹⁶²⁴ () Les arbitres de la sentence du 22 Décembre 1954, qui a impliqué la *Grâce* à la société *d'Alsing* en raison de la résiliation d'un marché de fourniture des allumettes, ont précisé que « *le caractère public ou privé du contrat n'est donc d'aucune utilité pour connaître l'ordre juridique applicable, puisque cette qualification ne pourra intervenir qu'en application des critères du (donc après désignation) droit applicable* », BERLIN D., *op. cit.*, *supra*, thèse, Paris, 1981, p. 58 ; WEIL a critiqué la sentence de l'affaire *Tchécoslovaquie c/ RCA* en raison de son accession immédiate aux notions de contrat de droit public ou de droit privé, alors que cette démarche doit succéder la désignation d'ordre juridique applicable, *Les problèmes relatifs aux accords...*, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1969, V. III, T. 128, spéc. p. 165.

¹⁶²⁵ () Il y a une difficulté du recours à la distinction entre « public et privé » en cas de la qualification de second degré. BERLIN D., *op. cit.*, *supra*, thèse, Paris, 1981, p. 59.

¹⁶²⁶ () ou encore « *appartient au droit interne et plus particulièrement au système juridique français, au point que l'on doit s'interroger sur sa pertinence pour notre problème ?* » Cf. *ibid.*, pp. 50-56.

peut alors se faire aussi directement et nécessiterait l'aménagement de ces règles ⁽¹⁶²⁷⁾ sans toutefois garantir leur effectivité et leur adéquation.

B) Incompatibilité entre « internationalité » et « publicisation »

374. L'incompatibilité des enseignements des contrats administratifs dans le milieu international relève de questions de forme **(b)** comme de fond **(a)**.

a) Inadéquation des enseignements de la publicisation

1) La publicisation, une menace pour la sécurité du commerce international et un handicap pour son développement

375. Dans le cadre de cette perspective critique, la doctrine affirme que « *cette catégorie juridique (contrats administratifs) doit tant de sollicitude moins aux éléments objectifs des causes à défendre ou à juger, qu'à sa dimension intrinsèquement idéologique. Il serait peu judicieux qu'on ambitionne une analyse critique du contentieux d'investissements sous l'angle de la thèse du contrat administratif...* » ⁽¹⁶²⁸⁾. L'application de cette théorie est susceptible d'avoir des effets néfastes sur la sécurité du commerce international et sur son développement ⁽¹⁶²⁹⁾. Les prérogatives qu'elle reconnaît à l'État provoqueraient la méfiance des investisseurs farouchement hostiles aux aléas pouvant affecter leurs marchés ou aggraver leurs conditions ⁽¹⁶³⁰⁾. Une qualification dont les partisans sont 'convenus' ou 'animés' par des aspirations, « *constitue une réserve inacceptable au principe universel de la force obligatoire, connu et étudié dans les contrats du commerce international et la théorie générale des obligations...* » ⁽¹⁶³¹⁾. Que la force obligatoire existe dans les contrats administratifs, sa portée est critiquée du fait que l'État possède le pouvoir d'agir à tout moment. Ces contrats diffèrent, certes, des contrats ordinaires marqués par l'immutabilité et ne s'identifient pas aux simples 'arrangements' ⁽¹⁶³²⁾. Néanmoins, ils constituent pour le

¹⁶²⁷ () *Ibid.*, p. 56 ; dans ce sens, SALAMA A. Abdulkarim, *Al-auoud aldoualiah lelèstessmar et leltanniah al-éctéssadiah, (Les contrats internationaux d'investissement et...)*, *op. cit.*, Le Caire, 1984, p. 26.

¹⁶²⁸ () SIDIBE F.F., *Les enjeux de la qualification...*, *op. cit.*, thèse, Nice, 1995, p. 177.

¹⁶²⁹ () SALAMA A. Abdul Karime, *op. cit.*, *supra*, Le Caire, 1984, pp. 67 et s. ; JACQUET J.M., « Le contrat d'État », *op. cit.*, p. 32, n° 158.

¹⁶³⁰ () KADIDI K., *Contrats internationaux de travaux publics ...*, *op. cit.*, thèse, Dijon, 1978, p. 373.

¹⁶³¹ () L'auteur n'a pas retenu les vœux de M. OPETIT sur la création d'une coutume internationale remplaçant la force obligatoire par le principe de la réadaptation. LALIVE J.F., *Les contrats entre États ou Opérateurs étatiques et...*, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, v. III, 1983, spéc. p. 194, (c'est nous qui soulignons).

¹⁶³² () LALIVE J.F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, v. III, 1983, pp. 194-196 ; M. LÉBOULANGER a affirmé que les partisans de cette théorie y voient surtout la mutabilité et la flexibilité du contrat qui permet à l'État de le modifier unilatéralement. Ceci est opposé aux principes fondamentaux des contrats reposant sur l'immutabilité, la force obligatoire et l'égalité. Sous réserve du Droit de la partie privée à un équilibre

cocontractant de l'État un risque supplémentaire qui s'ajoute à ceux découlant du pouvoir exorbitant. Ainsi, à supposer qu'elle soit transposable, la théorie du contrat administratif reste inacceptable et compliquera davantage les problèmes posés au lieu de contribuer à une solution ⁽¹⁶³³⁾.

376. Par ailleurs, ajoutent-ils, les appels aux prérogatives souveraines ne doivent plus cesser de se manifester par des États les abandonnant sous la pression de la mondialisation. N'est-il pas exact que l'État a peu de pouvoir sur les investisseurs étrangers et qu'il ne les traite pas de la même façon qu'il traite ses ressortissants ⁽¹⁶³⁴⁾ ? Faut-il perdre de vue que l'État n'a pas le monopole du commerce extérieur ? S'il aspire à de bons rapports, ne doit-il pas plutôt s'adapter aux nouveaux enjeux que chercher la domination ? En tout cas, les contrats d'État sont plutôt des contrats du droit commun et les adversaires de cet attachement doivent cesser les tentatives de leur publicisation ⁽¹⁶³⁵⁾. Il va de soi que, contrairement aux aspirations de ses sollicitateurs, la transposition de la théorie des contrats administratifs en la matière ne protège toujours pas les intérêts de l'Administration. Plusieurs décisions du Conseil d'État ont montré que l'application du droit public français était plutôt en faveur d'autres cocontractants ⁽¹⁶³⁶⁾.

2) Méconnaissance internationale des contrats administratifs

377. La théorie du contrat administratif n'est pas transposable aux rapports visés en raison d'autres objections : la doctrine ⁽¹⁶³⁷⁾ et l'arbitrage ⁽¹⁶³⁸⁾ insistent sur l'inexistence d'un certain « *contrat administratif international* » évoqué précédemment. Ils considèrent que le concept du contrat administratif est spécifiquement français puisqu'un bon nombre de systèmes juridiques ignorent sa conceptualisation : « *il s'agit d'une conception connue seulement de certains pays, comme la France ou l'Égypte, et*

contractuel, la jurisprudence administrative applique cette réalité, *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, Economica, Paris, 1985, pp. 214 et s.

¹⁶³³ () LALIVE J.F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1983, pp. 120 et s ; JACQUET J.M., « Le contrat d'État », *op. cit.* p. 32, n° 158 ; dans les marchés internationaux, il y a une contradiction au moins partielle entre attentes et exigences de l'État et son cocontractant. Elle sollicite plus d'assouplissement difficilement acquis en matière interne, WEIL P., *Droit international public et droit administratif*, *In Mélanges TROTABAS L.*, L.G.D.J., Paris, 1970, pp. 511 et s., spéc. 511.

¹⁶³⁴ () SALAMA A. *op. cit.*, Le Caire, 1984, p. 59.

¹⁶³⁵ () *Ibid.*, p. 63.

¹⁶³⁶ () On a fait référence aux affaires de *Habibe Bechara* et des époux *Fourny* au cours desquelles le Conseil d'État français a appliqué la loi française du fait que l'accord était administratif, alors que cette application était en défaveur de l'Administration, BERLIN D., *op. cit.*, thèse, 1981, pp. 48 et 255 ; dans ce sens V. HADAD Hafiza, *Al-aucoudes al-mobramah baeina aldouale wa al-ashkass al-agnabiah*, *op. cit.*, 1^{ère} édition, Dar El-Nahhda El Arabia, Le Caire, 1996, p. 477.

¹⁶³⁷ () TOUBIANA A.M., *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, T. I., p. 576.

¹⁶³⁸ () Sentence *Texaco-Calasiatic c/ la Libye*, *Clunet*, 1977, p. 340 ; sentence, affaire n° 3050 de 1992, *Clunet*, 1993, pp. 1004 et s.

peu connue ou inconnue dans les pays de common law, dans les pays socialistes et dans de nombreux pays musulmans » (1639). Les États de *commun law* l'ignorent (1640) et la distinction entre les contrats publics et privés connue en droit allemand n'a rien de comparable avec la théorie française et ses réglementations (1641). Cette conception étrangère au droit commun, au droit musulman et au Droit des gens (1642), est particulièrement française : sa transposition dans d'autres pays tient plutôt à des raisons liées à la colonisation (1643). Elle serait alors difficilement généralisable et il serait impossible qu'elle puisse constituer un principe reconnu par la communauté des nations (1644). La référence à cette théorie exige, de toute façon, qu'elle soit connue de l'État d'accueil et de celui de l'autre contractant. Une telle qualification ne doit pas dépendre de la seule loi de l'État d'accueil. Il est vraisemblable que s'il l'avait su, l'investisseur aurait renoncé à l'opération (1645).

b) Un contrat administratif international, parent pauvre d'un juge compétent

378. Particulièrement développée dans des ordres complexes et structurés, la théorie sollicitée serait difficilement accueillie dans les relations de commerce international pour une ultime raison. L'attribution des litiges imputés à l'administration à un juge spécialisé '*administratif*' est l'un des aspects fondamentaux pour assurer les intérêts suprêmes. Il ne serait ni opportun ni possible de l'appeler à défaut de juge compétent (1646). Le souci de neutralité a généralisé le recours à un arbitrage excluant ainsi la compétence de la justice *de l'État contractant*. De plus, toute transposition de ladite théorie au niveau international devrait impliquer des tribunaux *administratifs*

¹⁶³⁹ () LALIVE P., L'État en tant que parti à des contrats de concession ou..., *op. cit.*, in *UNIDROIT*, Rome 1976, pp. 317 et s, spéc. p. 359.

¹⁶⁴⁰ () BERLIN D., Le régime juridique international..., *op. cit.*, thèse, Paris, 1981, p. 57.

¹⁶⁴¹ () L'imperfection est entendue dans le sens où selon le droit romano-germanique, le droit civil et le droit administratif matériel en confondant entre eux a considérer que ces deux branche font désormais une partie du droit public. Cf. *ibid.*, p. 57.

¹⁶⁴² () DAVID Nicolas, « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers », *Clunet*, 1985, pp. 85 et s.

¹⁶⁴³ () comme l'Algérie, la Belgique, les États d'Afrique noire francophone, l'Éthiopie, l'Égypte et les autres États arabes ayant instauré leur système juridique sous l'égide de juristes égyptien.

¹⁶⁴⁴ () LALIVE P., L'État en tant que partie à des contrats..., *op. cit.*, Unidroit, Rome, 1976, V. II, pp. 317 et s., spéc. 359 ; LALIVE J.-F., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1983, pp. 194-196.

¹⁶⁴⁵ () Si cette qualification ne peut se faire qu'à travers le Droit international privé du for, on voit mal que l'arbitre international puisse l'adopter à défaut d'un principe général sur ce point. LALIVE Pierre, L'État en tant que partie à des contrats de concession ..., *op. cit.*, Unidroit-Rome, 1976, V. II, pp. 317 et s, spéc. 350-59 ; DAVID N., *op. cit.*, *Clunet*, 1985, spéc. p. 86.

¹⁶⁴⁶ () DAVID N., *op. cit.*, *supra*, *Clunet*, 1985, p. 86.

indépendants, donc internationaux, toujours absents (¹⁶⁴⁷). Ainsi, sous prétexte d'assurer l'équilibre contractuel, la théorie du contrat administratif manquerait, en l'espèce, sa juridiction spéciale (justice administrative) face à une tendance grandissante en faveur de l'arbitrabilité des différends (¹⁶⁴⁸).

379. Quelle que soit la pertinence de ces arguments, cette théorie est largement contredite par la pratique contractuelle, les sentences et certaines juridictions. Naguère adoptée par certaines sentences, elle a été écartée majoritairement : « *si certains arbitres ont bien examiné la question de savoir si de tels accords d'investissement pouvaient être assimilés à la catégorie des contrats administratifs, aucune sentence arbitrale n'a reconnu une telle qualification* » (¹⁶⁴⁹). Le recours aux contrats administratifs n'est alors qu'une suggestion irréalisable, faute de pouvoir occuper une place dans un Droit international économique qui révèle une tendance prononcée à la privatisation. Une théorie que « *dénie le caractère obligatoire des contrats internationaux et mise un peu à toutes les sauces* » (¹⁶⁵⁰), n'est guère utile pour toutes ces raisons. *L'assouplissement des rapports contractuels et la prise en compte de l'intérêt national n'impliquent en rien la négation de la contractualisation : « il paraît même superflu de tuer le contrat parce qu'on a des besoins de l'assouplir. C'est une politique de Gribouille qui se jetait dans la rivière pour éviter d'être au milieu de la pluie. Le fondement du contrat étant un accord de volonté entre deux parties désireuses de bonne foi de reglinglette, leurs relations à fin d'atteindre un but déterminé dans leur intérêt mutuel. Il faut qu'elles reconnaissent à leurs droits et obligations respectives un effet obligatoire d'une certaine durée. Le principe général est clair, mais il est nécessaire de serrer la question de plus près et de nuancer la réponse en prenant en considération successivement la situation, l'objectif et les intérêts des parties qui désirent conclure un contrat d'État* » (¹⁶⁵¹).

¹⁶⁴⁷ () LALIVE J.F., Les contrats État ou..., *op. cit., supra, R.C.A.D.I.*, 1983, V. III, p. 359 ; LALIVE P., *op. cit., UNIDROIT-Rome*, 1976, V. II, pp. 317 et s, n° 74.

¹⁶⁴⁸ () JACQUET J.M., Le contrat d'État, *op. cit., J.-C., Dr. Int.*, 1998, p. 32, n° 158 ; AUDIT B. « L'arbitrage international et les contrats d'État », *R.C.A.D.I.*, 1987, spéc. 55 ; LALIVE J.F., *op. cit., R.C.A.D.I.*, V. III, 1983, spéc. p. 120.

¹⁶⁴⁹ () BERLIN D., « Les Contrats d'État et la protection des investissements internationaux », *D.P.C.I.*, 1987, pp. 191 et s., spéc. 250, n° 43 ; LÉBOULANGER Ph., *Contrats entre états et...*, *op. cit., economica*, Paris, 1985, p. 215.

¹⁶⁵⁰ () LALIVE J.F., *op. cit., supra, R.C.A.D.I.*, V. III, 1983, spéc. pp. 194-196.

¹⁶⁵¹ () *Ibidem*.

CHAPITRE II

INTERNATIONALITÉ ET PUBLICISATION : OPPOSABILITÉ OU COHABITATION

380. La dualité de qualification 'publique ou privée' existait avant la création même du Conseil d'État français ⁽¹⁶⁵²⁾. S'interrogeant sur la nature d'un contrat conclu entre un particulier et un souverain, *Grotius* affirma que « *les contrats passés par les Rois ne sont pas des lois, il peut y avoir des actes mélangés de contrats et de lois, tels que le contrat fait avec un fermier des impôts ou un roi voisin ; lequel est en même temps publié pour servir de loi, en tant qu'il renferme des choses qui doivent être observées par les sujets* » ⁽¹⁶⁵³⁾. Cette qualification est sollicitée dans le domaine international pour séparer les rapports de droit international privé de ceux de Droit des gens ⁽¹⁶⁵⁴⁾. Si l'attribution de l'immunité de juridiction ou d'exécution relève de cette division ⁽¹⁶⁵⁵⁾, les accords étudiés sont beaucoup plus proche des rapports internes de l'administration ⁽¹⁶⁵⁶⁾. Il en résulte que leur qualification joue un rôle important *dans les recèlements des différends même si le droit public ne fait pas encore partie des lois faisant objet des règles du rattachement* » ⁽¹⁶⁵⁷⁾. Le classement de ces accords dans plusieurs catégories est un fait incontestable : leur incorporation dans « *un seul moule juridique* » est

¹⁶⁵² () La pratique contractuelle témoigne que des marchés de travaux des Ponts et Chaussées, qui furent conclus entre des particuliers et l'Administration et furent accompagné de cahiers des charges précis, remontent à la fin du XVII^e siècle alors que la jurisprudence du Conseil d'État, créé au XIX^e Siècle, s'inspira fortement pour redéfinir les règles applicables à ces opérations similaires. FRIER P. L., *Précis de droit administratif*, Éd. Montchrestien, Paris, 2001, p. 549 ; Le Conseil d'État avait pour mission la conciliation entre le pouvoir économique des capitalistes et le pouvoir politique de l'Administration. SIDIBE F.F., *Les enjeux de la qualification...*, *op. cit.*, thèse, Nice, 1995, p. 178.

¹⁶⁵³ () GROTIUS « *Le droit de la guerre et de la paix* » ; une pareille distinction a été faite dans les écrits de VATEL ; son ouvrage *Le droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des souverains* ; cité par G. CISTAC, *Une histoire juridique de l'État contractant dans le commerce international*, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, T. XLIII 1995, pp. 172-193, spéc. pp. 190-91.

¹⁶⁵⁴ () *C'est l'existence de l'État qui donne naissance à la double série des relations privées et publiques, d'une part, des relations internes et internationales de l'autre.* Quelle que soit la qualité des personnes intéressées à la relation, l'existence d'un élément d'extranéité' donne à cette relation son caractère 'international' : F. RIGAUX, *Droit public et Droit privé dans l'ordre juridique international*, *In Mélanges DEBIN J.*, pp. 247-249.

¹⁶⁵⁵ () *Ibid.*, pp. 260-261.

¹⁶⁵⁶ () *Ibid.*, p. 257, n° 13.

¹⁶⁵⁷ () FILALI O., « *Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé ; La coopération transfrontalière entre les collectivités publiques infra-étatiques* », *Rev. Crit. Dr. Int.*, 1997, pp. 404 et s., spéc. 415.

impossible (¹⁶⁵⁸), car un contrat d'exportation d'une quantité de céréales ne peut pas s'assimiler à un marché économique de développement (¹⁶⁵⁹). En effet, lorsqu'on parle de contrats d'État, il est fondamental de distinguer les contrats qui sont des contrats à finalité purement commerciale et les contrats d'investissements (¹⁶⁶⁰). Il ne devrait pas y avoir le même traitement entre un *M.P.I.* dit instantané et un autre de longue durée (¹⁶⁶¹). Il n'y a donc pas un régime unique des contrats où l'État est partie, « *mais plusieurs régimes en fonction de la nature des contrats et des activités en cause* » (¹⁶⁶²). Il est nécessaire de distinguer les accords dont l'État est souverain de ceux dont il paraît être comme un simple contractant (¹⁶⁶³). Il existe donc un accord commun sur la dualité des contrats de l'État entre contrats ordinaires et autres importants. Ceci étant dit, il faut s'opposer à l'intégrisme juridique de la privatisation des *M.P.I.* (¹⁶⁶⁴) ou de leur publicisation (¹⁶⁶⁵). Il faut rejeter l'extrémisme et chercher entre les théories posées une

¹⁶⁵⁸ () KADIDI k., Contrats internationaux de travaux publics en droit libyen, thèse Dijon, 1978, p. 362 ; Toutefois M. BERLIN n'admet pas la pluralité des réglementations ; « *Il peut sembler curieux de rechercher à distinguer parmi les accords analysés, alors que l'on prétend définir le régime juridique de tous ces contrats. Admettre l'éventualité de l'existence de plusieurs régimes, ce serait mettre en évidence le danger de voir le régime que l'on veut de droit commun devenir d'exception pour l'ensemble des accords concernés* », in *Le régime juridique international des accords entre États et ressortissants d'autres États*, thèse, Paris, 1981, p. 28

¹⁶⁵⁹ () WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats..., *op. cit.*, R.C.A.D.I., 1969, V. III, T. 128, pp. 95-240.

¹⁶⁶⁰ () « *qui supposent une implication beaucoup plus grande de la part de l'État, et qui n'ont pas, naturellement, les mêmes buts (...). Je crois, ajoute l'auteur, que l'on peut laisser de côté, dans les débats qui nous intéressent aujourd'hui, les contrats commerciaux. Un contrat par lequel un État achète des chaussures pour son armée ou même des armes (...). Ce sont des contrats dits d'échange qui épuisent leurs effets en très peu de temps et qui ne présentent pas de particularités ni de spécificité par rapport à des contrats de droit privé, de droit commercial international. En revanche, les contrats dits d'investissement qui sont au centre d'un conflit éternel qui est le conflit entre l'intérêt général (...) et l'intérêt privé* » LÉBOULANGER Ph., Débats, souveraineté d'État et arbitrage, *Rev. Arb.*, 1985, p. 597.

¹⁶⁶¹ () JACQUET J.M., « Le Contrat d'État », *Éd. Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998 ; « *on peut distinguer entre contrats purement privés (par exemple vente, prêt, contrat de construction) et contrats pouvant avoir un caractère public (par ex., investissement direct, contrat d'importance nationale et, bien sûr concession de service public* », Pierre-Yves TSCHANZ, « Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international », *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1985, pp. 47 et s., spéc. 78, n° 55.

¹⁶⁶² () Ajoutant que « *la pluralité de régimes avait été mentionnée et discutée par l'Institut de droit international lors de l'examen du rapport du professeur Van HECKE sur « Les accords entre un État et une personne privée étrangère » présenté à la session d'Oslo de 1977, sans d'ailleurs que la résolution finale en ait tiré vraiment les conséquences* », KAHN Philippe, « Souveraineté de l'État et règlement du litige régime juridique du contrat d'état », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 641-642.

¹⁶⁶³ () MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État... », *op. cit.*, *Clunet*, 1986, pp. 5 et s.

¹⁶⁶⁴ () SALAMA A. Abdul Karime, *Les contrats internationaux d'investissements et de développement économique*, Le Caire, 1984, p. 58.

¹⁶⁶⁵ () « *les contrats conclus par l'État avec des investisseurs étrangers n'ont pas une seule nature : tantôt ils sont administratif et tantôt ils sont des contrats privés. Il faut alors analyser chaque hypothèse avant de rattacher à son ordre juridique* », Youssef Abdulhadi ELIKIABY, *Al-nézam alquanouni léaucoud nakle al-technologiah*, (Le régime juridique des accords du transfert de technologie), Université de El-Zacaziq, 1989, p. 311 ; Adde, OMAR Helmi, *Méïïar alâkd alédari*, (Critère distinctif du contrat administratif), Dar El-Nahda, Le Caire 1993, p. 65.

véritable conciliation. On doit s'interroger sur l'existence de critères de publicisation dans les marchés internationaux. En cas d'une réponse affirmative, est-il possible de mettre en cause des critiques avancées ? L'internationalité de ces marchés ne conduirait-elle pas à une *publicisation* dépourvue d'effets ? (**Section I**). Ces questions ne sont pas d'ordre théorique car elles ne cessent de se poser devant les juges étatiques. Le Conseil d'État français a précisé que le caractère administratif des *M.P.I.* présente « une incompatibilité radicale » avec leur internationalisation (¹⁶⁶⁶). Cet avis a contraint le législateur du pays à promulguer une nouvelle législation (¹⁶⁶⁷). S'intéressant à l'arbitrabilité dans ces marchés, ce droit n'a pas traité le fond de la question. Restant muette sur leur particularité (internationalité et publicisation), cette loi permet de croire que si cette intervention « a été nécessaire c'est que, sans dérogation législative, ces accords demeurent administratifs » (¹⁶⁶⁸). Un raisonnement *a contrario* de l'avis mentionné conforte cette appréhension. Si le rattachement de l'accord à l'ordre français a exigé une dérogation législative (pour l'insertion de clause arbitrale), une telle convention ne peut qu'être administrative (¹⁶⁶⁹). Le problème n'est pas propre à la justice française. Plusieurs tribunaux étrangers s'attachent à la nature administrative de ces conventions. Cependant, il se trouve que ces juges ne sont plus saisis pour trancher des questions du fond. Devenus les juges par excellence des accords étudiés, les arbitres s'opposent à ces convictions. Dès lors, il faut traiter la positivité de la nature administrative afin de préciser si les raisons de son déclin sont celles que nous partageons (**Section II**).

Section I

Évaluation théorique : coexistence entre internationalité et publicisation

381. Contrairement aux critiques de la publicisation, plusieurs *M.P.I.* peuvent répondre aux critères de cette conception (**Sous-section I**). Toutefois, l'internationalité

¹⁶⁶⁶ () « Il en résulte donc que, dès lors qu'une convention répond au critère organique et matériel du contrat administratif, elle doit relever du seul droit administratif interne et de la compétence juridictionnelle exclusive administrative, selon le principe qui veut que la compétence suit le fond », Avis du 6 mars 1986, Section des travaux publics, Conseil d'État français, DE BOISSESON « Interrogations et doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi du 19 août 1986 », *Rev. Arb.*, 1987, pp. 3 et s.

¹⁶⁶⁷ () Il s'agit de la loi du 19 août 1986, Cf. *idem*.

¹⁶⁶⁸ () FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration... », op. cit., *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, pp. 404 et s., spéc. note de bas 421.

¹⁶⁶⁹ () Cf. *ibidem*.

de ces accords remet sérieusement en cause les conséquences classiques de cette qualification (**Sous-section II**).

Sous-section I **Persistence de la publicisation et rejet de ses objections : les M.P.I.** **contrats à caractère administratif**

382. La présence des critères des contrats administratifs dans la plupart des *M.P.I.* est une réalité juridique. Elle nous contraint à répondre tant aux attaques à l'encontre ses éléments fonctionnel et organique (**I**) qu'à celles relatives à l'effectivité du recours au droit public (**II**).

I / Présence des critères du contrat administratif

383. Les reproches liés à la qualité des parties doivent recevoir un rejet catégorique. Cette conviction est, de prime abord, d'ordre logique. On ne peut pas assimiler entre les particuliers et les personnes étatiques (¹⁶⁷⁰). On ne doit pas créer une discrimination au profit des étrangers au nom de leur extranéité ou de leur masse économique. Le déclin de la publicisation peut entraîner une certaine discrimination entre étrangers et nationaux qui contractent avec les personnes publiques. En effet, si l'extranéité milite en faveur d'un traitement identique, la citoyenneté ne doit pas établir une discrimination juridique. Il est inexplicable que deux affaires similaires puissent avoir un double traitement : l'un '*exorbitant*' pour les nationaux et l'autre '*préférentiel*' pour les étrangers. Ces derniers qui revendiquent un traitement concurrentiel lors de l'accès à leurs accords, ne doivent pas bénéficier d'un traitement différentiel en cas du différend. Ils ne sauraient prétendre qu'à l'égalité traduite par les tenants du standard minimum, inscrit dans plusieurs traités interétatiques. Cette réplique n'est pas seulement académique. Au nom de l'égalité de traitement, certains États avaient exigé, dans des textes constitutionnels, la soumission des investisseurs étrangers à leurs législations (¹⁶⁷¹). Plusieurs marchés des États américains (¹⁶⁷²) ont stipulé la « *clause Calvo* » en

¹⁶⁷⁰ () Voyez la Première Partie, Titre 1, Chapitre 1, section 1.

¹⁶⁷¹ () Ainsi des dispositions constitutionnelles (Salvador 1896, Guatemala 1927, Chili 1871) imposèrent que « *les sociétés commerciales, nationales ou étrangères, sont assujetties sans restrictions, aux lois de la République. Dans tout contrat passé avec des étrangers par l'État et dans toute concession que celui-ci octroie à des étrangers. Ceux-ci doivent déclarer expressément qu'ils se soumettent aux lois et aux tribunaux de la République et qu'ils renoncent à tout recours d'ordre diplomatique* » BERLIN D.,

vertu de laquelle les investisseurs renonçaient aux autres voies du recours juridictionnel ou diplomatique (¹⁶⁷³).

384. Sur le plan juridique, l'opérateur *public* étranger n'a pas, en droit administratif (français), un statut différent de celui d'une simple personne privée (¹⁶⁷⁴). L'extranéité en raison de la nationalité est « *insuffisamment significative* » et ne pourrait pas faire échec à l'application de la loi française (¹⁶⁷⁵). Si l'on fait abstraction des considérations politiques, le choix d'une entreprise étrangère n'est que l'expression de la préoccupation des États soucieux d'acquérir les nouveautés technologiques (¹⁶⁷⁶). En effet, les marchés publics sont étroitement liés aux budgets et aux finances publiques. Ils permettent d'exécuter ou participent à l'exécution d'un service public. Ce faisant, le choix de leur titulaire ne peut se faire au mépris de la cohérence. Ce choix doit contribuer à l'obtention de prestations de qualité au meilleur prix (¹⁶⁷⁷). Si de telles passations ne peuvent se faire que par des étrangers, les résidents auraient peu de chances de les voir attribuer. Ce constat ne doit juridiquement pas favoriser un traitement discriminatoire au profit des étrangers. L'inégalité produite par la citoyenneté est male menée.

385. D'ailleurs, l'assimilation faite entre le traitement des droits contractuels et l'exercice de droits politiques est infondée. Dans toutes les démocraties, les étrangers sont soumis aux tribunaux et droits locaux alors que leurs droits électoraux sont inexistantes sinon limités. D'une manière plus générale, il est inimaginable qu'un droit

Le régime juridique applicable aux accords entre États et ressortissants d'autres États, *thèse*, Paris, 1981, pp. 130-133, note de bas de page

¹⁶⁷² () Ainsi, conclu en 1976, le marché de service impliquant l'opérateur brésilien *PETRO* et une entreprise étrangère contenait des dispositions analogues. BERLIN D., *op. cit.*, *thèse*, Paris, 1981, pp. 130-133.

¹⁶⁷³ () Dans un arbitrage impliquant les États-Unis, le Mexique au North American Dredging Company of Texas, l'arbitre a jugé qu'une telle clause ne saurait avoir aucune incidence à l'égard de l'État qui exerce la protection diplomatique. Elle ne serait que l'expression de l'engagement d'épuiser de bonne foi toutes les voies de recours locales. Paul REUTER, *Droit International Public*, 1976, Themis, pp. 249 et s.

¹⁶⁷⁴ () AUDIT M., *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 265.

¹⁶⁷⁵ () Considérant que l'internationalité d'un accord doit être objective et qu'un élément d'extranéité quelconque suffit, l'auteur a néanmoins précisé qu'« *au moins deux éléments semblent insuffisamment significatifs : le lieu de la conclusion et la nationalité. En quoi un contrat par ailleurs purement français mais qui porte la mention - véridique ou mensongère - signé à Bruxelles est-il international ? Et en quoi, dans une vente de melons par un producteur de Cavaillon à un épicier parisien, le choix de la loi turque ou brésilienne est-il justifié sous prétexte que l'épicier est italien ? ...* ». MAYER P., *Droit international privé*, Montchrestien, 6^{ème} édition, Paris, 1998, n° 700, p. 457.

¹⁶⁷⁶ () En revanche, le choix des entreprises locales est souvent source d'économies, PEZIN Charlotte, *Les marchés internationaux et le Code des marchés publics, mémoire de D.E.A.*, Paris II, 2001, p. 50.

¹⁶⁷⁷ () Cf. *ibidem*.

public national se désintéresse totalement de l'activité *transnationale* de ses personnes publiques. Les questions traitées par les *M.P.I.* ne diffèrent guère de celles que peuvent évoquer les contrats entre personnes publiques d'un même pays ⁽¹⁶⁷⁸⁾. La particularité liée à la présence d'un cocontractant étranger ne doit pas affecter la compétence du droit administratif ⁽¹⁶⁷⁹⁾ et encore moins la qualification juridique.

386. À propos des *M.P.I. liés au service public*, il est frappant que de grands auteurs refusent de voir dans ces marchés l'implication des critères de la publicisation. Contrairement à leurs opinions, plusieurs accords de ce genre enferment ces éléments. Dans bien des cas, personne ne devrait contester l'exécution par ces marchés du service public ou la participation à son exécution : « *il existe dans les accords qui passent le pouvoir public des contrats ayant des liens directs avec l'économie. Il s'agit des contrats économiques ayant pour objet la concentration et/ou l'organisation de l'activité économique et la mise en œuvre des patrimoniaux classiques* » ⁽¹⁶⁸⁰⁾. Dans les contrats internationaux de souveraineté, les parties entendent réaliser « *des objectifs eux-mêmes définis en dehors de leur volonté qu'il s'agisse des contraintes du marché ou des contraintes du développement. Ainsi le montrent les accords à long terme dans lesquels, les aléas économiques et technologiques contraignent les parties (surtout étatique) à les considérer comme préférables à tout équivalent monétaire* » ⁽¹⁶⁸¹⁾.

387. L'attachement de tels accords aux exigences du service public trouve son enracinement dans la logique juridique et dans l'analyse de certaines opérations. La construction des hôpitaux, des routes, des bâtiments scientifiques ou stratégiques relèvent du service public. Qu'ils soient transfrontaliers ou non, relèvent du service public, les contrats de traitement des eaux usées ou des déchets, de la prévention des incendies, de développement économique, de formation universitaire et technologique ou de protection de l'environnement ⁽¹⁶⁸²⁾. Dans tous ces cas, les cocontractants étrangers sont supposés conscients tant de la nature « *publique* » de l'ouvrage ou des prestations à réaliser que de leur destinée à satisfaire les besoins d'une nation ⁽¹⁶⁸³⁾. C'est dans le cadre de la coopération décentralisée qu'« *on ne voit pas ce qui pousserait deux collectivités territoriales à passer entre elles un accord purement*

¹⁶⁷⁸ () AUDIT M., op. cit., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 265, n° 563.

¹⁶⁷⁹ () *Ibidem*.

¹⁶⁸⁰ () BOY Laurence, L'Arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales du droit public en France : contribution du droit économique, *Rev. Dr. Int. Dr. Écono.*, 1991, p. 122.

¹⁶⁸¹ () Cf. *ibid.*, p. 123.

¹⁶⁸² () AUDIT M., op. cit., L.G.D.J., Paris 2002, pp. 232-233, n° 511.

¹⁶⁸³ () KADIDI K., Les contrats internationaux des travaux publics..., *op. cit., thèse, Dijon, 1978*, p. 364.

commercial, éloigné de leurs préoccupations »⁽¹⁶⁸⁴⁾. Ainsi, sont incontestablement liés au domaine public, des contrats comme celui de la commune de *Rhinau et le Bade-wurtemberg* pour la gestion d'une forêt communale située en Allemagne ou celui de la construction d'un pont sur la rivière frontalière major, éventuellement conclu entre le département des Pyrénées-Orientales et la Généralité de Catalogne⁽¹⁶⁸⁵⁾. De même, un marché comme celui d'*Eurodesnyland* est « *l'instrument, le moyen ou la modalité d'exécution d'un service public* »⁽¹⁶⁸⁶⁾. Un autre comme celui du Métro du Caire ne peut que relever de l'intérêt national plus que tout autre puisqu'il a vivement diminué la gravité de problèmes du transport urbain d'une capitale abritant une quinzaine de millions d'habitants⁽¹⁶⁸⁷⁾.

388. Cela étant, le démenti du critère de service public ne pourrait être qu'un abus de langage ou un amalgame de discussion. Cette conviction peut ressortir d'un raisonnement *a contrario* d'une sentence CCI rendue récemment. S'agissant un marché transfrontalier entre deux opérateurs publics (un français et un étrangers) les arbitres ont voulu priver le droit administratif français de toute application. Pour ce faire, ils ont précisé que « *la vocation nécessaire du droit administratif, dans chaque État, est de régir les services publics internes à cet État* ». Considèrent-ils, « *le service public envisagé par le contrat (litigieux) est un service public interétatique organisé en commun par les émanations des deux États* »⁽¹⁶⁸⁸⁾. Ce raisonnement, qui distingue entre service public interne et service public interétatique⁽¹⁶⁸⁹⁾, confirme qu'un marché public international peut relever du service public. Les conflits liés aux les *M.P.I.* ne diffèrent guère de ceux des contrats administratifs : « *non seulement, la matière est la même, mais l'incidence pour les usagers du service public est également identique* »⁽¹⁶⁹⁰⁾.

¹⁶⁸⁴ () AUDIT M., op. cit., L.G.D.J., Paris, 2002, pp. 232 et s, n° 511.

¹⁶⁸⁵ () Cf. *ibidem*.

¹⁶⁸⁶ () « *L'État et les personnes morales de droit public entendent réaliser, conformément à leur vocation, des objectifs d'intérêt général* », DE BOISSÉSON M., « Interrogations et doutes sur une évolution législative... », op. cit., *Rev. Arb.*, 1987, pp. 3 et s, spéc. 16.

¹⁶⁸⁷ () TAÏMOUR M. K., « La conception du contrat clé en main et son application dans le système égyptien », *Rev. Juri. Poli. Indép. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 386 et s.

¹⁶⁸⁸ () Sentence cité par AUDIT Mathias, op. cit., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 264, n° 561.

¹⁶⁸⁹ () Le droit administratif français, à titre d'exemple, distingue les services publics français des services publics étrangers. En l'espèce, il s'agissait bien d'un service public français. Le fait d'avoir été organisé pour les usagers de l'administration française et par une personne publique française en fait un service public français. Cf. *ibidem.*, n° 562.

¹⁶⁹⁰ () Pour prendre un exemple, la vocation du droit administratif français à régir l'accord conclu entre la ville de Sarreguemines et l'*Abwasserverband Saar* de Sarrebruck, concernant l'exploitation d'une station de traitement des eaux usées, et la convention entre une communauté de communes alsacienne et le Service des eaux du Bas-Rhin, ayant un objet équivalent, est identique, Cf. *ibid.*, p. 265, n° 563.

389. Par ailleurs, *il existe des marchés internationaux qui renferment des clauses exorbitantes* (¹⁶⁹¹). La présence de ces clauses ne doit pas être contestée pour plusieurs raisons. Si les clauses de résiliation unilatérale sont désormais familières aux contrats privés, celles d'intangibilité et de stabilité revêtent un caractère exorbitant (¹⁶⁹²). Si on écarte ces dernières à cause de leur nature discutée, il faut et il suffit que le contrat administratif ait une seule clause 'exorbitante'. L'octroi des avantages et privilèges financiers ne peut être que l'expression de cette stipulation (¹⁶⁹³). Par ailleurs, les difficultés sémantiques ne sont pas appropriées aux contrats administratifs. La tentative d'exclure la théorie du contrat administratif à cause de telles difficultés n'est pas un bon argument. D'une part, ce genre d'inconvénient a une portée générique. Il n'existe pas une branche de droit qui échappe à de telles impasses scientifiques. Le Droit public et privé, interne et international connaît ces embarras sémantiques. Des notions comme celle d'*investissement étranger* (¹⁶⁹⁴) ou de *contrat international* suscitent des difficultés exacerbées et d'âpres controverses en théorie et en pratique (¹⁶⁹⁵). Ceux qui ont reproché à la publicisation le flottement et l'imprécision ont-ils oublié que des crises similaires affrontent le droit international public ? (¹⁶⁹⁶). Il va de soi qu'une critique similaire n'a pas empêché *M. Weil* de plaider en faveur du droit international économique : « *il n'y a pas qu'en droit international économique que l'on retrouve ces*

¹⁶⁹¹ () Toutefois, l'existence de telles clauses ne signifie pas qu'elles soient toujours transposables. Lorsqu'elles sont appelées pour traduire des *dispositions inégalitaires*, leur utilisation « *est vouée à l'échec* » surtout en matière de coopération transfrontalière. L'inexistence d'une *domination entre personnes publiques partenaires d'un accord interne, devient hautement improbable dans les relations transnationales ; « les personnes publiques y sont sur un strict pied d'égalité, et on ne voit pas ce qui pourrait déclencher l'acceptation par l'une d'entre elles d'une telle clause »*, Cf. *ibid.*, p. 230, n° 407.

¹⁶⁹² () *Supra*, Première Partie, Chapitre 2, section 2, sous-section 2 ; adde. « *En définitive, nous pensons devoir considérer que l'insertion d'une clause de pétrification dans un contrat ne permet pas d'en conclure l'absence totale de clause exorbitante de droit commun, puisque cette clause revêt ce caractère* », LEDUCQ X., *Les accords de développement économique...*, op. cit., thèse, Rouen 1981, pp. 115-116, n° 166-167.

¹⁶⁹³ () AUDIT M., op. cit., Paris 2002, p. 230, n° 407 ; COHEN JONATHAN G., *Les concessions en droit international public*, thèse, Paris, 1966, p. 212 ; KAHN Ph., « *Problèmes juridiques d'investissement dans les Pays d'ancien Afrique française* », *Clunet*, 1965, pp. 338 et s. spéc. p. 365, MAYER P., « *La neutralisation du pouvoir normatif ...* », op. cit., *Clunet*, 1986, n° 43, p. 36.

¹⁶⁹⁴ () *Supra*, Première Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2 ; également, DELAUME G., « *Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)* », *Clunet*, 1982, pp. 775-843, spéc. 801 ; TERSEN D. et BRICOUT J.L., *Investissement direct étranger*, op. cit., pp. 6-7 ; VADCAR C., op. cit., *Juris-Classeur Dr. Int.*, Fasc. 565-50, p.17 ; EBOULANGER Ph., son intervention, in *Rev. Arb.*, 1985, p. 597 ; sentence CIRDI du 23 janvier 1997, Société Fedax N.V. c/ la République du Venezuela, *Clunet*, 1999, pp., 272-297, spéc 291, notes GAILLARD E.,

¹⁶⁹⁵ () FILALI O., « *Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé...* », op. cit., *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, p. 404 et s., spéc. p. 415.

¹⁶⁹⁶ () Ce Droit ne connaît pas des frontières quant à sa définition et à sa nature. Des théories comme celle du Droit transnational illustre bien la crise dans laquelle le droit des gens vient à d'entrer sans pouvoir s'en sortir. WEIL P., *Droit international public et droit administratif*, In *Mélanges TROTABAS L., L.G.D.J.*, Paris, 1970, pp. 511 et s., spéc. 519.

traits (sous entendu vagues). Ils se trouvent bien dans d'autres secteurs du droit international général au premier chef et dans d'autres disciplines juridiques » (1697). Bien mieux, il paraît que les publicistes se sont préservés contre cette objection par l'interprétation de « l'intention des gouvernants de créer un service public » (1698). On s'appuie sur divers indices pour dévoiler cette intention (1699).

Ainsi, rien ne devrait s'opposer à l'existence dans les M.P.I. de contrats objectivement administratifs. La publicisation d'un contrat d'État relève de la mise en cause des intérêts lui conférant certaines prérogatives exorbitantes et non pas nécessairement du caractère de service public de l'activité de son cocontractant (1700). Cependant, ce constat ne devrait pas conduire à la transposition de cette qualification tant qu'il y a des approches liées à son adaptation.

II / Mythe de l'inadéquation du régime du contrat administratif

390. Les difficultés à sanctionner l'administration, l'absence de voies d'exécution à son encontre et la théorie des actes de gouvernement rendent les limites du contrat administratif plus incertaines (1701). Elles argumentent les doutes sur son effectivité et nécessitent une tentative d'évaluation.

¹⁶⁹⁷ () « le fait de venir dire que là aussi (traités d'amitié signés entre des États) il y a de vague ne va pas du tout contre ma démonstration. Il ne s'agit pas là de traits qui sont spécifiques du droit international économique, on les retrouve ailleurs (certaines notions de droit civil) », Intervention de M. P. WEIL, Débats sur le contrôle des obligations des États dans les organisations internationales économiques, in *colloque d'Orléans, aspects du Droit international économique*, Pédone, Paris, 1977, pp. 187-188. C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁹⁸ () « La ville de Montpellier a eu pour but l'assurance de service public et que les dispositions de la loi 31 juillet 1942 montrent que le législateur a entendu instituer un service public », C.E., 4 mars 1910, cité par DE LAUBADERE A., *Traité élémentaire de droit administratif*, 1953, p. 556.

¹⁶⁹⁹ () ex., l'octroi de prérogatives de droit public, notamment le pouvoir d'exproprier, de taxer, d'imposer des contraintes aux tiers, la concession d'un monopole. DE LAUBADERE A., « *Traité élémentaire de droit administratif* », 1953, pp. 557-558 ; v. également M. JEZE G., selon qui, il faut la rechercher suivant l'intention du gouvernement concerné : « le juriste n'a pas à rechercher s'il estime que les gouvernants ont tort ou raison de le faire. Il se peut que le juriste découvre d'excellentes raisons pour ne pas satisfaire tel besoin d'intérêt général par le procédé du service public. Dans ce cas, il dira qu'il est regrettable que le procédé du service public ait été prescrit par les gouvernants. Par exemple, en France, à une certaine époque, la religion a été un service public; il était satisfait aux besoins religieux de la population par le procédé du service public. Il y avait des théories spéciales, un régime juridique spécial. Certains juristes considèrent qu'il est regrettable qu'on ait abandonné le procédé du service public; d'autres s'en félicitent. Cela n'a pas d'importance au point de vue juridique », JÈZE G., « Les éléments essentiels du Service public », *Rev. Dr. Pub.*, 1913, pp. 510-511 : dans ce sens, DE LAUBADERE A., *op. cit., supra*, L.G.D.J., 1953, p. 556.

¹⁷⁰⁰ () Le risque de « privatisation » des contrats d'État, tel qu'incarné par la sentence *Texaco-Calasiatic*, a été dénoncé par plusieurs auteurs, pour qui l'internationalisation ou, la soumission à un tiers droit des accords de développement économique doit conduire à une certaine flexibilité et non à leur immutabilité. TSCHANZ P.-Y., « Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État... », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1985, pp. 47 et s, spéc. p. 80, n° 59.

¹⁷⁰¹ () WEIL P., *op. cit., supra*, In *Mélanges TROTABAS L.*, L.G.D.J., Paris, 1970, pp. 511 et s., spéc. 517.

A) Connaissance internationale du contrat administratif

391. Il n'est pas ou plus exact que la théorie des contrats administratifs est spécifiquement française : « *en réalité, dit l'un de ses opposants, la notion de contrat de droit public n'est pas particulière aux systèmes inspirés par le modèle français. Dans les autres systèmes juridiques, y compris les droits anglo-américains, on retrouve la même réalité derrière la façade d'une technique différente. Partout, la présence d'une puissance publique agissant de jure-imperii pour la promotion des intérêts de la communauté nationale se reflète nécessairement par l'élaboration d'un régime spécial* »⁽¹⁷⁰²⁾. Ce témoignage aurait dû suffire pour décliner cette objection. Cependant, il est opportun de lui accorder un développement succinct pour s'assurer de son effondrement. Une critique qui aurait pu être fondée au siècle dernier, n'est plus justifiée actuellement. Plusieurs études comparatives ont démontré la connaissance du concept des contrats de droit public par tous les systèmes juridiques⁽¹⁷⁰³⁾. Si plusieurs États de l'Afrique Noire ou du Nord⁽¹⁷⁰⁴⁾ ont adopté cette théorie sous l'influence de la colonisation⁽¹⁷⁰⁵⁾, d'autres comme l'Égypte ou la Libye l'ont incorporé pour son adéquation : la réglementation égyptienne des contrats administratifs « *n'est pas le produit de la colonisation car le Code civil égyptien de 1948 rédigé par le grand juriste 'Sanhoury' est inspiré du Code Napoléon* »⁽¹⁷⁰⁶⁾. Par ailleurs, de nombreux États asiatiques (*Russie, Syrie, Liban, Irak, Koweït...*) ou européens (*Allemagne, Italie, Espagne, Portugal, Belgique...*) connaissent des concepts juridiquement voisins⁽¹⁷⁰⁷⁾.

¹⁷⁰² () EL-KOSHERI A.S., Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *R.C.A.D.I.*, 1975, T. 147, v. IV, pp. 219 et s., spéc. 326.

¹⁷⁰³ () LEDUCQ X., op. cit., thèse, Rouen, 1980, p. 118, n° 172.

¹⁷⁰⁴ () Certes, une partie considérable des territoires l'a connu sous l'influence de l'occupation. Il s'agit surtout des États de l'Afrique du Nord et d'Afrique Noire, LECHER L., *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1995, pp. 27 et s.

¹⁷⁰⁵ () Ainsi, jusqu'à son indépendance, les accords de ressources naturelles de l'Algérie française se qualifiaient de contrats administratifs et relevaient de la seule compétence du Conseil d'État ou de ses institutions. DEVAUX-CHABONNEL, L'intervention de l'État dans la recherche et exploitation des gisements de pétrole, thèse Paris 1955 ; par le même auteur « L'arbitrage international et la conversation des gisements pétroliers », *Pétrole et Gaze Arabes*, n° 3, 1^{ère} août 1970, p. 2.

¹⁷⁰⁶ () Il va de soi que le recours fréquent par les théoriciens et praticiens égyptiens au droit français à titre de *ratio scripta* relève de la filiation juridique existant entre les deux nations LEBOULANGER Ph., Note sous la décision du 17 mars 1997, Cour d'Appel du Caire : Organisme des Antiquités c./ G. Silver Night Company, *Rev. Arb.*, 1997, pp. 285 et s., spéc. p. 296, n° 8.

¹⁷⁰⁷ () Ainsi au Royaume-Uni ou aux États-Unis, il existe des règles particulières aux contrats de l'administration sans qu'on y rencontre pour autant deux ordres de juridictions distincts. En Belgique, pays à système judiciaire dualiste, le concept de contrat administratif existe mais celui-ci est soumis aux juridictions civiles. En Italie, les contrats de droit public relèvent également des juridictions civiles mais le juge administratif peut connaître de la '*deliberazione a contrare*'. En Espagne, la juridiction administrative est compétente à l'égard de tous les contrats passés par l'administration, publics comme privés. Enfin, en Allemagne, le champ du contrat administratif est très restreint et concerne principalement les relations conventionnelles entre personnes publiques. Rares sont les contrats administratifs impliquant des particuliers. En tout état de cause, ils relèvent de juridictions

L'intérêt de cette théorie n'est donc pas à démontrer et les difficultés auxquelles elle a su faire face sont connues dans tous les ordres juridiques (¹⁷⁰⁸). Même dans les systèmes de *Common Law*, on se réfère à des solutions proches de celles qui prévalent en France (¹⁷⁰⁹). Ces lois consacrent aux contrats de l'État un ensemble de règles spécialement protectrices pour les contractants publics (¹⁷¹⁰). Les dernières évolutions de système *anglo-saxon* entraînent certaines délimitations inspirées du droit public aux contrats du gouvernement. Les plus importantes concernent la formation des contrats et l'insertion des clauses-types « *standard conditions* » qui accordent à l'État certains pouvoirs exorbitants (¹⁷¹¹). La tendance est plus accentuée dans le Droit des États-Unis d'Amérique : les contrats de l'État fédéral contiennent des clauses-types sur la résiliation unilatérale. Leurs contentieux sont soumis à des juridictions spéciales, et développent ainsi « *un véritable Droit des contrats administratifs dérogatoires du Droit commun* » (¹⁷¹²).

392. Enfin, il faut s'élever contre l'idée qu'un contrat administratif est ignoré par les États qui appliquent le Droit musulman (Arabie Saoudite). Cette constatation n'est pas objectivement fondée car la suprématie des intérêts communs est accordée par les textes du Coran (¹⁷¹³). En effet, les juristes musulmans ont découvert dès le Xe siècle la technique qui consiste à dégager de règles bien établies du droit classique des principes généraux (*kawaed kuliyyat*), normes supérieures, à très large portée. Assurant l'évolution du droit musulman tout au long des siècles, ces principes généraux du droit ont transité

administratives. AUDIT M., op. cit., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 239 (note de bas de page) ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., n° 34-41, p. 28-31 ; LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre État et...*, op. cit., note bas de page, p. 216 ; SSABOURIN p et autre, « L'Exécution du plan par les entreprises d'État soviétique », *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1970, pp. 18 et s ; STAINOV P., « *La théorie des contrats administratifs et le droit socialiste* », *Rev. Dr. pub.*, T. 82, n° 2, pp. 229 et s ; COHEN-JONATHAN G., *Les concessions en droit international*, thèse, Paris 1966.

¹⁷⁰⁸ () WEIL P., « Un nouveau champs d'influence pour le administratif français... », op. cit., *Recueil et documents du Conseil d'Etat*, 1970, spéc. p. 22.

¹⁷⁰⁹ () Cf. *ibidem*.

¹⁷¹⁰ () BERLIN D., *Le régime juridique international des accords conclus entre États et ressortissants d'autres États*, thèse, Paris, 1980, p. 412.

¹⁷¹¹ () Dans ce sens il a été jugé que les contrats conclus par l'État ne peuvent pas lier l'exercice d'une compétence donné par la loi ou d'un pouvoir discrétionnaire (affaire de l'Amphitrite jugée par la High Court en 1921), v. LECHER L., *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 25.

¹⁷¹² () Il en est ainsi car la juridiction compétente qui était jusqu'en 1982 la Court of Claims, est devenue désormais la *United States Claims Court*. De plus, les décisions de ces autorités sont susceptibles de recours devant les Districts Courts. Cf. LECHER L., op. cit., *supra*, p. 26.

¹⁷¹³ () « *le droit musulman prône l'intérêt collectif face à l'intérêt individuel. L'ordre moral imposé limite la liberté de chacun, aussi bien dans la structure du contrat que dans ses conséquences en cas d'inexécution la réparation du dommage causé correspond à la contre valeur, sans que soit accorder des intérêts prohibés* », PAGNON-MAUDET Ch., « Les contrats d'affaire en Droit musulman à travers l'exemple du contrat d'entreprise », *Rev. Dr. Int. et de Dr. Comparé*, 1998, pp. 213 et s, spéc. pp. 216-217.

à travers les frontières : « Ils sont aujourd'hui considérés comme l'une des sources majeures du droit international privé en ce qui concerne notamment le commerce international. Ils constituent surtout un instrument fédérateur de premier plan entre les différents systèmes juridiques. C'est ainsi qu'on peut avoir des nombreux principes généraux dégagés par la jurisprudence française parfaitement intégrés dans les droits arabo-musulmans en total accord avec les prescriptions de la chari'a »⁽¹⁷¹⁴⁾. L'esprit des contrats de droit public est donc sans doute international. Aucun contrat de droit privé s'assimile au contrat de service public. Même dans les pays qui n'ont pas un droit administratif de type français, ses idées développées sont appliquées par les tribunaux étatiques⁽¹⁷¹⁵⁾ : « la question de la qualification de droit public ou de droit privé du contrat se pose, quel que soit le système juridique dont relève l'État cocontractant »⁽¹⁷¹⁶⁾.

393. Cela étant, il faut alors écarter toute idée privant l'intégration du contrat administratif dans les principes des Nations civilisées. Lorsqu'il s'agit de vérifier si une norme donnée a ou non la qualité de principe avancé, *il n'y a pas lieu de rechercher s'il a un titre particulier à s'appliquer à la situation en cause, mais s'il constitue objectivement un principe ayant cette caractéristique*⁽¹⁷¹⁷⁾. L'origine française de la théorie du contrat administratif n'empêche en rien son intégration à de tels principes. Ce même concept renvoie à des normes tenues en tant que principes généraux du Droit des gens. Les opinions ou les décisions contraires ne se sont pas attachés à l'examen du statut du droit administratif français. Leur vision sur cette question varie au gré des visés. Lorsque ces visions opposent un accord litigieux au pouvoir d'exercer une autorité souveraine, elles relèvent, sans le dire, d'un principe général du droit, reconnu par les nations civilisées⁽¹⁷¹⁸⁾. En outre, on a du mal à comprendre sur quelle base la

¹⁷¹⁴ () Selim JAHEL, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *Rev. Int. Dr. Comparé*, N° 1, 2003, pp. 105 et s.

¹⁷¹⁵ () JÉZE G., *Les contrats administratifs*, 1932, pp. 208-209

¹⁷¹⁶ () Cité par LEDUCQ X., *Les accords de développement économique...*, op. cit., thèse, Rouen, 1981, p. 118, n° 172 ; Dans une autre affaire d'expropriation pour cause d'utilité publique, la Cour Suprême des États-Unis a fait une distinction très nette entre l'évaluation des dommages et intérêts pour la rupture du contrat et la règle d'une équitable compensation. *Pour déterminer une équitable compensation, le tribunal a pris en considération « la valeur du contrat à l'époque de sa résiliation, sans se soucier des profits qu'en aurait tirés la compagnie automobile, s'il était venu à l'expiration complète ». Conformément à ces principes, la Grande-Bretagne subordonne de telles indemnités à l'exercice par le gouvernement d'un pouvoir spécial de décision* », V. FRIEDMANN, *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, 1971, p. 120.

¹⁷¹⁷ () BASTID S., « Le droit international public dans la sentence arbitrale de l' Aramco », *Annuaire Français du droit international*, 1961, p. 309.

¹⁷¹⁸ () Cf. *ibid.*, p. 309, n° 8 ; SIDIBE F.F., *Les enjeux de la qualification dans le contentieux des actes ...*, op. cit., thèse, Nice, 1995, p. 185.

théorie visée devrait être écartée. Si la mutabilité essentielle du contrat administratif est la raison d'hostilité des auteurs, elle est quasiment acquise par tous les systèmes juridiques (¹⁷¹⁹). Partout dans le monde, l'intérêt général prévaut à celui des particuliers. L'absence d'une construction formelle des contrats administratifs n'empêche en rien l'application de concepts voisins à celui du service public ou du pouvoir exorbitant (¹⁷²⁰). Du reste, la logique peut renforcer notre compréhension. Si l'attribution de cette qualité relève de poids de l'État que l'a inventé, la France, qui était l'une des deux grandes puissances, garde une place influente dans un monde de plus en plus anglo-saxon.

B) Non-entrave de la sécurité du commerce international

394. L'idée que les enseignements du contrat administratif sont incompatibles avec les exigences du commerce international mérite la vérification. On doit donc analyser l'approche de l'*inégalité* (¹⁷²¹) et celle de l'adéquation et de l'adaptabilité de la nature administrative. Les opposants ont stigmatisé les craintes des étrangers de voir dans leurs marchés une qualification au nom de laquelle l'administration pourrait agir unilatéralement.

a) Banalité de la critique liée à l'inégalité

395. L'*inégalité* 'diabolisant' les contrats administratifs provoque la curiosité. On doit vérifier son objet et sa portée avant qu'elle paraisse acceptable ou écartée. Dès lors, avant d'être '*administratifs*', les marchés de l'Administration sont des accords de volonté. En tant que tels, ils doivent avoir les piliers nécessaires à tout accord puisqu'un « *contrat a toujours les mêmes caractères et les mêmes effets* » (¹⁷²²). L'inégalité caractérisant le contrat administratif n'est **donc qu'une** inégalité d'intérêts **car** « *l'intérêt*

¹⁷¹⁹ () BERLIN D., « Les Contrats d'État et la protection des investissements internationaux », *D. P.C.I.*, 1987, n° 4 et n° 27.

¹⁷²⁰ () KADIDI k., *Les contrats internationaux...*, op. cit., thèse, Dijon, 1978, p. 372.

¹⁷²¹ () L'administration, en tant que titulaire de prérogatives de puissance publique et responsable de l'intérêt général, dispose d'une incontestable supériorité dans l'exécution du contrat administratif. Elle peut notamment infliger des sanctions ou modifier unilatéralement certaines clauses contractuelles moyennant une compensation ou réparation. LICHER L., *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1995, p. 20.

¹⁷²² () L'auteur a ajouté qu'il existe seulement des contrats dont les contentieux relèvent des tribunaux administratifs parce qu'ils sont conclus en vue du service public ; la différence entre ces contrats et les contrats du droit civil est analogue à celle qui sépare ces derniers des contrats commerciaux soumis aux tribunaux commerciaux à cause de leur but commercial. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T., III, p. 44 ; « la notion du contrat et sa cause sont les mêmes dans la sphère des contrats administratifs et des contrats du droit commun », DE LAUBADERE A., *Traité de Droit administratif*, T. 1, 13^{ème} édition, LGDJ, p. 689.

général *doit primer les intérêts particuliers* » (1723). Il en est ainsi, dans les contrats internationaux de souveraineté dans lesquels « *les aléas économiques et technologiques contraignent les parties (surtout étatique) à les considérer comme préférables à tout équivalent monétaire* » (1724).

396. Par ailleurs, à supposer que cet inconvénient soit incontesté, serait-il préférable d'appliquer le Droit commun pour y échapper ? En effet, le droit administratif n'a pas ou plus le monopole d'inégalité des droits des cocontractants. On trouve dans les *contrats de droit privé* (contrats d'adhésion...), l'ingérence unilatérale, le renvoi aux formules types, l'indexation des prix (1725). Il s'agit là d'une *réalité cependant existante. Sa dissimulation à cause du recours à l'arbitrage ou à la conciliation ne supprime pas sa concrétisation*. Les vagues de licenciement entrepris par les multinationales affirment cette assertion. Si les multinationales se permettent légalement de licencier, on voit mal comment l'État les abritant puisse ne pas résilier leurs accords devenus inappropriés. Si l'inégalité caractérise les contrats ordinaires, pourquoi est-elle critiquée dans les contrats de l'État et de ses émanations personnalisées ? L'État n'est-il pas supposé être le protecteur suprême de l'intérêt public et à ce titre ne doit-il pas bénéficier d'un régime particulier ? (1726) Symboles de l'inégalité, les pouvoirs exorbitants ne sont pas absolus. Ils doivent répondre aux objectifs prépondérants et s'assujettir au versement d'indemnité (1727).

397. Dans tous les cas, le Droit public peut être considéré comme un moyen de neutralisation de la souveraineté (1728). Le droit administratif se départit de tout régime *inégalitaire* car sa vocation « *n'est plus aujourd'hui nécessairement d'organiser un régime inégalitaire. Il est d'ailleurs significatif que des notions comme le partenariat ou*

¹⁷²³ () « *alors que les contrats entre particuliers mettent en présence des intérêts d'égale valeur, les contrats entre personnes publiques et un particulier mettent en présence, non pas comme on le dit parfois des volontés inégales, mais des intérêts inégaux* », Cf. DELAUBADERE A., *ibidem*.

¹⁷²⁴ () BOY Lourent, « L'Arbitrabilité des litiges », op. cit., *Rev. Dr. Int., Dr. Écon.*, 1991, p. 123.

¹⁷²⁵ () Conseil d'État, 11 mai 1956, *Actualité Juridique Dr. Adm.*, 1956, p. 247, n° 239.

¹⁷²⁶ () KAHN Ph., « Contrats d'État et nationalisation ; les apports de la sentence arbitrale du 24 Mars 1982 », *Clunet*, 1982, n° 4, p. 855 ; TANKOANO Amadou, « La place du droit public de l'État dans l'arbitrage international avec une personne privée », *Rev. Jur. Poli. Indép. Co.*, 1988, p. 947.

¹⁷²⁷ () DRAGO R., Paradoxes sur les contrats administratifs, *Mélanges J. FLOUR*, pp. 151 et s., spéc. p. 154.

¹⁷²⁸ () La souveraineté absolue « *est tempérée par la présence des grands corps et des assemblées électives, États et municipalités, dont les privilèges sont historiquement attestés* ». TESTU François Xavier, « La distinction du Droit public et du Droit privé est-elle idéologique », *Recueil, Dalloz*, 1998, Chroniques, pp. 345 et s, n° 20, DE BOISSESON M., « Interrogations et doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi du 19 août 1986 », *Rev. Arb.*, p. 3.

l'œuvre commune fassent leur apparition dans cette matière » ⁽¹⁷²⁹⁾. Ce même Droit restreint la volonté de l'Administration autant qu'il le fait à l'égard des particuliers ⁽¹⁷³⁰⁾. De surcroît, on assiste dans ces dernières décennies à une véritable métamorphose d'un droit administratif réalisant beaucoup de progrès vers une meilleure protection des administrés ⁽¹⁷³¹⁾. Si cette analyse est avérée, il faudrait cesser de reprocher aux contrats administratifs un caractère désormais familier aux accords privés. Les accords publics et privés ont une nature contractuelle. Leurs régimes ne sont pas toujours radicalement opposés et le pouvoir exorbitant n'est qu'exceptionnellement accordé ⁽¹⁷³²⁾. Il ne faudrait pas non plus aggraver l'image du droit public. En effet, le droit administratif a pour vocation l'établissement d'un régime spécifique des activités liées au service public et ne vise pas à établir une inégalité juridique. Cette fausse critique paraît spécifique aux accords impliquant l'Administration et les particuliers. Le droit public s'applique aux accords conclus entre des personnes publiques et aux marchés transfrontaliers alors qu'ils sont supposés égaux : « les contrats transnationaux relèvent bien du droit public puisqu'ils sont incontestablement liés à l'exécution du service public » ⁽¹⁷³³⁾.

b) Non-sacrifice des intérêts privés

398. Contrairement aux prétentions des *transnationalistes*, le pouvoir public n'est pas le seul à trouver son compte dans la publicisation : « cette dernière catégorie juridique est un patchwork de normes pouvant servir alternativement des intérêts qu'on peut donner à première vue comme antagonistes. Qu'il s'agisse de l'Administration (partie étatique) ou de la partie privée (investisseur étranger), la thèse du contrat

¹⁷²⁹ () Ainsi, lorsque deux départements français concluent une convention de co-administration, il est exclu d'investir l'un d'eux de prérogatives particulières. AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 235, n° 516.

¹⁷³⁰ () Le pouvoir adjudicateur obéit aux réglementations de passation et d'exécution et doit avoir plusieurs agréments, *supra*, Partie I, Titre II.

¹⁷³¹ () Depuis peu, on assiste au renouvellement des techniques de droit administratif. On parle d'un droit réservant une place grandissante à l'écrit et subissant la pression de Droit des traités. Ainsi dans une discipline de moins en moins jurisprudentielle, le pouvoir du juge administratif est de plus en plus limité. On évoque une jurisprudence tendant à une meilleure réparation des préjudices causés par l'administration au moyen d'une indemnisation plus généreuse qu'auparavant. C.E.; Sect., 12 juin 1981, Centre hospitalier de Lisieux, *Rec.* 262, concl. Mme Moreau, *A.J.D.A.*, 1981, p. 488 et *chron.*, p. 470. On affirme le renforcement du contrôle de légalité pour faire face aux excès de pouvoir ou son détournement. Le juge peut intervenir dans la procédure de passation des marchés et peut annuler ces décisions. DEBOUY Christian, « Le Droit administratif français : tendances récentes », *Les Petites Affiches*, n° 146, du 5 décembre 1997 ; Copyright Petites Affiches, Édition du 27/04/2001.

¹⁷³² () VEDEL G., (et alii.), *Droit administratif*, T. 1, 12^{ème} éd. P.U.F., Paris, 1992, p. 373.

¹⁷³³ () Il est exclu que les contrats transnationaux soient soumis à un régime inégalitaire, investissant l'une des contractantes de prérogatives particulières, AUDIT M., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 235, n° 516.

administratif est de nature à satisfaire ou à défavoriser l'une ou l'autre des parties »⁽¹⁷³⁴⁾. Au cours d'affaires comme celles de *Habib Bechara* et des emprunts octroyés par l'État français aux États Unis, le Conseil d'État s'est opposé à l'inapplicabilité de la loi française, toute en concluant à la condamnation de son pays⁽¹⁷³⁵⁾. Cette pratique a permis de déduire la disparition de *l'idée que la soumission des contrats administratifs au droit public de l'État contractant ne protège pas au mieux ses intérêts*⁽¹⁷³⁶⁾. On peut en conclure que ce droit garantit au mieux les intérêts des cocontractants nationaux ou étrangers.

399. Au-delà de ces assertions, une démonstration historique rappelle que le commerce international était le fait des entités publiques avant ces transformations et que ses usages (*la lex mercatoria*), auxquels se réfère la jurisprudence de la Cour de Cassation, n'excluent nullement la présence de clauses qualifiées d'exorbitantes⁽¹⁷³⁷⁾. Le contrat administratif ne baigne pas dans une curieuse atmosphère où l'administration impose plus à son partenaire qu'il ne négocie ou suggère : *« l'expérience montre que l'administration, même lorsqu'elle est censée imposer une prestation à son cocontractant, celui-ci a le choix entre sortir des liens du contrat, ou y rester. Toutes les fois qu'il opte pour la seconde, il est assuré du rétablissement du fameux équilibre financier »*⁽¹⁷³⁸⁾. La multifonctionnalité de la notion de contrat administratif laisse aux arbitres ou aux juges *« une marge de manœuvre considérable quant au choix de la solution qui correspond le mieux à l'idée qu'il a du juste »*. Dans le cas du contentieux des investissements, les prérogatives de puissance publique peuvent faire que la thèse du contrat administratif *« soit d'un attrait particulier pour la partie étatique dans la perspective d'une légitimation a posteriori des agissements unilatéraux qu'elle a pu être amenée à commettre au préjudice de la partie privée. Aussi, du fait que le régime du contrat administratif comporte d'importants correctifs aux prérogatives reconnues à l'administration, assimiler l'acte d'investissement à cette catégorie peut être un moyen*

¹⁷³⁴ () SIDIBE F.F., Les enjeux de la qualification ..., op. cit., thèse, Nice, 1995, p. 178.

¹⁷³⁵ () Conseil d'État, 11 avril 1952, *Rec.*, 1952, p. 30 ; C.E., 28 novembre 1958, *Rec.*, 1958, p. 590.

¹⁷³⁶ () BERLIN D., Le régime juridique international ..., op. cit., thèse, Paris, 1981, T. I, p. 48.

¹⁷³⁷ () « il s'ensuit que l'exception de l'interdiction de compromettre devrait s'appliquer, non pas peut-être aux conventions confiant à un tiers l'exécution du service ou les y associant, car elles participent de l'organisation du service et on peut difficilement les réduire à un échange économique, mais aux conventions qui, dans l'ordre interne, ne sont soumises au droit public qu'en raison de clauses exorbitantes de droit commun, ou encore du fait d'une attribution législative de compétence, comme c'est le cas en matière de travaux publics ». FOUSSARD Dominique, « L'Arbitrage en droit administratif », *Rev. d'arbitrage*, 1990, pp. 3-54, spéc. 24 ; adde, DE BOISSÉSON M., op. cit., *Rev. Arb.*, 1987, pp. 3 et spéc. p. 17.

¹⁷³⁸ () SIDIBE F.F., op. cit., thèse, Nice, 1995, p. 177

astucieux de sanctionner les agissements unilatéraux de la partie étatique »⁽¹⁷³⁹⁾. Le mode de production capitaliste imprime son caractère opportuniste aux catégories juridiques qui en sont le reflet. Ce qui explique que la thèse du contrat administratif puisse alternativement servir des causes que le discours dominant donne pour antagonistes. Dans le règlement des questions de fond concernant les *investissements privés transnationaux* cette théorie remplit « *deux fonctions alternatives à savoir une fonction de légitimation des agissements unilatéraux de la partie étatique, et une autre de la sanction des mêmes comportements autoritaires* ». Que la thèse du contrat administratif puisse alternativement arranger (ou à l'inverse défavoriser) les vues de la partie étatique et de la partie privée, cela n'a rien de curieux, « *dès lors qu'on ne perd pas de vue que le contrat administratif est un pur produit du système capitaliste. Il organise un équilibre compromis entre les intérêts des deux composantes de la classe dominante en société capitaliste : les détenteurs du pouvoir politique et ceux du pouvoir économique, étant entendu que la frontière entre ces deux composantes n'est que passablement étanche, la classe dominée, abstraitement désignée sous l'euphémisme d'usagers, étant bien plus souvent un alibi qu'une donnée effective. Le mode de production capitaliste imprime son caractère opportuniste aux catégories juridiques qui en sont le reflet* »⁽¹⁷⁴⁰⁾. On peut conclure, sur ce point, que la thèse des contrats administratifs peut alternativement servir des causes auxquelles les opérateurs étatiques ou leurs contractants prétendent, et qu'elle protège donc les intérêts des étrangers.

c) Une justice spécialisée n'est pas un préalable obligé

400. Le déclin de la publicisation, à défaut d'un juge administratif compétent, n'est qu'une critique lancée vainement. Cette objection liée au principe selon lequel la compétence suit le fond cesse de s'appliquer aux accords à caractère international soumis aux règles de rattachement. L'applicabilité du droit public n'exige pas une justice spécialisée et peut se faire par les tribunaux judiciaires. Dans les pays où l'administration est justiciable, le juge ordinaire peut se référer aux règles similaires⁽¹⁷⁴¹⁾. L'étonnante assertion qui a été soulevée par une compagnie étrangère affirmant qu'un droit administratif n'existait pas en Égypte, n'a pas empêché le tribunal mixte d'Alexandrie de décider que « *tout le droit n'est pas nécessairement compris dans les*

¹⁷³⁹ () Cf. *ibid.*, p. 178.

¹⁷⁴⁰ () Cf. *ibid.*, p. 179.

¹⁷⁴¹ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, op. cit., Economica, Paris, 1985, p. 219, n° 394.

Codes, et que le droit administratif existe nécessairement dans tout État civilisé »⁽¹⁷⁴²⁾. De surcroît, nombreux sont les avis estimant qu'on doit confier aux tribunaux judiciaires les contentieux concernant l'ensemble des contrats de l'Administration et ceci pour une double raison : unifier la justice compétente pour répondre au mieux à la spécificité de certaines situations, sans sacrifier le service public⁽¹⁷⁴³⁾.

401. De cette analyse résulte que, d'un point de vue objectif, les arguments allégués contre la publicisation n'emportent pas la conviction. En effet, la prise en compte de la théorie du contrat administratif dans les *M.P.I.* peut trouver le soutien de deux assertions : l'une, déjà évoquée, relève de la non-discrimination. L'autre, qui mérite d'être accentué, concerne l'impossibilité de contraindre l'État à exécuter en nature un marché qu'il a résilié unilatéralement. Il s'agit bien d'un caractère commun aux contrats administratifs et aux accords d'investissements⁽¹⁷⁴⁴⁾. Nulle justice étatique ou arbitrale peut obliger l'État à neutraliser l'applicabilité des textes nouveaux tant qu'elle est suivie d'une indemnisation : *« le cocontractant ne peut exiger le respect de la convention puisqu'il n'y a pas d'exécution forcée contre les personnes publiques. Il y a cependant droit à des dommages-intérêts en cas de résiliation »*⁽¹⁷⁴⁵⁾. Si l'exécution réelle est indiscutable et que l'indemnité est la seule justiciable, les accords visés s'approchent davantage de ceux de l'Administration.

Sous-section II

Influence de l'internationalité des marchés publics sur leur caractère administratif

402. La distinction entre contrat interne et contrat international a un intérêt prépondérant⁽¹⁷⁴⁶⁾, car l'internationalité d'un accord dépend de la détermination de sa

¹⁷⁴² () Le Tribunal a aussitôt précisé que *l'organisation de services publics, la réglementation des rapports juridiques déterminés par la constitution ces services ou leur mise en œuvre relèvent d'un système de règles que la jurisprudence dégage du corps des différentes lois administratives ainsi que de la vivante réalité des nécessités sociales.* Tribunal Mixte d'Alexandrie, 29 Décembre 1928, *Alexandria Rainleh Rail way Municipalité d'Alexandrie, Revue du Droit public*, 1929, pp. 127, 134 et 135, cité par SOLUTAN Hamed, « Legal nature of oil concessions », in *Rev. Egyp. Dr. Int.*, 1965, v. 21, pp. 73-89, spéc. 81.

¹⁷⁴³ () Cependant, un tel transfert de compétence exige une sérieuse formation des magistrats en matière de Droit public. LICHER L., *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 29.

¹⁷⁴⁴ () WEIL P., *Droit international public et droit administratif*, In *Mélanges TROTABAS L., L.G.D.J.*, Paris, 1970, pp. 511 et s, spéc. 517.

¹⁷⁴⁵ () Sentence CCI, Affaire n°1526 /1968, LUBELSKI c./ État du Burundi, *Clunet*, 1974, spéc. pp. 918 et s.

¹⁷⁴⁶ () JACQUET J.M., « Contrats internationaux », *Rép. International, Dalloz*, 1998, n° 82.

loi applicable et du juge compétent ⁽¹⁷⁴⁷⁾. C'est elle qui justifie le choix d'un régime juridique parmi plusieurs ordres concurrents et, qui peut mettre en jeu l'autonomie des contractants. En effet, les contrats internationaux sont les seuls à permettre aux parties le choix comme droit applicable d'un droit national ou du Droit des gens ⁽¹⁷⁴⁸⁾. Conclut avec des étrangers, les *M.P.I.* entrent dans cet ordre d'idée, en posant quelques interrogations : répondent-ils aux critères de l'internationalité ? Leur extranéité juridico-économique est-elle susceptible de faire abstraction à toute autre qualification ? Permet-elle de déroger aux conséquences de la publicisation ? Existe-il une opposition entre l'internationalité et la publicisation de ces marchés ou peut-il y avoir une véritable cohabitation ?

I / Les M.P.I., contrats à caractère international

403. Le contrat international est loin de faire l'objet d'une définition unique ⁽¹⁷⁴⁹⁾. Notion équivoque, l'internationalité d'un accord peut être liée à des éléments juridiques et/ou économiques. **Selon une première acception**, un contrat serait international « *quand, par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plus d'un système juridique* » ⁽¹⁷⁵⁰⁾. Il s'agit des éléments d'extranéité auxquels se réfèrent plusieurs conventions internationales pour définir leur champ

¹⁷⁴⁷ () Cependant, l'application du principe d'autonomie de la volonté à un contrat purement interne est parfaitement concevable et susceptible de conduire à l'application d'une loi différente de celle de l'ordre juridique auquel ce contrat semble appartenir, Cf. *ibid.*, ns° 80 et 83 ; la règle n'est pas générale car certains aspects sont particuliers au contrat international (la liberté de choix de la monnaie de compte ou l'insertion de clause arbitrale), LALIVE J.-F., Contrats entre États ou opérateurs étatiques et personnes privées, développements récents, *R.C.A.D.I.* 1983, III, pp. 14 et s, spéc. 256, (note de base de n°184).

¹⁷⁴⁸ () JACQUET J.M., *op. cit., supra, Rép. Int., Dalloz*, 1998, parag. n° 84.

¹⁷⁴⁹ () NIBOYET Marie-Laure, « Contrats internationaux, Détermination du droit applicable », *Juris-Classeur, Droit international*, 1998, Fasc. 552-30, n° 29 ; FILALI O., *op. cit., Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, pp. 404 et s., spéc. p. 416 ; PEZIN Ch., *Les marchés publics et...*, *op. cit.*, Paris II, 2001, p. 3 ; IBRAHIM Ahmed I., *Tanzoh al-quawanin (Conflits des lois)*, Ain-Chamss, p. 221 ; Ahmed Abdul-Karime SALAMA, *Quanoun alélacate al-khassah al-doualialah, (Droit des relations privées internationales)*, AL-MANSOURA 1985, Maktabett El-Alamia, p. 290 ; RIAD F. et Samia RACHID, *Tanzoh al-quaouanin fi al-quanoun al-messri wafi alquaouanine al-mouasserah, (Conflits de lois en droit égyptien et dans les législations modernes)*, Le Caire, Dar-El-Nahda El-Arabia, 1991, p. 326.

¹⁷⁵⁰ () BATIFFOL H., « Contrats et conventions », *Répertoire international Dalloz*, n° 9 ; *dans ce sens*, v. Marcel FONTAINE, pp. 24 et 25 in, *Le contrat économique International : stabilité et évolution*, *op. cit.*, pp. 17-37 ; JACQUET J.-M., *Le contrat international*, *Connaissance du Droit*, 2^{ème} Éd. Dalloz, 1999, p. 1 ; son article, La loi de l'État contractant, *In Mélanges BOYER*, p. 290 ; Hésham SADEQUE, *Al quanoun alwageb al-tatbique ala aucoud al-tégeara al-doualialah, (le droit applicable aux contrats du commerce international)*, Alexandrie, 1995, p. 58.

d'application (¹⁷⁵¹). Un important courant jurisprudentiel regarde comme international l'accord ayant un ou plusieurs éléments « susceptibles de justifier l'application de législations concurrentes » (¹⁷⁵²). C'est la nationalité différente des parties, leur résidence dans plusieurs pays ou l'exécution de l'accord à l'étranger (¹⁷⁵³) qui argumentent cette qualification. La Cour de Cassation s'est opposée à l'internationalité d'un contrat de représentation commerciale exécutable en Colombie, s'attachant à la nationalité française des parties, à leur domicile en France et à leur choix de la loi française (¹⁷⁵⁴). Cette appréciation n'est pas acceptable par son insuffisance (¹⁷⁵⁵) et par son caractère générique. Elle met en évidence l'existence d'un ou plusieurs éléments d'extranéité à l'intérieur d'un même rapport de droit, mais laisse entier le problème de la détermination de ces points de rattachement (¹⁷⁵⁶). Dès lors, elle est trop ample et risque fort d'englober des accords qui n'entrent pas dans ce cadre juridique (¹⁷⁵⁷).

404. Selon l'autre conception, le contrat peut être international en raison de son extranéité économique. Attribué à l'avocat général *Matter* dans ses conclusions adoptées par la Cour de Cassation (¹⁷⁵⁸), ce critère fut très tôt entendu de façon systématique. Est devenu international, « le contrat qui met en cause les intérêts du commerce international » (¹⁷⁵⁹). Cette nature, découlant de la substance de l'accord, est

¹⁷⁵¹ () Alors que des Conventions comme celles de Rome (juin 1980), de La Haye (1986) ou celle de Vienne (Avril 1980) sur la vente internationale de marchandises, ne définissent pas le contrat international, elles font de conflits de lois le préalable de leur application. NIBOYET M.-L., op. cit., *Éd. Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, Fasc. 552-30, n° 31 ; POMIER Jean-Christophe, *Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel*, préface Yves LAUSSOUARN, Economica, Paris 1992, p. 141.

¹⁷⁵² () Cassation, 19 avril 1977 : *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1979, p. 788, note ANCEL ; Cour d'Appel de Paris, 19 juin 1970, Hecht, *Clunet*, 1971, p. 83, note OPPETIT B.

¹⁷⁵³ () Cass. Civ., 9 janvier 1968, *J.D.I.*, 1976, p. 717, note. SIMON-DEPITRE ; C. Cass., 8 juillet 1985, ALLARD, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1986, p. 113, note H. GAUDEMET-TALLON, C. Cass., 6 novembre 1985, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1986, p. 501, note P. LAGARDE.

¹⁷⁵⁴ () Cass. 1^{ère} ch. civ., 7 oct. 1980, *Rev. crit. Dr. Int. Privé*, 1981, p. 313, note MESTRE

¹⁷⁵⁵ () FILALI O., op. cit., *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1997, spéc., p. 416.

¹⁷⁵⁶ () POMIER J.-Ch., *Principe d'autonomie et...*, op. cit., Economica, Paris 1992, p. 145, n° 144.

¹⁷⁵⁷ () FILALI O., op. cit., *supra*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, spéc. p. 416 ; « un contrat international au sens de la définition juridique ne l'est pas forcément au sens de la définition économique », JACQUET J.-M., *Le contrat international*, Que-sais-je ?, 2^{ème} édition, Dalloz, 1999, p. 11.

¹⁷⁵⁸ () « Il faut s'attendre sur ce qui est une convention, un paiement, un règlement international pour qu'un contrat soit qualifié d'international. Il faut qu'il produise comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre », C. Cass. civ., 17 mai 1927, *D. P.*, 1928, 1, p. 25.

¹⁷⁵⁹ () Ainsi, la Cour de Cassation a approuvé l'arrêt d'une Cour d'Appel ayant attribué le caractère international un accord d'exportation à des sociétés italiennes en Italie d'oranges de brasserie vendus par une société française ayant, en France, son siège social. Par cette internationalité, la haute Cour a justifié l'autonomie de la clause compromissoire insérée et la compétence d'un tribunal arbitral. Cassation du 18 mai 1971, *Rev. Arb.*, 1972, p. 62, note Ph. KAHN ; Cour d'Appel de Paris, 26 avril 1985, considérant que le contrat conclu et exécuté dans un seul pays peut être international du moment où il met en jeu « les intérêts du commerce international », *Clunet* 1986, note JACQUET J.M., p. 175 ; « il suffit, pour qu'un arbitrage puisse être qualifié tout à la fois de commercial et d'international qu'il intéresse une opération

une ‘*internationalité matérielle*’ (¹⁷⁶⁰). Elle s’attribue, particulièrement, aux contrats d’échanges et de transfert des biens au-delà des frontières, lesquels nécessitent des règles spécifiques (¹⁷⁶¹). Son domaine d’application s’est élargi pour entraîner les actes accessoires d’un accord de base ayant cette qualification juridique (¹⁷⁶²).

405. Au-delà de l’identité qui leur est propre, les deux acceptions de l’internationalité entretiennent des liens étroitement mêlés. Un contrat économiquement international présente toujours des points de contact avec plusieurs systèmes de droit, même s’il n’en est pas forcément ainsi pour l’accord *porteur* de la seule extranéité juridique (¹⁷⁶³). Sous cet angle, la définition économique peut être le point d’orgue du recours à la définition juridique. Les deux critères se complètent plus qu’ils s’éclatent (¹⁷⁶⁴) ; l’un définit ‘*l’internationalité formelle*’ et l’autre caractérise ‘*l’internationalité substantielle*’ (¹⁷⁶⁵). Cependant, le critère juridique reste plus large que le critère économique. Un contrat économique international l’est aussi au sens juridique. En effet, « *lorsqu’un contrat est l’instrument des échanges, il comportera nécessairement aussi des rattachements juridiques multinationaux, notamment parce que le vendeur et l’acheteur seront domiciliés en des États différents, ou que l’investisseur relèvera d’un État autre que*

économique impliquant un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières », Cour d’Appel de Paris, 13 juin 1996, *Clunet*, 1997, p. 150, note LOQUIN.

¹⁷⁶⁰ () POMIER J.-Ch., op. cit., *supra*, *Economica*, Paris, 1992, p. 149, n° 146.

¹⁷⁶¹ () C’est-à-dire des règles plus adaptées aux exigences du commerce international, même si elle ne répondent pas à l’« *internationalité conflictuelle* », ou dites proprement juridiques. Ce critère a permis d’internationaliser des contrats évoquant plusieurs situations, notamment celles relatives aux clauses de protection contre les variations monétaires. La liberté de choix de la monnaie de compte n’est admise que lorsque le contrat est international car il entraîne un « *double mouvement de flux et reflux de marchandises et de capital au-dessus des frontières* ». *Le paiement fait en France dès lors qu’ils concernent des opérations dépassant son cadre interne (paiement de marchandises importées en France)* », Cour de Cassation, 4 juin 1934, D. 1934, p. 361 ; Cass. Civ., 14 févr. 1934, *Banque Hypothécaire franco-argentine*, D. P., 1934, 1, p. 78 ; S. 1934, 1, p. 297, note A. MESTRE ; pour trancher des problèmes liés à la validité de clauses d’arbitrage, on a souligné sa mise en jeu des intérêts du commerce international. Cour d’Appel de Paris, 20 juin 1969, D., 1969, 738, note MEZGER ; Paris, 13 décembre 1975, D., 1976, p. 507, note OPPETIT B.

¹⁷⁶² () On a qualifié d’international le contrat de caution conclu à l’occasion d’un engagement pris par des acquéreurs français d’un immeuble situé en France pour le remboursement d’un prêt consenti par une banque allemande pour financer la construction. Cass. Civ., 15 juin 1983, *J.-C. P.G.*, 1984, 11, 20123, note LÉVY.

¹⁷⁶³ () Un contrat de vente qui n’affecte que le seul marché interne, ne saurait être considéré comme international du seul fait que l’un des contractants serait de nationalité étrangère NIBOYET M.-L., op. cit., *Éd. Juris-Classeur*, 1998, Fasc. 552-30, n° 32.

¹⁷⁶⁴ () JACQUET J.M., *Le contrat international*, op. cit., 2^{ème} éd. Dalloz, 1999, p. 10.

¹⁷⁶⁵ () NIBOYET M.-L., op. cit., *supra*, *Éd. J.-C. Dr. Int.*, 1998, Fasc. 552-30, n° 30 ; Pour ce qui est de la doctrine V. GOLDMAN, note précitée., Cour d’Appel de Paris, 19 juin 1970 ; M. L. NIBOYET, op. cit., *supra*, *J.-C. Dr. Int.*, 1998, Fasc. 552-30, n°32 ; Cour d’Appel de Toulouse, 26 oct. 1982, *Clunet*, 1984, p. 603, note SYNDET.

celui où il investit, ou encore, que la marchandise vendue proviendra d'un pays autre que celui où elle est livrée »⁽¹⁷⁶⁶⁾.

406. Quelle que soit la définition de l'internationalité, elle ne pourrait pas se réduire aux seuls rapports privés. Un marché public serait international dès lors qu'il remplit les critères de cette appellation. L'internationalité d'un accord ne doit pas être subjective, même si son objet implique des opérateurs de nature particulière (personnes étatiques et grandes sociétés). Rien ne justifie qu'elle se désintéresse des opérations à risques ou à clauses inhabituelles. Rien ne justifie non-plus que « *le droit international privé n'appréhende pas la notion de contrat international dans tous ses aspects* »⁽¹⁷⁶⁷⁾. Cette discipline ne se préoccupe que du problème du rattachement de l'acte à un système juridique, sans se soucier de son contenu, « *et même lorsque la jurisprudence tend à dépasser le critère juridique pour s'attacher à un critère d'ordre économique, elle ne procède que par référence à l'environnement externe du contrat et non en considération de sa substance même, et dans la seule mesure où le constat de son internationalité justifie la mise en œuvre du droit international privé* »⁽¹⁷⁶⁸⁾.

407. L'objectivisme suppose qu'on s'intéresse à la nature des choses, donc aux opérations qui, en l'espèce, *embrassent les flux et reflux des biens, de la production, des services ou de la technologie*⁽¹⁷⁶⁹⁾. Un *contrat d'État ne peut qu'être « un contrat international : par ses éléments d'extranéité, ou par la substance de la relation qu'il instaure, il intéresse l'économie de plusieurs États et ne relève pas a priori de la seule loi de l'État contractant »*⁽¹⁷⁷⁰⁾. L'arbitre Dupuy l'avait affirmé dans la célèbre sentence *Texaco-Calasiatic*. Les concessions pétrolières litigieuses sont des contrats internationaux, « *tant au sens économique en ce qu'elles mettaient en jeu des intérêts du commerce international qu'au sens proprement juridique en ce qu'ils comportaient des éléments de rattachement à divers États* »⁽¹⁷⁷¹⁾. De même, les opérations transfrontalières ne font pas d'exception à cette réalité. Elles requièrent ce caractère par

¹⁷⁶⁶ () GOLDMAN B., note sous l'arrêt Hecht de la Cour d'Appel de Paris du 19 juin 1970, *J.-C. Périodique*, 1971, 11, 16927.

¹⁷⁶⁷ () OPPETIT Bruno, *Autour du contrat international*, *Droits*, n° 12, 1990, pp. 107-115, spéc. p.

107.

¹⁷⁶⁸ () Cf. *ibidem*.

¹⁷⁶⁹ () Cf. *ibid.*, p. 108.

¹⁷⁷⁰ () JACQUET J.M., Le contrat d'État, op. cit., éd. *J.-C. Dr. Int.*, Fasc. n° 565-60, n° 11, p. 4 ; dans le sens contraire v. l'Avis du Conseil d'État français du 6 mars 1986 concernant l'Affaire d'*Eurodisneyland*, *Revue de l'arbitrage* 1992, p. 397 ; DE BOISSESON, « Interrogations et doutes... », op. cit., *Rev. Arb.*, 1987, pp. 3 et s.

¹⁷⁷¹ () Sentence *Texaco-Calasiatic*, *Clunet*, 1977, ns° 22 et s, p. 352.

la reconnaissance de la doctrine (¹⁷⁷²), et conformément aux dispositions de certains traités. Il en résulte qu'une réglementation étrangère des marchés publics peut, à titre d'exemple, s'appliquer aux travaux exécutés sur le territoire français. En vertu de la Convention franco-espagnole de 1973 concernant la construction d'un pont international sur la Garonne, il a été stipulé le recours au Droit public espagnol pour réglementer les marchés projetés (¹⁷⁷³).

408. Du reste, les actes accessoires des *M.P.I.* revêtent le caractère de l'accord principal. Une décision récente de la Cour d'Appel de Paris (¹⁷⁷⁴) nous paraît, en l'occurrence, très pertinente. L'affaire concerne une sous-traitance passée dans le cadre du marché *Eurodisneyland* qui a donné lieu à d'importants contrats accessoires conclus entre l'entrepreneur américain et d'autres sociétés locales. Le fait que les deux entreprises parties à ce sous-traité avaient leur siège en France et que toute leur opération soit exécutée sur le sol français, prêtaient à caution. Lors de la qualification de l'accord litigieux, la Cour n'a pas manqué de prudence. Un contrat de ce genre, dit-elle, « ne devient généralement international que s'il exécute à l'étranger et réalise un transfert de personnel, de matériel, de technologie et de fonds de la France vers l'étranger, s'inscrit dans un processus de transfert de génie civil à l'étranger. On pouvait donc douter que ce contrat mette en cause le commerce international » (¹⁷⁷⁵). Néanmoins, elle a considéré que « l'opération d'ensemble comme tous les contrats conclus par l'opérateur américain, avait incontestablement un caractère international, les contrats satellites mêmes conclus entre deux entreprises du même pays participent au caractère internationalement économique de l'opération ». C'est la raison pour laquelle, elle a accepté « volontiers que l'internationalité d'un tel contrat résulte du lien étroit qu'elle entretient avec le contrat principal » (¹⁷⁷⁶).

409. Si un *M.P.I.* peut être **administratif** et **international**, existe-il entre ces aspects une incompatibilité radicale ? Un bon nombre d'auteurs considère que « le caractère administratif d'un contrat n'est pas incompatible avec l'objet du commerce

¹⁷⁷² () FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration pour... », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, pp. 404 et s ; AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, L.G.D.J., Paris 2002, p. 12 et s.

¹⁷⁷³ () L'article 13 prévoyait le recours au droit public du Gouvernement maître de l'ouvrage qui a été le Gouvernement espagnol. PEZIN ch., *Les marchés publics et...*, op. cit., *Mémoire de DEA de droit public*, Paris II, 2001, p. 4.

¹⁷⁷⁴ () Cour d'Appel de Paris (1^{ère} Ch. Sect. Urgences), le 27 janvier 1993, Société Taylor WOODROW Projects France (TWPF) c./ Société Atelier Perrault Frères, *Rev. Arb.*, 1995, pp. 561 et s.

¹⁷⁷⁵ () « ...dans le cas du projet d'Eurodisneyland, totalement importé et minutieusement contrôlé par la firme américaine qui a imposé son savoir-faire à l'ensemble des entreprises intervenant dans le projet, ce lien était évident », Cf. *ibidem*.

¹⁷⁷⁶ () *Ibidem*.

internationale » (¹⁷⁷⁷). Contrairement au raisonnement du Conseil d'État, il y a une conjonction entre les objectifs d'intérêt général et les obligations contractuelles qui « *s'analysent en un ensemble d'opérations relevant incontestablement du commerce international* » (¹⁷⁷⁸). Si le service public peut être la cause impulsive et déterminante de l'engagement de l'État, cet engagement n'a été pris que parce que la société *Walt Disney Productions* s'est engagée à réaliser le projet à des fins commerciales. Devant le juge administratif, il peut ne pas y avoir de contradiction entre ces deux natures primordiales. Pour s'attribuer la compétence d'un contrat ayant un élément d'extranéité, le juge doit vérifier qu'il s'agit d'un contrat remplissant les critères du contrat administratif. Le juge doit préalablement se prononcer sur ces éléments, puis se pencher sur le droit applicable s'il adopte la méthode conflictuelle. Un contrat faisant « *participer l'agent au fonctionnement du service public, avait le caractère d'un contrat administratif* » (¹⁷⁷⁹). Si l'internationalité n'empêche pas la nécessaire *mise en oeuvre du service public* (¹⁷⁸⁰), chacun de ses éléments produit-il ses conséquences habituelles ?

II / Conséquence de la coexistence entre caractères public et international

410. Les éléments de l'internationalité des *M.P.I.* et ceux de leur publicisation réalisent-ils une véritable cohabitation ? Leurs conséquences sont applicables ou s'excluent-elles mutuellement ? Le concept d'un contrat administratif dans les *M.P.I.* ne se trouve-t-il pas, en raison de leur internationalité, en pleine mutation ?

A) Déclin de la publicisation subjective et législative

411. Il n'y a pas de marchés publics internationaux qualifiés d'administratifs par la détermination de la loi. Les contrats législativement administratifs (¹⁷⁸¹) n'ont pas de place en matière transnationale, car on ne connaît aucun texte qui procède à cette

¹⁷⁷⁷ () RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris 1995, p. 257 ; se demandant si « *la notion de contrat administratif est-elle incompatible avec celle de commercialité et d'internationalité*, DE BOISSÉSON M., a précisé que la réponse '*paraît négative par principe*', in « *Interrogations et Doutes...* », op. cit., *Rev. Arb.*, 1987, spéc. p. 16.

¹⁷⁷⁸ () Cf. DE BOISSÉSON M., op. cit., *idem*.

¹⁷⁷⁹ () DOLEZ B., « *Le juge administratif et les conflits de lois* », *R.D.P.*, 1995, pp. 1030 et s., spéc., p. 1047.

¹⁷⁸⁰ () LEDUCQ X., *Les accords de développement...*, op. cit., *thèse*, Rouen, 1980, p. 113, n° 163.

¹⁷⁸¹ () Le législateur peut utiliser deux méthodes : soit il attribue la compétence au juge administratif ou au juge judiciaire sur les litiges suscités par un type de contrat, soit il attribue directement le caractère de contrat administratif à une catégorie de contrats. Mais, dans les deux cas, le résultat est le même.

qualification (¹⁷⁸²). La loi française du 6 février 1992 sur les collectivités territoriales ne contient à cet égard aucune précision. Les textes spécifiques aux établissements publics (La Poste, France Télécom...) précisent que leurs marchés relèvent principalement du droit privé : l'article 25 de la loi du 2 juillet 1990 dispose que les relations entre ces deux établissements et « *les tiers sont régies par le droit commun. Les litiges auxquels elles donnent lieu sont portés devant les juridictions judiciaires* » (¹⁷⁸³). Il en est de même en ce qui concerne les sociétés privatisées. Certains contentieux qui relevaient de la juridiction administrative sont soumis au droit commun et peuvent être réglés par l'arbitrage ou par le juge ordinaire (¹⁷⁸⁴). En Droit français, les marchés à objets internationaux peuvent être exclus du champ d'application du Code des marchés publics lorsqu'ils sont conclus en application d'un accord international passé entre la France et un ou plusieurs pays pour la réalisation ou l'exploitation d'un projet (¹⁷⁸⁵).

412. Il arrive que, dans certains accords, les partenaires choisissent le droit public ou le droit privé pour s'appliquer à leurs opérations. En matière transfrontalière, plusieurs conventions interétatiques ont prévu cette option. Selon la Convention du Benelux de 1986, les collectivités territoriales peuvent passer « *des accords administratifs* » ainsi que créer des organes communs ou des organismes publics » (¹⁷⁸⁶). Celle germano-hollandaise, conclue il y a deux décennies, confirme la faculté de ces entités à développer de coopérations fondées « *sur la base du droit public interne* » (¹⁷⁸⁷). Ce choix peut être explicite : l'accord passé entre *Land du Bade-Wurtemberg* et la commune de *Rhinau* pour la gestion de forêt a été expressément qualifié de *contrat de Droit public*. En 1970/71, deux marchés indépendamment conclus entre deux communes allemandes (*Büdingen* et *Constance*) et leurs voisines suisses (*Dörflingen* et *Kreuzlingen*), ont été soumis au droit civil allemand (¹⁷⁸⁸). Le choix des règles de droit public peut être implicite du fait de l'attribution de la compétence aux juridictions

¹⁷⁸² () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, op. cit., Paris, 2002, p. 229, ns° 504 et s.

¹⁷⁸³ () Toutefois, il convient de ne pas généraliser car ce dernier texte ne supprime pas le caractère administratif de certains contrats. *Ibidem.*, n° 505.

¹⁷⁸⁴ () AZMI ABDULFATTAH, Massaeile alégraate fi quanun sharékate al-kitah alaam, (Questions de procédures dans la loi des entreprises publiques), in *colloque sur la loi 203 du 1991 sur le secteur public des affaires, le Caire*, juin 1992, pp. 103-124, spéc. 106-108.

¹⁷⁸⁵ () Article 3 du décret n° 2001-210, cité par PEZIN Ch., *Les marchés publics et...*, op. cit., *mémoire de DEA*, Paris II, 2001, p. 3.

¹⁷⁸⁶ () SCHNEIDER C., La souveraineté de l'État au carrefour du droit international et du droit administratif, in *Mélanges Gustave PEISER*, Paris, 1995, pp. 423-449, spéc. 431.

¹⁷⁸⁷ () La Convention franco-italienne du 26 novembre 1993 reconnaît la compétence des collectivités transfrontalières dans la passation des accords soumis au droit français ou au droit italien, Cf. *ibidem.*

¹⁷⁸⁸ () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, op. cit., *supra*, p. 229, n° 506.

administratives. Dans un contrat conclu entre la délégation générale à la Recherche scientifique et technique et l'institut *Weizmann* pour les sciences, les parties ont stipulé que « *tout litige au sujet du présent marché sera porté devant le Tribunal administratif de Paris* » (1789). Des accords pétroliers égyptiens avaient prévu que les litiges éventuellement liés aux décisions de résiliation unilatérale de ces accords relèvent de la compétence du juge de l'administration (1790). Ces décisions n'étaient donc pas définitives car la voie du recours au Conseil d'État égyptien était ouverte (1791).

413. Dans de telles situations, il se pose une première interrogation : la clause du droit applicable est-elle licite eu égard à la nature administrative de certains marchés ? En effet, il peut apparaître contre-nature que la désignation du droit d'un contrat administratif soit *volontariste*. Cependant, en regardant de près, plusieurs facteurs favorisent et autorisent le respect de l'autonomie de la volonté. L'État contractant peut choisir souverainement de renoncer à l'applicabilité de son droit public (1792). Ressenti ou non comme une atteinte, cet abandon constitue l'apanage de sa souveraineté (1793). Dans le cadre des limites légales (1794), les opérateurs étatiques bénéficient d'une autonomie dans le choix de la loi applicable à leurs projets passés avec des étrangers. La logique soutient que ces personnes soient autorisées à stipuler des clauses *d'electio juris*. Plusieurs considérations militent en faveur de l'autonomie de la volonté. Ce dogme est un moyen fiable pour déterminer la loi applicable et assurer aux parties une sécurité juridique complète, en précisant initialement quelle loi s'appliquera à leur marché (1795). Diverses conventions et législations octroient à ce principe sa portée : *applicable aux situations comportant un conflit de lois*, la Convention de Rome de 1980 n'exclut pas *les contrats administratifs* de son champ d'application. Un marché public international à caractère administratif qui donne précisément lieu à un conflit de lois,

¹⁷⁸⁹ () *Ibidem*.

¹⁷⁹⁰ () « *la production de faux rapport au gouvernement, la mis en faillite de la société étrangères, le refus d'exécution d'une décision judiciaire dans un litige avec le gouvernement, l'extraction des matières autres que celles prévues au contrat et d'une façon générale l'inexécution des engagements contractuels* », Article XXXVII des marchés conclu entre l'Égyptian Oil Company et la société Pan American UAR Oil Company, V. LÉBOULANGER Ph., « Le régime juridique des investissements pétroliers en Égypte », *Rev. Egyp. Dr. Int.*, 1972, pp. 123 et s., spéc. p. 129.

¹⁷⁹¹ () Cf. *ibid.*, p. 130.

¹⁷⁹² () AUDIT M., *op. cit., supra*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 319, n° 589.

¹⁷⁹³ () car, « *il s'agit d'une atteinte que l'État se fait subir lui-même, ce qui revient à reconnaître qu'il n'y a pas d'atteinte du tout* », Cf. *ibid.*, n° 589.

¹⁷⁹⁴ () Certaines conventions françaises sur la coopération transfrontalière circonscrivent limitent la volonté du choix de droit applicable aux seules lois des États des collectivités contractantes, Art. 6 du traité franco-italien, art. 4, traité franco-espagnol signé à Bayonne le 10 mars 1995, art. 6, traité Franco-allemand du 26 janvier 1996, cité par FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration... », *op. cit., Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1997, p. 406.

¹⁷⁹⁵ () AUDIT M., *op. cit., supra*, L.G.D.J., Paris 2002, p. 319, n° 660.

doit relever de cette Convention dont l'article 3/1 prévoit que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* » (¹⁷⁹⁶). De même, particulières aux actions transfrontalières, divers traités bilatéraux passés entre la France, l'Italie et l'Espagne autorisent leurs collectivités territoriales à choisir la loi applicable (¹⁷⁹⁷).

414. La pratique du Conseil d'État français progresse vers l'usage de la loi d'autonomie. Dans l'arrêt *Dame Johnston*, la participation directe de l'accord litigieux au fonctionnement du service public et donc son caractère administratif, n'ont pas entravé l'application de la loi du lieu d'exécution (droit britannique), conformément à « *la commune volonté des parties* » (¹⁷⁹⁸). Si on prétend que la place laissée par cet arrêt à ce principe était minime (¹⁷⁹⁹), une autre affaire lui a accordé une place majeure et incontestée. En 1999, le Conseil d'État s'est pas reconnu compétent au nom du respect dû à la volonté que les contractants ont communément exprimée : « *le juge administratif français n'est pas compétent pour connaître d'un litige né de l'exécution d'un contrat qui n'est en aucune façon régi par le droit français* » (¹⁸⁰⁰). L'arrêt a été rendu au visa de la Convention de Rome. En l'espèce, M. Tégos était recruté par un contrat du travail en qualité de professeur suppléant de l'Institut français d'Athènes. La résiliation du contrat par ce dernier a conduit son partenaire à saisir le Conseil d'État français. Mais, les contractants avaient clairement précisé dans l'article 9 de leur accord qu'en cas de litige, ils s'en remettent « *aux tribunaux d'Athènes exclusivement compétents en ce domaine* ». Cette clause a conduit le Conseil d'État à admettre son incompétence d'un accord contractuellement soustrait au droit français ou exclusivement soumis au droit étranger (¹⁸⁰¹).

415. La convention de Rome a d'ailleurs été invoquée par un Commissaire du gouvernement lors d'un autre litige concernant un marché transfrontalier. Dans ses conclusions devant la Cour d'Appel de Douai, il s'est référé à l'article 10 de la

¹⁷⁹⁶ () Article 3 § 1 de la convention de Rome de 1980 ; PEZIN Ch., *Les marchés internationaux et...*, op. cit., Paris II, 2001, p. 22 ; Victor HAÏM, « Le choix du juge dans les contentieux des contrats administratifs », *doctrine, La semaine Juridique (Éd. J.C.P.)*, 1992, n° 3586, pp. 243 et s., spéc. p. 246.

¹⁷⁹⁷ () La convention conclue entre la France et l'Italie prévoit que les parties « *doivent définir le droit applicable audits accords* ». Celle passée avec l'Espagne dispose que les conventions transfrontalières « *définissent le droit applicable aux obligations qu'elles contiennent* », cité par, AUDIT M., op. cit., *supra*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 320, n° 660.

¹⁷⁹⁸ () C.E., 28 janv. 1983, *Dame Johnston*, *Rev. crit. Dr. Int. Pr.*, 1985, p. 316, concl. FRANC, note RODIÈRE.

¹⁷⁹⁹ () puisqu'il s'agit de l'exécution du contrat et que seule la législation sociale britannique est concernée.

¹⁸⁰⁰ () C.E., 19 novembre 1999, *Tégos*, *Rev. Fr. Dr. Adm.*, août 2000, p. 833, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA.

¹⁸⁰¹ () C.E., 19 novembre 1999, *Tégos*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 2000, p. 407, note LEMAIRE ; *J.D.I.*, 2000, p. 742, note FLAUSS.

convention pour déterminer le droit applicable au marché. Cet article exige que la loi du contrat soit utilisée pour qualifier l'accord et en vérifier la validité. Conclu entre le Syndicat des eaux du Nord et un organisme intercommunal de droit public belge, l'accord litigieux prévoyait dans son article 13 l'application du droit français⁽¹⁸⁰²⁾. Ces juridictions affirment l'applicabilité de la Convention de Rome aux marchés publics/contrats administratifs lorsqu'ils évoquent un conflit des lois. Le caractère administratif d'un contrat ne fait pas obstacle à l'application de cette Convention pour déterminer la loi applicable⁽¹⁸⁰³⁾. Elles confirment la compatibilité entre le caractère administratif et le principe d'autonomie. Le choix de la loi applicable à un contrat qualifié d'administratif est alors admissible puisqu'il n'y a pas d'opposition entre cette nature et l'autonomie de la volonté⁽¹⁸⁰⁴⁾.

416. Si le choix d'un droit étranger est incontesté, peut-il fonder une qualification volontariste de ces marchés ? La qualification objectivement administrative d'un accord n'est-elle pas compromise à cause du choix d'un ordre *anational* ou d'un droit étranger ? Sur ces questions, une réponse négative emporte la conviction. La clause de droit applicable doit s'analyser comme une désignation du système juridique étatique apte à régir un rapport de droit. L'internationalité d'un contrat n'est pas de nature à confier aux parties une liberté inconditionnelle dans la teneur 'publique' ou 'privée' du droit choisi⁽¹⁸⁰⁵⁾. La détermination de ces règles matérielles relève du caractère du projet lui-même et non pas de l'autonomie des contractants : « *si les parties sont libres de désigner le droit national devant régir leur contrat, il ne leur appartient pas pour autant de choisir à l'intérieur de ce système juridique, le corps de règles privées ou publiques devant s'appliquer à leur convention* »⁽¹⁸⁰⁶⁾. Il appartient donc aux juges compétents, de choisir à l'intérieur du système juridique dans lequel le contrat a été localisé, les règles substantielles pertinentes, qu'elles soient publiques ou privées⁽¹⁸⁰⁷⁾. En effet, la nature de l'activité administrative ne devrait pas être affectée par l'abandon des lois internes au profit d'un ordre étranger : « *ce n'est pas parce qu'un droit étranger est appliqué à une activité administrative française que celle-ci change de nature* »⁽¹⁸⁰⁸⁾. **L'abandon de**

¹⁸⁰² () Cour Administrative d'Appel de Douai 15 décembre 2000, Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement, Préfet de la Région Nord-Pas-de-Calais, Préfet du Nord, *B.J.C.P.*, n° 16 p. 301, Conclusions G. Mulsant, cité par PEZIN Ch., op. cit., *mémoire de D. E.A.*, Paris II, 2001, p. 30.

¹⁸⁰³ () *Ibid.*, p. 28.

¹⁸⁰⁴ () AUDIT M., op. cit., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 318, n° 659 ; OSMAN F., « Un nouveau champ d'exploration.... », op. cit., *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 15

¹⁸⁰⁵ () FILALI O., idem., *Rev. Crit. D.I.P.*, 1997, p. 404 et s., spéc. pp. 428-429.

¹⁸⁰⁶ () Cf. *ibidem.*

¹⁸⁰⁷ () Cf. *ibidem.*

¹⁸⁰⁸ () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, op. cit., Paris, 2002, n° 589.

L'application de la loi interne, et encore moins sa stabilisation, ne devraient normalement pas déjouer la nature du marché. Le juge administratif peut se reconnaître la compétence des litiges liés au service public, en les soumettant au droit étranger. Cette opinion est majoritaire. Jurisprudence (¹⁸⁰⁹) et doctrine (¹⁸¹⁰) refusent de laisser la nature publique ou privée d'un accord à la seule discrétion des contractants. Ceux-ci ne sont pas en mesure de désigner les règles matérielles applicables à leur convention. Leur seul choix ne suffit pas pour déterminer la nature d'un acte transfrontalier (¹⁸¹¹) ou d'un accord d'investissement. Ainsi et d'une manière générale, la nature des *M.P.I.* ne relève pas de la volonté législative ou contractuelle. Pour qu'il soit administratif et/ou international, l'objet de l'accord en cause peut confirmer ou infirmer les opinions conflictuelles.

B) Neutralisation de la publicisation objective

a) Éclatement mutuel du *bilatéralisme* et de l'*unilatéralisme*

417. Lorsqu'il est confronté à un contrat ayant un élément d'extranéité, le juge de l'administration analyse son caractère « *administratif* » à deux moments différents : quand il se prononce sur sa propre compétence et lorsqu'il désigne son ordre juridique suivant la règle du rattachement (¹⁸¹²). Au cours de la première phase du processus de qualification, le devoir de statuer au préalable sur la compétence risque d'affecter la règle de conflit (¹⁸¹³). La nécessaire coïncidence des compétences risque d'amputer *le conflit de lois*, d'ignorer l'extranéité et ses effets. Une telle démarche place le juge devant l'alternative suivante : soit il admettra sa compétence s'estimant en présence d'un contrat administratif soumis à son droit (administratif) ; soit, au contraire, il se déclare incompetent, considérant qu'il n'est pas en présence d'un contrat administratif (¹⁸¹⁴). Dans ce cas, l'éventuelle application de la loi étrangère, « *serait de nature à*

¹⁸⁰⁹ () Tribunal des Conflits, 29 juin 1987, Ficheux, *Rec.*, tables, p. 776 ; 9 juin 1986, Fabre, *R.D.P.*, 1987, p. 1682 ; C.E., 1988, SARL Pore Gestion, *Rec.*, p. 77 ; 14 septembre 1988, *R.D.P.*, 1988, p. 1406, note F. MODERNE.

¹⁸¹⁰ () « *Le contrat peut l'être (administratif) par son objet même. A la volonté des parties se surajoute ainsi, pour rendre le contrat administratif, la nature des choses* ». WEIL P., *Le critère du contrat administratif en crise*, *Mélange M., WALINE*, 1974, pp. 831 et s., spéc. 842.

¹⁸¹¹ () « *En dernière analyse, il n'a même aucune véritable incidence : soit il vient confirmer un autre critère et il est alors superfétatoire, soit il l'infirmé et il sera alors écarté* », AUDIT M., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 230.

¹⁸¹² () DOLEZ B., « *Le juge administratif et les conflits de lois* », *R.D.P.*, 1995, pp. 1030 et s., spéc.

1047.

¹⁸¹³ () Cf. *ibid.*, p. 1045

¹⁸¹⁴ () dans la mesure où ce contrat échapperait au droit français, Cf. *ibid.*, p. 1046.

remettre en question la compétence de la juridiction administrative »⁽¹⁸¹⁵⁾. En effet, le juge administratif ne peut connaître que des litiges soumis au droit administratif. Si les marchés soumis à un droit étranger y échappent par définition, le juge administratif n'est pas compétent pour résoudre leurs différends⁽¹⁸¹⁶⁾. Tout litige présentant un élément d'extranéité et attribué à un droit étranger peut briser la nécessaire liaison entre la compétence et le fond. Un tel conflit conduit au rejet de *l'unilatéralisme* absolu au profit d'un *bilatéralisme* conduisant le juge « à se désintéresser de la question et à se déclarer incompétent »⁽¹⁸¹⁷⁾. À dire vrai, *la publicisation d'un contrat, qui « assure la compétence de la juridiction administrative »*⁽¹⁸¹⁸⁾, ne facilite guère le développement du *bilatéralisme*. Le fait que le juge administratif doit au préalable statuer sur sa propre compétence risque d'éteindre tout conflit de lois, même s'il n'existe pas d'obstacle théorique à ce que ce juge applique la loi étrangère⁽¹⁸¹⁹⁾. Le juge administratif doit ainsi se déclarer incompétent chaque fois que son droit (administratif) n'a pas de titre d'application. Le juge qui ne peut pas soumettre à son Droit un litige trouvant sa solution dans un Droit étranger, devrait reconnaître que ce contrat *n'est pas forcément un contrat administratif*⁽¹⁸²⁰⁾.

418. Au cours de la seconde phase de la qualification, l'internationalité revendique un recours aux règles du rattachement. Le juge administratif qui doit se prononcer sur le droit applicable, peut alors opter pour l'applicabilité du droit étranger. Sous cet angle, le contrat administratif n'interdit pas le conflit de lois, « *c'est la méthode conflictuelle qui aboutit à son éclatement* ». Inversement, les conflits de lois risquent d'être atténués par la nature administrative d'un marché soumis au droit public au détriment du droit commun⁽¹⁸²¹⁾. Ceci étant, la compétence du juge administratif relève de l'applicabilité de sa loi interne. Ainsi, il a été soutenu que les agents étrangers recrutés par le service français à l'étranger « *ne sont pas liés à l'État par un contrat de droit public* »⁽¹⁸²²⁾. De même, il a été jugé que « *le juge administratif français n'est pas compétent pour*

¹⁸¹⁵ () Concl. Michel Franc, sous l'affaire *Johnston*, Précitée p. 318 ; DOLEZ B., *op. cit.*, R. D.P., 1995, pp. 1030 et s, spéc. p. 1047.

¹⁸¹⁶ () Cf. DOLEZ B., *Ibid.*, p. 1036.

¹⁸¹⁷ () *Ibidem*.

¹⁸¹⁸ () Conseil d'État du 7 janvier 1987, Dame Félicien, *Rec.*, p. 521 ; *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1988, p. 687, note P. RODIERE ; Dalloz, 1987, sommaire commentaire, p. 350, obs. B. AUDIT.

¹⁸¹⁹ () DOLEZ B., *op. cit.*, *supra*, R.D.P., 1995, spéc. p. 1046.

¹⁸²⁰ () AUBY J.M. et DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, Tome 1, 2^{ème} édition, L.G.D.J., 1975, p. 50 note 2 ; dans ce sens, « *Les litiges dérochant au droit administratif échappent à la compétence du juge qui l'applique. Donc, les litiges qui échappent au droit français échappent a fortiori au juge administratif* », DOLEZ B., *op. cit.*, *supra*, R.D.P., 1995, pp. 1030 et s, spéc. p. 1036.

¹⁸²¹ () Cf. *ibid.*, p. 1045.

¹⁸²² () C.E., Affaire *Johnston*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, pp. 316 et s, conclusions Michel Franc.

connaître d'un litige né de l'exécution d'un contrat qui n'est en aucune façon régi par le droit français » (¹⁸²³). En l'espèce, l'incompétence de la juridiction administrative (française) n'est affirmée qu'à propos d'un contrat dont l'exécution est totalement soustraite au droit français ou exclusivement soumise au droit étranger.

419. Conformément à cette évolution, un contrat soumis au droit étranger ne peut pas être *juridictionnellement* administratif même s'il répond aux critères de cette qualification. Le Conseil d'État rétablit alors un caractère transparent de la notion de contrat administratif. L'appellation recouvrant les contrats juridiquement et *juridictionnellement administratifs*, a fait l'objet d'atténuation. Il apparaît que désormais, les contrats soumis au droit étranger ne sont plus qualifiés d'*administratifs* même s'ils relèvent du service public et contiennent des clauses exorbitantes (¹⁸²⁴). Cette constatation n'aurait pas de changement si on admet que la détermination du juge saisi et du droit applicable relève d'une seule qualification. Si le caractère administratif contribue au recours au droit et au juge de l'Administration (¹⁸²⁵), il pourrait y avoir une échappatoire aux règles du rattachement.

420. Réciproquement, la publicisation et ses conséquences peuvent être compromises si la compétence ne suit pas le fond. Un contrat à caractère administratif peut alors cesser de l'être (*administratif*) lorsqu'il est *international*. Le concept unique de contrat administratif paraît affecté sans qu'il soit voué à la disparition. S'il n'existe pas, en la matière, de contrats législativement administratifs, il peut y en avoir d'autres qui le sont par leur nature. Toutefois, parmi ceux-ci, il faut distinguer les accords soumis à une loi étrangère de ceux qui sont soumis à la loi nationale : *seuls ces derniers sont réellement administratifs* (¹⁸²⁶). Si le juge administratif se reconnaît compétent et que la règle de conflit désigne sa législation, le contrat sera soumis au Droit de l'Administration : « le principe de la liaison de la compétence et du fond survit donc, mais sous une forme

¹⁸²³ () Pour se déclarer incompétent concernant le litige lié au contrat du travail, le Conseil d'État s'est prévalu de deux constats : l'un concerne une clause contractuelle précisant qu'« *en cas de litige portant sur l'interprétation ou l'application du présent contrat, les parties conviennent de s'en remettre aux tribunaux d'Athènes exclusivement compétents en ce domaine* ». L'autre relève de l'absence de règle de droit français pouvant régir la situation de Monsieur Tegos en qualité de professeur suppléant de l'Institut français d'Athènes. C.E., 19 novembre 1999, Tegos, *Rev. Fr. Dr. Adm.*, 2000, p. 833, Conclusions J. Arrighi de CASANOVA.

¹⁸²⁴ () C.E., 19 novembre 1999, Tegos, *Clunet*, 2000, p. 742, note Jean-François FLAUSS.

¹⁸²⁵ () DOLEZ B., Le juge administratif et..., *op. cit.*, *R.D.P.*, 1995, spéc. p. 1045.

¹⁸²⁶ () *Ibid.*, pp. 1047.

atténuée » (¹⁸²⁷). Pour ces raisons, il paraît que « nous avons affaire à une forme juridique différente du contrat administratif, et qui n'est pas forcément régie par le droit de l'État » (¹⁸²⁸). Néanmoins, cette théorie risque d'être écarté lorsque l'arbitrage est désigné car la qualification devient un *devoir* et non pas une *obligation*.

b) La qualification comme un devoir et non pas une obligation

421. Les arbitres doivent-ils qualifier l'accord litigieux ou suffit-il qu'ils discutent de cette question ? Si importante qu'elle puisse l'être, la qualification, en particulier celle du second degré, est-elle juridiquement un devoir ou une obligation ? Fait rarement l'objet de dispositions législatives, le problème de la qualification ne paraît, en droit interne, obligatoire qu'à titre dérogatoire (¹⁸²⁹). Diverses codifications du droit international privé, comme en droit français, lui méconnaissent une réglementation particulière (¹⁸³⁰). D'autres systèmes juridiques exigent, en revanche, la qualification comme un préalable essentiel. Les articles 12 aliéna 1 du Code Civil espagnol et 9 du Code Civil algérien nécessitent la *qualification selon la loi du for pour déterminer la règle de conflit applicable* (¹⁸³¹). Ces dispositions ne sont pas décisives pour s'élever au rang d'une réglementation de ce processus. Elles ne constituent que des aspects différents et insuffisants pour répondre à notre interrogation. Elles sont loin de former « un ralliement non équivoque » à l'un des aspects défendus doctrinalement (¹⁸³²). De la sorte, la qualification paraît ainsi un devoir et non pas forcément une obligation (¹⁸³³). Il

¹⁸²⁷ () On peut affirmer que ce principe survit lorsque le contrat est soumis à un ordre juridique étranger. Si le juge administratif accepte d'en connaître, n'est-ce pas parce que si le contrat avait été soumis à la loi française, celui-ci aurait été un contrat administratif ? Cf. *Ibid.* p. 1048.

¹⁸²⁸ () L'auteur reprend les raisonnements des sentences Sapphire, Texaco/Calasiatic ou Liamco pour souligner que l'action de service public n'est pas toujours en cause. TSCHANZ P.-Y., « Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État... », *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1985, spéc. p. 80, n° 59.

¹⁸²⁹ () Lorsque la loi l'exige comme dans le Code pénal (pour les diverses infractions) afin de parvenir à une application correcte ou à une bonne interprétation d'une catégorie juridique à défaut d'une définition LEHMANN R., « Les qualifications », *op. cit.*, *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1980, Fasc. 531, Art. 3, p. 3.

¹⁸³⁰ () En France le troisième avant-projet de modification du droit international privé de 1967 est le premier à mentionner ce problème en expliquant l'absence de toute disposition le concernant : « En ce qui concerne les conflits de qualification, un texte pourrait sans doute consolider la situation dégagée par la jurisprudence en 1955 en faveur de la compétence de la loi du for. Si le principe lui-même ne laisse actuellement plus de doute la tâche à venir est de lui apporter certaines nuances qui trouveraient mal leur place dans une œuvre législative », LEHMANN R., *op. cit.*, *supra*, *Éd. Juris-Classeur Dr. Int.*, 1980, Fasc. 531, n° 52-57 ; Il n'en demeure pas toujours ainsi. L'exigence de qualification a été exposée par certaines lois ; l'article 16 de la loi du 18 juin 1966 sur le transport maritime impose implicitement une qualification procédurale, inhabituelle en droit français à la prescription de l'action. Cf. *ibid.*, n° 57.

¹⁸³¹ () Code Civil espagnol, art. 12-1 ; Code Civil algérien, art. 9 ; « les dépositions du droit étranger applicables s'interprètent de la même manière que dans leur domaine original de validité », Droit autrichien ; Cf. LEHMANN R., *idem.*, p. 13, n° 51.

¹⁸³² () Cf. *ibidem*.

¹⁸³³ () Cf. *ibid.*, n° 57.

suffit alors qu'elle soit discutée par les arbitres pour ne pas tomber dans le piège de la contradiction.

422. Lors de son examen du recours concernant la sentence rendue dans l'affaire du Ministre de la défense, la Cour d'Appel de Paris a affirmé cette conclusion. Les arbitres ne se sont pas contredits en décidant qu'ils pouvaient résoudre le litige sans qualifier le contrat du moment où ils ont tranché le différend conformément au droit civil égyptien. En effet, les arbitres avaient en l'espèce décidé que les questions juridiques posées n'étaient pas « affectées par la qualification », en en déduisant qu'ils « n'avaient pas à préciser la nature légale du contrat ». La Cour n'a pas contesté ce mode de raisonnement, « en statuant ainsi les arbitres ont exprimé les motifs de leur décision de ne pas effectuer de choix quant au caractère civil ou administratif de la convention »⁽¹⁸³⁴⁾. Elle n'a pas suivi les revendications égyptiennes selon lesquelles le défaut de la qualification a privé l'État de la possibilité de faire admettre ses moyens et ses fins autant sur le terrain du droit administratif que sur celui du droit commun. Pour ce faire, la Cour a rappelé à l'Égypte qu'elle a eu la faculté de déposer de nombreux mémoires au cours des procédures arbitrales. Elle a également considéré que le droit commun égyptien était le seul à pouvoir s'appliquer comme l'avait convenu l'Égypte dans ses conclusions. La Cour a conclu que, de toute façon, les assertions égyptiennes tendaient à obtenir du juge de l'exequatur une révision au fond de la sentence à laquelle il n'a pas le pouvoir de procéder⁽¹⁸³⁵⁾.

423. Une jurisprudence récente de la Cour de Cassation a approuvé ce mode de raisonnement⁽¹⁸³⁶⁾. Les faits de l'affaire sont les suivants : l'exécution d'une sentence arbitrale rendue en Jordanie dans un litige l'opposant à la Compagnie Arabe de Garantie des Investissements (*CIAGI*) a été refusée par cet État. L'objet de la sentence était la mise en oeuvre d'une garantie consentie à la Banque Arabe et Internationale d'investissements (*BAH*) qui a obtenu l'exequatur en France suivant une ordonnance confirmée par la Cour d'Appel de Paris, le 13 octobre 1997. La *CIAGI* a tenté d'obtenir de la Cour de Cassation l'annulation de cette décision. Elle a revendiqué que les arbitres se sont contredits de ne pas avoir abordé un véritable débat sur la qualification. La

¹⁸³⁴ () Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} Ch. Comm., 14 janvier 1997, République Arabe d'Égypte c./ Société Chromalloy Aero Services, *Rev. Arb.*, 1997, N° 3, pp. 398 et s, note FAUCHARD Philippe ; *Clunet*, 1998, pp. 750-754, spéc. p. 752, note GAILLARD Emmanuel.

¹⁸³⁵ () *Ibidem*.

¹⁸³⁶ () C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 14 juin 2000, société Inter-Arabe investissements Garanties Corporation (IAIGC) c./ Banque Arabe et Internationale d'investissements (BAH), *Clunet*, 2001, n° 1, pp. 127 et s, note Ali BEN-CHANABE.

Banque a reproché à la Cour d'Appel sa dénaturation d'une sentence contradictoire lorsqu'elle a confirmé l'exequatur sans tenir compte du grief évoqué. Par son arrêt du 14 juin 2000, la plus haute juridiction a rejeté cette assertion. Elle a nié toute confusion entre le respect dû au principe de la contradiction et la contestation de la qualification de l'accord litigieux. Selon la Cour, la remise en cause d'une sentence pour violation de ce principe doit impliquer la preuve que le débat ait été faussé lorsque des arguments soulevés par l'une des parties n'ont pas été discutés ou parce que des éléments d'information utilisés par les arbitres n'ont pas été soumis aux parties. Elle a donc considéré que « *le principe de contradiction ne saurait être violé lorsque la qualification du contrat litigieux a été débattue* », concluant que la Cour d'Appel ne doit pas à son tour dénaturer la sentence. En effet, a-t-elle précisé, les arbitres doivent ainsi statuer avec pertinence, en mettant la qualification « *au cœur des débats* » sur la motivation de leur instance. Le juge du contrôle de la sentence doit s'assurer que la qualification avait fait l'objet de discussions contradictoires. Pour ces raisons la Cour a rejeté le pourvoi en cassation : « *la Cour d'Appel a retenu, sans dénaturation, que la question de la qualification du contrat était au cœur des débats, de la sorte que les arbitres s'étaient bornés à tirer des éléments de fait et de droit débattus devant eux ; la cour d'appel a ainsi retenu que le grief de violation du principe de la contradiction visait, en réalité, à critiquer le bien-fondé en droit de la motivation de la sentence ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé* »⁽¹⁸³⁷⁾.

Section II **Évaluation de la positivité de la publicisation**

424. Le problème de la publicisation des *M.P.I.* est incessamment posé et développé devant plusieurs juridictions. Le volume croissant des jugements et décisions rendus témoigne de l'ampleur du problème de qualification. Dans une affaire opposant la France à la Grèce, la Cour Permanente de Justice Internationale précisa qu'« *un contrat accordant une concession d'utilité publique n'entre pas dans la catégorie instrument ordinaire de droit privé* »⁽¹⁸³⁸⁾. Dans d'autres affaires, la même Cour assura qu'à l'exception du choix d'une autre loi, tout accord passé entre des États en tant que tels

¹⁸³⁷ () Cf. *ibid.*, p. 127.

¹⁸³⁸ () Affaire « *la Lighthouses case* », jugement du 17 mars 1934, P.C.I.J., Publications Séries A/B No 62, 20, cité par NJEM Jean-Claude, *Le régime juridique et la nationalisation de concessions pétrolières...*, *op. cit.*, T. 4, Institut Suédois de Droit international, Université d'Uppsala, Almqvist & Wiksell International, Stockholm, 1980, p. 182.

trouve sa racine dans le Droit des gens (¹⁸³⁹). Par conséquent, « *tout contrat conclu entre un État et un particulier a son fondement dans une loi nationale, à priori celle de l'État contractant* » (¹⁸⁴⁰). Cette position largement abandonnée par les sentences arbitrales (**Sous-section II**), garde devant les juges étatiques, en particulier d'ordre administratif, plusieurs tenants (**Sous-section I**). Il faut alors se pencher sur les importantes et récentes affaires pour analyser au mieux la place de la publicisation.

Sous-section I Le juge étatique et la publicisation

425. Pour mesurer la position des juges étatiques à l'égard du problème posé, on doit dresser un état des affaires traitées devant le juge administratif et devant les juges du droit commun.

I / La position du juge de l'Administration

426. Il n'est guère étonnant que les juges administratifs français (**A**) et étrangers (**B**) soient placés en faveur de la publicisation.

A) Conseil d'État français

427. Depuis la première Guerre mondiale, le Conseil d'État français a accepté de juger, conformément au droit français, des affaires internationales alors que la logique de l'internationalité aurait dû le conduire à se déclarer incompétent (¹⁸⁴¹). De nombreux contrats impliquant des étrangers ont été qualifiés d'administratifs et soumis au Droit public français de façon totale ou partielle. Dans un marché passé par une société française avec un gouvernement étranger, le Conseil d'État décida le 12 décembre 1930 que la compétence du litige devait être attribuée au juge administratif (¹⁸⁴²). L'affaire du fournisseur libanais (*Habib-Bechara*) a illustré au mieux cette attitude juridictionnelle. Il s'agit d'un marché de fourniture de sacs postaux qui fut conclu entre ce fournisseur et

¹⁸³⁹ () WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, *R.C.A.D.I.*, v. III, 1969, pp. 98 et s., spéc. p. 105 ; VERHOVEN Joe, Contrats entre États et ressortissants d'autres États, *in le contrat économique international*, Pédone, 1975, p. 116, p. n° 2 ; BERLIN D., Le régime juridique international..., *thèse précitée*, Paris, 1981, pp. 28 et s ; BATIFFOL H., note sous la sentence arbitrale du 10 juin 1955 entre le gouvernement grec et britannique, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1956, pp. 278 et s.

¹⁸⁴⁰ () C.P.J.I., Affaire des emprunts serbes, 1929, *Série A*, n° 15, pp. 121 et s.

¹⁸⁴¹ () Conseil d'État, 18 déc. 1925, *National Stean Navigation c./ limited of Greece : Rec.*, p. 1034. cité par FOYER Jacques, Le Conseil d'État et le conflit de lois, *In Mélange HOLLEAUX Dominique*, 1995, pp. 103-117, spéc. 111.

¹⁸⁴² () Conseil d'État 12 décembre 1930, Société Moteurs Gnome et Rhône, *Rec.* p. 1067.

l'armée française subsistant en 1944 au Liban. À l'occasion d'un retard de paiement, le Conseil d'État a été saisi par une demande d'indemnisation. Pour trancher cette question, il a qualifié l'opération de « *marché administratif de fournitures passé pour le compte de l'État français* ». Il a ainsi conclu que « *la loi française peut seule, en régir les effets, nonobstant la circonstance qu'il était conclu et exécuté au Liban, où demeure le fournisseur, et où le paiement a eu lieu* »⁽¹⁸⁴³⁾. Au cours de la même époque, d'autres affaires ont donné à la justice administrative française l'occasion d'affirmer son attachement à la publicisation. Dans des litiges concernant des contrats de crédits, de travail ou de construction⁽¹⁸⁴⁴⁾, le Conseil d'État a confirmé leur caractère de droit public, avec ou sans prise en considération de la loi dont relève l'autre contractant.

428. L'attitude silencieuse du Conseil d'État à l'égard de ce problème durant les décennies 1960-1980 a encouragé des opinions présageant que « *les juridictions administratives, du moins en France, semblent avoir hésité puis renoncé à cette position de principe* »⁽¹⁸⁴⁵⁾. Cette déduction a été démentie aussitôt qu'elle est apparue. Cinq ans plus tard, l'avis du 6 mars 1986 est venu confirmer que le Conseil d'État reste fidèle à sa position : « *le contrat envisagé ne relève pas des principes applicables en matière de commerce international* »⁽¹⁸⁴⁶⁾. Depuis lors, plusieurs autres affaires se sont succédées déniaient toute réticence ou hésitation. Saisi d'un litige concernant un contrat entre l'ambassade française au Mexique et un agent étranger, le Conseil d'État a précisé qu'il s'agit bien d'un contrat administratif même s'il s'est référé à certaines législations

¹⁸⁴³ () C.É., 11 Janvier 1952, *Rec.* 1952, p. 30.

¹⁸⁴⁴ () Il s'agit d'une affaire dont l'objet était un appel d'offre concernant un projet de construction de l'Ambassade française à Phnom-Penh, duquel l'entrepreneur français, établi au Cambodge, avait été écarté. Le litige venu devant le Conseil d'État, posait une question de compétence : si le droit interne de l'État d'accueil avait son titre d'application, la juridiction française, Conseil d'État, arrêt Sieur Lavigne et Le Mée, *A. J. D. A.*, 1969, p. 253.

¹⁸⁴⁵ () « *Dans un premier temps, les tribunaux semblent favorables à l'application de la loi de l'État contractant pour les contrats relevant des matières du Droit public en définitive, il semble que les contrats de droit public passés avec un étranger, ne soient pas ipso facto régis exclusivement par le droit public de l'État contractant, puisqu'ils doivent en tout état de cause respecter l'ordre public de l'État sur le territoire duquel ils sont exécutés* », BERLIN D., *Le régime juridique international des accords...*, *op. cit.*, thèse, Paris, 1981, T. I, p. 46-50.

¹⁸⁴⁶ () Il s'agit de l'avis occasionné par le marché du Parc de loisir dans la Région Île-de-France. Ce projet était envisagé entre, d'une part, l'État français et certains de ses entités (Région Île-de-France, département du Val-de-Marne...) et, d'autre part, la société américaine *Walt Disney Productions*. Saisi d'une demande concernant l'arbitrabilité en cas de différend, le Conseil d'État s'est attaché à la nature administrative du marché, méconnaissant le caractère international de l'opération : « *la Convention de Washington (celle du CIRDI), n'emporte aucune conséquence quant à la possibilité de compromettre d'une personne publique française* », C.E., Avis du 6 mars 1986 (Eurodisneyland), Section des Travaux Publics n° 339710, in *Rev. Arb.*, 1992, p. 398.

de l'État sur le territoire duquel l'accord a été exécuté ⁽¹⁸⁴⁷⁾. Le Conseil d'État français ne s'est donc jamais détaché de sa conviction. Néanmoins, l'opinion avancée peut avoir une autre explication. En effet, le recours massif à l'arbitrage en la matière a privé les juges administratifs de se prononcer sur les problèmes liés aux accords conclus entre des investisseurs étrangers et l'Administration. Il n'en demeure pas moins que l'attitude radicale des juges administratifs français dans l'affaire *d'Eurodisneyland* a occasionné l'objection d'une doctrine déplorant que le Conseil d'État n'a pas opéré une conciliation entre l'internationalité et la publicisation ⁽¹⁸⁴⁸⁾. La nature administrative ⁽¹⁸⁴⁹⁾ et internationale d'un tel accord n'est pas contestée. Le projet alors envisagé constitue un investissement étranger réalisé en France car il a impliqué des opérations d'exploitation sous licence étrangère, de financement et de sous-traitance internationale. De ce fait, il est un contrat international, passé pour les besoins du commerce international et conformément à ses conditions ⁽¹⁸⁵⁰⁾. Le caractère administratif de l'accord n'aurait pas dû empêcher le Conseil d'État à faire évoluer sa position. La mise en valeur de l'internationalité eût été souhaitable, d'autant plus que le Conseil d'État pouvait faire prédominer ses législations. Cette juridiction aurait dû atténuer l'application rigide de la territorialité et de la coïncidence entre la compétence et le fond. Cette évolution pouvait être fondée sur les contributions françaises au développement de l'arbitrage international et de ses instruments. Elle aurait pu lui permettre de n'appliquer que les règles impératives de son droit public, corrélativement à l'atténuation de la souveraineté en droit des gens. Cet allègement aurait « *le mérite d'esquisser une catégorie de*

¹⁸⁴⁷ () Conseil d'État, 7 janvier 1987, Mme Félicien, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1988, p. 687 et s., note P. RODIERE ; *Dalloz*, 1987, pp. 350 et s., obs. B. AUDIT .

¹⁸⁴⁸ () « *On peut cependant se demander si le Conseil d'État n'aurait pu adopter les mêmes conclusions (à savoir l'exclusion de la clause compromissoire en raison du caractère administratif du contrat), tout en constatant l'évidence : les éléments d'internationalité ressortent de la convention envisagée. Sans pour l'instant, engager la réflexion sur la qualification de droit privé ou de droit public du Contrat, de droit administratif ou de droit commercial, l'affirmation selon laquelle cette convention relève de l'ordre juridique interne français résonne comme un élégant paradoxe...* », DE BOISSÉSON M., « Interrogations et doutes sur une évolution législative... », *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 1987, spéc. pp. 8 et s.

¹⁸⁴⁹ () puisque le pouvoir public a entendu réaliser des objectifs d'intérêt général à leur vocation notamment ceux qui sont exprimés par la loi du 13 juillet 1983, portant modification du statut des agglomérations nouvelles. Mais pour contribuer à l'accomplissement de cette mission de service public, ces personnes acceptent d'assumer un ensemble d'obligations vis-à-vis d'une société américaine, la société *Walt Disney Productions*, à travers un contrat dont l'objet consiste à créer et faire fonctionner, en France, des services et des activités cosmopolites par nature : en particulier, un parc à thèmes, de conception, de dimension et de qualité égales aux parcs *Walt Disney* existant en *Californie*, en *Floride* et au *Japon*. La création du parc est au centre d'une constellation d'opérations économiques qui seront, réalisées par la société *Walt Disney* ou d'autres sociétés : achats et ventes de terrains, construction et exploitation d'hôtels, accords multiples de propriété industrielle ou artistique...Cf. *Ibidem*.

¹⁸⁵⁰ () Cf. *Ibid.*, p. 17.

contrats administratifs portant sur des opérations de commerce international »⁽¹⁸⁵¹⁾. Cependant, en qualifiant l'accord d'administratif, le Conseil d'État est allé à contresens de ses précédents et en sens contraire de la jurisprudence de la Cour de Cassation⁽¹⁸⁵²⁾.

B) Conseils d'État étrangers

429. Les juridictions administratives étrangères sont plus attachées à la publicisation. Chaque fois qu'il a été saisi d'un litige en l'espèce, le Conseil d'État égyptien a insisté sur la nature administrative des accords d'investissements. Le Conseil d'État libanais s'y est rallié par une récente décision⁽¹⁸⁵³⁾. Le 30 juin 1994, le Ministre libanais des télécommunications a conclu deux marchés d'installation de téléphonie mobile au Liban. Conclues séparément avec *Telecom Finland International* et *France Telecom Mobile Internationale pour une période de douze ans*, ces marchés ont été dénommés ainsi « *Contract for Build Operate and Transfer undertaking for implementing cellular GSM services in Lebanon* ». Les maîtres d'œuvre pouvaient céder l'accord à une société locale, tout en restant inconditionnellement, irrévocablement et conjointement responsable avec cette dernière. Les deux sociétés ont respectivement transféré les contrats aux sociétés locales dites *FTML (Cellis)* et *Liban-Cell*. Des litiges sont survenus à l'occasion des reproches faits à l'encontre des opérateurs locaux sur la mauvaise exécution de leurs obligations⁽¹⁸⁵⁴⁾. Conformément à l'article 30 des accords, les parties étrangères ont engagé deux procédures d'arbitrage *CCI* contre le Liban. Entre temps, celui-ci a saisi son Conseil d'État par « deux recours d'interprétation » des clauses compromissaires insérées dans les deux opérations. Qualifiant ces accords d'administratifs, le Conseil d'État a annulé ces stipulations⁽¹⁸⁵⁵⁾ : « *ce projet a été autorisé par le législateur en vertu de la loi n° 218 du 13 mai 1993. Il tend à*

¹⁸⁵¹ () Cf. *ibidem*.

¹⁸⁵² () sous entendu l'arrêt Galakis, GAUDEMET Yves, note sous la Cour d'Appel de Paris (1^{ère} Ch) 24 février 1994, Ministère tunisien de l'équipement c/ société Bec Frères, *Rev. Arb.*, n° 2, 1995, spéc. pp. 288 et s.

¹⁸⁵³ () Conseil d'État libanais, le 17 juillet 2001, l'État libanais c/ la société FTML (Cellis) SAL et autres, *Revue d'Arbitrage*, 2001, pp. 855 et s., Note SFEIR-SLIM Marie et HADI SLIM.

¹⁸⁵⁴ () Le Conseil des ministres libanais a décidé, le 19 avril 2000, d'émettre des états exécutoires à leur encontre. Des ordres de recouvrement enjoignant à celles-ci de verser au Trésor Public les sommes qui lui seraient dues leur furent adressés, sous peine de mettre unilatéralement fin aux contrats. Ainsi il a été reproché aux cocontractants étrangers plusieurs violations graves pendant l'exécution du projet ce qui a obligé le ministère à leur adresser, à leur sujet, des instructions écrites (lettre n° 331/I/0 du 19 février 1999, lettre n° 3974/I/0 du 9 novembre 1999, lettre n° 1426/I/0 du 17 avril 2000, lettre n° 1418/I/0 du 17 avril 2000, lettre n° 1422/I/0 du 17/4/20M). Cf. Conseil d'État libanais, 17 juillet 2001, *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 2001, spéc. p. 856, n°3, note SFEIR-SLIM Marie et HADI SLIM.

¹⁸⁵⁵ () Le Conseil d'État libanais a considéré que ce second contrat n'est pas un contrat international dans la mesure où la société prétendue finlandaise était entièrement sous contrôle libanais et qu'il n'y avait pas de convention d'encouragement et de protection qui a été conclue au moment de la passation entre la Finlande et le Liban. Cf. Conseil d'État libanais, 17 juillet 2001, *idem*, spéc. p. 867.

l'exploitation d'un service public national pour une période déterminée. Il a été accordé conformément aux dispositions de l'article 89 de la Constitution ⁽¹⁸⁵⁶⁾. Sa dénomination *Build, operate, transfert (BOT)* n'affecte pas sa qualification juridique en ce qu'il constitue un contrat de concession ⁽¹⁸⁵⁷⁾. Les contrats de concession pour l'exploitation des services publics sont des contrats administratifs de nature particulière qui ne peuvent être qualifiés de contrats de manière absolue ⁽¹⁸⁵⁸⁾.

430. On a reproché au Conseil d'État libanais qu'il réduisait les accords en cause à des simples concessions. Il a refusé « *de tenir compte de la spécificité des contrats conclus suivant la formule BOT, qui tendent notamment à répondre aux besoins d'investissement* » ⁽¹⁸⁵⁹⁾. Résolument opposé aux tendances actuelles, l'esprit des juges administratifs libanais ne correspond pas à la volonté affichée par son État. Comme tous les États en développement, le Liban contribue à l'inscription de ses actions dans l'économie de marché. Ces arrêts risquent d'inquiéter les milieux d'affaires, de dissuader bon nombre d'investisseurs et d'affecter la crédibilité du Liban dans le cadre des activités liées à ce secteur : « *ils paraissent dès lors comme des arrêts de provocation et constituent ainsi un appel pressant au législateur libanais afin qu'il remette les pendules à l'heure en dotant le pays d'une législation moderne relative aux contrats BOT* ». Une telle promulgation devrait faire abstraction, « *des critères du droit interne, toutes les fois que les intérêts du commerce international et les besoins des investissements internationaux sont en cause* » ⁽¹⁸⁶⁰⁾.

II / Juges ordinaires et publicisation

431. Cela fait longtemps que la nature administrative des accords liant l'État aux éléments d'extranéité a été admis par les juges ordinaires. Cependant, il apparaît qu'à

¹⁸⁵⁶ () *Ibid.*, p. 855.

¹⁸⁵⁷ () Le Conseil d'État a considéré que la nature administrative de l'accord litigieux relève de la définition donnée par l'article 89 de la Constitution libanaise. Il a affirmé que le critère du contrat de concession réside dans la nature du contrat et n'est pas affectée de l'octroi de la concession à deux sociétés, mêmes concurrentes. L'agrément du ministre des Postes de recourir à un appel d'offres international a été effectué en vertu de la loi n° 218 du 12 mai 1992. Le contrat litigieux a alors formé une concession accordée en vertu d'une délégation du législateur. Le Conseil d'État appuie également sur l'article 3 de la loi n° 218 disposant que « *les détails et les procédures relatifs au projet sur le plan technique, administratif et financier ainsi que sur le plan des investissements seront déterminés, le cas échéant, par des décrets en Conseil des ministres sur proposition du ministre des Postes et Télécommunications et du ministre des Finances* ». L'ouverture de la concurrence au détriment du droit absolu et libre de l'administration n'est pas exclu en matière de concession. Le contrat litigieux est une concession accordée en vertu d'une délégation du législateur. Son objet est l'exploitation d'un service public national pour une période déterminée conformément à l'article 89 de la Constitution. Cf. *ibid.*, p. 859, ns° 30 et 31.

¹⁸⁵⁸ () *Ibid.*, pp. 855-862.

¹⁸⁵⁹ () *Ibid.*, p. 884.

¹⁸⁶⁰ () *Ibidem*.

plusieurs reprises, les juges français s'en sont détachés, même si leurs homologues du Tiers-Monde s'y attachent rigidement. Un exemple de six affaires prouve que l'attachement des juges ordinaires à la qualification classique est de plus en plus remis en question.

432. Les trois premières affaires sont anciennes : l'une a opposé l'État français à un ressortissant turc pour un contrat de location. L'immeuble loué à l'Ambassade en Turquie (*Stamboulov*) a été détruit à la suite d'un incendie. La question de la qualification du contrat a été soulevée lors de la recherche de droit applicable à une demande d'indemnisation. La Cour de Cassation décida que le contrat litigieux n'était qu'un simple contrat de droit commun et que l'État français se comportait comme un simple contractant (¹⁸⁶¹). **La seconde** concerne un contrat de défense d'une société française à l'étranger qui fut passé entre le représentant diplomatique de la France et un avocat étranger. Pour des motifs liés aux contrats administratifs, le juge français favorisait l'application de sa loi en tant que droit de l'État contractant. La Cour d'Appel de Paris a annulé cette décision : « *un contrat n'étant pas conclu dans le but de service public et ne contenant pas de clauses exorbitantes ne s'est qualifié qu'un simple contrat de droit privé* » (¹⁸⁶²).

433. La troisième affaire, en date de 1929, est celle du tribunal mixte d'Alexandrie. Elle est une illustration du classement des contrats entre public et privé alors que l'Égypte n'avait pas, en matière administrative, une justice spécialisée. L'objet de l'affaire était un marché liant la municipalité d'Alexandrie à une société étrangère pour des travaux publics et bâtiments. Examinée par un tribunal mixte, la question de la publicisation a été abordée en ces termes : « *il est absurde de vouloir forcer le rapport juridique (né de la concession) dans le cadre d'un simple et commun rapport de droit privé d'obligation. La puissance publique n'assume pas le rôle d'un co-obligé de droit privé. Ces actes, eux-mêmes, ne sont pas des contrats de droit privé dans le sens traditionnel du mot. Si, par suite d'une trompeuse similitude de conditions extérieures, ce mot de contrat a été employé, et continue d'être employé pour désigner les rapports juridiques dans lesquels l'État intervient en sa qualité et pour ses fins de puissance publique, il est certain que, ni les actes en question ne sont vraiment des contrats, ni*

¹⁸⁶¹ () Elle en a déduit que les règles de conflits de lois seraient consultées pour désigner le droit applicable au différend. Cassation du 30 mai 1932, l'État français c./ Caratheodory, *Clunet*, 1933, pp. 347 et s, note NIBOYET.

¹⁸⁶² () Cour d'Appel de Paris, 19 février 1968, l'État Français c./ Szczupak, *Clunet*, 1968, p. 336, note VERDIER.

l'État n'y assume la figure, les droits et les devoirs d'un obligé de droit commun »⁽¹⁸⁶³⁾.

434. Les trois autres affaires ont été traitées à partir de la seconde moitié des années quatre-vingt. **La première** est celle liant le Ministre de la défense égyptienne à un opérateur américain. Les faits de l'affaire consistent dans la passation, en 1988, d'un marché d'approvisionnement militaire. Courant décembre 1991, l'Égypte a résilié le marché en raison du retard imputé à son contractant. Les parties ont engagé une procédure arbitrale soldée, le 24 août 1994, par la condamnation, en particulier de l'Égypte, au paiement de certaines sommes. Cette décision ne convenait pas à l'Égypte qui voyait dans l'accord litigieux un contrat administratif de fournitures et d'équipements. Cette qualification n'a pas été discutée par les arbitres alors qu'elle devait entraîner l'application du droit de l'Administration⁽¹⁸⁶⁴⁾. Pour cette raison, l'Égypte s'est opposée aux demandes d'exequatur formulées devant le juge égyptien et les juges étrangers, précisément français et américain. Demandant l'annulation de la sentence auprès de **la Cour d'Appel du Caire**, l'Égypte a estimé que par la référence exclusive à son droit commun, la sentence a écarté la *'proper law'* de cette opération⁽¹⁸⁶⁵⁾. Les juges égyptiens ont suivi ce raisonnement : *« le contrat objet du litige est un contrat administratif conclu avec un service public en vue de la fourniture de matériaux et de services liés à sa mission et à son organisation. Dans ce contrat, l'Administration a entendu appliquer les règles du droit public et réserver ses droits par le moyen de l'exécution directe ; elle a aussi le droit d'appliquer des pénalités pécuniaires dans certains cas, et le pouvoir de résilier le contrat ultérieurement par simple notification* »⁽¹⁸⁶⁶⁾. Les juges considèrent que la clause faisant explicitement référence au droit

¹⁸⁶³ () Tribunal Mixte d'Alexandrie, 29 Décembre 1928, *Alexandrie Rainleh Railway c./ Municipalité d'Alexandrie*, *Rev. Dr. Pub.* 1929, pp. 127, 134-135 ; SULTAN Hamed, « Legal nature of oil concessions », *Rev. Egyp. Dr. Int.*, 1965, V. 21, pp. 73-89, spéc. p. 81.

¹⁸⁶⁴ () La sentence a estimé que la détermination de cette nature n'était pas nécessaire car les questions de droit ne s'y lient pas. Elle a considéré qu'il ne s'agit pas là d'un contrat administratif mais d'un contrat de l'Administration, v. *Cour d'Appel du Caire, Ministère de la défense égyptienne c./ la Société américaine (Chromalloy Aero Services Company)* », *Rev. Arb.*, 1998, pp. 723 et s., spéc. p. 725, note LEBOULANGER Ph.

¹⁸⁶⁵ () Se référant directement aux règles du contrat d'entreprise du droit civil, la sentence s'est écartée de bon chemin. Elle n'a pas appliqué la loi publique choisie et n'a pas respecté la loi n° 9 de 1983 sur les appels d'offre et adjudications. La sentence a donc violé les règles de motivation imposées aux arbitrages déroulant conformément à l'article 53 de la loi égyptienne (loi n° 27 de 1994) : *« le recours en annulation de la sentence arbitrale n'est recevable que dans les cas suivants : si la sentence arbitrale exclut la loi choisie par les parties et applicable à l'objet du litige...»*. Ceci étant, sans motivations suffisantes et malgré la preuve à l'inexécution et le retard imputé à la société étrangère, la sentence lui a fait droit tout en rejetant sans traitement les moyens évoqués par son cocontractant. Cf. *ibid.*, *Rev. Arb.* 1998, pp.723-725, note LEBOULANGER Ph..

¹⁸⁶⁶ () Cf. *Ibid.*, pp. 727-28.

égyptien signifie que c'est le droit administratif qui est choisi. Si la sentence arbitrale a appliqué le droit civil égyptien, elle a ainsi écarté la loi convenue. Ceci constitue un des cas de nullité puisque les arbitres ont écarté la loi choisie par les parties : « est nulle, car contraire à la loi N° 27 de 1994, la sentence qui après avoir considéré qu'il n'était pas nécessaire de déterminer la nature administrative ou non du contrat, a appliqué les règles du droit civil égyptien alors qu'il s'agissait d'un contrat administratif nécessitant l'application du droit administratif... »⁽¹⁸⁶⁷⁾.

435. Répliquant à l'ordonnance d'exequatur en France, l'Égypte a formulé un recours devant la **Cour d'Appel de Paris**. Elle a reproduit, entre autres ⁽¹⁸⁶⁸⁾, l'argument évoqué, c'est-à-dire que la sentence n'a pas été motivée sur certains points importants et que les arbitres ne se sont pas conformés à leur mission ⁽¹⁸⁶⁹⁾. Cette assertion a été rejetée par la Cour qui a nié l'existence dans les motivations des arbitres de quelque contradiction : « les arbitres ont constaté en l'espèce, que les parties se fondaient principalement sur l'interprétation du contrat lui-même et sur les faits présentés » et que de toute façon la qualification avait fait l'objet de discussion ⁽¹⁸⁷⁰⁾. En insistant sur les mêmes arguments, l'Égypte s'est enfin opposée à la demande d'exécution déposée auprès du Tribunal de Céans le 5 mai 1995. Elle tendait à son rejet et à la reconnaissance de la force de chose jugée à l'arrêt de la Cour d'Appel du Caire. Après avoir statué sur sa compétence, le Tribunal américain de première instance a annoncé que « la sentence qui a décidé qu'il importait peu d'appliquer le droit civil ou le Droit administratif égyptien comporte au pire une erreur de droit, et n'est donc pas susceptible de contrôle de la part du juge américain de l'exequatur »⁽¹⁸⁷¹⁾.

¹⁸⁶⁷ () Cf. *ibidem*.

¹⁸⁶⁸ () L'autre prétend que ladite ordonnance a été rendue au mépris des conventions internationales Article 33 de la Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982 sur la coopération judiciaire entre les deux pays et l'article de la convention de New York sur la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales de 1958.

¹⁸⁶⁹ () L'Égypte explique que les arbitres n'ont pas motivé leur affirmation. Ils n'avaient pas pris position sur la question de la nature civile ou administrative du contrat. Ceci constitue le non-respect de la loi n° 27 de 1994 exigeant, sauf accord contraire, la motivation de telles décisions. La non-motivation de sentences était alors de nature à justifier le refus de leur exequatur par application de l'article 1502-3 et 5 du nouveau Code de Procédure civile. Les arbitres se sont contredits car statuant exhaustivement au droit civil égyptien, ils ont exercé un choix déterminant après avoir annoncé qu'ils n'en feraient aucun l'Égypte sous entend l'expression des arbitres s'agissant de la non-importance de la qualification en l'espèce. Le déclin du recours au droit public égyptien par les arbitres constitue un dépassement par ces derniers de leur mission. Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} Ch. Comm., 14 janvier 1997, Égypte c./ Soc. Chromalloy Aero Services, *Rev. Arb.*, 1997, pp. 398 et s, FAUCHARD Philippe ; *Clunet*, 1998, pp. 750-754, spéc. p. 752, note GAILLARD E.

¹⁸⁷⁰ () V. la section précédente.

¹⁸⁷¹ () « La Convention d'arbitrage, tout en prévoyant l'application de la loi égyptienne, a clairement stipulé que la sentence ne pourra pas faire l'objet d'un appel ou d'un recours », GREEN

436. Deux ans plus tard, c'est-à-dire le 17 mars 1997, les juges égyptiens ont renouvelé leur attachement au caractère administratif des accords d'investissement. Comme la précédente, l'affaire des Antiquités a été soulevée devant la même Cour d'appel suite à une demande de nullité de la sentence arbitrale n° 66/1995 rendue sous l'égide du Centre d'arbitrage du Caire. Le recours a été fondé sur la non-arbitrabilité des personnes publiques dans les contrats qualifiés d'administratifs. La Cour a repoussé ce grief, en décidant la validité de l'arbitrage *dans ce genre d'opération*. Alors qu'elle était consciente qu'il s'agissait d'un *marché public international*, la Cour n'a pas hésité à lui attribuer cette appellation « administratif »⁽¹⁸⁷²⁾.

437. L'affaire de Ministre tunisien des équipements relève de deux marchés passés en 1981 entre ledit ministère et un consortium franco-tunisien⁽¹⁸⁷³⁾. Ces accords de travaux publics ont occasionné des difficultés menant à leur résiliation unilatérale en 1984⁽¹⁸⁷⁴⁾. Les opérateurs privés ont mis en œuvre la clause d'arbitrage figurant dans le cahier des clauses administratives particulières. Le 8 février 1990, une sentence arbitrale a condamné le ministère de l'équipement à payer diverses sommes en dinars et en francs français. Le 13 septembre 1990, une sentence rectificative l'a également condamné à payer des montants supplémentaires⁽¹⁸⁷⁵⁾. L'exequatur de la sentence a été rejetée le 21 février 1991 par le Tribunal tunisien de première instance puisque quelques jugements ont décidé et confirmé la nullité de la clause d'arbitrage⁽¹⁸⁷⁶⁾. En revanche, il a été accordé en France par deux ordonnances en date du 8 février 1990 et du 15 avril 1991. Devant la Cour d'Appel de Paris, la Tunisie s'est opposée à la nature administrative des contrats et au caractère interne des sentences rendues. Elle a tenté de

JUNE L., Tribunal de district des États pour le district de Columbia, 31 juillet 1996, Chromalloy Aeroservices c./ République arabe d'Égypte, *Rev. Arb.*, 1997, n°3, pp. 439 et s

¹⁸⁷² () Il s'agit d'un marché conclu le 10 novembre 1993 entre la société anglaise *G. Silver Night Company* et l'Organisme égyptien des Antiquités. Au cours de cette affaire, l'un des griefs sur lesquels s'est fondée partie égyptienne pour parvenir à ses fins était sa revendication de la nature administrative de l'accord, ce qui n'était apparemment pas contesté par les juges compétents. Les raisonnements de la Cour prouvent au contraire l'acceptation de cette opinion. Une simple lecture de l'arrêt démontre que la Cour admet cette qualification : «...pour la Cour ce texte autorise (la loi égyptienne sur l'arbitrage) expressément la soumission des contrats administratifs à l'arbitrage, et consacre l'aptitude à compromettre de l'État et des personnes de droit public (...), le législateur a clairement visé les contrats administratifs ». V. LÉBOULANGER Ph., note sous la décision du 17 mars 1997, Cour d'Appel du Caire : Organisme des Antiquités c./ *G. Silver Night Company*, *Rev. Arb.*, 1997, N°2, pp. 283 et s.

¹⁸⁷³ () la société française '*Bec Frères SA*' et son homologue tunisienne 'Grands travaux d'Afrique'

¹⁸⁷⁴ () la restitution, du matériel de la société Bec et sur le paiement des travaux faits

¹⁸⁷⁵ () GAUDEMET Yves, note sous la décision de la Cour d'Appel de Paris (1e Ch) 24 février 1994, Ministère tunisien de Équipements c./ société Bec Frères, *Rev. Arb.*, n° 2, 1995, pp. 276 et s.

¹⁸⁷⁶ () Le 3 avril 1991 et 1 février 1993, la Cour d'Appel de Tunis et le tribunal administratif ont confirmé la nullité de l'arbitrage. En date du 17 octobre 1993, la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé par le consortium contre l'arrêt de la Cour d'appel du 3 avril 1991.

se prévaloir de cette qualification (administrative) pour parvenir à la non-arbitrabilité dans les accords litigieux (¹⁸⁷⁷). Son contractant a considéré que les marchés en cause sont des contrats commerciaux internationaux échappant comme tels à la réglementation interne des marchés tunisiens de travaux publics. Les juges d'Appel ont rejeté la publicisation au profit de l'internationalisation : « *les travaux étaient financés par l'État du Koweït (...). L'opération supposait un transfert de matériel à travers les frontières, un transfert de savoir-faire ainsi qu'un paiement transfrontalier. Elle avait donc un caractère international. Les deux marchés signés par le ministère de l'Équipement étaient des contrats internationaux* » (¹⁸⁷⁸).

438. Ces décisions judiciaires permettent de dégager certaines constatations. D'un côté, l'attitude des juges étatiques exprime leur attachement majeur à l'incorporation des *M.P.I.* dans la catégorie des contrats publics de l'Administration. La position du Conseil d'État n'est donc pas de plus en plus isolée (¹⁸⁷⁹) car les juges ordinaires du Tiers-Monde soutiennent cette qualification. Cet attachement, quoique objectivement soutenable, souffre d'une importante objection. Dans les affaires évoquées, la qualification opérée par les juges d'Appel égyptiens les a conduits à franchir les limites de leur compétence, en traitant une question de fond (¹⁸⁸⁰). *L'erreur de qualification qui a induit* une autre dans le choix des règles matérielles applicables, n'aurait pas dû motiver une décision d'annulation. N'étant pas liée à l'ordre public, la qualification

¹⁸⁷⁷ () GAUDEMET Yves, note précitée, *Rev. Arb.*, 1995, p. 276, spéc. p. 285.

¹⁸⁷⁸ () « *la prohibition pour un État de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne. Cette prohibition n'est en conséquence pas d'ordre public international. Pour valider la clause compromissoire incluse dans un marché, il suffit de constater l'existence d'un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international ; Considérant qu'il a été décidé ci-dessus que le ministère de l'Équipement ne peut donc au regard de l'ordre public international-invoquer ni les prohibitions de son droit interne, ni les décisions rendues par les juridictions tunisiennes au regard du droit interne pour se soustraire à l'application des clauses compromissoires qu'il a lui-même introduites dans les contrats* », Cf. *ibid.*, pp. 280-81.

¹⁸⁷⁹ () Cf. *ibid.*, p. 287.

¹⁸⁸⁰ () Il a été convenu entre la partie égyptienne et son homologue américaine que « *la décision d'arbitrage éventuellement à rendre serait définitive et n'accepterait pas aucun voie de recours* ». Ceci étant, le contrôle du juge de l'annulation aurait dû se limiter « *à la vérification que les arbitres ont bien appliqué le droit choisi par les parties, en l'espèce le droit égyptien, sans pouvoir, à l'intérieur du système juridique ainsi choisi, contrôler l'application des règles du droit public ou de celles du droit privé (...). Cela semble raisonnable car l'autre hypothèse - celle qui consisterait à conférer au juge de l'annulation le contrôle de l'application de telle ou telle branche du droit national - est de nature à soulever des difficultés considérables. En effet, l'annulation d'une sentence au motif que les arbitres ont appliqué le Droit civil et non pas le droit administratif, l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Caire dans l'affaire Chromalloy le révèle clairement, conduit inévitablement le juge de l'annulation à procéder à la requalification du contrat puisque le droit civil ou administratif applicable dépend de la nature juridique du contrat. Ce faisant, il est immanquablement amené à examiner le fond du litige, ce qui équivaut à une révision de la sentence. La loi égyptienne écarte expressément cette hypothèse (art. 52)* ». LÉBOULANGER Ph., Note précitée sous l'arrêt de la Cour d'Appel du Caire, *Rev. Arb.*, 1998, pp. 723 et s., spéc. 730.

reste un devoir et non pas une obligation. De la sorte, il suffisait qu'elle fasse l'objet de discussion (¹⁸⁸¹). C'est pourquoi, on comprend l'attitude de la Cour d'Appel de Paris et encore plus celle du Tribunal américain. Le fait de reconnaître qu'il y a eu une *erreur de la part des arbitres et que cette erreur ne justifie cependant pas la décision d'annulation* emporte la conviction. Il apparaît, de toute façon, que l'attachement des juges à la qualification classique a peu d'influence dans la pratique. Le pouvoir de ceux-ci en la matière est davantage délimité sur les recours en exécution. Ce sont les arbitres qui deviennent les juges de ces marchés. Il convient donc d'évaluer leur attitude sur le problème de qualification.

Sous-section II

L'arbitrage face à la publicisation

439. Les sentences qui ont évoqué le problème du recours aux contrats administratifs démontrent que les arbitres optent pour l'abandon du recours à cette conception : la reconnaissance du caractère administratif aux anciennes concessions est devenue un phénomène historique **(I)**, car l'hostilité des arbitres à son égard est une tendance dominante dans la pratique **(II)**.

I / Recours intensif à la publicisation

440. L'essentiel des motivations élaborées par d'anciennes sentences arbitrales affirme que leur recours à la théorie du contrat administratif a été accueilli favorablement. Dans l'affaire *Rialet/Éthiopie*, le tribunal arbitral se réfère au droit public européen et au concept de concession de service public : « *attendu que le Rialet prétend que ce contrat constitue simplement un contrat de droit privé, thèse que le Tribunal arbitral ne saurait admettre puisque tout monopole d'État est par sa nature un service public et que du fait que l'État en confie l'exploitation de ce service à un particulier ne change pas de caractère ; que par conséquent ce contrat est considéré*

¹⁸⁸¹ () Sur cette affaire, un auteur a autrement critiqué le bien fondé de cette cause d'annulation. Il considère que l'erreur dans l'application du droit civil ne conduit pas à ce résultat car les parties avaient choisi le *Droit d'Égypte* sans plus de précision. La situation aurait dû être différente, ajoute-il, si les parties avaient choisi le droit public alors que les arbitres ont appliqué le droit commun. Ahmed Sharaf EL-DINE, *Sultat al-kady al-messry alā ahkaam al-tahkīm ; daouā alélghae, (Pouvoir du Juge égyptien sur la sentence arbitrale ; Procès d'annulation)*, 2^{ème} édition, Al-Nessr El-Zahabi Leltbaha, Le Caire 1997, pp. 79-80 (note de bas de page). Ce raisonnement n'emporte pas la conviction car, juridiquement, le choix des règles matérielles applicables relève de la fonction du juge et non pas des contractants. Il aurait dû suffire le choix de la loi égyptienne pour que l'arbitre ou le juge qualifie la situation conformément à cette législation.

comme une concession de service public »⁽¹⁸⁸²⁾. La sentence rendue sur la concession litigieuse d'électricité de Varsovie (1933) l'a qualifiée d'« un acte de droit public » ayant, « comme généralement toutes les concessions, un caractère double », qui « relève tant du droit public que du droit privé »⁽¹⁸⁸³⁾. Deux affaires impliquant les États-Unis, qui ignorent le concept de contrat administratif, ont fait appel à cette qualification : l'une est liée à la concession de circuit télégraphique qui les a opposés à la Chine en 1935⁽¹⁸⁸⁴⁾. L'autre concerne un accord similaire entre l'Administration des Postes de Tchécoslovaquie et une société américaine. Dans l'une et l'autre, le Tribunal arbitral se référa au concept de service public et examina dans quelle mesure des principes tels que l'exclusivité devait avoir son titre d'application. Pour chacun de ces cas, les arbitres décidèrent que ces accords étaient soumis au droit public et non au droit commun⁽¹⁸⁸⁵⁾. A cet égard, on a admis que de telles sentences ne présentent guère d'intérêt pour l'internationalisation. Elles auraient pu constituer une certaine publicisation si les arbitres y avaient vu « un contrat international de droit public »⁽¹⁸⁸⁶⁾.

441. Une ultime sentence arbitrale mixte a concerné le prêt accordé en 1926 par la société *Swedish Match Company* à l'État hellénique (Grèce) et la concession de fourniture exclusive d'allumettes octroyée par celui-ci à la société *Alsing*. Il peut s'agir d'un ensemble contractuel consenti par le gouvernement en tant que monopole d'importation et de commercialisation de ces prestations⁽¹⁸⁸⁷⁾. La durée des accords était de 28 ans. Néanmoins, le déclenchement de la seconde grande guerre a causé la suspension du remboursement et l'interruption de la concession jusqu'en 1949. Un nouvel accord chargé de relancer l'opération a été trouvé mais le gouvernement grec a décidé en 1953 la non prolongation de l'accord de fournitures alors que les emprunts

¹⁸⁸² () Sentence du 15/1/1929 concernant un accord d'exploitation d'une régie des alcools, in *Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, Librairie du Recueil, Sirey, 1929, pp. 742 et s ; pour une analyse récente sur cette affaire sous cet angle, v. SIDIBE FODE FLAMOUSA, *Les enjeux de la qualification...*, op. cit., thèse, Nice, 1995, pp. 202 et s.

¹⁸⁸³ () L'objet de l'affaire était une concession de distribution d'électricité qui fut octroyée par la Compagnie d'électricité de Varsovie à une société française. Recueil des sentences arbitrales, T. III, p. 1687, cité par WEIL P., « Un nouveau champ d'influence pour le Droit administratif français ; Le Droit international des contrats », *Recueils et documents du Conseil d'État*, 1970, pp. 13 et s., spéc. 20.

¹⁸⁸⁴ () Affaire R.C.A. c./ la Chine, *Recueil des sentences arbitrales*, t. III, pp. 1626 et s.

¹⁸⁸⁵ () *American Journal of International Law*, 1936, p. 523.

¹⁸⁸⁶ () WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats..., op. cit., R.C.A.D.I., 1969, V. III, T. 128, spéc. p.

165

¹⁸⁸⁷ () Sentence du 22 décembre 1954, *I.C.L.Q.* 1959, p. 320 ; adde, RIGAUX F., *Droit public et privé dans les relations internationales*, Éditions A Pédone, Paris, 1977, p. 378 ; BERLIN D., Le régime juridique international des accords entre États et ressortissants d'autres États, thèse, Paris I, 1981, pp. 59 et s ; FRIEDMANN V., *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, 1971, p. 121.

n'avaient pas eu de remboursement. Faute d'un règlement amiable, l'arbitrage mixte a été saisi pour trancher le différend. Le gouvernement grec a revendiqué l'autonomie des deux opérations. Il a précisé que l'accord de fourniture d'allumettes a pris fin à la date fixée contractuellement. Faisant prévaloir la nature administrative de la concession et les indices de sa localisation, l'État a insisté sur son interprétation conformément au droit public interne. À l'appui de ses réclamations, la société *Alsing* émettait deux prétentions. Eu égard au lien originel entre les deux accords, il devait y avoir une prolongation de contrat de fourniture jusqu'au remboursement des prêts et une adjonction à l'échéance conventionnelle (1954), d'une période correspondant à la suspension due aux événements exceptionnels. De surcroît, ne s'opposant pas au recours au droit grec, la société a précisé que seul le droit privé devait s'appliquer. Le tribunal arbitral a recherché la loi applicable conformément aux règles de conflits des lois de l'État contractant et a désigné le droit grec, qualifiant ensuite, le contrat en cause de marché public de fourniture (contrat administratif). Ces brèves citations démontrent que jusqu'au commencement de la décolonisation, la *nature administrative des M.P.I.* ne soulevait pas de réticences devant l'arbitrage qui s'est montré de plus en plus agressif à l'égard de cette qualification.

II / Abandon progressif de la publicisation

442. Depuis les célèbres nationalisations, les efforts incessants visent à faire échapper les *M.P.I.* au pouvoir judiciaire et législatif de l'État contractant. Les États ont fait évoluer leur position. Ils ont accepté l'arbitrage, tout en s'attachant au recours à leurs législations. L'extension du recours aux arbitres a fait d'eux les juges par excellence du règlement des différends. Les arbitres jouissent d'une grande liberté qui contribue à la mise en jeu de la loi de l'État hôte d'investissement. Conçus comme garants de la sécurité du commerce international, les arbitres sont devenus réticents à l'égard du droit public interne. L'arbitrage qui a largement sollicité la théorie du contrat administratif, a commencé à s'en désintéresser. Il a mis en cause son effectivité et son adaptation **(A)**, **déclinant dans le même temps** cette démarche de qualification **(B)**.

A) Le recours à la publicisation à titre d'exception

443. Depuis les mouvements de l'indépendance, il n'y a que deux sentences qui, à notre connaissance, ont accordé la transposition explicite de la théorie du contrat administratif aux accords d'investissements. Les deux affaires avaient pour objet des marchés impliquant deux États africains et des opérateurs européens. **La première** qui

remonte aux années soixante, a opposé les héritiers d'un ressortissant belge à l'État du *Burundi* ⁽¹⁸⁸⁸⁾. Son objet était une concession d'achat exclusif de l'or et des diamants bruts produits sur le territoire de l'État du *Burundi*. Conclue le 29 janvier 1965, cette opération a été prématurément résiliée par le gouvernement. Conformément à une clause compromissoire, un arbitrage *CCI* a eu lieu le 30 novembre 1968. Faute d'accord sur le droit applicable, l'arbitre a soumis le litige à celui de l'État partie au différend ⁽¹⁸⁸⁹⁾. Il en tiré la conséquence en attribuant le caractère administratif à cette opération. Dans le cas d'espèce, « *les éléments contractuels de la concession accordée sont largement prédominants. A cet égard, on est en présence d'un contrat administratif. Enfin, il convient de préciser que ledit contrat est un contrat international : les éléments d'extranéité étant : la conclusion du contrat à Bruxelles, la qualité de citoyen belge d'un des co-contractants, l'exportation de produits miniers faisant l'objet de la concession, l'admission de devises étrangères comme monnaie du contrat, et surtout, la référence à une juridiction arbitrale internationale* » ⁽¹⁸⁹⁰⁾. **La seconde affaire** est traitée au cours des dernières décennies. Il s'agit de l'affaire du *Sénégal contre la SOABI* ⁽¹⁸⁹¹⁾. Le différend concerne principalement un marché de construction de 15000 unités de logement. Le problème de la détermination du droit applicable aux engagements des parties a été soulevé à cause de la résiliation anticipée de l'investissement. Le recours à un arbitrage *CIRDI* a donné lieu à l'applicabilité de l'article 42/1 de la convention de Washington ⁽¹⁸⁹²⁾. Le tribunal arbitral a décidé que, faute d'accord entre les parties, le droit applicable ne peut être autre que celui de l'État contractant (le Sénégal). Il a procédé à la qualification des accords litigieux, estimant qu'ils constituent des contrats administratifs régis par le Code des obligations de

¹⁸⁸⁸ () Sentence rendue dans l'affaire n°1526 en 1968 ; Mojzsez LUBELSKI c./ État du Burundi, *Clunet*, 1974, pp. 915 et s ; RIGAUX F., *Droit public et privé, op. cit.*, Éd. Pédone, Paris 1977, pp. 380-386 ; LEDUCQ X., *Les accords de développement économique...*, *op. cit.*, thèse, Rouen, 1981, p. 108.

¹⁸⁸⁹ () « constatant l'absence de clause expresse de droit applicable, les arbitres ont considéré que le droit applicable était le droit de l'État partie à la convention à un double titre : d'une part, en vertu de la volonté implicite des parties, d'autre part en vertu de la localisation de ce contrat sur le territoire dudit État ... ledit contrat est soumis, quant au fond, à la loi de l'État. Il est évident, en effet, que telle était la volonté des parties. Au surplus, le contrat devait recevoir son exécution dans l'État dudit État ». Cf. sentence précitée, *Clunet*, 1974, p. 915.

¹⁸⁹⁰ () Cf. *ibidem*.

¹⁸⁹¹ () Sentence du 4 et 9 février 1988, *Clunet* 1990, p. 193, obs. E. GAILLARD ; Cour d'Appel de Paris, 5 décembre 1989, *Clunet* 1990, p. 141, note E. GAILLARD ; JACQUET J.-M., « L'État opérateur du Commerce International », *Clunet*, 1989, spéc. p. 650 ; adde, son article, « *Le contrat d'État* », *op. cit.*, Éd. *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, fasc. 565-60, p. 32, n° 159.

¹⁸⁹² () « *Le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend y compris les règles relatives aux conflits de lois ainsi que les principes de droit international en la matière* ».

l'Administration. De plus, a-t-il ajouté, que cette qualification résulte en outre des documents et mémoires présentés par les parties, qui avaient un commun accord sur l'application du droit administratif sénégalais (¹⁸⁹³).

444. Par ailleurs, d'autres affaires ont admis le concept de contrat administratif mais implicitement et partiellement. La sentence d'*Aminoil c./ le Koweït* en est un exemple pertinent. Concernant un accord pétrolier résilié unilatéralement, l'affaire a donné lieu à un arbitrage s'interrogeant sur la nature administrative de cette concession. A cet égard, le tribunal ne s'est pas explicitement prononcé. Cependant, il a approuvé les principes de cette théorie : « *le contrat de concession a changé de caractère, pour devenir un de ces contrats dans le cadre desquels l'État, tout en étant obligé de respecter l'équilibre contractuel, jouit d'avantages propres* » (¹⁸⁹⁴). Le tribunal a dispensé l'État de saisir au préalable une procédure arbitrale pour demander la résiliation si l'urgence de la mesure ne s'accorde pas avec la longueur de la procédure. Il a estimé que les clauses de stabilisation ont perdu leur caractère initialement absolu. Il s'est référé à la théorie des contrats administratifs, connue en droit français, égyptien et koweïtien. La clause de droit applicable, qui tenait compte de « *la qualité des parties* », invitait à cette circonspection (¹⁸⁹⁵).

445. De même, l'arbitre de la sentence *Saphire* souligna le caractère mixte d'une concession relevant « *tant du droit public que du droit privé* », avant de conclure qu'elle « *renferme des éléments qui ressortissent du droit administratif* » (¹⁸⁹⁶). Attribuant à l'accord litigieux la qualité d'un '*lien contractuel direct*', l'arbitre de la sentence *B.P. c./ La Libye* s'est opposé à l'application exclusive du Droit des gens (¹⁸⁹⁷). Pour tirer les

¹⁸⁹³ () A cet égard, M. JACQUET J.M., a souligné que « *le tribunal semblait hésité sur la qualification primaire de contrat de travaux publics ou de contrat d'entreprise tout en penchant en fin à un contrat administratif particulier* », *op. cit., supra*, p. 32, n° 159.

¹⁸⁹⁴ () Sentence d'*Aminoil c./Koweït* du 24 mars 1982, *J.D.I.* 1982, pp. 895-896 ; BURDEAU G., « Droit international et contrats d'État ; la sentence *Aminoil c/ Koweït* du 24 mars 1982 », *A.F.D.I.*, 1982, pp. 454 et s ; Cf. *J.D.I.*, 1982, p. 895 ; KAHN Ph., « Contrats d'État et nationalisation », *Clunet*, 1985, pp. 641 s ; RIAD Fouad, « *Les contrats de développement* », *Rev. Égypt. Dr. Int.*, v. 42, 1986, pp. 253-281, spéc. p. 270.

¹⁸⁹⁵ () C'est cette sentence qui a incité le professeur F. RIAD à se demander s'« *il s'agit en l'occurrence d'une forme de contrat administratif international qui confère à l'État le droit exorbitant de résilier le contrat unilatéralement ?* », In « *Les contrats de développement* », *Rev. Égypt. Dr. Int.*, V. 42, 1986, pp. 253-281, spéc. p. 270.

¹⁸⁹⁶ () L'arbitre a cependant neutralisé la loi iranienne en raison du caractère public du contrat litigieux. Il estime dès lors naturel qu'il y ait protection de l'investisseur contre les risques de la loi iranienne, sentence *Saphire c. / NIOC*, *Annuaire Suisse de Droit International*, 1962, spéc. pp. 279-284.

¹⁸⁹⁷ () « *le tribunal ne peut pas accepter que le droit international public s'applique, car le paragraphe 7 de la clause 28 de la concession ne le prévoit pas* ». Sentence *British Petroleum Exploration Company c./ Gouvernement libyen*, du 10 octobre 1973, *Rev. Arb.*, 1980, pp. 117-131, spéc. p. 124.

conséquences juridiques de la rupture unilatérale de la concession, il s'est trop rapproché des règles de la publicisation. Ainsi s'interrogeant sur l'ampleur de l'exécution en nature, l'arbitre a affirmé l'impossibilité d' « *imposer au gouvernement nationalisant l'exécution en nature des engagements contractuels répudiés* ». Il n'est toutefois pas possible de considérer qu'« *un accord fondamentalement rompu ou résilié par l'une des parties continue à être en vigueur* » et que « *la réparation par l'exécution en nature n'a pas lieu contre l'État* »⁽¹⁸⁹⁸⁾. L'affaire du **Plateau des Pyramides devant le CIRDI** a emprunté à la théorie du contrat administratif en Droit égyptien un de ses enseignements. En effet, la doctrine avait regretté que la sentence *CCI* préalablement rendue sur cette affaire ne se soit pas référée au droit administratif égyptien qui pouvait apporter une solution bénéfique au différend⁽¹⁸⁹⁹⁾. Lors de son réexamen devant le *CIRDI*, les arbitres se sont implicitement reposés sur ce droit pour refuser à l'Égypte certaines revendications. Ils ont conclu que le changement de site du projet, proposé par ce pays, aurait impliqué beaucoup plus qu'une simple variation des obligations des contractants⁽¹⁹⁰⁰⁾.

B) Mise à l'écart de la publicisation

446. L'hostilité des arbitres à l'égard de la théorie des contrats administratifs et de son Droit s'est pressentie lors de l'examen des grandes sentences consacrées aux litiges concernant les accords pétroliers du Moyen-Orient. Lors de ces sentences, ils ont accepté de discuter les critères de ladite théorie sans admettre leur transposition **(a)**. Dans d'autres affaires récentes, certains arbitres ont dévoilé l'intention de mettre un terme à cette solution. S'agissant des *M.P.I.* de fournitures et de services désintéressés, ils ont abandonné l'examen des arguments relevant de cette conception **(b)**.

a) Discussion en vaine de la publicisation

447. Trois sentences arbitrales illustrent cette évolution. Il s'agit des affaires de *l'Aramco c./ l'Arabie Saoudite*, de *Texaco-Calasiatic* et de *Liamco c./ l'État Libyen*.

1) Affaire de l'Aramco

448. Partenaire de l'Arabie Saoudite dans une concession pétrolière octroyée en 1930, *l'Aramco* a contesté à cet État la passation d'un contrat avec l'armateur Onassis

¹⁸⁹⁸ () Cf. *ibid.*, p. 126.

¹⁸⁹⁹ () Il s'agissait de la détermination de l'implication ou non de l'Égypte en tant que partie intégrante aux marchés d'aménagements. Par sa distinction entre l'État autorité de tutelle ou non, le Droit public pouvait qualifier l'étendue de l'agrément de ministre de tourisme.

¹⁹⁰⁰ () Sentence CIRDI, 20 mai 1992, affaire du Plateau des Pyramides, *Clunet*, 1994, pp. 229 et s, spéc. 235, n° 177, obs. JUILLARD E.

pour le transport de gisements (¹⁹⁰¹). L'Arabie Saoudite a résilié la concession à l'issue de cette contestation. Les parties ont accepté l'arbitrage pour régler leur différend. Statuant sur le litige en 1958, le Tribunal arbitral a désigné le Droit saoudien comme droit applicable suivant les règles classiques du rattachement. Il se trouve que cette même loi devait s'appliquer car les parties avaient stipulé que « *le Tribunal arbitral tranchera ce litige ; a) conformément au droit Arabo-Saoudite tel qu'il est défini ci-après, dans la mesure où il s'agit de questions rentrant dans la juridiction de l'Arabie Saoudite, b) conformément au droit que le tribunal arbitral jugera applicable, dans la mesure où il s'agit de questions en dehors de la juridiction de l'Arabie Saoudite. Le droit arabo-saoudite envisagé dans cette affaire est le Droit musulman, a) tel qu'il est envisagé par l'école de l'Imam Ahmed ben Hanbel, b) tel qu'il est appliqué en Arabie Saoudite* » (¹⁹⁰²). Cependant, le tribunal s'est opposé au recours exclusif à cette loi qui, selon lui, ne contient pas d'éléments de réponse à toutes les questions du différend. Il a écarté son applicabilité au motif qu'elle est exclusivement inspirée du Coran ; « *le droit hanbalite ne contient aucune règle précise sur les concessions minières et à fortiori sur les concessions pétrolières* » (¹⁹⁰³). Il a procédé au dépeçage de cette loi, en se référant aux principes généraux de Droit des gens. Ne s'opposant pas à la démarche poursuivie, l'Arabie Saoudite a souligné que l'accord litigieux n'était qu'un contrat de concession. Par conséquent, proclame-t-elle le nécessaire recours au droit administratif français, en sa qualité de principe général d'une nation civilisée. Au préalable, la sentence a récusé cette revendication. Le droit administratif français ne pouvait pas régler un différend concernant une concession qui n'a aucun point de contact avec la France (¹⁹⁰⁴). Toutefois, les arbitres ont penché longuement sur la théorie française de la concession. Ils n'ont pas attaché la concession de *l'Aramco* aux concessions de service et de travaux publics, « *car elle ne comporte pas d'usager. L'Aramco n'a en effet assumé aucune obligation de faire bénéficier le public du pétrole qu'elle extrait et des*

¹⁹⁰¹ () La concession de l'Aramco lui a accordé en plus des opérations de recherches et de l'extraction, le droit du transport et de commercialisation des gisements. L'accord intervenu a occasionné la création d'une nouvelle société de droit saoudien pour le transport de gisements. Par conséquent, il a été conçu comme contraire au droit d'exclusivité acquis contractuellement. Sentence arbitrale de l'Aramco, *Revue Critique du Droit International*, 1963, pp. 272 et s ; BATIFFOL H., « La sentence de l'Aramco dans le droit international privé », *Revue Crit. Dr. Int. Privé*, 1964, pp. 647 et s ; BASTID S., « Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco », *Annuaire français de droit international*, 1961, pp. 300 et s ; adde, SEDIBE F. F., *Les enjeux de la qualification dans le contentieux...*, *op. cit.*, thèse-Nice, 1995, pp. 181 et s.

¹⁹⁰² () Sentence de l'Aramco, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1963, spéc. pp. 304 et 311.

¹⁹⁰³ () Cf. *ibid.*, p. 310.

¹⁹⁰⁴ () Cf. *ibid.*, p. 351.

produits qu'elle fabriquait. Sa rémunération ne consiste pas en redevances perçues par elle sur des usagers ; aucun cahier de charges n'est annexé au contrat de concession...» (1905). Enfin, les arbitres n'ont pas accordé au contrat administratif la qualité de « principe général des nations civilisées », considérant que ce concept est « issu de nécessités spécifiquement françaises » (1906).

2) Affaires Texaco-Calasiatic et Liamco

449. Tout comme dans la sentence sus-indiquée, la sentence *Texaco-Calasiatic* (1907) a consacré *vainement* une place importante à la théorie des contrats administratifs. A dire vrai, l'interrogation sur la nature administrative des concessions litigieuses a été soulevée par l'arbitre et non pas par l'État contractant. Il a contesté le recours à un contrat essentiellement inégalitaire pour en réglementer d'autres engageant la Libye au détriment de ses pouvoirs souverains : « *les contrats avaient permis de réaliser un équilibre délicat des prestations incombant à chacune des parties, le gouvernement ayant manifesté son intention de traiter sur un pied d'égalité avec son partenaire* » (1908). M. Dupuy a considéré que l'insertion d'une clause de stabilisation est la négation du caractère dérogoire du droit commun. L'arbitre a également considéré que la concession d'exploitation des hydrocarbures libyens est « *étrangère à toute idée de fonctionnement ou d'exploitation d'un service public* » (1909). Ainsi, faute de réunion des trois critères de publicisation, comme l'exige le droit libyen, l'arbitre a rejeté cette qualification. De surcroît, par d'autres arguments, l'arbitre a voulu prouver que le recours à la théorie évoquée n'a pas été opportun. À supposer qu'elles soient publiques, les concessions litigieuses ne s'attacheront pas aux règles qui les *sortent du domaine des principes communs*. Les parties ont stipulé que seront applicables à leur accord, les principes du droit libyen communs au droit international et en leur absence, seront applicables les principes généraux du droit. Or, affirme-t-il, « *il n'y a pas de 'principe général du droit' consacré à la notion de contrat administratif au sens du droit français ; la distinction établie entre le contrat civil et le contrat administratif n'existe pas de lege lata* » (1910). L'arbitre a affirmé que tout principe général du droit doit être connu largement et fermement par les principaux systèmes juridiques. Seulement, il

¹⁹⁰⁵ () Cf. *ibid.*, p. 308.

¹⁹⁰⁶ () Cf. *ibid.*, p. 353.

¹⁹⁰⁷ () LALIVE J.F., « Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères : arbitrage Texaco-Calasiatic c./ Gouvernement Libyen », *Clunet*, 1977, pp. 319 et s., spéc. 340-341.

¹⁹⁰⁸ () Cf. *ibidem*.

¹⁹⁰⁹ () Cf. *ibid.*, p. 331.

¹⁹¹⁰ () Cf. *ibid.*, p. 341.

s'est trouvé que la théorie des contrats administratifs est *assez spécifiquement française*. Elle est consacrée par le droit français et par quelques autres systèmes juridiques ; « *aussi est-elle inconnue de nombreux autres systèmes juridiques tout aussi importants et n'est pas accueillie par le droit international* »⁽¹⁹¹¹⁾. Les concessions *Texaco-Calasiatic* ne constituent pas des contrats administratifs selon le droit public libyen : « *la reconnaissance même par ce dernier de cette qualification n'aurait rien changé car le droit international ignore cette notion* »⁽¹⁹¹²⁾. L'arbitre a écarté le contrat administratif au profit d'un recours au nouveau chapitre du Droit des gens (droit international des contrats).

450. L'Affaire *Liamco* ⁽¹⁹¹³⁾ ne diffère guère de celle de *Texaco*, même si son arbitre avait un autre mode de raisonnement. Il a commencé par le placement de la concession souscrite dans la catégorie dite des contrats internationaux de développement : « *un contrat de ce genre est un accord semi-public souscrit entre un État et un simple particulier, dont l'objet est l'utilité publique ou l'exploitation de certaines ressources naturelles et dans lequel sont définis les droits et obligations des parties. Un tel contrat a des caractéristiques particulières* »⁽¹⁹¹⁴⁾. L'arbitre a donné l'impression d'un recours à la publicisation. L'accord en cause suit « *une forme juridique standardisée, contenant habituellement des clauses particulières concernant entre autres, l'usage des droits et privilèges exorbitants* ». Il a précisé la nécessité qu'« *un contrat de concession ait à la fois un caractère de droit public et de droit privé* ». Puis, il s'est étonnement rétracté affirmant que, « *sa nature prédominante est assurément contractuelle* ». L'un des piliers du contrat administratif n'existe pas puisque « *les activités du concessionnaire dans les concessions minières, pétrolières ou analogues n'ont pas un caractère de service public, mais elles sont considérées comme des projets ou des entreprises de caractère privé* »⁽¹⁹¹⁵⁾.

¹⁹¹¹ () Cf. *ibid.*, p. 366, n° 57 ; en ce sens la sentence CIRDI de l'*Almco-Asia* a affirmé que « *les concepts français d'acte unilatéral administratif ou de contrat administratif ne sont pas des pratiques ou des règles communes à toutes les nations* », GUILLARD E., « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.)-chroniques des sentences arbitrales », *Clunet*, 1987, pp. 136 et s., spéc. p. 149.

¹⁹¹² () Sentence *Texaco-Calasiatic*, *Clunet*, 1977, p. 364, n° 54.

¹⁹¹³ () Sentence arbitrale : Libyen American Oil Company (*LIAMCO*) c./ Gouvernement de la République arabe libyenne, *Rev. Arb.*, 1980, pp. 132-191, spéc. pp. 134-137.

¹⁹¹⁴ () « *...dont les plus courantes sont les suivantes : les parties contractantes ne sont pas des personnes privées ordinaires, l'une d'entre elles étant un État ou un organisme gouvernemental, l'autre étant la plupart du temps une société étrangère. L'objet du contrat est en général l'exploitation à long terme de ressources naturelles, nécessitant des installations et des matériels onéreux ...* », Cf. *ibidem*.

¹⁹¹⁵ () « *Comme telles, ces concessions sont régies par les principes du droit privé régissant les contrats. Les droits et obligations de chaque partie ont été énoncés en considération et en réciprocité de*

451. Bien que sollicités par les partisans de la délocalisation, les raisonnements avancés ont été sévèrement critiqués. Ceux de *M. Dupuy* ont été sommés de confus et contradictoires. La nature dérogoire des clauses de gèle devait être cernée conformément à leur « *incidence sur le caractère exorbitant de droit commun* » et non pas par rapport à « *ses effets sur le pouvoir souverain* ». Aucun particulier ne peut garantir la stabilité d'un accord ordinaire contre les aléas des lois impératives ou d'ordre public. De plus, à supposer une manifestation négative de la souveraineté de l'État contractant, de telles clauses ne peuvent juridiquement qu'être un engagement d'abstention (à ne pas faire). En effet, cette qualification est le fruit de la « *confusion* » entre le pouvoir légitime de stabilisation et les effets de telles dispositions ⁽¹⁹¹⁶⁾. Par ailleurs, la tentative de l'arbitre de se justifier en se référant au droit applicable *n'emporte pas de conviction* : « *la logique impose, au contraire, de recourir non au droit désigné par les parties mais plutôt au droit de l'État. L'arbitre aurait dû successivement consulter le droit libyen, vérifier l'existence des conditions requises pour la qualification de contrat de droit public à l'accord litigieux, pour enfin en conclure qu'il s'agissait là d'un contrat administratif* » ⁽¹⁹¹⁷⁾. A son tour, la sentence *Limaco* *n'a pas échappé à de pareilles objections*. La nature « *assurément contractuelle* » de la concession litigieuse ne devrait pas contredire son caractère administratif qui répond en même temps à cette attribution. L'arbitre a manifestement reconnu l'existence dans cet accord de clauses renfermant « *l'usage des droits et privilèges exorbitants* ». Si l'arbitre a reconnu la présence de cet élément, au nom de quoi a-t-il pu admettre la suprématie de la privatisation ! ⁽¹⁹¹⁸⁾. La seule explication restant possible est celle du démenti du critère de service public en matière pétrolière. Une telle compréhension peut entraîner un sentiment de déception : le déclin des

ceux de l'autre partie et toute modification au contrat originare a été faite d'un commun accord conformément à une clause contractuelle impérative. Afin de renforcer ce caractère contractuel des contrats de concession de Liamco, en raison du fait qu'une des parties contractuelles est l'État, il a été jugé nécessaire de garantir une certaine protection au droit contractuel du concessionnaire. Avant de prendre le risque d'investir, les investisseurs étrangers cherchent à être garantis contre l'éventualité d'un usage arbitraire par l'État de son pouvoir de souveraineté pour modifier ou abroger unilatéralement les droits contractuels. Toute modification ou abrogation du contrat devrait être faite d'un commun accord », Cf. *ibid.*, pp. 135-137.

¹⁹¹⁶ () LEDUCQ X., *op. cit.*, thèse, Rouen, 1981, pp. 115-116, ns° 166-167.

¹⁹¹⁷ () L'auteur sous entend par cette logique que « *s'agissant d'un processus de qualification, l'arbitre devait le faire conformément au Droit libyen exclusivement et non pas suivant la volonté exprimant « principes communs du Droit libyen* ». LEDUCQ X., *op. cit.*, thèse, Rouen, 1981, p. 116, n° 168.

¹⁹¹⁸ () Mohamed Abd El-Azize Ali, Fékrat alakde alédarī Abra alhedoude ; Dérassah fī al-aucoud almobramah baina aldoual wa alashkass alagnabiah, (La Notion du contrat administratif sans frontières : étude dans les contrats conclus entre État et personnes étrangères), thèse, université de Héloin, Le Caire, 2000, p. 255.

ressources naturelles Saoudiennes ou libyennes du domaine du service public et/ou d'intérêt général mérite beaucoup de réserves et observations (¹⁹¹⁹).

b) Déclin de la publicisation sans véritable discussion

452. Deux sentences rendues récemment illustrent cette transformation. Il s'agit de la sentence CCI n° 5030 de 1992 et de celle rendue en 1995 sous l'égide du Centre d'arbitrage du Caire dont on a évoqué le recours en annulation.

1) Sentence CCI de l'affaire n° 5030 de 1992

453. Cette sentence concerne un marché conclu entre une société allemande et un État africain. À l'occasion de quelques difficultés, les parties ont saisi l'arbitrage convenu pour régler leur différend. L'État, qui a initié la procédure, a demandé la condamnation de la société allemande pour dol entachant la passation du marché, l'inexécution des prestations prévues et la non-participation financière convenue. Estimant avoir honoré ses obligations, cette société a réclamé le paiement des sommes consenties en plus de la réparation. Elle a soutenu qu'à défaut d'une clause de droit applicable et en raison de la particularité de l'un des contractants, le différend devait être résolu conformément aux stipulations contractuelles, aux usages commerciaux..., sans référence à aucune législation. L'État a rejeté cette revendication. Il a considéré que l'accord en cause était régi par son droit suivant certains arguments dont le plus important est celui de la qualification (¹⁹²⁰). Il s'agit d'un marché passé avec l'État sur son domaine public et pour réaliser une mission de service public. Il n'est qu'un contrat administratif dont le droit applicable ne peut être que le droit public (¹⁹²¹). L'État a, par ailleurs, admis la volonté de délocalisation du contrat, en affirmant qu'étant partielle, elle n'exclut en rien le recours au droit interne : il a soutenu que les parties ont entendu faire de cette loi un système de référence pour les matières non traitées par leur marché (*formation, interprétation...*) (¹⁹²²). Pour trancher entre ces réclamations, le tribunal a

¹⁹¹⁹ () *Supra*, Première Partie, Titre I, Chapitre 2, section 1.

¹⁹²⁰ () Ainsi, l'État s'est fondé sur l'interprétation d'une clause contractuelle 'prévoyant qu'en cas de conflit entre la réglementation en vigueur et une quelconque disposition du contrat, ce dernier l'emportera', pour soutenir que « *Cette clause est bien loin de manifester l'intention des parties de faire échapper le contrat à toute loi étatique. Elle renvoie au contraire à une telle loi, en subordonnant seulement son application à sa no-contrariété au contrat* ». Allant encore plus loin, l'État affirme que « *si l'on voulait déterminer la loi applicable selon la pratique courante en droit international* », la conséquence serait la même. En d'autres termes, conformément aux règles classiques des conflits de lois (éléments du rattachement objectif que subjectif), l'on serait conduit au même choix, celui de la désignation de la loi dudit État. L'État est allé encore bien plus loin dans ses raisonnements.

¹⁹²¹ () Sentence CCI, affaire n° 5030 de 1992, un État africain c./ une société allemande, *J.D.I.* 1993, pp. 1004 et 1005, Y.D.

¹⁹²² () Cf. *ibid.*, p. 1004.

fait savoir qu'il ne pouvait suivre la thèse de l'État : « il n'existe pas une catégorie de 'contrat administratif international'. On ne découvre dans le contrat litigieux aucune clause exorbitante du droit commun ; et si l'on peut admettre qu'en vertu du contrat Y (la société) participait à l'exécution d'une mission d'intérêt général, elle n'était investie d'aucune prérogative de puissance publique, ce qui est l'un des éléments nécessaires pour qu'il y ait gestion d'un service public. Le contrat en cause est donc un contrat de droit privé » (1923).

454. Cette sentence est critiquée. Contrairement aux dires des arbitres, son annotateur a affirmé que le concept de *contrat administratif international* est en pleine existence. Il a ainsi remémoré une analyse « un peu trop péremptoire » car l'application d'une telle théorie aux marchés des travaux publics, de construction et de fournitures, peut jouer un rôle d'une grande importance (1924). Le respect de l'autonomie de la volonté ne prohibe en rien la soumission des contrats d'État à la loi de celui-ci. Si le caractère administratif d'un *M.P.I.* ne doit pas empêcher les effets liés à l'élément d'extranéité, celle-ci ne doit pas supprimer le recours au droit administratif dans les systèmes où il existe (1925). Pour surmonter certaines questions, on ne peut pas ignorer les solutions bénéfiques de la publicisation (1926). En outre, deux observations méritent d'attirer l'attention : la sentence a laissé entendre qu'aucune règle relevant spécifiquement du droit administratif n'était invitée en l'espèce car l'État n'avait pas agi unilatéralement ou souverainement. Elle a également fait savoir que le déclin de la publicisation relève de l'absence de ses critères dans l'accord en question. Ces observations laissent présager l'idée que la publicisation reste envisageable voire acceptable lorsque d'autres marchés résiliés ou modifiés par voie réglementaire répondent à ses éléments. Cette compréhension n'est qu'une allusion. L'analyse minutieuse de la sentence prouve sa réfutation. Une sentence méconnaissant l'existence d'un certain contrat administratif international (1927) ne pourrait admettre la publicisation/localisation. En effet, si les événements du présent litige avaient permis

¹⁹²³ () ; on rappellera du reste que X a reconnu que la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé n'avait guère d'intérêt en l'espèce. En effet, L'État a admis que la distinction entre le droit privé et le droit administratif n'apporte véritablement guère de différends dans la mesure où le droit du contrôledont jouit l'État, son droit en tant que maître d'ouvrage à la sanction ainsi que la sanction de la violation des clauses contractuelles existent dans ces deux divisions », Cf. *ibid.*, p. 1007.

¹⁹²⁴ () *Ibidem.*

¹⁹²⁵ () *Ibid.*, p. 1013.

¹⁹²⁶ () GAUDEMET Yves, « L'arbitrage : aspects de droit public, état de la question », *Rev. arb.*, 1992, p. 241.

¹⁹²⁷ () v. note sous la sentence CCI, affaire n° 5030 de 1992, *J.D.I.*, 1993, spéc. p. 1005.

d'évoquer cette question, rien ne saurait changer : l'affaire suivante démontre la fermeté des arbitres quant au rejet de cette solution.

2) Sentence arbitrale du Caire 1995

455. L'affaire concerne un marché de fourniture d'équipements, de services et d'assistance technique relatifs à une flotte d'hélicoptères militaires construit par la société *Westland Helicopter Ltd.* L'accord a été conclu, le 16 juin 1988, entre le Ministre de la défense égyptienne et la « *Chromalloy Aero Services Company* » pour 48 mois ⁽¹⁹²⁸⁾. Son Droit applicable était la loi de l'État : « *Droit de l'Égypte ou Egypt law* » ⁽¹⁹²⁹⁾. À cause de difficultés d'exécution, l'Égypte a résilié ce marché. Elle a reproché à son partenaire le non-respect de délais alors qu'il lui avait accordé une prorogation supplémentaire de quelques mois (18 semaines). Ce retard a provoqué d'importants dégâts (débordement des plans de la force aérienne). L'administration avait alors une cause légitime pour décider de l'usage de ses droits légaux et contractuels en résiliant ce contrat. N'ayant pas accepté cette résiliation, la société américaine a engagé l'arbitrage du Centre régional du Caire à cause d'une résiliation sans préavis ni respect des engagements entrepris. Ainsi, elle a reproché aux pouvoirs publics des agissements unilatéraux formellement irréguliers et objectivement injustifiés : force majeure causant l'impossibilité de réaliser à temps les exigences du marché. Le Ministre de la défense était le seul responsable faute de vouloir autoriser l'accès des techniciens aux sites et aux équipements nécessaires. Il a d'ailleurs postulé que, « *étant conclu avec une personne publique, dans le but d'intérêt national et en contenant des clauses dérogatoires, ledit contrat n'est qu'un contrat administratif devant être régi par le droit administratif égyptien* ». Rejetant l'idée de préavis pour résilier ces contrats, ledit Ministre a également refusé qu'on lui impute le retard d'exécution : il a contesté la cause exonératoire et l'irrégularité procédurale. Par conséquent, il a demandé la reconnaissance du bien fondé de la résiliation et l'indemnité pour le retard causé par son cocontractant. L'opérateur égyptien a trouvé un soutien dans une clause contractuelle faisant du « *Droit de l'Égypte* » la *proper law*.

456. Dans un attendu d'une brièveté extrême, la sentence arbitrale a estimé le 24 août 1994 : « *qu'il n'a pas besoin de statuer sur la nature juridique du contrat. Il apparaît que les parties s'appuient principalement, dans leurs demandes et défenses, sur*

¹⁹²⁸ () LÉBOULAGER Ph., note sous l'arrêt de la Cour d'Appel du Caire : ministre de la défense égyptienne c./ la société américaine (*Chromalloy Aero Services Company*), *Rev. Arb.*, 1998, pp. 723 et s.

¹⁹²⁹ () Article 12 de l'annexe (E) du contrat.

l'interprétation du contrat lui-même et sur les faits présentés. De surcroît, le tribunal arbitral estime que les questions en litige ne dépendent pas de la qualification...» ⁽¹⁹³⁰⁾. La sentence est rendue à la majorité car l'arbitre de la partie égyptienne a refusé sa signature en présentant son opinion dissidente. Par une longue explication, il a soutenu que l'accord litigieux est un contrat administratif pouvant être résilié par l'État. Assurant que « les dispositions du contrat se suffisaient à elles-mêmes pour trancher le litige qui leur était soumis », la présente sentence réveille la théorie du contrat sans loi et ses débats ⁽¹⁹³¹⁾. Ajoutant que « *la qualification du contrat était inopérante en l'espèce* », cette sentence est « *peu catégorique dans sa réponse* » : *une analyse plus détaillée n'aurait pas été superflue pour emporter la conviction et peut-être éviter les errements* ⁽¹⁹³²⁾. De même, l'opinion dissidente n'apparaît pas non plus convaincante. Par ses références au droit commun et son allègement de la nuance entre les théories concurrentes, elle ne permet pas de se faire une idée précise sur les conséquences qu'aurait entraîné la qualification ⁽¹⁹³³⁾.

¹⁹³⁰ () Cf. note précitée, *Rev. Arb.*, 1998, spéc. pp. 729-732

¹⁹³¹ () Sur les critiques de cette notion voyez, WEIL P., « un nouveau champ d'influence... », *op. cit.*, spéc. p. 17 ; BATIFFOL, « La sentence Aramco et le droit international Privé », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1964, p. 655 ; LASLO RECZEI., préface in : *Le contrat économique international : Stabilité et évolution*, *op. cit.*, p. VIII. ; Philippe FOUCHARD, Arbitrage commercial international, Paris, 1965, p. 405 ; BERTLEND GOLDMAN., *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international : réalité et perspectives*, *Travaux du comité français droit international privé*. 1977- 79, Paris, 1980, p. 4 ; CHARQI Mimoun, *Essai sur le droit des sociétés transnationales*, Rabat, 1994, p. 72.

¹⁹³² () LEBOULAGER Ph., sa note sous l'arrêt de la Cour d'Appel du Caire, *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 1998, spéc. p. 730.

¹⁹³³ () Cf. *ibidem*.

Conclusion

457. Le terme contrat transnational semble préférable puisqu'il permet de converger des principaux systèmes étatiques (¹⁹³⁴), d'abandonner l'application pesante des règles purement commerciales et d'octroyer à l'État ses attributions spécifiques. Cela étant, il ne faut pas confondre règles transnationales et usages du commerce international (¹⁹³⁵) : conformément à la science juridique pure, la plupart des *M.P.I.* enferment les critères distinctifs du contrat administratif. La théorie des contrats administratifs qui peut bien se défendre académiquement (¹⁹³⁶) ne semble pas pouvoir l'être dans la pratique contemporaine. Dans la mesure où ils seront appliqués par les arbitres, ses enseignements ne contredisent pas la sécurité du commerce international et n'handicapent pas son développement. Personne ne devrait nier que certains aspects de contrat administratif sont indispensables au règlement des litiges concernant les

¹⁹³⁴ () GAILLARD E., « Arbitrage Commercial international : droit applicable au fond du litige », *Éd. Juris-Classeur, Droit international*, 1996, fasc.586-9-1, n° 28.

¹⁹³⁵ () Cf. *ibid.*, n° 94.

¹⁹³⁶ () SIDIBE F.F., Les enjeux de la qualification ..., *op. cit.*, Thèse, Nice, 1995, p. 153, n° 64.

investissements. Pourtant, il doit y avoir une garantie nécessaire à la neutralité du pouvoir judiciaire de l'État contractant. Le détachement des *M.P.I.* de la compétence du juge national relève d'un souci de réalisme et d'adaptation. En effet, rien n'exclut la *subjectivité* d'un tel juge ou l'exercice à son égard de certaines pressions. Si les opérateurs étrangers ont raison de se méfier, il faut alors se détacher du principe selon lequel 'la compétence suit le fond'. Il apparaît que la justice administrative (française) tient enfin compte de cette réalité puisqu' en matière similaire, elle est en train de faire évoluer sa position. En tout cas, aucun juge étatique n'a été saisi d'un conflit concernant un marché public international uniquement pour trancher des contentieux d'exequatur ou de recours en annulation. Si le pouvoir de ces juges est neutralisé, leurs positions à l'égard de la qualification n'influencent pas les arbitres, d'ailleurs autonomes. L'Égypte a posé une question similaire devant le tribunal *CIRDI* de l'affaire des Pyramides. L'État a évoqué les décisions d'annulation de la sentence CCI par les juridictions françaises, s'interrogeant sur leurs prises en considération ⁽¹⁹³⁷⁾. Le tribunal a, certes, procédé à l'examen de ces décisions impliquant les mêmes parties sur la même question. Il a néanmoins affirmé qu'il est le juge de sa propre compétence et « *qu'il ne peut tirer des décisions des juridictions françaises les conséquences précises alléguées par l'Égypte* » ⁽¹⁹³⁸⁾. Sur une quinzaine d'affaires relevant de l'intervention étatique unilatérale, deux seulement ont approuvé la publicisation (*sentence CCI 1968 et sentence CIRDI 1988*), trois l'ont admis implicitement mais partiellement (*Sentences Sapphire, BP et Aminoil*). Les dix autres s'y sont opposées catégoriquement (*Aramco, Texaco-Calasiatic, Liamco, Ministre de la défense, Sentence 3060 CCI de 1992...*). Dès lors, cette théorie n'a pas ou plus de place dominante dans le processus de qualification. Cette évolution des positions ne s'est pas réalisée soudainement. Durant trois décennies, l'arbitrage s'est préoccupé de l'examen attentif de cette qualification. Il a certes réussi à neutraliser l'application de la théorie du contrat administratif pour plusieurs raisons

¹⁹³⁷ () Selon l'Égypte, ces décisions établissent que : (1) l'article 8 de la loi no 43 n'est pas impératif mais ne fait qu'offrir divers modes de règlement des différends entre les Parties ; (2) il n'y a pas de hiérarchie entre les trois manières de régler les différends mentionnés dans le premier paragraphe de l'article 9 ; et (3) aucune présomption de renonciation à une immunité de juridiction d'un État souverain ne peut être tirée de la loi no 43, ce qui prouverait que l'article 8 ne peut constituer un consentement à l'arbitrage puisque ce consentement impliquerait ipso facto une renonciation à l'immunité. GAILLARD E., « Centre International Pour Le Règlement Des Différends Relatifs Aux Investissements », *Clunet*, 1994, pp. 217 et s., p. 222, n° 64.

¹⁹³⁸ () Cf. *idem.*, *Clunet*, 1994, spéc. p. 222, n° 65 ; En application de l'article 41 (1) de la Convention de Washington, selon lequel, dès lors que les conditions d'application de convention sont réunies, la compétence du Centre est acquise et ne dépend en aucune manière des contestations des juridictions d'un État quelconque, G. DELAUME G., « Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.R.D.I.) », *Clunet*, 1984, pp. 775 et s., spéc. 809.

subsidiairement liées à la culture juridique des arbitres et essentiellement à la pression de la mondialisation. Toutefois, l'expérience a prouvé qu'à chaque fois que cette théorie a été sollicitée ou discutée, les arbitres relevaient d'un État lui connaissant une réglementation : au cours de l'affaire *Rialet*, le tribunal arbitral mixte fût composé d'un farouche défenseur de la publicisation (*Professeur G. JEZE*) et de cinq juristes français (¹⁹³⁹). Le règlement du différend concernant les concessions *Texaco-Calasiatic* est attribué au Professeur *Dupuy* qui, en consacrant un développement détaillé pour écarter cette théorie, a été durement critiqué. De même, les affaires de *M. Lubelski c./ l'État du Burundi*, de la *Soibi/Sénégal* et celle du Ministre égyptien de la défense ont été jugées par des arbitres dont certains, en raison de leur culture juridique, étaient convaincus de la publicisation des accords litigieux. L'arbitre égyptien, à titre d'exemple, a refusé la signature de la sentence parce qu'elle n'a pas consacré à la qualification un débat approprié. Il se trouve seulement qu'au cours des dernières décennies, l'arbitrage, de plus en plus *anglo-saxon*, ne prête pas ou peu d'importance au processus de la qualification. Les arguments qu'il a consacrés pour se convaincre, rarement par l'applicabilité de la théorie sollicitée souvent par son déclin, n'ont jamais été déterminants. L'utilisation des critères de la publicisation pour l'écarter (¹⁹⁴⁰) devrait, le cas échéant, laisser croire en sa transposition aux accords les impliquant. Il n'en est rien : des sentences comme celle du Ministre de la défense ou celle d'un accord transfrontalier liant un opérateur public français démontrent le refus en bloc de cette conception. Ce faisant, la théorie des contrats administratifs, si riche d'enseignements soit-elle, est l'objet d'un grand oubli (¹⁹⁴¹). Après avoir connu son heure de gloire, elle

¹⁹³⁹ () La décision était concevable « attendu que la société *Rialet* prétend que ce contrat constitue simplement un contrat du droit privé, thèse que le tribunal ne serait pas admettre puisque tout monopole de l'État est par sa nature un service public et que du fait que l'État en confie l'exploitation à un particulier, ce service ne change pas du caractère. Ce contrat est à considéré comme une concession de service public ». V. sentence arbitrale du 22 décembre 1954, *I.C.L.Q.* 1959, p. 320 ; JONATHAN COHEN G., Les concessions en droit international public, *Thèse*, Paris, 1966, p. 169.

¹⁹⁴⁰ () La sentence *Aramco* nous représente cette orientation : « la concession (de l'*Aramco*), ne rentre pas dans ce qu'on appelle la concession de service public car elle ne comporte pas d'usager. L'*Aramco* n'a en effet assumé aucune obligation de faire bénéficiaire le public du pétrole qu'il extrait et des produits qu'elle fabriquait. Sa rémunération ne consiste pas en redevances perçues par elle sur des usagers ; aucun cahier de charges n'est annexé au contrat de concession... », Sentence arbitrale de l'*Aramco*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1963, pp. 272 et s., n° 18 ; v. aussi BATIFFOL H., « La sentence de l'*Aramco* dans le droit international privé », la même Revue, 1964, p. 647. La sentence 3050 de la CCI en 1992 s'aligne sur cette position : « ...on ne découvre dans le contrat litigieux aucune clause exorbitante du droit commun ; et si l'on peut admettre qu'en vertu du contrat Y participait à l'exécution d'une mission d'intérêt général, elle n'était investie d'aucune prérogative de puissance publique, ce qui est l'un des éléments nécessaires pour qu'il y ait gestion d'un service public. Le contrat en cause est donc un contrat de droit privé », Sentence CCI, affaire n° 5030 de 1992, *J.D.I.*, 1993, p. 1007, Y.D.

¹⁹⁴¹ () RAMBAUD Patrice, « L'affaire des Pyramides », *A.F.D.I.*, 1985, pp. 508-520, spéc. 515.

semble avoir disparu des prétoires internationaux. Cependant, la domination de la délocalisation au détriment de cette théorie n'a rien résolu. Les approches de ces théories leur ont causé une certaine défaillance autant en théorie que dans la pratique. Des questions fondamentales, comme celle de l'intervention unilatérale, imposent un recours inévitable au droit public. Le déclin de la théorie du contrat administratif qui paraît apparent, n'est pas imminent : si la théorie elle-même n'est pas citée, elle semble bien inspirer certaines décisions de fond. Les sentences qui sont opposées, en font, on le verra, d'importantes illustrations.

TITRE II

L'ORDRE JURIDIQUE DE L'ÉTAT HÔTE DANS LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

458. La tentative d'évaluer le rôle des contrats administratifs et de leur droit dans les *M.P.I.* se poursuit par l'étude du droit applicable. Les solutions posées sont beaucoup plus étendues par rapport à celles des contrats classiques. Leur ordre de grandeur provient de plusieurs facteurs : les législateurs sont silencieux alors que la liberté autant des parties que des arbitres est étendue. Les partenaires se réfèrent fréquemment à leur ordre juridique respectif ou à des ordres applicables de façon cumulative ⁽¹⁹⁴²⁾. Lorsqu'ils choisissent un seul ordre juridique, celui-ci est souvent la loi de l'État hôte d'investissement. Cette tradition a encouragé l'idée que la mention des normes *anationales* appartient peut-être au passé. Elle a laissé penser qu'une certaine « *re-localisation* » des contrats visés a vu le jour. Cette opinion peut paraître un peu forcée

¹⁹⁴² () VERHOEVEN J., Les contrats entre États et ressortissants d'autres États, in *Le contrat économique international*, Pédone, Paris, 1975, spéc. p. 134.

de la réalité. On ne peut en avoir qu'une vision fragmentaire car personne n'a connaissance de la totalité des contrats passés par les États. D'ailleurs, l'application de la loi de l'État est marquée par une tendance progressiste vers la libération du commerce et de l'investissement. Cette loi est au centre des débats mettant en cause son effectivité et son applicabilité : ordre juridique complexe et évolutif qui comprend des normes disposées par l'un des contractants, la loi de l'État ne doit-elle pas, à ce titre, être neutralisée. Son caractère public ne heurte-t-il pas le recours aux règles de conflit ? Cet ordre juridique qui peut repousser ses critiques, en régissant les marchés s'y référant, affronte d'autres difficultés concernant le choix entre ses règles matérielles (publiques ou privées). De plus, dotés d'un large pouvoir d'interprétation de la volonté des parties (¹⁹⁴³), les arbitres peuvent morceler le droit applicable ou combiner plusieurs normes concernées (¹⁹⁴⁴). La loi de l'État choisie risque ainsi de se trouver associée au Droit des gens voire écartée au profit de celui-ci. Cette entrée en force du droit international pose le problème de l'atteinte portée par les arbitres à la volonté préalablement exprimée en faveur la loi de l'État hôte d'investissement. Il se trouve que la liberté des arbitres n'est pas sans réglementation. Le dépassement de leur mission peut être condamné et conduit à l'annulation des sentences concernées. Ce genre de problème se pose lorsque l'État fait appel à ses pouvoirs souverains pour mettre fin à un investissement. A défaut de la positivité d'un système juridique commun, les principes généraux du droit et le droit administratif concourent la réglementation de ces différends. L'État peut agir au détriment de ses partenaires. Ces agissements qui entraînent des conséquences pécuniaires, affectent le caractère sacro-saint des contrats (¹⁹⁴⁵) et contredisent les engagements de protection. De tels comportements entretiennent des liens étroits avec la théorie du contrat administratif, susceptible de légitimer le recours par l'État à ses pouvoirs exorbitants. C'est de là qu'intervient l'interrogation sur la place respective du droit administratif en la matière : ce droit est-il transposable et quelles sont les limites de son effectivité et de son adéquation ? Le pouvoir de modification ou de résiliation est-il reconnu à l'État pour mettre un terme aux marchés d'investissement ? Ce pouvoir peut-il être exercé même en présence de clauses de stabilisation ? Les efforts des juristes et les pratiques contractuelles ont

¹⁹⁴³ () KESSEDIJAN Catherine, « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable (analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1995, pp. 373 et s, spéc. 375.

¹⁹⁴⁴ () JACQUET J.M., La loi de l'État contractant, *In Mélanges dédiés à BOYER*, pp. 293-94.

¹⁹⁴⁵ () « Toute modification unilatérale du contrat reçoit sa condamnation », VEDEL G., *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 1992, p. 422.

abouti à l'émergence d'un régime juridique de responsabilité qui emprunte, mais dans quelles limites, aux règles de droit public ? Ces interrogations ne sont que le reflet de la division qui persiste autour des concepts comme le Fait du prince ou le détournement de pouvoir. En effet, les arbitres restent confrontés au problème d'enracinement de la responsabilité de l'État ou de ses émanations. Ainsi, lorsque l'État n'est pas directement engagé, l'arbitre n'aurait en principe aucune compétence pour se prononcer sur sa responsabilité contractuelle. Les problèmes sont abondants, les débats sont véhéments et il y aurait bien des points à étudier qui ne bénéficieront pas de traitement. En effet, il n'est ni possible ni opportun d'étudier toutes les possibilités offertes aux parties dans le choix du droit applicable en cas de différend. L'objet de la présente étude ne permet pas de se laisser séduire par des théories qui dépassent le sujet qui nous intéresse. Il suffit alors de traiter les points qui entretiennent des liens avec la théorie des contrats administratifs. Pour ce faire, les affaires esquissées seront sollicitées pour évaluer le rôle du droit public en la matière. Dans ces conditions, on étudiera les problèmes liés au recours à la loi de l'État hôte par rapport aux ordres juridiques en présence (**Chapitre I**) pour mesurer ensuite la place de son droit public en cas d'exercice du pouvoir exorbitant (**Chapitre II**).

CHAPITRE I

LA LOI DE L'ÉTAT DANS LE CONCERT D'ORDRES CONCURRENTS

459. Le recours à la loi de l'État hôte est une tendance « *originnaire des États de l'Amérique latine* » qui a connu un certain renouveau avec les revendications de certains États sur leurs ressources pétrolières (¹⁹⁴⁶). Ces pays qui ont renoncé à leur pouvoir judiciaire au profit de l'arbitrage, n'acceptent que difficilement la non-applicabilité de leurs lois en la matière. Ils ont des raisonnements solides quant à la soumission des *M.P.I.* à leurs législations dont la volonté contractuelle et les normes internationales soutiennent l'application. Une clause allant dans ce sens peut confirmer ce que l'État proclame. Cette revendication devrait être entendue par les arbitres qui statuent au nom des contractants. La présence de clauses *d'electio juris* rend le recours à la loi de l'État hôte extrêmement fréquente, même si cette fréquence est répandue sans être

¹⁹⁴⁶ () BERLIN D., *Le régime juridique international...*, *op. cit.*, thèse, Paris, 1981, p. 128.

systematique (¹⁹⁴⁷). A défaut de tout choix, il n'est pas exclu qu'un État soit désireux et apte à imposer la compétence de sa propre loi à son cocontractant (¹⁹⁴⁸). Le marché public international peut être soumis au droit de l'État en vertu de principes généraux du droit international privé. Lorsqu'elles indiquent le droit applicable, les parties se réfèrent à la loi de l'État combinée avec les usages du commerce international ou les principes généraux du Droit des gens... Ce choix cumulatif contrarie et complique la recherche sur la volonté commune quant à la place assignée à la loi de l'État contractant. Ces références sont souvent accueillies par les arbitres qui leur font produire leur plein effet. De telles stipulations peuvent, paraît-il, contribuer à la mise en cause de la loi de l'État par les arbitres et par la doctrine. Il faut alors discuter de l'applicabilité de cette loi car son choix ne garantit pas son application. Le problème n'est pas très aisé. Dans bien des cas, les clauses de droit applicable sont rédigées de façon ambiguë. Il est fréquent de discuter de l'interprétation de clauses désignant un droit étatique déterminé. Les contractants choisissent souvent la loi d'un État contractant par le biais des termes imprécis entraînant des difficultés liées tant à la détermination de ses règles matérielles qu'à son identité (¹⁹⁴⁹). Dans les rapports à caractère international, le terme 'loi' est utilisé, indifféremment de celui de 'droit'. Les deux désignent des normes appartenant au système juridique visé dans les limites et hiérarchies reconnues par cet ordre. Ainsi, lorsqu'ils se réfèrent au 'Droit égyptien' ou à la 'loi égyptienne', les contractants pointent les sources reconnues par le système juridique du pays. Dès lors, en cas de conflit, le choix imprécis suscite l'interrogation sur l'applicabilité du droit public ou du droit privé. Lorsque le marché est un accord transfrontalier qui touche le service public des États intéressés, le problème ne peut que s'aggraver. Un conflit de lois de droit public survient et on doit lui trouver une solution dans le cadre du droit international privé.

¹⁹⁴⁷ () WEIL P., Principes généraux du droit et contrats d'État, *In Mélanges GOLDMAN B.*, pp. 387 et s.

¹⁹⁴⁸ () KASSI Antoine, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, L.G.D.J., Paris, 1993, pp. 15 et s.

¹⁹⁴⁹ () C'est le cas par exemple des clauses soumettant le contrat au « droit américain ». Il appartient alors aux arbitres de déterminer le droit applicable par l'interprétation de la volonté des parties et suivant les méthodes qu'ils auraient utilisées (ex., règles de conflit de lois). De même, les clauses qui se réfèrent aux Droits européens sont licites mais doivent être complétées par le droit de l'État membre selon la méthode conflictuelle. Sentence CCI n° 7319 de 1992, in l'arbitrage commercial en Europe : *Bull. C.C.I.*, 1994, p. 42 ; E. GAILLARD, « Droit international privé français arbitrage commercial international : Sentence arbitrale Droit applicable au fond du litige », *Éd. Juris-Classeur, Droit international*, 1996, Fasc. 586-9-1, n° 14, p. 5.

460. Le problème dépasse ce stade pour se concentrer sur l'effectivité de la loi de l'État. L'application exclusive de cette loi est infléchie. Les arbitres ou plusieurs auteurs veulent y échapper ou la neutraliser au nom de ses manquements ou d'une logique d'hétéronomie. Cette application paraît être compromise lorsqu'on associe la loi de l'État à d'autres systèmes juridiques ou lorsqu'on soulève son opposabilité aux principes généraux du droit (¹⁹⁵⁰). Cette évolution soutient ceux qui évoquent l'existence d'une certaine « *alliance de la continuité* » de l'ordre juridique des *M.P.I.* et de leur *transnationalité*. Le droit international paraît se présenter comme étant un ordre fédérateur des ordres internes. La nature particulière de ces accords donne l'impression que ceux-ci appellent à « *l'application du droit de l'État contractant, modérée par les exigences sagaces* » du Droit des gens (¹⁹⁵¹). On doit alors traiter les questions liées à l'applicabilité de la loi de l'État (**Section I**), afin de mesurer la *juridicité* de son application exclusive ou combinée (**Section II**).

Section I **Applicabilité de la loi de l'État contractant**

461. Il y a longtemps que la loi de l'État contractant est au centre des débats. Malgré les consécutions élaborées en faveur de son application, on lui a reproché de mettre l'opérateur étranger dans une situation inconfortable. Son application risque de ne pas la faire bénéficier d'une protection qui a légitimement le droit de s'étendre. Cette objection concerne particulièrement les ordres juridiques des États en développement qui ont toujours été conçus comme étant incomplets, instables et incertains (¹⁹⁵²). Plusieurs théories sont alors invoquées pour justifier le détachement des *M.P.I.* de la loi de l'État d'accueil pour défaut d'hétéronomie et à cause de ses manquements. Par ailleurs, certains *M.P.I.* peuvent avoir le caractère administratif et entraînent

¹⁹⁵⁰ () KESSEDIJAN C., « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable... », *op. cit.*, *Rev. Int. Dr. Comparé*, 1995, n° 2, spéc. pp. 378 et 379.

¹⁹⁵¹ () JACQUET J.M., *op. cit.*, *In Mélanges dédiés à BOYER*, p. 294.

¹⁹⁵² () BEKHECHI Abdul., Quelques éléments de réflexion sur la pratique algérienne du contrat d'État, *in les contrats internationaux et Pays en voie de développement*, economica, Paris, 1989, pp. 223-249, spéc. pp. 231-33, ns° 9 et 13.

l'application du droit public de l'État hôte d'investissement (¹⁹⁵³). Le problème n'est pas aussi simple. Les accords transfrontaliers touchent souvent le service de deux États au moins et créent une compétence concurrente de plusieurs droits publics internes. Cette situation cause plusieurs difficultés (¹⁹⁵⁴) dont la plus importante est celle de la soumission du droit public aux règles du rattachement.

Sous-section I Effectivité de la loi de l'État contractant

462. Deux courants principaux tentent de mettre en cause l'applicabilité de la loi de l'État contractant : de nature jurisprudentielle, l'un qui réfute ce droit pour son caractère lacunaire, a perdu son acuité à l'époque actuelle. Illustration doctrinale, l'autre le rejette pour défaut d'hétéronomie et inadéquation aux besoins du commerce international.

I / Une loi lacunaire à des règles spécifiques

463. L'une des anciennes théories au nom desquelles on a pu écarter les dispositions de la loi étatique choisie est celle des lacunes du droit applicable au différend. Apparue à la veille de la décolonisation, cette théorie a mis en évidence l'inexistence dans les lois étatiques de règlement précis de certains conflits. Elle a particulièrement visé les ordres juridiques des États en développement, considérés comme inadaptés pour régir des marchés complexes et évolués. L'exemple récurrent relève de la sentence rendue dans l'affaire opposant la société anglaise *Petroleum Development Ltd au Cheik d'Abu-Dhabi* en 1951. L'arbitre de la sentence a considéré que le droit *d'Abu-Dhabi* était insuffisamment développé pour résoudre l'accord litigieux. La sentence a estimé qu'une loi, alors non codifiée et fondée sur les préceptes coraniques ne constitue pas une structure juridique suffisante pour trancher les problèmes spécifiques des marchés pétroliers (¹⁹⁵⁵). L'arbitre l'a écartée en raison de son caractère primitif alors qu'à

¹⁹⁵³ () AUDIT Mathias, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, L.G.D.J., Paris 2002, p. 239, n° 521.

¹⁹⁵⁴ () Ex., celles liées au caractère évolutif de la distinction entre droit public et droit privé (Résolutions de l'Institut de Droit International, Session d'Oslo de 1977, l'application du droit public étranger, *op. cit.*, p. 550; la raison pour laquelle, « *la question ne peut donc que se compliquer* », LALIVE P., *Contrats entre États ou opérateurs étatiques et opérateurs étrangers ; développements récents*, *R.C.A.D.I.*, 1983, v. III, p. 159 ; RIGAUX F., *Droit public et droit privé...*, *op. cit.*, Pédone, Paris, 1977, p. 187.

¹⁹⁵⁵ () DEBY-GERARD France, *Le rôle de la règle des conflits dans le règlement des rapports internationaux*, Librairie Dalloz, Paris 1973, note de bas de page, p. 216

plusieurs reprises, elle avait son titre d'application (¹⁹⁵⁶). En effet, le droit d'Abu-Dhabi avait été visé par l'arbitre qui a recherché l'issue du conflit non dans le droit anglais en tant que tel mais dans le droit anglais en tant que manifestation des principes universels des nations civilisées (¹⁹⁵⁷).

464. Ce raisonnement a été adopté par la sentence de l'affaire *Rules of Qatar* ayant déclaré que « *There is no settled body of legal in Qatar applicable of the construction of modern commercial instrument (...). I'm satisfied that the Islamic law does not contain any principles which would be sufficient this interpret this particular contract* » (¹⁹⁵⁸). Pour écarter le Droit d'un État voisin, c'est-à-dire l'Iran, la sentence *Saphire* a repris cette même théorie. L'arbitre a écarté la loi de l'État car l'investisseur avait pris de risques contre les atteintes potentielles à ses avoirs. Il devait naturellement être protégé contre les risques de la loi iranienne. Dès lors, il est « *de l'intérêt des deux parties à de tels accords que les droits nationaux, le plus souvent inaptes à donner une solution s'agissant du droit de l'État où le contrat s'exécute, toujours sujets à des modifications de la part de cet État et souvent ignorés ou mal connus de l'un des cocontractants* » (¹⁹⁵⁹).

465. Cette conception n'a pas totalement disparu. Au cours d'une sentence CCI de 1984, les arbitres ont départagé les parties qui avaient choisi simultanément la loi d'un État arabe et le droit suisse en observant que « *le droit suisse constitue un système juridique hautement sophistiqué qui répond à toutes les questions que peut poser l'interprétation d'un contrat du type de celui (en cause)* » (¹⁹⁶⁰). La sentence CIRDI de l'affaire du Plateau des Pyramides a également écarté le droit égyptien car il « *n'est pas complet ou exhaustif et lorsqu'une lacune apparaît, on ne peut pas dire qu'il existe un accord sur l'application d'une règle de droit qui, par hypothèse, n'existe pas* » (¹⁹⁶¹). On comprend donc que les tenants de cette théorie soient représentés parmi nos contemporains : « *l'adaptation du droit marocain aux contrats d'entreprise avec livraison d'ouvrage clé en main nécessite une révision profonde tant de la législation et*

¹⁹⁵⁶ () Sentence Sheik of Abu Dhabi c./ Petroleum Development, *I. C.L.Q.*, 1952, pp. 247 et s., spéc. p. 250.

¹⁹⁵⁷ () *Ibidem*.

¹⁹⁵⁸ () Sentence Rules of Qatar c./ International Marine Oil Company, 1953, *I.L.R.*, 1953, V. 20, pp. 534 et s., spéc. p. 545

¹⁹⁵⁹ () LALIVE J.L., « Un récent arbitrage suisse ; la sentence Saphire c./ l'État Iranien », *Annuaire Suisse du Droit International* 1962, spéc. pp. 273 et 279.

¹⁹⁶⁰ () Sentence CCI, affaire n° 4145, *Chunet*, 1985, p. 985, obs. Y. DERAÏNS.

¹⁹⁶¹ () GAILLARD E., « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *J.D.I.*, N° 1, 1994, p. 231, n° 80.

de la réglementation en vigueur en ce domaine que de l'ordre juridique international qui en constitue le fondement » (1962). L'auteur parle de « l'inadéquation du droit commun des contrat » lui-même, 'un Code dépassé' qui « n'a pas tenu compte de la situation spéciale des contrats internationaux clé en main (inexistants à l'époque de sa promulgation en 1913). Le législateur marocain n'est pas « excusé » de ne pas être pas intervenu pour combler un vide latent en ce domaine » (1963).

466. Cette théorie est vigoureusement contestée. Elle a « puissamment contribué à discréditer l'arbitrage dans certaines parties du monde » (1964). Nul ordre interne dans le monde ne pourrait prétendre à une perfection suffisante pour que les investisseurs étrangers acceptent de s'y soumettre sans conditions. L'imperfection n'est pas propre aux juges et lois du Tiers-Monde car leurs homologues occidentaux ne sont pas à l'abri de tels inconvénients. Dans tous les pays, les juges chargés des grandes affaires peuvent être contraints à des pressions. Dans des États de droit, on a entendu des voix qui souffrent « d'une justice à double poids » parce que « les hommes du pouvoir ont une justice lente et clémente ». Pour rester dans le cadre de notre champ d'investigation, l'affaire d'eurodiseneyland est suffisamment éloquente (1965) pour généraliser cet inconvénient de manquement et cesser de méditer sur le cas des États en développement. Par ailleurs, il n'est pas convaincant de rendre lacunaire la loi de l'État contractant. En effet, à supposer que la justice de cet État ait été saisie, elle aurait forcément trouvé une solution à de tels conflits. Si l'affaire du Plateau des Pyramides a été examinée devant les tribunaux égyptiens, ceux-ci auraient trouvé dans leur propre droit les solutions appropriées. Ceci n'est pas un hasard car les juges ont normalement recours au raisonnement analogique ou aux principes généraux de leur propre système juridique : « c'est donc à ces principes et à eux seuls que les arbitres doivent se référer pour résoudre le litige, en application du droit choisi par les parties » (1966).

467. En outre, le droit de l'État n'est pas le seul contesté car « le droit commercial international doit lui aussi être revu pour prendre en considération aussi bien les intérêts des pays en développement que ceux de leurs partenaires originaires de pays

¹⁹⁶² () BOUDAHRAN Abdellah, « Problème d'adaptation du droit marocain aux contrats internationaux clé en main », *Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 42^e année, 1988, pp. 442 et s, spéc. p. 458.

¹⁹⁶³ () « Laisser le champ libre aux parties contractantes, c'est renforcer par ce biais la position de la partie non-marocaine », Cf. *ibid.*, p. 450.

¹⁹⁶⁴ () GAILLARD E., « Arbitrage commercial international... », *op. cit.*, J.-C., *Dr. Int.*, 1996, Fasc. 1070-1, p. 25, n° 93.

¹⁹⁶⁵ () BEKHECHI A.E., Quelques éléments de réflexion sur la pratique algérienne du contrat d'État, *in les contrats internationaux et Pays en voie de développement*, *économica*, pp. 223 et s., spéc., p. 246.

¹⁹⁶⁶ () GAILLARD E., *op. cit.*, *supra*, *Juris-Classeur Dr. Int.*, Fasc. 1070-1, pp. 26 et s, ns° 93-95.

industrialisés (...). Les tentatives des institutions économiques internationales doivent s'étendre pour comporter l'aspect juridique des contrats internationaux (marchés clé en main) et ne peuvent être concluantes si elles ne s'insèrent pas dans le cadre d'un nouvel ordre juridique international plus juste qui devrait faire prévaloir une coopération effective entre toutes les parties intéressées »⁽¹⁹⁶⁷⁾. Les principes généraux du droit (bonne foi, équité ou bon sens) au nom desquels le droit de l'État doit céder sa place ont un caractère vague et imprécis. Ils offrent « un corpus suffisamment malléable pour que l'arbitre, tel un prestidigitateur, puisse en tirer tout ce qu'il aura préalablement mis »⁽¹⁹⁶⁸⁾. Quoi qu'il en soit, le grief tiré de la lacune des lois internes est dépassé. Les lois étatiques ne s'opposent pas forcément aux aspects et principes juridiques transnationaux mais la logique exige plus de souplesse en matière internationale qu'en matière de contrat administratifs⁽¹⁹⁶⁹⁾. Les instances arbitrales sont de moins en moins évocatrices de cette objection. Bien au contraire, certains arbitres reconnaissent l'adaptation de certaines lois internes au Droit des gens. Les États d'accueil disposent des législations très au point comme le souligne la sentence *Amineil* considérant le droit koweïtien hautement évolué, intégrant les principes mêmes du droit international⁽¹⁹⁷⁰⁾. L'arbitrage CCI de l'affaire des Pyramides qui s'est interrogé sur la reconnaissance, par le droit égyptien, du principe « *pacta sunt servanda* » et de celui de « *juste compensation des mesures d'expropriation* », a affirmé que le droit égyptien connaît ces conceptions⁽¹⁹⁷¹⁾.

II / Son application heurte la logique

468. L'abandon de la critique consistant dans la lacune de la loi étatique a laissé place à une autre approche doctrinale. Il s'agit du défaut d'*hétéronomie* de la loi de l'État contractant⁽¹⁹⁷²⁾ : le lien entre l'opérateur étatique et sa loi est susceptible de rendre celle-ci inapplicable aux contrats dont il est l'un des contractants. Quasiment inspiré de la logique, cet argument se heurte à des obstacles juridiques.

¹⁹⁶⁷ () BOUDAHRAIN A., « Problème d'adaptation... », *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 42^e année, 1988, spéc. p. 458.

¹⁹⁶⁸ () RIGAUX R., « Des dieux et des héros : réflexions sur une sentence arbitrale », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1977, pp. 439 et s.

¹⁹⁶⁹ () BEKHECHI A.E., *op. cit.*, *In Les contrats internationaux et Pays en voie de développement, economica*, Paris, 1989, spéc. p. 237.

¹⁹⁷⁰ () Sentence *Amineil c./ Koweït*, *Rev. Arb.*, 1982, p. 873.

¹⁹⁷¹ () LEBOULANGER Ph., « État, politique, arbitrage, l'affaire du plateau des pyramides », *Rev. Arb.*, 1986, spéc. p. 22.

¹⁹⁷² () L'hétéronomie est un adjectif signifiant que l'on reçoit de l'extérieur les lois régissant sa conduite, au lieu de les trouver en soi.

A) Défaut d'hétéronomie et besoin de neutralisation

469. Dans sa tentative de neutraliser le *pouvoir normatif de l'État à l'égard de ses contrats* M. Mayer (1973) a conclu que la « loi de l'État contractant devrait être purement et simplement disqualifiée car il y aurait **une impossibilité logique** à ce que le contrat d'État lui soit soumis » (1974). Par une démonstration d'ingénierie juridique, l'auteur a d'abord distingué entre les accords de l'État souverain et ceux de l'État Administration. Par l'examen comparatif de ces notions, il a considéré que l'État, source du pouvoir normatif, n'est pas personnalisé au regard du Droit interne. Seule l'Administration (locale ou centrale) est sa représentante. En revanche, dans le cadre international, l'État *stricto-sensu* peut s'engager contractuellement en sa qualité de sujet du Droit des gens. De ce raisonnement, l'auteur a déduit que les contrats de l'État-Administration peuvent être des contrats ordinaires ou des contrats administratifs. Ces derniers sont automatiquement soumis à l'ordre législatif de l'État si l'extranéité n'entraîne pas d'autre solution suivant les règles du rattachement (1975). Il a pareillement considéré que les contrats de l'État souverain doivent se développer sur un tout autre plan. Ils ne doivent pas être *transnationalisés ou internationalisés*. Ils devraient se qualifier suivant des critères et éléments décisifs (*clauses d'attribution de juridiction ou du droit applicable*) et d'autres indicatifs (*traités de protection, clauses d'intangibilité ou stabilisation*). Les éléments décisifs tendent à « détacher l'accord de l'ordre juridique étatique » et les éléments indicatifs complètent et confirment cette convection (1976). En cas de doute, il s'y ajoute des indices supplétifs (*objet et importance de contrat, déroulement de ses négociations*). Tout contrat ayant ces éléments est qualifié de '*contrat d'État stricto sensu*'. Un tel marché échappe à l'ordre législatif de l'État d'accueil, en raison de caractère 'souverain' de celui-ci et de l'extranéité de son partenaire (1977).

470. De surcroît, l'auteur a affirmé sa conviction à travers un schéma mécanique (1978). Il a en plus insisté sur un argument fondé sur la logique. Selon lui le contrat d'État ne peut être soumis à la loi de celui-ci faute d'hétéronomie et de neutralité

¹⁹⁷³ () MAYER P., *op. cit.*, *Clunet*, 1986, spéc. pp. 5. et s ; BERLIN D., « Les contrats d'État et la protection des investissements internationaux », *D.P. C. I.*, 1987, p. 197.

¹⁹⁷⁴ () JACQUET J.-M., *La loi de l'État contractant*, *op. cit.*, p. 285.

¹⁹⁷⁵ () MAYER P., *op. cit.*, *Clunet*, 1986, pp. 5 et s, spéc. pp. 9-11.

¹⁹⁷⁶ () Cf. *ibid.*, pp. 35-40.

¹⁹⁷⁷ () Cf. *ibid.* pp. 14-15.

¹⁹⁷⁸ () Cf. *ibid.*, p. 13, n° 8.

juridique ⁽¹⁹⁷⁹⁾. On doit déterminer qui s'engage (subjectivisme). Une fois sa qualité 'souveraine' dévoilée, l'État contractant ne doit pas être en mesure d'imposer ses normes surtout celles qui présentent un caractère public ⁽¹⁹⁸⁰⁾. Elles ne peuvent pas gérer les problèmes des contrats d'État. Elles sont 'disqualifiées' faut de pouvoir « *prendre en compte la spécificité du rapport entre un État étranger et une personne privée particulièrement en ce qui concerne l'exemple d'immunité de juridiction et d'exécution et celui de la responsabilité du fait d'une nationalisation* » ⁽¹⁹⁸¹⁾.

471. Le droit de l'État ne peut pas être appliqué, faut de pouvoir fournir les principes permettant d'engager la responsabilité de l'État. Ce Droit ne pourrait prétendre gouverner un rapport auquel l'État est partie en raison de la nécessaire *hétéronomie* de l'ordre juridique par rapport à ses sujets. *L'hétéronomie signifie le fait de ne pas être soumis à des règles qu'ils soit possible d'abroger ou de modifier soi même* ⁽¹⁹⁸²⁾. En désignant le droit de l'État, les parties ne font pas référence à un ordre juridique qui leur est hétéronome, c'est-à-dire extérieur. Les clauses de protection ne font qu'incorporer le contenu de cet ordre dans la contexture du contrat ⁽¹⁹⁸³⁾. Ces arguments empêchent également l'applicabilité de la loi de l'État aux marchés des émanations de celui-ci. La loi de l'État ne peut pas non plus avoir pour objet la personne dont il émane ⁽¹⁹⁸⁴⁾. La *disqualification* de la loi de l'État ne signifie pas l'approbation des théories délocalisant ces contrats. Faute d'une formation élaborée, le recours au droit transnational et à la nouvelle branche de droit international est exclu ⁽¹⁹⁸⁵⁾. Cependant, les *M.P.I.* peuvent être attachés à la loi d'un autre État. Les règles matérielles de ce droit seront celles des contrats entre personnes privées ayant une vocation universelle en ce sens qu'elles sont aptes à s'appliquer à toutes personnes qu'elles soient publiques ou privées, sujets du droit interne ou du droit international ⁽¹⁹⁸⁶⁾.

B) Rejet de cette acception

472. L'analyse évoquée apparaît brillante et logiquement convaincante. Il est vrai qu'on a pu contester qu'une seule personne ait le caractère de créateur du droit et y soit soumise. Il est compréhensible de distinguer celui qui pose la loi de celui à qui elle

¹⁹⁷⁹ () Une règle ne peut être juridique que lorsqu'elle est hétéronome par rapport à ceux auxquels elle (la règle) s'applique. Cf. *ibid.*, p. 10.

¹⁹⁸⁰ () Cf. *ibid.*, p. 42.

¹⁹⁸¹ () Cf. *ibid.*, p. 18, n° 17.

¹⁹⁸² () JACQUET J.-M., *op. cit.*, *supra*, In *Mélanges BOYER*, spéc. p. 292.

¹⁹⁸³ () MAYER P., *op. cit.*, *Clunet*, 1986, p. 25.

¹⁹⁸⁴ () Cf. *ibid.*, p. 18.

¹⁹⁸⁵ () *Ibid.*, pp. 24 et 25.

¹⁹⁸⁶ () *Ibid.*, p. 18, n° 17.

s'impose : « *si une même personne, en une seule qualité, pose une règle et dit se poser, il n'y a pas droit, mais un simple apparence de droit* »⁽¹⁹⁸⁷⁾. Toutefois, les arguments sollicités n'importent juridiquement pas de conviction : la construction ingénieuse proposée conduit à une conclusion arriviste⁽¹⁹⁸⁸⁾. Son auteur, qui s'est opposé aux théories de la délocalisation, vise essentiellement à remplir une seule et même mission. Il ne précise pas clairement l'ordre juridique duquel relèveraient ces accords d'investissements⁽¹⁹⁸⁹⁾. Il invite à se débarrasser des « *scrupules théoriques à l'égard du contrat sans loi* »⁽¹⁹⁹⁰⁾ et propose aussitôt la même acception⁽¹⁹⁹¹⁾. L'application de la loi de l'État en qualité de '*principe transnational*' ne lui enlève guère sa nature de norme. L'insertion de clauses de gel ne conduit nullement à la transformation des normes stabilisées en '*lex-contractus*'. Toute tentative d'incorporer les textes stabilisés dans le corps du marché n'empêche pas qu'on puisse juger conformément au droit de l'État contractant⁽¹⁹⁹²⁾. La sentence CCI de l'affaire du Plateau des Pyramides s'est référée au Code Civil de l'État hôte d'investissement. Elle a conclu que l'Égypte est responsable d'un « *contractual breach calling for compensation of damages under article 221 Egyptian Civil Code* »⁽¹⁹⁹³⁾. La prétention que la loi de l'État renvoie aux principes transnationaux est une vision un peu forcée de la réalité : « *on ne voit pas pourquoi l'ordre juridique de l'État ne pourrait pas fonder la force obligatoire de tels contrats* »⁽¹⁹⁹⁴⁾.

473. Par ailleurs, l'auteur apparaît oublier que les catégories juridiques ne sont pas seulement affaire de construction logique et qu'elles doivent répondre à des considérations idéologico-pratiques⁽¹⁹⁹⁵⁾. La pratique ne perçoit pas cette *impossibilité*

¹⁹⁸⁷ () BÉNOIT F.-P., *Le Droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, p. 29 ; AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 67, n° 150.

¹⁹⁸⁸ () JACQUET J.M., La loi de l'État contractant, *op. cit.*, p. 286.

¹⁹⁸⁹ () Cf. *ibid.*, p. 287.

¹⁹⁹⁰ () MAYER P., *op. cit.*, *Clunet*, 1986, p. 25.

¹⁹⁹¹ () « l'auteur présente une version renouvelée et sophistiquée de la théorie du contrat sans loi », LEBEN Ch., Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci, *In Mélanges offerts à HUBERT Thierry*, Pédone, Paris, 1998, pp. 247 et s., spéc. 251 et 277 ; la démarche de M. Mayer est un appel implicite à la théorie de « *contrat sans loi* », JACQUET J.M., *op. cit.*, *supra*, p. 287 ; BERLIN D., « Les Contrats d'États et la protection... », *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. p. 264, n° 51 ; ce concept est rejetée : « *un contrat quelconque ne peut exister in vacuo, mais doit reposer sur un droit* », Sentence du 23 août 1958, *Aramco c./ Gouvernement de l'Arabie Saoudite*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1963, p. 272 et s.

¹⁹⁹² () BERLIN D., *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. p. 264, n° 51.

¹⁹⁹³ () Sentence précitée, *I.L.M.*, 1983, pp. 738 et 782, n° 52.

¹⁹⁹⁴ () BERLIN D., *supra*, *D. P.C.I.*, 1987, spéc., pp. 265-66, ns° 51-52.

¹⁹⁹⁵ () « *Si l'on considère qu'une économie mondialisée dispose d'un espace déterritorialisé dans lequel les opérateurs publics doivent être dépouillés de prérogatives qui fausseraient le jeu de la concurrence ou risqueraient d'introduire un facteur d'arbitraire ou d'insécurité pour les partenaires privés, on comprend que la détermination du droit applicable ait emprunté les seules voies disponibles*

théorique. Nombreux sont les marchés qui choisissent la loi de l'opérateur étatique (¹⁹⁹⁶). Le Professeur Mayer a reconnu lui-même que « *l'hypothèse d'élection d'un droit étatique différent de celui de l'État contractant est rare et ne se rencontre généralement que lorsque ce droit ait une neutralité internationalement connue comme le droit suisse ou lorsque le marché ne confie à l'opérateur étranger aucune tâche d'intérêt général* » (¹⁹⁹⁷). Les arbitres doivent respecter la volonté validement exprimée et doivent mettre en œuvre certaines conventions inter-étatiques (¹⁹⁹⁸). Toujours dans cet ordre analytique, la logique d'hétéronomie ne porte pas. Conformément à l'autonomie de volonté, les parties sont liées par les règles choisies dans le cadre de leur rapport même si l'une d'entre elles en est l'auteur (¹⁹⁹⁹). *L'extériorité* de l'ordre juridique par rapport à ses sujets n'oppose pas la désignation de la loi de l'État contractant. L'examen des comportements de celui-ci est normalement extérieur à son ordre juridique préexistant. L'appréciation des modifications législatives peut se faire par rapport aux lois en vigueur au moment de leur promulgation (²⁰⁰⁰). De plus, cet argument ne serait pas fondé si le contrat d'État n'avait pas de mécanisme d'intangibilité ou de stabilisation. La pratique a souvent révélé que l'État peut être contraint de modifier ses législations. Au-delà des conséquences financières que cela implique, l'intervention législative n'a jamais été niée à l'État et n'a pas non plus perdu cette appellation.

474. Bien mieux, la logique qui soutient cette opinion peut heurter son acceptation. L'agencement de l'ordre juridique étatique est d'une telle complexité que l'État ne peut en réalité agir sur toutes ses composantes normatives. L'utilité qui s'attache à certaines de celles-ci est plus forte que l'intérêt que l'État pourrait momentanément avoir à les écarter. S'il est facile à l'État de réduire à néant ses engagements contractuellement assumés, il lui est moins facile d'échapper au mécanisme du traitement des effets de l'atteinte qu'il a portée : « *ainsi, mettant fin à un contrat déterminé, l'État ne saurait anéantir en même temps la règle Pacta sunt servanda (...) ou les règles susceptibles de*

(quoique logiquement discutables) à même soustraire la relation contractuelle au droit de l'État contractant », MOHAMED S.M., « Mondialisation et souveraineté d'État », *Clunet*, 1996, n° 3, pp. 611 et s., spéc. p. 638.

¹⁹⁹⁶ () BERLIN D., *op. cit., supra, D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. 263, n° 50.

¹⁹⁹⁷ () MAYER P., *op. cit., Clunet*, 1986, n° 17, p. 18.

¹⁹⁹⁸ () Ex. Art. 42 de la convention du CIRDI.

¹⁹⁹⁹ () JACQUET J.M., *op. cit., In Mélanges BOYER*, p. 292 ; BERLIN D., *op. cit., D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. pp. 265-66, n° 51-52.

²⁰⁰⁰ () Toutefois, le danger consiste pour l'investisseur étranger dans la méconnaissance du contenu de ce droit. La raison pour laquelle, il a été encouragé d'insérer des clauses mixant plusieurs ordres juridiques pouvant faire face voire neutraliser le comportement éventuellement excessif de l'État puisque toute interprétation de sa loi sera basée sur le principe de conformité avec l'autre choix. BERLIN D., *op. cit., supra, D.P.C.I.*, 1987, spéc. pp. 265-66, ns° 51-52.

fonder sa responsabilité »⁽²⁰⁰¹⁾. Enfin, même si la morale peut soutenir que l'État n'est pas partenaire et législateur, elle ne constitue guère une vision réaliste, c'est-à-dire positiviste du droit qui se résume à l'existence d'un ordre juridique⁽²⁰⁰²⁾. On ne voit aucun illogisme à ce qu'une entité définisse sa conduite par des règles qu'elle a elle-même élaboré⁽²⁰⁰³⁾. Il n'y a donc pas de preuve invincible pour s'attacher à la pure logique au détriment d'une analyse pragmatique⁽²⁰⁰⁴⁾. Si la loi de l'État contractant n'est pas disqualifiée, elle ne peut qu'être qualifiée. La pratique contractuelle a suffisamment montré la compatibilité de l'assujettissement de l'État contractant aux lois qu'il a lui-même créées.

Sous-section II **Droit public et conflits de lois**

475. Le conflit de lois ne se limite pas ou plus au seul droit privé⁽²⁰⁰⁵⁾. La transformation du rôle des États dans le commerce international a ouvert au droit public diverses occasions d'intervenir. Cette évolution a conduit à l'infléchissement des arguments rejetant la soumission du droit public aux règles du rattachement **(I)**. Parallèlement, elle a affirmé que, dans les rapports à caractère international, il existe une compétence concurrente dont les conséquences juridiques ne sont pas encore à l'ordre du jour **(II)**.

I / Inopposabilité du Droit public aux règles de conflits

476. La doctrine a insisté sur l'inexistence du conflit de lois de droit public pendant de longues années. La coïncidence entre la compétence et le fond autant que la territorialité sont utilisés pour évincer ce droit des rapports impliquant un élément d'extranéité. Néanmoins, ces arguments ne rallient pas la doctrine : la territorialité est infléchie **(A)** et la dualité entre la compétence et le fond d'un litige a perdu sa rigidité **(B)**.

A) Infléchissement du concept classique de territorialité

477. Pour écarter le recours au droit public étranger, on a soutenu que la démarche bilatérale lui est étrangère. Le droit public n'a pas développé de théorie comparable à

²⁰⁰¹ () JACQUET J.-M., *op. cit.*, In *Mélanges BOYER*, p. 292.

²⁰⁰² () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 67, n° 150.

²⁰⁰³ () Cf. *ibid.*, p. 67, n° 149.

²⁰⁰⁴ () JACQUET J.M., *op. cit.*, *supra*, p. 287.

²⁰⁰⁵ () HECKE Van, *Droit public et conflits de lois*, In *travaux du comité français de droit international privé*, 1983-1984, pp. 225 et s., spéc. p. 227.

celle du droit international privé. Selon le concept classique, les lois de droit public sont d'application territoriale. Chaque État applique ses lois de droit public sans se préoccuper des éléments d'extranéité. Une disposition de droit public ne pourrait pas avoir un champ d'application extra-territorial. Les États limitent leur compétence à leur propre politique administrative, pénale ou fiscale. La répartition des compétences étatiques est harmonieuse en droit public. Toute loi administrative est destinée à assurer le fonctionnement des divers services d'un pays déterminé. En tant que telle, elle est territoriale. Une loi administrative française est exclusivement relative à l'administration du territoire français. Elle entend régir les activités administratives des personnes publiques françaises. Par ailleurs, le droit public d'un État étranger ne concerne que ce même pays. Le droit public de l'Égypte se concentre sur les activités administratives des entités publiques de ce pays.

478. C'est alors la compétence exclusive dont est investi l'État en droit public qui exclut toute autre compétence. Chaque État fixe unilatéralement le champ d'application de ce droit. Dans cette matière, « *la compétence matérielle de l'État est exclusive ; un seul État est compétent pour édicter une norme. Il en résulte une 'absence de compétences cumulatives qui élimine en particulier tout conflit de lois* »⁽²⁰⁰⁶⁾. L'État est le seul à pouvoir édicter ses règles de droit public : « *seul l'État français est compétent pour régir la question de savoir si tel état de fait entraîne ou non la perception d'un impôt par l'État français. Aucun autre pays n'émettant de règles à ce sujet* »⁽²⁰⁰⁷⁾. La loi est territoriale lorsqu'elle est seule à pouvoir s'appliquer sur le territoire de l'État dont elle émane, sans souffrir la concurrence d'une loi étrangère du même type ; et sans pouvoir avoir, corrélativement, la prétention de s'appliquer à l'étranger »⁽²⁰⁰⁸⁾. De cette territorialité résulte l'inapplicabilité des lois de droit public par des juges étrangers à l'État qui les a édictées. Quand il est saisi d'un litige, le juge administratif se contente d'examiner si sa loi est applicable sans s'assigner pour tâche la

²⁰⁰⁶ () MAYER P., « Droit international privé et Droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé.*, 1979, pp. 345 et s, spéc., p. 354, n° 35 ; son article, « Le rôle du droit public en droit international privé », *R. I. D. C.* 1986, pp. 467-485, spéc., p. 477.

²⁰⁰⁷ () « *Il serait absurde de vouloir soumettre à une loi non-française la perception d'impôts français, car n'importe quelle loi étrangère choisie serait muette sur la question* », TSCHANZ P.Y., « Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international », *Rev. Crit. D.I.P.*, 1985, p. 72, n° 46.

²⁰⁰⁸ () BISCHOFF Jean-Michel, La 'territorialité' des lois de droit public dans ses rapports avec les principes de non-discrimination et d'égalité d'accès reconnus en matière de pollution transfrontalière, in *Aspects juridiques de la pollution transfrontalière*, O. C. D. E., 1977, p. 139.

détermination de l'ordre juridique applicable à l'aide d'une règle de conflit ⁽²⁰⁰⁹⁾. Ce n'est donc plus la loi elle-même qui est territoriale mais son application. Celle-ci doit respecter le principe de l'autolimitation dont bénéficie chaque État suivant le Droit des gens ⁽²⁰¹⁰⁾. Le juge du for n'applique pas le droit public étranger ⁽²⁰¹¹⁾ car « *il y a entre le conflit de lois et la territorialité le même rapport qu'entre l'eau et le feu : ou bien l'eau de la territorialité éteint le feu des considérations inspirées du conflit de lois, ou bien le feu de ces dernières fait évaporer le principe de la territorialité* » ⁽²⁰¹²⁾.

479. Ces données sont réfutées car l'interprétation de la territorialité des lois de droit public a évolué. Pierre jetée dans le jardin des partisans de la soumission du droit public aux règles de conflits ⁽²⁰¹³⁾, la territorialité est transformée ⁽²⁰¹⁴⁾. Les contractants peuvent librement choisir le droit public pour régir *leurs accords*, comme le traduisent plusieurs conventions de coopération décentralisée ⁽²⁰¹⁵⁾. Ce critère de déclin du droit public ne remplit pas les besoins de la vie internationale des individus pour une véritable coexistence entre Droits nationaux et étrangers ⁽²⁰¹⁶⁾. L'application exclusivement spatiale du droit public est loin d'être une nécessité ou une règle générale. Le domaine de la compétence de chaque pays se définit à l'exclusion de tout critère territorial. Il inclut sa politique pénale, son système de protection sociale ou fiscale ⁽²⁰¹⁷⁾. Le droit fiscal qui s'impose aux bénéficiaires perçus par des personnes physiques résidentes en France, prend en compte leurs ressources obtenues au-delà des frontières nationales ⁽²⁰¹⁸⁾. Il n'y a plus de doute qu'une loi territoriale (française) puisse s'appliquer à des situations internationales. L'Administration (française) peut se

²⁰⁰⁹ () PEZIN Charlotte, Les marchés internationaux et le Code des marchés publics, *mémoire de D.E.A.*, Paris II, 2001, p. 21.

²⁰¹⁰ () Le droit public cesse d'être applicable au-delà des frontières au nom des principes de l'indépendance et de la réciprocité. DOLEZ B., « Le juge administratif et les conflits de lois », *op. cit.*, *R.D.P.* 1995, spéc. p. 1033 ; le droit international public attribue à l'État une compétence exclusive, MAYER P., *Droit international privé et ...*, *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1979, spéc. p. 351, n° 31 ; « Le rôle du droit public en... », *op. cit.*, *Rev. Int. Dr. Crit.*, 1986, pp. 468 et s., spéc. p. 477.

²⁰¹¹ () Cf. *ibid.*, p. 1034 ; MAYER P., « Le rôle du droit public en droit international privé », *R. I. D. C.*, 1986, p. 468.

²⁰¹² () ZWEIGERT K., « Droit international privé et droit public », *R.C.D.I.P.*, 1965, p. 646.

²⁰¹³ () FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé ; La coopération transfrontalière entre les collectivités publiques infra-étatiques », *Revue Critique du Droit international* 1997, pp. 404 et s., spéc. pp. 434-35.

²⁰¹⁴ () Cf. *ibid.*, p. 435.

²⁰¹⁵ () FILALI O., *op. cit.*, *supra*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, pp. 404 et s., spéc. p. 422.

²⁰¹⁶ () VALLINDAS PERTOS G., « Droit international Privé 'lato sensu' ou 'stricto sensu' », *In Mélanges offerts à Jaques MAURY*, Tome I, DALLOZ & Sirey, pp. 509-518, spéc. p. 512 ; HECKE Van, « *Droit public et conflits de lois* », in travaux du comité français de Droit international privé, 1983-1984, pp. 225 et s., spéc. p. 227.

²⁰¹⁷ () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 258, n° 551.

²⁰¹⁸ () Cf. *ibid.*, p. 256, n° 549.

voir reconnaître l'activité (en France) d'entreprises étrangères ou les activités à l'étranger des ressortissants français ⁽²⁰¹⁹⁾.

480. La pratique législative assure que le champ d'application du droit public étranger ne dépend pas de la territorialité ⁽²⁰²⁰⁾. Les lois *anti-trusts* illustrent cette réalité. Pour les juges américains, ces normes réglementent extra-territorialement des comportements entraînant des effets néfastes sur leurs marchés. Ce faisant, elles s'opposent même aux entreprises étrangères, exerçant à l'étranger. Ainsi, ce n'est plus le critère *spatial* qui préoccupe. La poursuite des comportements fautifs de certaines entreprises sans tenir compte des lieux d'exercice de leurs activités confirmé l'abandon de la territorialité ⁽²⁰²¹⁾. Par ailleurs, l'existence d'une compétence exclusive au profit de l'État ne contredit pas un éventuel cumul de compétences en droit public. Lorsqu'un État décide des conditions d'attribution d'une nationalité étrangère, il crée un cumul de compétences. L'État de la nationalité ne prendra jamais en compte cette compétence concurrente puisqu'elle ne peut pas lui être imposée. Pourtant, cela ne permet pas de conclure que la compétence concurrente n'existe pas. La compétence exclusive est donc sans incidence sur l'existence d'une compétence concurrente. Elle a en revanche un effet direct sur la prise en considération de cette dernière ⁽²⁰²²⁾. La pratique du Conseil d'État français a confirmé ces données. Dans plusieurs arrêts, il a abandonné *l'unilatéralisme* absolu au profit d'une certaine pluralité. La juridiction administrative qui « *flirte avec la loi étrangère* » auparavant, a développé sa position. Elle a dépassé le stade de la simple consultation de cette loi, pour celui de son application aux litiges impliquant des éléments d'extranéité ⁽²⁰²³⁾. Ainsi, si indécise et inutile qu'elle soit ⁽²⁰²⁴⁾, la territorialité de droit public ne peut qu'être déclinée. Cela étant, il faut alors prouver que la compétence de droit public et le fond d'un litige ne doivent pas forcément s'associer.

B) Dissociation entre la compétence et le fond

²⁰¹⁹ () FOYER Jacques, Le Conseil d'État et le conflit de lois, *In Mélanges HOLLEAUX D.*, 1995, pp. 103-117, spéc. 104.

²⁰²⁰ () HECKE Van, Droit public et conflits de lois, *in Travaux du comité français de Droit international privé*, 1983-1984, pp. 225 et s., spéc. 227.

²⁰²¹ () *Ibid.*, p. 228.

²⁰²² () AUDIT M., *op. cit.*, *supra*, L.G.D.J., Paris 2002, p. 261, n° 556.

²⁰²³ () FOYER J., « Le Conseil d'État et... », *op. cit.*, *supra*, *in mélange HOLLEAUX D.*, 1995, spéc. pp. 111-114 ; DOLEZ B., « Le juge administratif et... », *R. D. P.*, 1995, spéc. p. 1032.

²⁰²⁴ () Il s'agit d'un « *maléfaisant en tant qu'il agit comme un anesthésiant de la pensée juridique et notamment judiciaire* ». LALIVE Pierre, Le droit public étranger et le droit international privé, *in travaux du comité de droit international privé*, 1973-1975, Dalloz, 1977, pp. 215 et s., spéc. p. 238.

481. Si le contrat administratif s'attache naturellement au juge de l'Administration, un marché international, qualifié d'administratif, relève-t-il de la compétence de cette juridiction ? Le conflit de lois occasionné par un marché international ne met-il pas en cause la coïncidence entre la compétence et le fond ? Un contrat administratif conclu par l'État français est fondamentalement soumis au droit français ⁽²⁰²⁵⁾. Ce rattachement n'est que le fruit de lien associatif entre le droit applicable et le juge du fond. Pour le juge français, saisi d'un litige né à l'étranger, « *il n'existe qu'une seule loi, la loi en vigueur dans le pays où il exerce sa juridiction* » ⁽²⁰²⁶⁾. Chaque fois qu'il se reconnaît compétent, ce juge doit appliquer la loi de l'administration ⁽²⁰²⁷⁾. Le juge administratif ne peut appliquer que son propre droit administratif et doit se déclarer incompétent à l'égard des litiges qui y échappent ⁽²⁰²⁸⁾ : « *la juridiction administrative française ne peut appliquer que le droit administratif et ne peut a fortiori appliquer, que le droit français* » ⁽²⁰²⁹⁾. Ainsi, la coïncidence entre la compétence et le fond est invoquée pour opposer le droit public aux règles du rattachement ⁽²⁰³⁰⁾. Ce principe n'est exclusif qu'à l'égard des rapports internes ⁽²⁰³¹⁾. Dans les litiges à caractère international, la liaison entre la compétence et le droit applicable cesse d'être un dogme sans exception ⁽²⁰³²⁾. Le droit international privé dissocie la compétence juridictionnelle du droit applicable, excluant ainsi cette acception ⁽²⁰³³⁾. Le juge administratif (français) a fait évoluer sa démarche dans cette direction. En 1968, le Conseil d'État a suivi les conclusions du Commissaire du gouvernement *Braibant* qui a dissocié la compétence du fond : « *nous ne sommes pas certains que ce lien entre la compétence et la loi applicable ait une*

²⁰²⁵ () MAYER P., « Le rôle du droit public en... », *op. cit.*, *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1986, pp. 467-483, spéc. p. 478 ; v. également sa note sous C. A. Rouen, 13 novembre 1984, Société européenne d'études et d'entreprises c./ République de Yougoslavie, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, note 2, p. 673.

²⁰²⁶ () Conseil d'État, 11 janvier 1952, Habib BECHARA, *Rec.* 1952, p.30, concl. Barbant.

²⁰²⁷ () DOLEZ B., « Le juge administratif et... », *op. cit.*, *R.D.P.* 1995, pp. 1030 et s., spéc. p. 1035-36.

²⁰²⁸ () Cf. *ibid.*, p. 1034.

²⁰²⁹ () Cela s'explique par le fait que la responsabilité de l'État doit être régie par ses règles spéciales. La *juridiction administrative est mieux placée que l'autorité judiciaire pour interpréter les lois et règlements de l'administration*, DOLEZ B., *op. cit.*, *R.D.P.*, 1995, spéc. pp. 1035-36.

²⁰³⁰ () EISENMANN Ch., Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif, *Mélanges Jacques MAURY, tome II*, Librairie Dalloz et Sirey, 1960, pp. 382 et s.

²⁰³¹ () DOLEZ B., *op. cit.*, *R.D.P.*, 1995, spéc. p. 401 ; WEIL P., *Le droit administratif*, P.U.F., Coll. Que-sais-je ?, 14^{ème} édition, p. 117 ; adde, ses observations sous l'arrêt Blanco, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, 1990, p. 15.

²⁰³² () DOLEZ B., *op. cit.*, *supra*, *R.D.P.*, 1995, spéc. p. 1039.

²⁰³³ () BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de Droit international privé*, t. II, p. 446, n° 668 ; J. GONZALES CAMPOS, Les Liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1977, t. 156, v. III, pp. 225-376.

valeur absolue »⁽²⁰³⁴⁾. Cette affaire n'est pas restée isolée. Le juge administratif s'est dirigé vers le recours progressif aux règles de conflit⁽²⁰³⁵⁾. Il a accepté de ne pas se déclarer exclusivement compétent de tous les marchés internationaux conclus avec des personnes publiques françaises⁽²⁰³⁶⁾. Dans l'arrêt *Johnston*, il s'est fondé sur le principe d'autonomie pour soumettre à la loi britannique un contrat liant un agent étranger exerçant ses fonctions à l'étranger : « *la commune volonté des parties ayant été de soumettre l'exécution du contrat aux dispositions des législations sociales et du travail britanniques, l'octroi d'une indemnité de licenciement dépend de l'application de ces dispositions* »⁽²⁰³⁷⁾. La soumission d'un marché à un droit étranger ne fait donc pas obstacle à la compétence de la juridiction française. Le Conseil d'État a fait application d'une telle loi pour résoudre des litiges relatifs à des contrats administratifs. La présence d'éléments d'extranéité n'empêche non plus le juge administratif de localiser le contrat au moyen des règles du rattachement. Le juge est conduit non seulement à s'interroger sur la loi applicable au fond, mais aussi sur sa compétence pour statuer. Il remet en cause l'interprétation stricte du principe de liaison de la compétence et du fond. Le juge administratif français s'est référé tantôt au critère du lieu d'exécution tantôt à la volonté des parties pour déterminer le droit applicable aux contrats dont il était saisi. La logique soutient toutefois cette prise de position. La compétence d'un ordre interne d'une matière déterminée vise à le protéger contre l'ingérence d'autres systèmes juridiques. Ce faisant, rien ne prive un système du droit de soumettre un contrat relevant de son droit administratif à une autre loi. Un accord, qualifié d'administratif au regard de la loi du for, peut relever d'une autre législation. Le droit international ne prohibe pas le

²⁰³⁴ () Le commissaire a été interrogé sur la compétence de la juridiction française « *pour se prononcer sur un litige qui se rattache à un marché passé et exécuté à l'étranger (...)* », CE, 3 juillet 1968, Lavigne et Le Méé, *A.J.D.A.*, 1969, pp. 253 et s., conclusions Guy BRAIBANT.

²⁰³⁵ () DOLEZ B., *op. cit., supra, R.D.P.L.*, 1995, spéc. p. 1040.

²⁰³⁶ () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 288, n° 598.

²⁰³⁷ () En l'espèce, Mme Johnston, de nationalité britannique, avait été recrutée en septembre 1972 en tant que secrétaire bilingue à la délégation commerciale française à Manchester. A la suite d'une réduction d'effectifs décidée, l'employée a été licenciée. A plusieurs reprises, elle a sollicité l'obtention d'une indemnité. Le payeur général de France en Grande-bretagne s'opposa à la demande. Madame Johnston saisit en juillet 1977 le Tribunal administratif de Paris en demandant l'annulation de cette décision et la condamnation de l'État français. Le Conseil d'État avait à résoudre la question de la compétence de la juridiction française d'un litige opposant l'État français à un agent étranger, mais exerçant ses fonctions dans le cadre d'un service public français (Ambassade de France). Il a jugé que les litiges auxquels donne naissance l'activité, au-delà des frontières françaises, de services publics français sont de la compétence des juridictions française et ceci même si le litige conduit à appliquer une législation étrangère. En vertu de cette jurisprudence, le juge français était bien compétent pour connaître ce litige qui a opposé l'État à un étranger. C.E., 28 janvier 1983, Madame Johnston, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1985, pp. 316 et s., note P. RODIERE.

rattachement de certains contrats administratifs d'un État à un droit étranger ⁽²⁰³⁸⁾. Ce même droit (international) n'interdit pas aux juges des marchés internationaux leur éventuel rattachement à la loi d'un État tiers. Lorsqu'il touche un service public commun, un marché transfrontalier des personnes publiques franco-égyptiennes peut être un contrat administratif français et égyptien.

482. Si on inverse la situation, la soumission d'un marché public au droit étranger, ne remet-elle pas en cause la compétence du juge administratif ? L'application par ce dernier d'un droit étranger ne scierait-elle pas la branche sur laquelle il est assis ? Certains paraissent accorder une réponse affirmative à ces questions. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Dame Johnston*, le commissaire du gouvernement Franc a précisé que l'application du droit étranger (britannique), « *serait de nature à remettre en question la compétence de la juridiction administrative voire de la juridiction française* » ⁽²⁰³⁹⁾. D'autres ont, à juste titre, décrit cette appréciation d'« *erronée* » ⁽²⁰⁴⁰⁾. Lorsqu'il applique une autre loi, le juge administratif s'appuie nécessairement sur une règle de conflit de lois de son propre droit. L'application d'une loi étrangère relève une norme du for enracinée dans l'ordre juridique du juge qui ne représente nullement l'ordre étranger. Plusieurs arrêts du Conseil d'État confirment cette idée. Dans des litiges non-contractuels ⁽²⁰⁴¹⁾, le juge administratif a examiné les lois publiques des États tiers et en a fait application. Au cours de divers litiges contractuels, il a maintenu le caractère administratif de tel accord, en appliquant des Droits étrangers. Dans l'arrêt *Fourny*, le Conseil d'État a appliqué le droit guinéen car l'accord litigieux était exécuté dans ce pays ⁽²⁰⁴²⁾. Lors de l'affaire *Johnston*, il s'est référé à la loi britannique

²⁰³⁸ () La compétence approuvée par ce droit à un ordre interne (français) ne prohibe que la soumission à un ordre étranger, un accord que le système français juge relever de son droit. Ainsi, lorsqu'un juge égyptien décide de soumettre au droit égyptien un marché public passé par une personne publique française, il risquerait d'engager la responsabilité de l'État égyptien au regard du droit international.

²⁰³⁹ () Conclusions sous C.E., 28 janvier 1983, *Rev. crit. Dr. Int. Privé*, 1985, pp. 316-321, spéc. p. 318 ; propos partagés par B. DOLEZ, « Le juge administratif et ... », *op. cit.*, *R.D.P.*, 1995, spéc. pp. 1046.

²⁰⁴⁰ () AUDIT M., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 292, n° 607.

²⁰⁴¹ () Il s'agit de litiges liés à nationalité des personnes morales, aux modalités de mise en oeuvre du droit à une vie familiale normale des étrangers en situation régulière sur le sol français ou à l'extradition. décision du 27 fév. 1987, *D.* 1987, 305, concl. J.-C. BONICHOT ; C.E., 14 déc. 1987, *Urizar Murgoião*, *Rev. Fr. Dr. Adm.*, 1989, p. 54, Concl. Schrameck ; C.E., ass., 11 juill. 1980, *Ministre de l'intérieur c. M. Montcho* : *Juris Classeur, Périodique*, n° 81, éd. G, 11, 19629, Concl. Rougevin-Baville, cités par Victor HAIM « Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs », *éd. Juris- Classeur, La Semaine Juridique*, 1992, n° 3586, pp. 243 et s, n° 14.

²⁰⁴² () Il s'agit d'un demande d'indemnisation pour un licenciement abusif d'un couple français qui a été engagé par l'État Guinéen pour travailler au Ministère des Affaires étrangères à Conakry. Le Conseil

conformément au principe de l'autonomie de la volonté ⁽²⁰⁴³⁾. Depuis cet arrêt, le Conseil d'État *ne flirte plus* avec le droit étranger ⁽²⁰⁴⁴⁾ et paraît se convertir aux mécanismes du droit international privé. Le litige concernant un contrat engageant une secrétaire à l'Ambassade de France au Mexique est venu ajouter une autre application du droit étranger ⁽²⁰⁴⁵⁾. Dans toutes ces affaires, la juridiction administrative s'est focalisée sur les règles du rattachement subjectif (autonomie de volonté) et objectif (lieu de conclusion ou d'exécution des marchés).

483. Pour ces raisons, la coïncidence entre la compétence et le fond doit cesser de se poser ⁽²⁰⁴⁶⁾. Leur dissociation paraît être « *à la fois possible et souhaitable* » ⁽²⁰⁴⁷⁾. Le droit public n'a pas à se sentir visé par ce dogme. Ainsi il n'y a « *maintenant aucune objection à ce qu'un juge fasse application d'une loi étrangère de droit public, au moins lorsque celle-ci fait partie du droit désigné par la règle de conflit* » ⁽²⁰⁴⁸⁾.

II / Soumission du droit public aux règles de conflit

484. Si les arguments avancés sont isolés, rien ne devrait interdire l'incorporation des droits publics étrangers dans le cadre du conflit de lois. Il faut alors démontrer qu'il existe une concurrence de compétences en droit public (A), pour prouver ensuite que les juges ou les arbitres peuvent le trancher (B).

A) Existence du conflit des lois en droit public

485. Le conflit de lois traduit la coexistence dans l'ordre mondial de systèmes juridiques distincts et susceptibles d'appréhender différemment un état de fait. Il manifeste également que les systèmes étatiques ne le maîtrisent pas. Ces ordres qui peuvent choisir de résoudre ou non un conflit ne peuvent rien quant à son existence qui échappe à leur volonté ⁽²⁰⁴⁹⁾. Cependant, le conflit est resté majoritairement conçu comme particulier aux situations du droit privé. Les droits publics ont été écartés des

d'État français a décidé en 1968 de se référer à la législation du travail en vigueur de cet État. C. E., 8 mai 1968, Époux Fourny, *Lebon* 1, pp. 280 et s.

²⁰⁴³ () C. E., 28 janvier 1983, Mme Johnston, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé.*, 1985, pp. 316 et s., concl. FRANC.

²⁰⁴⁴ () Expression de M. RODIERE, note sous C. E., 28 janvier 1983, Johnston, R. C. D. I. P., 1988, pp. 687 et s.

²⁰⁴⁵ () C.E., 7 janvier 1987, Mme Félicien, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé.*, 1988, pp. 687 et s., note P. RODIERE; Dalloz, 1987, pp. 350 et s., obs. B., AUDIT ; adde, DOLEZ B., *op. cit.*, supra., *R.D.P.*, 1995, spéc. p. 1041.

²⁰⁴⁶ () VALLINDAS Pertos G., Droit international Privé 'lato sensu' ou 'stricto sensu', *In Mélanges offerts à Jaques MAURY*, T. I, DALLOZ & Sirey, pp. 509-518, spéc. p. 514.

²⁰⁴⁷ () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 292, n° 607.

²⁰⁴⁸ () Cf. *ibid.*, p. 273, n° 578.

²⁰⁴⁹ () Cf. *ibid.*, n° 524.

méthodes du droit international privé. Ce postulat qui a duré longtemps n'est plus accepté. Ce n'est pas la concurrence entre plusieurs lois qui évoque un conflit des lois. Bien au contraire, c'est la présence dans un rapport déterminé d'un ou plusieurs éléments d'extranéité. Il est incontestable que les *M.P.I.* impliquent ces éléments. Un marché public international met en présence deux ordres juridiques, en particuliers ceux des États dont relèvent les contractants. Ces ordres peuvent être les droits publics lorsqu'il s'agit de conventions de coopération décentralisée. Un accord de ce genre implique deux personnes publiques de divers États et met en présence des régimes différents ⁽²⁰⁵⁰⁾. Lorsque cet accord relève du droit public au regard de chacune de ces législations, l'une comme l'autre sont en mesure de trancher ces différends. Ce faisant, il y a une concurrence de compétence entre ces ordres, laquelle n'est qu'un conflit de lois de droits publics internes ⁽²⁰⁵¹⁾. Conclu entre une commune française et une ville allemande, un accord de ce type peut constituer une activité administrative pour chacun des contractants. À ce titre, un tel accord entraîne une concurrence de compétences étatiques, c'est-à-dire un conflit de lois de droit publics ⁽²⁰⁵²⁾. Ce conflit est prévu par des conventions interétatiques conçues pour couvrir ces actions. Ces traités laissent aux collectivités publiques une grande marge de manœuvre dans le choix du droit applicable à leurs opérations. Ils admettent que ces accords fassent l'objet de règles de conflit pour favoriser la protection de l'intérêt local et maintenir le monopole de l'État dans les relations internationales ⁽²⁰⁵³⁾. C'est en tout cas ce qui résulte de conventions françaises qui accordent l'autonomie de volonté dans le choix du droit applicable mais à condition que ce droit ne soit pas autre que ceux des cocontractants ⁽²⁰⁵⁴⁾.

486. Par ailleurs, on peut déduire l'existence de conflits de lois de l'*interprétation à contrario* d'un raisonnement évoqué par une sentence *CCI* de 1995 ⁽²⁰⁵⁵⁾. Le litige relève d'un marché unissant des personnes tant publiques que privées françaises et étrangères. Ce marché constitue un service public localisé en France et à l'étranger. Cependant, le tribunal arbitral a considéré que cet accord n'était ni une activité administrative française, ni une activité administrative étrangère. Il en a déduit l'inapplicabilité des deux droits publics pour trancher le différend. Pour y parvenir, les

²⁰⁵⁰ () Cf. *ibidem.*, n° 521.

²⁰⁵¹ () Cf. *ibid.*, p. 240, n° 522.

²⁰⁵² () Cf. *ibid.*, p. 264, n° 560.

²⁰⁵³ () FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé ; ... », *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1997, spéc. p. 411.

²⁰⁵⁴ () Art. 6 du traité franco-italien, art. 4, traité franco-espagnol signé à Bayonne le 10 mars 1995, art. 6, traité Franco-allemande du 26 janvier 1996, cité par FILALI O., *ibid.*, p. 406.

²⁰⁵⁵ () Sentence inédite, citée par AUDIT M., *op. cit.*, L.G.D.J., p. 264, n° 561-63.

arbitres ont avancé quelques raisonnements. Le plus important en l'espèce est l'affirmation selon laquelle, « *les deux États étant intéressés de façon identique, il serait arbitraire de décider que c'est le droit de l'un plutôt que de l'autre qui s'applique* » (2056). Or, comme l'a écrit l'annotateur, cet argument n'est que « la marque de tout conflit de lois » (2057). Ainsi, la présence d'un cocontractant étranger n'affecte en rien la compétence du droit administratif. Elle peut entraîner une vocation identique de la part du droit public étranger. C'est bien là que se situe le nœud du problème. Les marchés publics internationaux soulèvent l'applicabilité d'un ou plusieurs droits publics. Ce faisant, on est en présence d'une compétence à la fois concurrente et exclusive des deux ordres juridiques. Le conflit de lois de droit public est sans doute présent (2058), mais on ne parvient pas à le résoudre en raison de l'égoïsme étatique.

B) Règlement du conflit des lois du droit public

487. Le caractère public d'une loi n'a jamais empêché le juge du for de l'appliquer. Le choix entre l'application ou la prise en considération du droit étranger ne relève pas de son caractère « public » ou « privé » (2059). Il doit y avoir une égalité de traitement entre les droits concurrents nationaux et étrangers (2060). Le droit public n'est pas le seul à être *unilatéraliste* ou *égoïste* (2061). Ces caractères concernent également certaines lois privées. Les règles restrictives de la concurrence ou du prix d'un bien ou d'un service sont *unilatéralistes* alors qu'elles sont des lois civiles mais impératives (2062). Si les lois de police étrangères trouvent leur fondement d'application dans des traités, cela ne signifie pas que les dispositions administratives n'ont pas de règle de conflit (2063). L'évolution contemporaine ne limite plus le champ du droit international privé aux

²⁰⁵⁶ () Cf. *ibidem.*, n° 561-63.

²⁰⁵⁷ () « *Même en droit privé, lorsqu'un conflit de lois se présente, il faut choisir une des lois en présence et, comme tout choix, celui-ci recèle une part d'arbitraire. En outre, soit il existe un conflit de lois et il faut bien alors se résoudre à choisir, aussi arbitraire que cela puisse être ; soit il n'y a pas de conflit de lois et il n'est alors ni choix à faire, ni risque d'arbitraire* », Cf. *ibidem.*, p. 264, n° 562.

²⁰⁵⁸ () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 264, n° 561.

²⁰⁵⁹ () LALIVE Pierre, « Le droit public étranger et le droit international privé », *in Travaux du Comité de Droit International Privé, 1973-1975*, Dalloz, 1977, p. 215 et s, spéc., p. 238 ; pour Henri BATIFFOL, « *on ne peut pas douter que le droit public (...) soit inapplicable (...) la preuve nous en a donné, ce qu'on l'applique* », son intervention concernant l'article précédent, spéc., p. 245 ; également, son intervention concernant l'article de M. HECK, *op. cit.*, spéc. p. 236.

²⁰⁶⁰ () FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé... », *Rev. Crit. D.I.P.*, 1997, pp. 404 et s, spéc. p. 437 ; *Institut de droit international, Session de Compostelle, Annuaire de l'Institut de Droit International, Vol. 63, t. II*, Paris, Pédone, 1990, p. 319-337.

²⁰⁶¹ () LALIVE P., *op. cit.*, *Trav. Com. Dr. Int. Priv.*, Dalloz, 1977, pp. 215 et s.

²⁰⁶² () La nature privée de telles lois s'impose même si elles ont pour objectif de droit public. HECKE Van « *Droit public et conflits de lois* », *in Trav. Com. Fr. Dr. Int. P.*, 1983-1984, pp. 225 et s, spéc. p. 230.

²⁰⁶³ () Cf. *ibidem.*, pp. 231 et 232.

seuls rapports privés ⁽²⁰⁶⁴⁾. Cette discipline doit *embrasser l'ensemble des règles de droit, aussi bien du droit public que du droit privé* ⁽²⁰⁶⁵⁾. Le contraire laisserait « *en dehors de cette branche juridique la plus grande partie des règles juridiques de tous les pays* » ⁽²⁰⁶⁶⁾.

488. Le caractère public d'une disposition législative étrangère désignée par la règle de conflit ne fait pas obstacle à son application ⁽²⁰⁶⁷⁾. En effet, « *le droit public étranger peut être appliqué* », mais « *seules des considérations extra-juridiques peuvent permettre aux tribunaux de s'y opposer* » ⁽²⁰⁶⁸⁾. Ainsi, on a pu arriver à la véritable raison du déclin du droit public étranger. L'inapplicabilité de ce droit réside donc dans le défaut de réciprocité entre les États ou leurs conflits d'intérêts. La réalité est que les intérêts des États ne sont pas parallèles mais opposés. Le déclin du droit public relève de considérations de nationalisme, de facteurs politiques ou de interprétations rigides de la souveraineté ⁽²⁰⁶⁹⁾. En matière de concurrence, les intérêts des pays exportateurs s'opposent à ceux des importateurs, comme ils le sont en matière de douane ou la fiscalité ⁽²⁰⁷⁰⁾. La transformation du secteur pétrolier au cours des années quatre-vingt a entraîné la promulgation par certains États des textes protecteurs de leurs intérêts ⁽²⁰⁷¹⁾. Le refus d'appliquer un droit public à la demande d'un État étranger n'est pas près de disparaître ⁽²⁰⁷²⁾. Certes, il est légitime que les États protègent leurs intérêts et refusent que leur politique soit dictée de l'étranger ⁽²⁰⁷³⁾. Dans des matières comme celle de la fiscalité ou de la nationalité *étrangère* ; on peut alors parler « *d'un viol de souveraineté*

²⁰⁶⁴ () VALLINDAS P. G., Droit international Privé ..., *op. cit.*, In *Mélanges J. MAURY*, spéc. p. 510.

²⁰⁶⁵ () « *La coexistence parallèle de plusieurs ordres juridiques et d'organes judiciaires, administratifs et législatifs à l'intérieur de chacun de ces ordres. Cette coexistence doit être réglementée. Le domaine d'application de chacun de ces ordres juridiques doit être fixé. Le problème ne peut pas se restreindre aux seules règles de droit privé ou aux organes qui sont appelés à appliquer seulement le droit privé* », Cf. *ibidem*.

²⁰⁶⁶ () Cf. *ibid.*, p. 511.

²⁰⁶⁷ () EL-KOSHERI A.S., Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *R. C. A. D. I.*, 1975, Tome 147, v. IV, pp. 219 et s, spéc., p. 326 ; dans ce sens FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration... », *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, pp. 404 et s, spéc. p. 436.

²⁰⁶⁸ () « *il n'existe pas d'obstacle théorique à ce que le juge administratif applique la loi étrangère (...)* », DOLEZ B., « Le juge administratif et ... », *R.D.P.*, 1995, spéc. p. 1045.

²⁰⁶⁹ () LALIVE P., Le droit public étranger et..., in *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Pri.*, 1973-1975, Dalloz 1977, spéc. p. 241.

²⁰⁷⁰ () HECKE Van, Droit public et..., *op. cit.*, in *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Pri.*, 1983-1984, spéc. p. 234.

²⁰⁷¹ () Ex., la loi française du 16 juillet 1980 sur la communication des documents et des renseignements d'ordre économique. *Ibidem*.

²⁰⁷² () « *Les choses étant ce qu'elles sont et étant destinées à le rester dans l'avenir prévisible, la règle du non-accueil des prétentions qui constituent une manifestation typique d'une souveraineté étrangère est toujours justifiée et le restera longtemps encore* », Cf. *ibid.*, p. 235.

²⁰⁷³ () Cf. *ibidem*.

au regard du droit international public ». L'État dont la souveraineté a été atteinte, peut ne pas tenir compte de cette compétence concurrente et du conflit de lois engendré par cette dernière ⁽²⁰⁷⁴⁾.

489. En revanche, le recours à la souveraineté pour éteindre les conflits de lois de droit public est inapproprié en matière contractuelle. Les marchés publics internationaux sont aux frontières de plusieurs ordres juridiques. Ils donnent lieu à une compétence concurrente, sans qu'aucune souveraineté ne soit atteinte. Ces accords sont cantonnés à un domaine de compétence légitime au regard du Droit des gens ⁽²⁰⁷⁵⁾. Le conflit de lois ne résulte pas d'une *autodélimitation* de la compétence d'un des États manifestement abusive au regard du droit international public ⁽²⁰⁷⁶⁾. Il dérive du fait que les *M.P.I.* sont soumis à la compétence d'autant d'ordres juridiques qu'ils comptent de contractants. Liée aux droits publics respectifs, cette compétence est regardée comme exclusive par chacun des ordres juridiques en présence. Cela implique pour chacun d'eux un refus de prendre en compte la compétence concurrente ⁽²⁰⁷⁷⁾. Cependant, il semble que l'exclusivité de la compétence de l'État devrait être ici remise en question. Les ordres juridiques doivent admettre que leur compétence n'est plus exclusive mais concurrente en matière d'accords transfrontaliers ou d'investissements. Ils doivent reconnaître qu'un ordre juridique, autre que le leur, peut régir certaines situations. Le droit public étranger peut alors être appliqué ou pris en considération. Le droit international privé aurait ici le pouvoir d'intervenir pour remplir cette mission ⁽²⁰⁷⁸⁾. Il pourrait et devrait être autorisé à jouer son rôle par l'intermédiaire de ses règles de rattachement.

490. Si cette analyse est avérée, le droit administratif doit en bénéficier. En effet, *il n'existe pas* pour « *ce pan particulier du droit public, de limites à son application spatiale* » ⁽²⁰⁷⁹⁾. La compétence de ce droit relève de l'existence d'une activité administrative imputable à une personne publique de cet ordre. *Une activité serait égyptienne dès lors qu'elle serait* assignée à une personne publique égyptienne. Le caractère administratif de l'activité relève de sa nature quel que soit le lieu où elle a été effectuée. Une activité considérée comme administrative, conserve ce caractère tout en

²⁰⁷⁴ () AUDIT M., « *Les conventions transnationales ...* », *op. cit.*, L.G.D.J., Paris 2002, p. 263, n°

559.

²⁰⁷⁵ () Cf. *ibidem.*, n° 559.

²⁰⁷⁶ () Cf. *ibid.*, p. 266, n° 565.

²⁰⁷⁷ () Cf., *ibid.*, p. 266, n° 566.

²⁰⁷⁸ () Cf. *ibid.*, p. 272, n° 577.

²⁰⁷⁹ () Cf. *ibid.*, p. 258, n° 552.

étant accomplie en dehors du territoire de son pays d'origine ⁽²⁰⁸⁰⁾. Le droit administratif peut s'appliquer aux contrats à caractère administratif sans tenir compte de leurs lieux d'exécution. Le droit administratif français a été appliqué à des contrats conclus par des autorités françaises en dépit du fait qu'ils étaient destinés à s'exécuter sur un territoire étranger ⁽²⁰⁸¹⁾. C'est parce qu'un ordre *juridique peut s'estimer compétent aux activités administratives de ses personnes publiques indépendamment de leur localisation*. Le Conseil d'État a appliqué ce droit aux litiges concernant des affaires nées à l'étranger. Il a, en revanche, méconnu la compétence des activités administratives étrangères sur le sol français. Le Conseil d'État a refusé de connaître plusieurs décisions prises par des autorités administratives étrangères. Il s'est déclaré incompétent à l'égard d'un marché passé par un État ou une personne publique étrangère ⁽²⁰⁸²⁾.

491. L'application du droit public par le biais d'une règle de conflit n'est pas particulière au juge de l'administration. Cela fait déjà quelque temps que les arbitres l'ont appliqué. Il s'agit de l'affaire liée au marché des allumettes qui a opposé la Grèce à la *société Alsing*. Devant l'arbitrage mixte, l'État a fait valoir que le contrat résilié devait être soumis à son propre droit suivant les indices de localisation. De plus, étant

²⁰⁸⁰ () AUDY J.M et DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, T. 1, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} Éd. 1984, n° 48, p. 77.

²⁰⁸¹ () C.E., 17 nov. 1965, Soc. Neptun-Tramport, *Rec.*, p. 614 ; 2 décembre 1966, Soc. France Reconstruction Plan, *Rec.*, p. 635, *A.J.D.A.*, 1967, p. 183, concl. J. FOURNIER ; 3 juillet 1968, Lavigne et Le Mée et Lavigne, *Rec.*, tables, p. 1184, *A.J.D.A.*, 1969, p. 253, concl. G. BRAIBANT ; 5 janvier 1972, Soc. Unitchadienne, *Rec.*, p. 4, C.E., 25 novembre 1949, Sté technique des appareils centrifuges et industriels, *Rec.*, p. 512, S., 1950. 111.33, concl. ODENT: marchés de travaux passés par le ministère de l'Air pour être exécutés principalement au Maroc et au Liban, 5 novembre 1949, *Rec.*, p. 542: marché de fourniture passé par le même ministère pour être exécuté au Moyen-Orient ; sect., 11 janvier 1952, Habib Bechara, *Rec.*, p. 30, *Rev. jur. et pol. Union française*, 1952, p. 292, concl. BARBET: marché de transport pour la poste militaire française du Moyen-Orient ; C.E., 27 janvier 1922, Compagnie française des tramways et d'éclairage public de Shanghai, *Rec.*, p. 87 ; C.E., 8 avril 1961, Houille, *Rec.*, p. 217 ; 31 janvier 1968, BRONNIER, *Rec.*, p. 884 ; 7 octobre 1970, LAVIGNE, *Rec.*, p. 979, *Rev. adm.*, 1971, p. 286, note TEDESCHI. Arrêts cités par, AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris 2002, pp. 259-63, n° 552-561.

²⁰⁸² () C.E., 10 mars 1952, Szanta, *Rec.*, p. 154 ; C.E., 30 novembre 1962, Manfred Weiss, *Rec.*, p. 643, *A.J.D.A.*, 1963, p. 93, note GENTOT et FOURRÉ ; C.E., 23 décembre 1966, X, *A.J.D.A.*, 1967, p. 480, note DRAGO ; 31 décembre 1977, X *Rec.*, p. 513 ; pour les marchés passés ou exécutés avec ou pour le compte d'un État étranger par des services français v. C.E., 4 mars 1970, Desdame, *Rec.*, p. 152 ; T.C., 20 janvier 1945, Exposition internationale de Paris 1937 c./ Suchet, *Rec.*, p. 265, *D.*, 1948, p. 396, note de SOTO ; Trib. adm. Paris, 2 juillet 1979, Banque populaire de l'Ouest, *Rec.*, p. 523, A.F.D.L., 1980, p. 884, chron. LACHAUME ; C.E., 27 avril 1987, BOULARD, *Rec.*, p. 148, *A.J.D.A.*, 1987, p. 776, obs. J.-B. AUBY, *R.D.P.*, 1987, p. 1657. La circonstance que le contrat doit être exécuté sur le sol français est indifférente. Ceci a été affirmé par le Conseil d'État au sujet d'un contrat passé avec l'Armée de l'air américaine pour la fourniture de matériels destinés à la construction en France d'une piste d'aérodromes. La confusion venait de ce que les contrôles de qualité, les essais et la réception des matériaux ont été confiés à l'administration française des Ponts et Chaussées. C.E., 13 mai 1970, Soc. des établissements Abonat, *Rec.*, p. 323 cité par, AUDIT M., *op. cit.*, *supra*, L.G.D.J., Paris 2002, p. 259, n° 552.

un contrat administratif, il devait être interprété selon son droit public. La société qui *n'a pas fait d'opposition à l'applicabilité de la loi grecque, a précisé que celle-ci devait être le droit commun*. Pour déterminer la loi applicable, l'arbitre s'est *penché sur les règles de conflits de lois grecques et a désigné le droit de ce pays*. Il a ensuite qualifié l'accord d'*administratif, en appliquant le droit public grec conformément aux règles du rattachement* ⁽²⁰⁸³⁾. Cette démonstration a affirmé l'existence de conflits de lois en droit public même si le concept de compétence exclusive a causé un amalgame à cet égard. La non application de mécanismes du droit international privé relève de l'attachement à l'égoïsme étatique. En effet, la cause de l'inapplicabilité du droit public ne doit pas être recherchée ni dans la nature de celui-ci ni même dans son caractère. Elle relève de juges qui doivent observer le principe de réciprocité et respecter leur ordre public. Ce faisant, le droit public n'est pas rejeté de façon absolue car le juge est amené à s'y référer. De plus, les arguments tirés de la territorialité et de la coïncidence entre la compétence et le fond n'ont pas d'utilité lorsque l'examen des litiges appartient aux arbitres qui n'ont ni drapeau national ni *lex fori*. Si ces analyses sont avérées, il faut admettre que le droit de l'État a pu tout surmonter. Il convient alors de se demander s'il peut être exclusivement appliqué.

Section II **Application de la loi de l'État**

492. L'autonomie de la volonté est la source la plus importante qui permet de déterminer le droit applicable au fond du contrat. Un choix exprès doit être respecté par les tribunaux étatiques ou arbitraux. Les juges ou arbitres doivent appliquer l'ordre juridique choisi, fût-il un ordre respectif ou une combinaison de plusieurs lois. En cas de difficulté, ils doivent se référer aux libellés et à l'interprétation de chaque contrat. A défaut de choix, le juge ou arbitre se charge de rechercher l'applicabilité de la loi de l'État. Le choix de cette loi doit-t-il être respecté ? Si le juge applique ses propres règles de conflit, quel est le devoir d'un arbitre dépourvu d'une *lex fori* ? En effet, la liberté des arbitres n'est pas absolue. Plusieurs arguments qui jouent en faveur de la loi étatique, peuvent les obliger à en tirer certaines conséquences. Les arbitres sont généralement contraints de trancher les différends conformément aux règles de leurs arbitrages institutionnalisés. Le choix d'un arbitrage *CCI* ou *CIRDI* ne constitue pas une

²⁰⁸³
international..., *op. cit.*, thèse, Paris, 1981, p. 60.

() BERLIN D., Le régime juridique

restriction à la liberté des arbitres. Toutefois, l'étendue de cette restriction est mal définie. En effet, les arbitres doivent procéder conformément à la méthode choisie par les parties, sans se préoccuper des exigences de la loi du territoire où ils siègent ⁽²⁰⁸⁴⁾. Ainsi, lorsque les parties ont désigné la réglementation de la CNUDCI ou celle de la CCI sans déterminer la loi applicable à leur accord, l'arbitre doit la déterminer selon la règle de conflit de lois qu'il juge appropriée ⁽²⁰⁸⁵⁾. Cependant, le recours à ces règles institutionnelles débouche sur plusieurs difficultés. Le texte de l'article 42/2 de la convention de Washington qui exige une référence subsidiaire au droit international n'est pas toujours respecté. Plusieurs sentences *CIRDI* ont appliqué ce droit à titre principal portant atteinte à l'autonomie de volonté. Il faut alors cerner les limites imposées au pouvoir des arbitres. Pour ce faire, on doit mesurer l'effectivité du recours au droit international. On doit également traiter le pouvoir d'annulation des sentences qui en font application au détriment de la loi choisie. On étudiera alors les modes de référence à la loi de l'État (**Sous-section I**) et les problèmes liés à l'entrée en force du Droit des gens ou des principes généraux du Droit (**Sous-section II**).

Sous-section I **Modalités du recours à la loi de l'État**

493. L'application de la loi de l'État pourrait être simple dans la mesure où la détermination du droit applicable relève de l'autonomie de la volonté. Cette application n'est pas aisée. L'existence d'une clause de droit applicable est certes un préalable pour que cette loi puisse être suivie d'effet. Cependant, il faut prouver que les parties l'ont effectivement voulu. Dans bien des cas, de telles clauses sont rédigées de façon complexe, équivoque ou trop généralisée. Le droit choisi peut être l'ordre juridique de l'État, une combinaison de plusieurs lois ou un droit d'un État étranger ⁽²⁰⁸⁶⁾. Si les parties à un marché public international n'ont pas fait choix du droit applicable, les

²⁰⁸⁴ (), dès lors que cette loi connaît le principe d'autonomie à l'égard du choix de la loi applicable au fond GAILLARD E., *op. cit.*, Éd. *Juris-Classeur (D.I.P.)*, 1996, n° 131.

²⁰⁸⁵ () (Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International), rapport du groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne 4-15 octobre 1982) ; aussi *Annuaire de la CNUDCI*, 1983, vol XIV, pp. 52-53 ; Article 13/5 du Règlement de la Cour internationale d'arbitrage CCI. ; Règlement de la CNUDCI, art. 33 § 1.

²⁰⁸⁶ () Cet ordre est souvent celui de l'État contractant, mais il peut être celui d'un État étranger. Ce recours est fréquemment suivi en matière de prêts pouvant être consentis par un autre État ou organe étranger. Il est une manifestation de la volonté des parties. A l'occasion du marché d'aménagement des usines d'acier d'Alexandrie, l'Égypte a conclu le 15 décembre 1992, un accord d'emprunt avec la Banque Européenne d'Investissement pour un montant de 400.000.000 euros. Cet accord a stipulé dans son article 11 le recours au Droit anglais. *AL GEARIDA AL RASSMIA* (Journal Officiel égyptien), n° 39, 28 septembre 1995, p. 2380.

juges ou les arbitres devront le déterminer. Ils peuvent le faire tant sur la base de clauses spécifiques ou de règlements d'arbitrage que conformément aux règles de conflit de lois. On doit s'interroger sur le pouvoir des arbitres concernant le droit applicable aux marchés dépourvus d'un choix déterminé ou déterminable. Il va de soi qu'à défaut de tout choix, les arbitres peuvent désigner la loi de l'État conformément aux règles de conflits. De la, il convient d'étudier leur pouvoir en cas de défaut de tout choix ou d'un contrat à un choix contesté. L'absence d'une clause explicite ne devrait pas identifier le contrat qu'il contient à celui de non-choix sauf dans la mesure où les deux cas occasionnent un débat sur la recherche du droit applicable et sa désignation. L'application de la loi de l'État peut être le fruit d'un choix des parties (I) ou d'une désignation faite par le juge ou l'arbitre saisi (II).

I / Choix de la loi de l'État et ses consécutions

494. En matière contractuelle, l'autonomie de la volonté joue un rôle prépondérant. Plusieurs conventions interétatiques approuvent cette position. Selon l'article 42 de la convention de Genève sur l'arbitrage commercial international, « *le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties* »⁽²⁰⁸⁷⁾. La convention du Rome de 1980 précise que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* »⁽²⁰⁸⁸⁾. Les traités de coopération transfrontalière laissent aux collectivités territoriales une marge de manœuvre importante quant au choix de la loi applicable à leurs opérations⁽²⁰⁸⁹⁾. L'Institut de Droit International a affirmé que « *les contrats entre un État et une personne privée étrangère sont soumis aux règles de droit choisies par les parties* »⁽²⁰⁹⁰⁾. Selon la doctrine concernée, ce principe est la première et la meilleure solution pour la détermination du droit applicable⁽²⁰⁹¹⁾. Plusieurs sentences comme celle de la CCI n° 3050 de 1992 précise que « *nul ne conteste, que le principe*

²⁰⁸⁷ () Art. 42 de la convention.

²⁰⁸⁸ () Convention de Rome 1980, Art. 3, paragraphe 1, LAGARDE Paul, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'intervention de la convention de Rome du 19 juin 1990 », *Revue Critique Dr. Int. Privé*, 1991, p. 300.

²⁰⁸⁹ () Ex., Article 6 du traité franco-italien, article 4 du traité franco-espagnol signé à Bayonne le 10 mars 1995, article 6 du traité conclu entre la France et la RFA le Grand Duché du Luxembourg et le conseil fédéral suisse signé à Karlsruhe le 26 janvier 1996. FILALI O., « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé ... », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, pp. 404 et s., spéc. p. 411.

²⁰⁹⁰ () *Ann. de l'Institut de Droit International*, Session d'Athènes 1979, p. 192 ; in *Rev. crit. DIP* 1980, p. 427 ; « *Les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et principes de droit matériel qui doivent être appliquées par les arbitres* », art. 6 de la *Résolution prise lors de la Session de l'Institut à Saint-Jacques de Compostelle*, 12 septembre 1989, *Rev. Arb.* 1990, p. 933.

²⁰⁹¹ () « *Toutes les autres solutions présentent un caractère subsidiaire par rapport à elle* », JACQUET J.M., « Le contrat d'État », *Juris-Classeur, Droit international*, 1998, Fasc. 565-60, n° 37, p. 8.

d'autonomie soit applicable aux contrats d'État »⁽²⁰⁹²⁾. Le choix exprès est souvent effectué sous la forme d'une clause allant dans ce sens. C'est un accord de volonté par lequel les parties choisissent la loi applicable. Ce choix, normalement souscrit lors de la passation de l'accord, peut s'exprimer au moment du litige le concernant⁽²⁰⁹³⁾. Il faudrait alors qu'un tel *choix existe* et qu'il résulte « *indubitablement des dispositions du contrat* »⁽²⁰⁹⁴⁾.

495. Dans ces conditions, les *M.P.I.* font une référence fréquente à la loi de l'État hôte d'investissement. Un tel choix ne relève ni d'un arbitraire quelconque ni d'un caprice et semble être accepté de bonne grâce par des investisseurs étrangers⁽²⁰⁹⁵⁾. Plusieurs sondages ont affirmé que la moitié des contrats d'État favorise son application⁽²⁰⁹⁶⁾. Consacrée au droit applicable aux litiges impliquant au moins un pays arabe, une autre étude a témoigné que le recours à cet ordre était prépondérant⁽²⁰⁹⁷⁾. De même, l'examen d'un nombre important de marchés pétroliers de la fin des années 80 et du début des années 90 a affirmé que certains États n'acceptent pas de renoncer à l'application de leur droit national même s'ils consentent à des procédures d'arbitrage⁽²⁰⁹⁸⁾. Les pratiques récentes sont riches d'exemples confirmant ces estimations. Il convient d'observer les clauses *d'electio-juris* qui sont souscrites tant dans les accords transfrontaliers que dans ceux d'investissements. Le marché du Plateau des Pyramides a

²⁰⁹² () Sentence CCI N° 5030 de 1992, *un État africain c/ une société allemande*, J.D.I. 1993, pp. 1005, note Y.D. ; dans ce sens, MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif... », *op. cit.*, *Clunet*, 1986, p. 5 et s ; WEIL P., Droit international et contrat d'État, in *mélange ROUTER P.*, p. 559 ; GOLDMAN B., « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux ; réalités et perspectives », *Clunet*, 1979, pp. 475 et s.

²⁰⁹³ () NIBAYET M.L., « Contrats internationaux », *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, Fasc. 552-20, ns° 37 et 39 ; JACQUET J.M., « Contrats », *Rép. Int.*, Dalloz, 1998, p. 20, n° 114.

²⁰⁹⁴ () Art. 2/2. de la Convention de La Haye du 15 juin 1955, sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ; « *Ce choix peut être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions de la cause* », art. 3, al. 1 de la Convention du Rome du 19 juin 1980.

²⁰⁹⁵ () BEKHECHI A. W., « Quelques éléments de réflexion sur la pratique algérienne du contrat d'État », in *les contrats internationaux et Pays en voie de développement, sous la direction de CASSAN*, pp. 223-249, spéc., p. 236, n° 15 ; « *l'application du droit national est la solution la plus commune pour les contrats et arbitrages auxquels sont partie des États et des sociétés contrôlées par l'État* », Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL, « Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des États ou des entreprises contrôlées par l'État », *Arbitrage international, 60 ans su l'avenir*, ICI, Publishing S.A., Paris, 1984, pp. 127 et s., spéc. p. 171.

²⁰⁹⁶ () WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, *R.C.A.D.I.*, 1969, pp. 98 et s, spéc. 159.

²⁰⁹⁷ () Cette estimation est consacrée à la période de 1986/1990, BEDJAOUI Mohamed, « Le Monde Arabe dans l'arbitrage CCI », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, in l'arbitrage commercial international dans les pays Arabes, supplément spécial*, mai 1992, pp. 19-20.

²⁰⁹⁸ () C'est le cas des États d'Amérique latine, de l'Inde, du Yémen, de l'Afrique du nord ou des pays de l'Europe occidentale (Norvège, Royaume Uni), LEBEN Ch., « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », in *Mélanges HUBERT Thierry*, Pédone, Paris, 1998, pp. 248 et s., spéc. p. 254.

fait implicitement référence au droit égyptien ⁽²⁰⁹⁹⁾, tandis que celui du Ministre de la défense s'y est référé explicitement ⁽²¹⁰⁰⁾. Deux conventions conclues entre le *Land* du *Bade-wurtemberg* et la commune française de Rhinau le 22 décembre 1982 ont prévu *l'application et l'interprétation de ces marchés conformément au droit allemand* ⁽²¹⁰¹⁾.

496. Cependant, comme tout contrat international, un bon nombre de *M.P.I.* peut ne pas contenir de clause de droit applicable. Le défaut d'un tel choix peut signifier l'absence consciente de tout accord, donc un désaccord sur sa rédaction. Lorsque les parties s'expriment tacitement ou vaguement, la doctrine doute de l'effectivité d'un recours réflexe à la loi de l'État hôte d'investissement ⁽²¹⁰²⁾. Dans des marchés longuement négociés, il n'y a pas de place à la volonté '*hypothétique*' ou à la prétention d'ignorance des législations. En cas de litige, plusieurs possibilités sont offertes aux juges ou aux arbitres pour dévoiler, en l'occurrence, l'intention commune des contractants ⁽²¹⁰³⁾. La volonté contractuelle sur le droit applicable peut résulter des indices tirés des circonstances entourant la négociation de l'accord et de sa conclusion. Elle peut se manifester à travers l'interprétation du marché et de ses dispositions ⁽²¹⁰⁴⁾. Elle peut être déduite des clauses qui instaurent un lien fictif entre un système juridique déterminé et l'accord en question : clause de la monnaie de compte ou recours aux articles d'un Code...La démarche est loin d'être théorique car elle est souvent revendiquée par des opérateurs étatiques. Lors de l'affaire du plateau des Pyramides devant le *CIRDI*, l'Égypte a fait appel aux références faites à son Droit par les contractants. Elle a mentionné le renvoi exprès par le contrat du 23 septembre 1974 à la loi n° 43 de 1974 sur les investissements. Elle a vainement insisté sur le fait que l'applicabilité de sa loi relève d'un choix implicite mais certain ⁽²¹⁰⁵⁾.

²⁰⁹⁹ () LANKARANI L., « Quelques remarques sur la sentence SPP c./ la république arabe d'Égypte », *Rev. Belge Dr. Int.*, 1995, pp. 533 et s ; LBOULANGER Ph., « État, politique et arbitrage... », *op. cit.*, *Rev. D'arbitrage*, 1986, pp. 5 et s.

²¹⁰⁰ () LBOULANGER Ph., Note sous l'arrêt de la Cour d'Appel du Caire ; Ministre de la défense égyptienne C/ la société américaine (Chromalloy Aero Services Company), *Rev. Arb.*, 1998, pp. 723 et s.

²¹⁰¹ () AUDIT M., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris 2002, p. 318, n° 658.

²¹⁰² () LALIVE P., « L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères », *New Directions In International Law, Unidroit*, Rome 1976, v. II, p. 317 et s, spéc., p. 338, n° 40.

²¹⁰³ () Sentence CCI de 1975, affaire n° 1434, *Clunet*, 1975, p. 978, obs. Y. D.

²¹⁰⁴ () JACQUET J.M., *op. cit.*, *Rép. Inter. Dalloz*, 1998, p. 20, n° 115 ; « en l'absence d'un contrat exprès, le choix doit résulter de circonstances significatives qui indiquent clairement la volonté des parties », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1992, v. 64, T. 1, 1991, p. 32 ; T. II, 1992, pp. 131,147, 148, 159-169,172 .

²¹⁰⁵ () GAILLARD E., « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.R.D.I.) », *Clunet*, 1994, pp. 217 et s, p. 242.

497. Une clause comme celle d'attribution de juridiction a néanmoins une valeur douteuse, même si elle signifie que les juges doivent appliquer systématiquement leurs législations. Elle illustre l'incertitude des parties et leur indécision ⁽²¹⁰⁶⁾. A cet égard, plus controversée est la portée exacte d'une clause de stabilisation. Alors que certains voient dans cette clause une manifestation du recours à la loi de l'État ⁽²¹⁰⁷⁾, d'autres s'opposent à cette explication. Ces derniers voient qu'en insérant une clause de gel, l'État accepte que ses nouvelles lois ne soient pas applicables au contrat : « *cela signifie donc que l'État accepte de voir sortir le contrat de son ordre juridique* » ⁽²¹⁰⁸⁾. Une récente sentence arbitrale s'est alignée à cette affirmation. En l'espèce, les parties disputaieent l'interprétation d'une clause précisant qu'« *en cas de conflit entre la réglementation en vigueur (dans l'État hôte d'investissement) et une quelconque disposition du contrat, ce dernier l'emportera* » ⁽²¹⁰⁹⁾. Sur ce point, les arbitres ont estimé que l'interprétation proposée par la société est mieux fondée que celle de son contractant : « *par sa rédaction même et par son contexte, la clause invoquée (...) pour soutenir que la loi (de l'État X) est applicable, ne vise, en effet point le droit (de l'État X) dans son ensemble, et en aucun cas la loi civile ou commerciale des contrats de l'État. Le terme 'réglementation' doit être compris comme visant les dispositions réglementaires ou législatives, financières, fiscales, douanières ou sociales de l'État partie au contrat, qui sont d'application territoriale et concernant des questions extérieures à la loi du contrat* » ⁽²¹¹⁰⁾.

498. Malgré ces tentatives d'éviction, la loi de l'État trouve plusieurs facteurs qui favorisent son application. Plusieurs auteurs s'y attachent au détriment du Droit des gens ⁽²¹¹¹⁾. Ils revendiquent désespérément la célèbre décision de la *C.P.J.I.* dans

²¹⁰⁶ () JACQUET J.M., *op. cit., supra, Rép. Dalloz, 1998*, p. 20, n° 115 ; dans le sens contraire v. « *Certaines dispositions contractuelles sont des indices révélateurs de la volonté des parties ; il peut s'agir par exemple d'une clause attributive de juridiction* », PEZIN Ch., *Les marchés publics et le Code des marchés publics, op. cit.*, septembre 2001, p. 31.

²¹⁰⁷ () LALIVE P., *op. cit., Rapport Unidroit, Rome 1976*, pp. 317 et s, spéc., p. 338, n° 40 ; LANKARANI EL-ZEIN L., *Les contrats d'État à la preuve du droit international*, Bruylant, 2001, p. 157.

²¹⁰⁸ () LEBEN Ch., Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État, *In Mélanges Philippe KAHN, éditions LITIC-CREDIMI, Dijon, 2000*, pp. 119-175, spéc. p. 166 ; son article, Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci, *In Mélanges HUBERT Th., Pédone, Paris 1998*, pp. 247 et s.

²¹⁰⁹ () La société allemande a revendiqué que la priorité générale sur la 'réglementation' accordée au contrat signifierait que les parties n'ont entendu soumettre le contrat à aucune loi étatique, en particulier celle de l'État X. Ce dernier a soutenu qu'il s'agit là d'une clause générale de stabilisation qui signifierait que son droit est le droit applicable sauf s'il est contraire au contrat. Sentence *CCI*, affaire n° 5030 de 1992, un État africain c/ une société allemande, *J.D.I. 1993*, pp. 1006, note Y.D.

²¹¹⁰ () Cf. *ibidem*.

²¹¹¹ () BOGOUSLAVSKY M., *op. cit., Rapport d'UNIDROIT, Rome, 1976*, V. II, p. 313.

l'affaire des emprunts serbes et brésiliens de 1929 : « *un État souverain ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui à ce sujet à une loi autre que sa loi propre. Tout contrat qui n'est pas un contrat entre États en tant que sujets du droit international, a son fondement dans un droit national, celui de l'État contractant* » ⁽²¹¹²⁾.

499. Les tenants de cet argument se retrouvent dans l'Avis du Conseil d'État français en 1986 ⁽²¹¹³⁾ et les motivations de l'arrêt du Conseil d'État libanais qu'on a évoqué précédemment ⁽²¹¹⁴⁾. Néanmoins, la présomption tirée de cet arrêt (celui de la *C.P.J.I.*) paraît dépassée. Elle a mis en évidence des critères nécessaires mais non suffisants pour dégager les prémices d'une théorie. Plusieurs auteurs ⁽²¹¹⁵⁾ et arbitres affirment qu'il s'agit d'un argument qui intervient « *à une époque où la délocalisation des contrats entre un État souverain et une entreprise étrangère n'avaient pas encore trouvé droit de cité dans le droit international des contrats* » ⁽²¹¹⁶⁾. Dominante en pratique, cette objection n'est pas admise sur le plan académique. Certes, elle est élaborée sur des raisons d'ordre politico-économiques ⁽²¹¹⁷⁾, mais elle est dépourvue d'un véritable argument juridique. Ce rejet paraît uniquement motivé par la volonté de protéger les intérêts étrangers contre les manipulations de la loi de l'État contractant ⁽²¹¹⁸⁾. Il consolide cette compréhension, la référence de ces opposants à ce même jugement pour assurer la liberté de choix du Droit des gens : il ont affirmé que cela « *a été reconnu par la Cour permanente de Justice internationale dans la célèbre affaire des emprunts*

²¹¹² () Arrêt de la C.P.J.I., 12 juillet 1929, *C.P.J. I. Série A.*, n° 20-21, p. 41 ; *Clunet*, 1929, pp. 977-1003, note NEBAYET .

²¹¹³ () Avis du Conseil d'État français de 1986, in *Les grands arrêts du Conseil d'État*, Dalloz, 1997, op. cit..

²¹¹⁴ () Conseil d'État libanais, 17 juillet 2001, l'État libanais c/ la société FTML (Cellis) SAL et autres, *Rev. Arb.*, 2001, pp. 855 et s., spéc. 859, n° 28, note SFEIR-SLIM Marie et HADI SLIM.

²¹¹⁵ () LEBEN Ch., « Quelques réflexions théoriques ... », op. cit., éd. *LITIC-CREDIMI*, Dijon, 2000, pp. 119-175 ; BERLIN D., Le régime juridique international des accords entre États et ressortissants d'autres États, thèse, Paris I, 1981, p. 59 ; WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats..., op. cit., *R.C.A.D.I.* 1969, p. 120 ; « un nouveau champ d'influence... », op. cit., *Études et Documents du Conseil d'État*, pp. 14 et s ; VERHOEVEN J., Les contrats entre États et ..., op. cit., in *le contrat économique international*, Pédone, Paris, pp. 115-167, spéc., p. 137 ; LALIVE J.F., Contrats entre États ou opérateurs étatiques et ..., op. cit., *R.C.A.D.I.*, 1983, v. III, pp. 21 et s.

²¹¹⁶ () Sentence CCI, affaire n° 5030 de 1992, *Clunet*, 1993, spéc., p. 1008, note Y.D. ; Sentence Texaco-Calasiatic c/ Le gouvernement libyen, *Clunet*, 1977, pp. 336 et s,

²¹¹⁷ () VERHOEVEN J., op. cit., in *le contrat économique international*, Pédone, Paris, 1975, pp.115-167, spéc. p. 137 ; WEIL P., Article précité, *Études et Documents du Conseil d'État*, 1970, pp. 13-25.

²¹¹⁸ () VERHOEVEN J., op. cit., supra, p. 137 ; RIAD F., « Les contrats de développement », *Rev. Egypt. Dr. Int.*, 1986, p. spéc. 262.

serbes et brésiliens »⁽²¹¹⁹⁾. On ne comprend pas une doctrine qui ne retient de ce jugement que la part qui lui convient le mieux.

500. Les partisans de la loi de l'État contractant ont invoqué la résolution 1803 de l'Assemblée Générale de l'ONU et la Convention de *Washington* de 1965 qui ont explicitement pris position en faveur de son application⁽²¹²⁰⁾. Ils ont évoqué les règles du droit international privé des contrats. Conçue par le doyen *Batiffol*, la localisation vise à incorporer le contrat international dans le droit avec lequel il entretient plusieurs éléments matériels de rattachement⁽²¹²¹⁾. Cet ordre juridique peut se manifester à travers divers éléments, en particulier le choix opéré ou les lieux de la conclusion ou de l'exécution. Conformément à cette théorie, les *M.P.I.* peuvent et doivent relever de la loi de l'État hôte d'investissement. Ces mécanismes ont été sollicités dans le règlement de différends de plusieurs contrats de choix⁽²¹²²⁾.

501. L'existence de clauses d'*electio-juris* ne dispense pas forcément le recours aux règles de conflits des lois⁽²¹²³⁾. Dans la sentence de *l'Aramco*, le choix de la loi saoudienne n'a pas empêché les arbitres de procéder à la détermination du droit devant gouverner le contrat : « *les principes du droit international privé à consulter pour déterminer la loi applicable sont ceux de l'autonomie de la volonté en vertu desquels il faut, dans une convention ayant un caractère international, appliquer en premier lieu la loi expressément choisie par les parties* »⁽²¹²⁴⁾. Les mêmes procédés ont été sollicités par des arbitres statuant sur des marchés dont les parties n'avaient pas choisi la loi de leur contrat. Le tribunal *CIRDI*, dans l'affaire de la *Soabi c./ Sénégal* s'est référé aux règles du rattachement de l'État contractant, précisant que, dans un rapport réalisé au Sénégal, le droit applicable « *ne peut être autre que le droit sénégalais* » et plus

²¹¹⁹ () « *la Cour permanente, dans l'affaire des emprunts serbes et brésiliens, a expressément admis (...), que l'État serbe aurait pu vouloir soumettre le contrat à une autre loi* » LALIVE P., *op. cit.*, in *Rapport Unidroit, Rome, 1976, V. II, spéc. pp. 330, n° 22 et 24.*

²¹²⁰ () BOGOUSLAVSKY M., *op. cit.*, in *Rapport Unidroit, Rome, 1976, V. II, p. 313.*

²¹²¹ () BATIFFOL H., et LAGARDE P., *Traité de Droit international privé, Tome II, 8^{ème} Éd. 1993*, p. 265, n° 572 ; En effet, cette théorie représente une directive générale propre à concilier divers intérêts : Elle garantit aux parties que la loi applicable ait les liens « *les plus réelles avec leurs intérêts permanents* ». Elle tient compte de la volonté des États soucieux de l'homogénéité et l'autorité de leur loi..., Cf. *ibid.*, tome 1, 8^{ème} Éd. L.G.D.J., 1993, p. 446, n° 266.

²¹²² () Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle les parties n'ont pu trouver de terrain d'entente quant au contenu et à la portée de la loi désignée. NIBAOYET M.L., « *Contrats internationaux. Détermination du droit applicable* », *Juris-Classeur, Droit international*, 1998, Fasc. 552-20, N° 46-65 ; VERHOEVEN J., *op. cit.*, *supra*, in *Le contrat économique international*, spéc. pp. 130 et s.

²¹²³ () Cf. VERHOEVEN J., *ibid.*, p. 131.

²¹²⁴ () Sentence de *l'Aramco, Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1963, spéc. p. 313.*

précisément le Code des obligations de l'administration ⁽²¹²⁵⁾. La sentence CCI rendue en 1992 sur l'affaire n° 6500 a favorisé ce mode de raisonnement. L'objet du litige était un marché conclu entre une entreprise suisse et une société libanaise pour la représentation exclusive et la commercialisation de la production. L'opérateur étranger réclamait l'application alternative de la *lex mercatoria* ou du droit suisse alors que son partenaire demandait le recours à sa loi en raison du lien de rattachement. Le tribunal qui a écarté la loi suisse, a fait application de la loi libanaise parce que le Liban était le lieu d'exécution des prestations : le droit applicable doit être celui du pays où le centre de gravité du contrat est situé : « *quand un contrat implique l'exécution d'activités par l'une des parties qui résultent dans la réalisation du but et objet du contrat, la loi applicable est celle du pays où de telles activités sont effectuées* » ⁽²¹²⁶⁾.

II / Désignation de la loi de l'État par le juge ou l'arbitre

502. En l'absence de choix, le rattachement objectif n'est plus seulement la nationalité commune ou le lieu de conclusion puisqu'il existe divers modes de détermination du droit applicable. Ces modalités varient selon le système juridique du for et le juge du contrat. La liberté du recours à une loi au lieu d'une autre diffère suivant le système juridique de chaque État et varie également si l'arbitrage est saisi pour le règlement des différends. Lorsque les investisseurs étrangers n'ont pas prévu de recourir à l'arbitrage, ils doivent trancher leur litige devant une juridiction étatique. Cette hypothèse, peu fréquente, pose l'interrogation sur la démarche suivie dans la détermination du droit applicable. Les juges étatiques sont naturellement concernés par l'application de leurs règles de droit international privé. À cet égard, le droit français octroie au juge la possibilité d'appliquer à l'accord litigieux la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Cette position est une application de la Convention de Rome du 19 juin 1981 ⁽²¹²⁷⁾. Le droit international privé égyptien prévoit que « *les obligations contractuelles sont régies par la loi du pays de domicile des*

²¹²⁵ () Sentence du 4 et 9 février 1988, *Clunet*, 1990, p. 193, obs. E. GAILLARD ; Extraits, in Documents, *Rev. Arb.*, 1994, n° 1, p. 193 et s ; adde, Sentence rendue dans l'affaire n°1526 en 1968, MOJZSEZ LUBELSKI c/ État du Burundi, *Clunet*, 1974, pp. 915 et s, spéc. p. 917 ; v. également, LEDUCQ X., Les accords de développement économique conclus entre un partenaire étatique et une personne privée étrangère, thèse, *Rouen*, 1981, p. 108.

²¹²⁶ () Sentence CCI, affaire n° 6500/1992, *Clunet*, 1992, p. 1015, note J-J.ARNALDEZ.

²¹²⁷ () LAGARDE P., « Le nouveau droit international privé des contrats... », *op. cit.*, *Revue Crit. Dr. Int. Privé.*, 1991, pp. 300-301.

parties s'il leur est commun, sinon par la loi du pays où le contrat a été conclu, sauf volonté contraire des parties »⁽²¹²⁸⁾.

503. Saisi d'un marché public international, l'arbitre doit normalement résoudre le conflit de lois à l'instar du juge étatique par une règle dualiste. A défaut de choix de la loi applicable, un rattachement objectif permet de désigner le régime juridique du contrat. Les arbitres bénéficient néanmoins d'une liberté étendue : n'ayant pas de *lex fori*, ils ne sont ni tenus par un ordre étatique déterminé, ni contraints d'appliquer les règles de conflit d'un pays plutôt que d'un autre. Les conventions et législations concernées ne réglementent pas de façon unanime le pouvoir des arbitres à l'égard de la détermination du droit applicable. Certaines normes les autorisent à détourner des règles de conflit au profit d'autres qu'ils jugent appropriées. De telles normes n'imposent aucun recours à ce mécanisme et n'interdisent pas de s'y référer. Tout comme la Convention de Rome de 1980, le droit égyptien de l'arbitrage exige que *le contrat soit « régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits »*⁽²¹²⁹⁾. Corrélativement au règlement de la CNUDCI⁽²¹³⁰⁾ et au texte de la Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international⁽²¹³¹⁾, le droit français de l'arbitrage précise que l'arbitre « *tranche le litige, conformément aux règles qu'il estime appropriées* »⁽²¹³²⁾.

504. Il apparaît alors que les arbitres n'ont pas, en la matière, de méthode communément définie. Illustration de la volonté normative de la réglementation du pouvoir des arbitres, ces textes, différents ou ambigus, autorisent la poursuite par les

²¹²⁸ () Art. 19 du Code Civil égyptien.

²¹²⁹ () Un contrat aurait des liens étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. (art. 4/ 1 et 2 de la convention de Rome 1980, qui est en vigueur depuis 1991) ; En cas de désaccord sur le droit applicable, la loi égyptienne de 1994 précise que « *le tribunal arbitral applique les règles de fond de la loi qui lui paraît avoir les liens les plus étroits* », article 39/2 de la loi n° 27 de 1994, v. LÉBOULANGER Ph., FILLION DUFOULEUR Bernard, « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1994, pp. 665 et s ; IBRAHIM Ahmed I., *Al-tahkim aldouali al-kass*, (L'arbitrage international privé), 3^{ème} Éd., Dar el-nahda, Le Caire, 2000, pp. 186 et s.

²¹³⁰ () Les premiers doivent appliquer le droit ayant les liens les plus étroits et les derniers peuvent choisir la loi appropriée. Pour cette raison, la doctrine a critiqué la dernière position assurant qu'un texte législatif ne devrait pas laisser aux arbitres de tel pouvoir discrétionnaire. E. GAILLARD, « Point de vue d'un utilisateur étranger », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1989, p. 799.

²¹³¹ () A défaut d'indication sur le droit applicable, « *les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce* », Article 7, Convention européenne de Genève, du 21 avril 1961, sur l'arbitrage international commercial, *Rev. crit. Dr. Int. Privé*, 1962, p. 621 ; l'article 29/2 de la loi-type de la CNUDCI qui fut adoptée en 1985 indique qu'« *à défaut d'une désignation par les parties (des règles de droit applicables), le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce* », GAILLARD E., *op. cit.*, *supra*, J.-C. (*Dr. Int. Privé*), 1996, n° 127.

²¹³² () Article 1496 du nouveau Code des procédures Civiles, Dalloz, Paris, 1997, p. 641.

arbitres de méthodes hétérogènes et non-systématisées. De nombreuses sentences témoignent de cette diversité : certaines font application des règles de conflit d'un ordre étatique déterminé. D'autres considèrent qu'on doit se référer à *la loi du lieu de conclusion et, subsidiairement, à celle du lieu d'exécution* ⁽²¹³³⁾. La sentence rendue en 1985 sous l'égide du Centre Régional d'Arbitrage du Caire est un autre exemple pertinent. Il s'agit d'une affaire qui a opposé la société autrichienne *Flouge* au Ministre de l'agriculture égyptien. Faute d'avoir trouvé un choix explicite de la loi applicable, l'arbitre a précisé que « *comme l'indique l'article 33/1 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge en l'espèce appropriée* » ⁽²¹³⁴⁾. L'arbitre s'est référé au droit international privé égyptien du fait que l'accord litigieux a été conclu et exécuté sur le territoire du pays.

505. Les arbitres peuvent appliquer *la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits*. Pour y parvenir, des indices comme le lieu d'exécution, la monnaie ou la langue utilisée permettront de l'identifier. L'article 4 §2 de la Convention de Rome présume la présence d'un tel lien entre le marché et l'État du siège du débiteur de la prestation caractéristique. Celle-ci peut être identifiable dans divers *M.P.I. qui* relèvent de l'échange de fournitures et/ou de services. Lorsqu'un opérateur étatique fait appel à un opérateur étranger, ce dernier doit disposer de compétences particulières dans tel ou tel domaine ou détenir un matériel particulier. Cet investisseur en est alors le débiteur mais aussi l'auteur de ces prestations caractéristiques, lesquelles peuvent être aisément déterminables dans certains projets. Dans le cas d'un contrat de délégation transfrontalière de la gestion d'un service public, la loi du délégué est en principe compétente, conformément à l'article 4 § 2 sus indiqué ⁽²¹³⁵⁾. Les contrats de gestion déléguée d'un service public au profit d'un opérateur étranger permettent une rationalisation de l'action des collectivités territoriales. On peut emprunter deux exemples cités pour identifier cette situation : l'un est un accord qui a engagé la communauté urbaine de Strasbourg à traiter les déchets de *l'Ortenaukreis d'Offenburg* en *Allemagne*. L'autre a permis à la ville de Menton d'utiliser le centre de déchet de la municipalité italienne de *Vintimille*. Dans le premier cas, la collectivité française est en

²¹³³ () À défaut de lieu de conclusion unique, on applique la loi du lieu d'exécution de l'obligation principale du vendeur. Sent. CCI, affaire n° 5865/1989, *Bull. CCI*, vol. 1, n° 2, 1990, p. 23.

²¹³⁴ () Sentence du 7 juillet 1985, citée par IBRAHIM Ahmed I., *Al-tahkim aldouali al-kass*, op. cit., 3^{ème} éditions, Dar El-Nahda, Le Caire, 2000, pp. 186 et s..

²¹³⁵ () AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, op. cit., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 323, n° 668.

charge de la prestation caractéristique et c'est donc la loi française qui sera présumée être applicable. Dans le second, la personne publique italienne étant investie d'effectuer la prestation caractéristique, c'est la loi italienne qui sera présumée être applicable. Conformément à cet élément, une sentence arbitrale a *observé que* « la tendance générale en matière de conflits de lois est d'appliquer la loi de la résidence actuelle du débiteur de la prestation caractéristique »⁽²¹³⁶⁾.

506. Il arrive toutefois que la prestation caractéristique et donc la loi ayant les liens les plus étroits soient difficilement cernés. Le lieu d'exécution de l'accord n'est pas toujours significatif. Les obligations contractuelles peuvent être exécutées de part et d'autre de la frontière. Les accords de grands projets impliquent des opérations de construction, de gestion commune, de réception ou d'exploitation qui peuvent être effectuées sur les territoires de deux ou plusieurs États⁽²¹³⁷⁾. Dans ces opérations, l'existence d'une obligation principale clairement distincte cause un problème de partition et d'identification. Cette difficulté relève de la place des obligations monétaires souscrites car il est possible que les parties s'engagent à participer financièrement à l'opération. L'obligation de construire ou d'exécuter un travail *peut apparaître équivalent à une* rémunération conséquente. L'engagement incombant à l'une des parties ne prédomine pas sur celui de son contractant. La tendance actuelle du règlement des différends vise à déterminer l'ordre juridique le plus proche de la situation. Les ordres juridiques des parties s'avèrent être dans des positions équivalentes quand il y a « une participation équilibrée » de chacun des contractants⁽²¹³⁸⁾. Le protocole de collaboration entre la communauté autonome de Galice et la région des pays de la Loire pour l'échange de savoir-faire en matière d'aquaculture a conditionné un programme commun de formation, une contribution financière identique des contractants⁽²¹³⁹⁾. Dans ces cas, l'objectif de déterminer une loi unique peut paraître comme problématique faute de pouvoir distinguer l'obligation principale qui est la prestation caractéristique. Des indices subsidiaires peuvent intervenir. Le lieu de conclusion du contrat, sa monnaie de paiement ou la langue de sa rédaction peuvent être invoqués⁽²¹⁴⁰⁾. Il se trouve que ces indices ne sont pas toujours concluants. Certaines

²¹³⁶ () Sentence CCI de 1989, affaire n° 5713, *Yearbook*, 1990, p. 70.

²¹³⁷ () AUDIT M., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 325, n° 671.

²¹³⁸ () FILALI O., « Un nouveau champ ... », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1997, spéc. p. 426.

²¹³⁹ () AUDIT M., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 324, n° 669.

²¹⁴⁰ () Cour d'appel de Paris (1^{ère} Ch. Sect. Urgences), le 27 janvier 1993, Société Taylor WOODROW Projects France (TWPF) C/ Société Atelier Perrault Frères, *Rev. Arb.*, 1995, pp. 561 et s ; AUDIT M., *op. cit.*, *supra*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 324, n° 672.

sentences arbitrales se sont écartées du recours à la loi de lieu de passation pour adopter celle du lieu d'exécution : dans une affaire liée à un accord d'une usine clé en main, la CCI a appliqué le droit du lieu de construction ⁽²¹⁴¹⁾. Une autre sentence, toujours sous l'égide de la CCI, a conduit au même résultat, estimant que le lieu de conclusion et la langue du contrat sont des indices de localisation peu importants ⁽²¹⁴²⁾. Une tierce sentence impliquant l'État du Qatar sur un marché pétrolier a appliqué, au titre des liens les plus étroits, la loi de cet État dont le territoire était le lieu des processus d'exploration pétrolière ⁽²¹⁴³⁾.

507. Au cours de la sentence CCI rendue dans l'affaire n° 3050/1992, l'accord litigieux avait une clause de droit applicable vaguement rédigée. Pour dissiper cette équivoque, les arbitres ont recherché un rattachement objectif suivant les règles classiques des conflits : « *selon le droit international privé de bon nombre d'États, le rattachement prépondérant était le lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat* » ⁽²¹⁴⁴⁾. Ce mode de procéder était une poursuite de revendications des parties. L'État africain a demandé l'application de sa loi qui est celle de lieu d'exécution. Son partenaire a rejeté ce mode de désignation. Les prestations de service contractuellement prévues devaient être exécutées dans plusieurs pays, et le paiement devait intervenir en Suisse. Le tribunal s'est aligné sur ce raisonnement, considérant impossible la désignation, en l'espèce, d'un lieu unique de l'exécution de la prestation caractéristique. S'agissant d'un groupe de contrats, les prestations contractuelles forment un ensemble indissociable et le résultat recherché n'aurait pu être atteint au moyen de l'exécution de certaines d'entre elles. Dans un contrat d'État internationalisé, « *la nationalité ou le domicile ne pourrait de toute manière pas constituer, en l'espèce, un facteur de rattachement, car ils ne sont pas communs* » ⁽²¹⁴⁵⁾. Le rattachement objectif étant abandonné, la sentence a condamné la présomption tirée de l'arrêt de la CPJI de 1929 qui est actuellement dépassée ⁽²¹⁴⁶⁾. Faute d'un choix du *droit étatique applicable*, le tribunal a profité de sa liberté. Il a décidé de statuer sur le litige conformément « *aux*

²¹⁴¹ () Sentence CCI n° 3755, 19881, *Bull. CCI*, vol. 1, n° 2, 1990, p. 25.

²¹⁴² () Sent. CCI, affaire n° 6560, 1991, *Yearbook*, 1992, p. 226.

²¹⁴³ () Sent., ad hoc 5 février 1988, affaire Wuttershe c./ Qatar, *Yearbook*, 1990, pp. 30 et s., spéc. p. 34.

²¹⁴⁴ () Cette clause a été ainsi rédigée « *en cas de conflit entre la réglementation en vigueur et une quelconque disposition du contrat, ce dernier l'emportera* », Sentence CCI, affaire n° 5030 précitée, *Clunet*, 1993, pp. 1004 et s, obs. Y Derains.

²¹⁴⁵ () Cf. *ibid.*, p. 1008.

²¹⁴⁶ () *Ibidem*.

dispositions du contrat et des usages du commerce international, complétées des principes généraux du droit international des contrats » (2147).

508. Ce mode de raisonnement mérite une objection. La diversité des lieux d'exécution et de domiciliation n'est pas un argument suffisant pour qu'on se détache de toute loi étatique. On a vu que plusieurs sentences arbitrales rendues dans des matières similaires ont pu juger conformément aux modes classiques. De plus, lorsque aucun de ces éléments ne fonctionne, on peut dire qu'il n'y a pas d'ordre juridique prépondérant et donc admettre le dépeçage du contrat, solution approuvée dans cette situation. Chacune des obligations sera soumise à la loi de la partie à laquelle elle incombe (2148). En effet, il apparaît que les arbitres avaient préjugé qu'en l'absence de clause de droit applicable, « le caractère international du contrat le ferait échapper d'emblée à toute loi étatique » (2149). Leur conviction étant avancée, les arbitres n'auraient pas dû préciser qu'ils cherchent, au moyen de mécanismes conflictuels, « à déterminer le système de règles de droit qui le gouverne » (2150). Cette compréhension est d'autant plus exacte que les arbitres ont affirmé que l'interrogation sur l'éventuel rattachement du contrat à une loi étatique par des indices objectifs n'était poussée que par les besoins de mener « une discussion complète » (2151) sur le droit applicable et non pas une recherche effective sur son application. Ces critiques n'enlèvent pas à la sentence sa légitimité car les arbitres jouissent d'une liberté étendue. Les arbitres peuvent sélectionner à leur gré la règle de conflit. Autorisés à chercher la règle juridique la plus appropriée, les arbitres peuvent appliquer l'ordre bilatéral de l'État contractant ou celui de lieu de l'arbitrage et peuvent les rejeter. C'est dans ce cadre qu'il leur est permis d'accéder aux règles matérielles applicables par 'voie directe' sans se préoccuper des règles de conflit (2152). Le choix peut être dicté par les liens existant

²¹⁴⁷ () Cf. *ibid.*, pp. 1009 et 1013.

²¹⁴⁸ () Ainsi, le règlement de l'inexécution du contrat relèvera d'une loi différente pour chaque contractant. L'inexécution constatée selon une loi entraînera la nullité de l'ensemble du contrat. Le caractère éventuellement vicié du consentement d'une partie sera apprécié au regard de la loi nationale de celle-ci AUDIT M., *Les conventions transnationales...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 326, n° 674.

²¹⁴⁹ () Sentence CCI, affaire n° 5030 de 1992, un État africain c/ une société allemande, *Clunet*, 1993, pp. 1005 et s., note Y. D. ; MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État... », *op. cit.*, *Clunet*, 1986, p. 5 ; WEIL P., Droit international et contrat d'État, in *mélange Router P.*, pp. 559 et s.

²¹⁵⁰ () Sentence CCI, affaire n° 5030 de 1992, *idem*, *J.D.I.*, 1993, pp. 1005, Y.D.

²¹⁵¹ () *Ibidem*.

²¹⁵² () GAILLARD E., « Arbitrage commercial international », *op. cit.*, *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1996, n° 121, 131 et 133 ; KESSEDIJAN Catherine, « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable (analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *Rev. Int. Dr. Comparé*, 1995, n° 2, pp. 373 et s, spéc. p. 377. Toutefois, cette méthode n'a pas réussi à se faire une véritable identité. Elle n'est qu'un moyen utilisé pour ne pas motiver le choix d'un système juridique déterminé. Elle dissimule une prise en compte implicite d'une règle de conflit Plusieurs sentences qui l'ont adoptée,

entre la cause et le droit choisi ou par le contenu matériel de ce dernier. L'arbitre pourrait décider qu'une législation plus moderne convient mieux au problème posé. Il peut faire intervenir la *lex mercatoria* ou les principes généraux du Droit des gens sous des prétextes contestés.

Sous-section II Entrée en force du Droit des gens

509. Il est communément admis que les arbitres doivent observer la volonté des contractants car c'est d'elle qu'ils tirent leur pouvoir de statuer⁽²¹⁵³⁾. Lorsque le choix de la loi applicable est valablement exprimé, les arbitres doivent le respecter⁽²¹⁵⁴⁾. Si les contractants ont opté pour un ordre étatique, les arbitres doivent l'appliquer⁽²¹⁵⁵⁾. Plusieurs normes confirment ces données⁽²¹⁵⁶⁾. L'article 1496 du Nouveau Code de Procédure Civile français exige que l'arbitre « tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies »⁽²¹⁵⁷⁾. Le droit égyptien de 1994 indique que, sauf accord contraire, « le tribunal arbitral applique au fond du litige les règles sur lesquelles les parties se sont mises d'accord »⁽²¹⁵⁸⁾.

510. Dans bien des cas, les arbitres respectent la volonté des parties quant au le droit applicable et s'en tiennent à son application. L'arbitre de l'affaire n° 1512 en 1971 CCI, a précisé qu'il « n'a pas le pouvoir de substituer son propre choix à celui des parties,

s'y réfèrent simultanément. Une sentence CCI a mis en œuvre la loi coréenne par la voie directe mais au nom de l'exécution majoritaire du contrat sur le sol de la Corée (Sentence CCI, affaire n° 4132 de 1983, *Clunet* 1983, p. 891, obs. Y Derains) ; S'inscrivant dans cette voie, une autre sentence se justifie par l'existence des liens étroits entre le contrat et la loi désignée (Sent. CCI, affaire n° 6840/1991, *Clunet*, 1992, p. 1030, obs. Y DERAIS).

²¹⁵³ () GAILLARD E., *op. cit.*, éd. J.-C., *Dr. Int.*, 1996, Fasc. 586-9-1, n° 16.

²¹⁵⁴ () JACQUET M., *op. cit.*, Éd. J.-C. *Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 47 ; DELAUM G., « L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI : Considérations sur le droit applicable », *Rev. Arb.*, 1994, pp. 39 et s.

²¹⁵⁵ () ASHRAF Wafa M., *La loi applicable au fond du litige devant l'arbitre international*, thèse, Dijon, 1997, p. 26 et s ; MAYER P., *Droit international privé, op. cit.*, 6^{ème} Éd. Paris, 1998, p. 467, n° 715.

²¹⁵⁶ () Art. 7 de la convention de Genève, du 21 avril 1961, sur l'arbitrage international commercial, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé.*, 1962, p. 621 ; Art 42 de la Convention du CIRDI ; art. 13 de règlement d'arbitrage de la CCI et l'art. 33 de celui de la CNUDCI.

²¹⁵⁷ () « à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce », Nouveau Code Français de procédure civile, Dalloz, 1997, p. 643 ; à noter que le terme « ont choisies » a fait l'objet d'un certain débat ; alors que le professeur Ph. FOUCHARD préfère une interprétation stricte exigeant le nécessaire établissement d'un « choix explicite », in « *L'arbitre international en France après le décret du 12 mai 1981* », *op. cit.*, p. 396), M. GOLDMAN B., n'exclut pas la généralité d'expression pour s'appliquer aux accords de choix implicite, in « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1981, p. 481.

²¹⁵⁸ () Article 39/1 de la loi n° 27 du 21 avril 1994, in « documents », *Rev. Arb.*, 1994, n° 4, pp. 763 et s.

dès lors qu'il existe un choix exprès, clair et sans ambiguïté et qu'aucune raison valable n'a été invoquée pour qu'il soit refusé de donner effet à un tel choix »⁽²¹⁵⁹⁾. Ce principe universel semble assurer la sécurité juridique des parties dans la mesure où celles-ci peuvent déterminer la loi régissant leur marché. Devant le juge étatique, cette sécurité résulte de la certitude que le système de rattachement attribue un rôle fonctionnel à cette volonté. L'automatisme de ce mécanisme rend prévisible l'application de la loi élue⁽²¹⁶⁰⁾. Devant les arbitres des *M.P.I.*, ce principe apparaît souvent comme une uniformité de façade. Au-delà de profondes divergences affectant sa signification, on peut dire qu'il est de moins en moins respecté. Dans bien des cas, les arbitres dépassent la loi étatique choisie, en appliquant les principes généraux du droit ou des normes combinées. L'applicabilité du droit international ne pose pas de difficultés lorsque ce droit a été choisi par les parties. Son intervention paraît alors raisonnablement impérative lorsque les parties l'ont initialement voulue **(I)**. Nonobstant, le droit international intervient sous le prétexte de corriger ou de compléter la loi choisie par les parties. Cette intervention, dite supplétive, contredit le principe de l'autonomie et apparaît alors contestée **(II)**.

I / Rôle impératif

511. Les principes généraux du droit international jouent un rôle impératif lorsqu'ils ont été choisis par les parties. Plusieurs marchés publics internationaux renferment des stipulations associant un ou plusieurs ordres juridiques à celui de l'État contractant. Illustration du dépeçage du droit applicable, ces clauses sont fréquentes dans les grands projets d'investissements. L'article 4 de la concession de *l'Aramco* a précisé que « *le droit saoudien est applicable en cas de litige sauf pour les matières qui tombent en-dehors des limites de la juridiction saoudienne* »⁽²¹⁶¹⁾. Le marché conclu avec l'Iran le 29 juillet 1965 a précisé que l'application de l'ordre juridique interne de cet État était prioritaire et qu'en cas de lacune, il serait utilisé à titre subsidiaire⁽²¹⁶²⁾. Les célèbres concessions de la Libye comme celle de Texaco-Calasiatic contenaient ce genre de stipulations : « *la présente concession sera régie et devra être interprétée conformément aux principes du Droit libyen en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les*

²¹⁵⁹ () Sentence CCI, affaire n° 1512 en 1971, *Clunet*, 1974, p. 904, obs. Y. DERAÏNS.

²¹⁶⁰ () POMMIER Jean-christophe, « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », *Clunet*, 1992, pp. 6 et s.

²¹⁶¹ () Sentence arbitrale de *l'Aramco*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1963, pp. 272 et s.

²¹⁶² () RIAD F., « Les contrats de développement et arbitrage international », *Rev. égypt. Dr. Int.*, 1986, V. 42, pp. 253 et s., spéc. 262.

principes du droit international ; en l'absence de point commun entre les principes du Droit libyen et les principes du droit international, la concession sera régie par les principes généraux du Droit et interprétée conformément à eux, y compris ceux des principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales » ⁽²¹⁶³⁾.

512. Des clauses similaires se retrouvent dans des marchés un peu plus récents ⁽²¹⁶⁴⁾. L'article 3 1 de la concession du Paraguay et Phillips Petroleum Company du 4 décembre 1990 a disposé que « *The rights and obligations of the Government and of the Concessionaire shall be governed by the provisions of this contract and the law approving this contract and by provisions contained in Law n° x and regulatory decrees n° y to the extent to which the aforesaid Laws and decrees have not be amended by this contract and by the Law approving this contract and supplemented by the general principles of law as internationally recognised Amendments to such laws and decrees or the enactment of future laws and decrees shall not be applicable to the rights and obligations of the Concessionaire established in this contract unless the Government and the Concessionaire should otherwise determine by mutual agreement in writing* » Le marché passé entre Texaco et le Pakistan en November 1990 a stipulé que « *This Agreement shall be governed by and interpreted in accordance with and shall be given effect under the laws of Pakistani to the extent of such laws and interpretations are consistent with generally accepted standards of International Law including Principles as may have been applied by international tribunals* ». De même, selon l'accord pétrolier du 4 mai 1986 entre le Népal et la Shell, « *This Agreement shall be interpreted according the law of Nepal and such principles of international Law as may be applicable* ». Même chose pour le marché de prospection et d'exploitation du pétrole offshore entre la Bulgarie et un consortium étranger en octobre 1991: « *this Agreement and any licence shall be governed by Bulgarian laws and international conventions to*

²¹⁶³ () Article 28 de la concession *Texaco-Calasiatic*, V. LALIVE, « Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères », *Clunet*, 1977, pp. 333 et s ; RIAD F., *op. cit.*, *supra*, *Rev. égypt. Dr. Int.*, 1986, spéc. p. 262.

²¹⁶⁴ () Dans un contrat entre le Ghana et un groupe de sociétés pétrolières dont la Shell, conclu le 26 juillet 1988, article 26.1 : « *This Agreement shall be governed by, and construed in accordance with the laws of the Republic of Ghana consistent with such rules of international law as may be applicable including rules and principles as have been applied by international tribunals* » De même, un contrat de concession entre le gouvernement somalien et la société Comoco du 17 juin 1986 et un autre d'exploration des hydrocarbures passé entre la République du Zaïre et la société Amoco Zaïre le 30 mai 1987 contenaient des clauses de ce type. LEBEN Ch., Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci, *In Mélanges HUBERT Thierry, Pédone*, Paris, 1998, pp. 248 et s.

which Bulgaria is a party and generally accepted principles of International Law”⁽²¹⁶⁵⁾.

513. Ces stipulations combinées à la loi de l’État hôte et accompagnées de clauses compromissaires posent de difficultés d’appréciation⁽²¹⁶⁶⁾. Des auteurs ont considéré les clauses faisant appel aux principes généraux n’annoncent pas clairement quel est le droit applicable duquel relève leurs définitions. Il s’agit alors d’un « *luxe de détails insolites et de l’ambiguïté des conditions* »⁽²¹⁶⁷⁾. De telles clauses ont néanmoins consolidé la doctrine visant à neutraliser, voire écarter, la loi de l’État contractant⁽²¹⁶⁸⁾. Cette doctrine s’y appuie pour responsabiliser internationalement tout État qui entrave ses engagements. Des célèbres affaires pétrolières illustrent cette position. La sentence Aramco a fait de la concession litigieuse l’objet d’une longue analyse interprétant une clause de ce genre⁽²¹⁶⁹⁾. Elle a conclu à l’applicabilité du droit saoudien sous réserve du recours aux « *principes généraux du droit de pétrole et des données de la science juridique pure* »⁽²¹⁷⁰⁾. L’instance n’a pas exclu l’application de droit international ‘*lorsque des raisons objectives l’amèneront à constater que certaines matières ne sauraient relever d’aucune disposition de droit interne d’un quelconque État* »⁽²¹⁷¹⁾.

514. L’arbitre de la sentence *Texaco* a accordé à la clause du droit applicable une analyse étendue. Au terme de ses raisonnements, il a internationalisé la concession litigieuse en raison de sa nature économique et de la présence de certaines stipulations. L’arbitre s’est donc référé aux principes communs du droit libyen et au Droit des gens

²¹⁶⁵ () Article 34.3, adde, article 29.1 du contrat pétrolier polonais de 1991: « *The contract shall be interpreted in accordance with the laws of Poland and in accordance with the Principles of International Law and decisions of international tribunals* ». Sur ces clauses v. LEBEN Ch., *op. cit.*, *supra*, In *Mélanges HUBERT Th.*, Paris, 1998, pp. 248 et s., spéc., p. 256.

²¹⁶⁶ () Non forcément réduites par sa similitude avec la solution retenue par l’article 42 (1), seconde phrase de la convention de BYRD. JACQUET J.-M., « Le contrat d’État », *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 49.

²¹⁶⁷ () WEIL P., « Un nouveau champ d’influence... », *op. cit.*, *Recueil et Doucements du Conseil d’État*, 1970, pp. 14-25, spéc. p. 16.

²¹⁶⁸ () RIAD Fouad., *op. cit.*, *Rev. Egyp. Dr. Int.*, 1986, p. 263.

²¹⁶⁹ () Il s’agit de la clause IV de la concession selon laquelle, « *le tribunal arbitral tranchera le litige a) conformément au droit arabo-saoudite tel qu’il est défini ci-après, dans la mesure où il s’agit de questions rentrant dans la juridiction de l’Arabie Saoudite ; b) conformément au droit que le tribunal arbitral jugera applicable dans la mesure où il s’agit de questions en dehors de la juridiction de l’Arabie Saoudite* ».

²¹⁷⁰ () « *notamment lorsque certains droits privés qui doivent nécessairement être reconnus au concessionnaire à peine de priver la concession de sa substance, ne lui seraient pas amenés d’une manière indubitable par le droit en vigueur dans l’Arabie Saoudite* », Sentence précitée, *Rev. Crit. Dr. Int. Pri.*, 1964, pp. 273 et s. spéc. p. 314 ; JACQUET J.-M., « Le contrat d’État », *J.-C. Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, p. 13, n° 63.

²¹⁷¹ () Cf. *ibidem*.

(²¹⁷²). De même, l'arbitre de l'affaire *Liamco* a considéré que « *la loi principale applicable est la loi libyenne interne* ». Les principes du droit libyen furent analysés et exploités au maximum et les principes du droit international furent assimilés à des maximes universellement reçues. L'arbitre a attribué à la nationalisation prise « *la forme d'une mesure législative collective motivée par la politique sociale de l'État. Elle prit ainsi le caractère d'un acte de souveraineté, mis à l'abri de contrôle judiciaire et assujettis au droit international chaque fois que des éléments étrangers était en jeu* » (²¹⁷³).

515. La sentence d'Agip / Congo est parvenue à cette même conclusion (²¹⁷⁴). Il s'agit d'une concession qui contenait une clause précisant explicitement qu'en cas de litige, « *le droit applicable est la loi congolaise, complétée le cas échéant par tout principe de droit international* ». Lors du litige, Agip a revendiqué la reconnaissance d'une subordination du droit congolais au Droit des gens. Le tribunal a montré à cet égard une certaine hésitation. Il a fait savoir que « *l'emploi du mot 'complétée' signifie pour le moins que le recours aux principes du droit international peut intervenir soit pour combler une lacune du droit congolais, soit pour y apporter les compléments nécessaires* » (²¹⁷⁵). Le tribunal a précisé que l'applicabilité de la clause de stabilisation résulte « *de la commune volonté des parties exprimée au niveau de l'ordre juridique international* » (²¹⁷⁶). Il a considéré que les nationalisations intervenues étaient irrégulières au regard du Droit des gens (²¹⁷⁷). Ainsi, le tribunal n'a pas tiré la conséquence logique de son énonciation. Il a réduit à néant l'affirmation de la complémentarité entre le droit international et celui de l'État contractant. Par son affirmation d'*illicéité* de la nationalisation au regard de l'ordre international, le tribunal a conféré à cet ordre une portée maximale et a réalisé une rupture radicale entre ses motivations et ses conclusions.

II / Rôle supplétif

516. Les usages du commerce relèvent de pratiques suivies dans une branche donnée d'activité. Ils impliquent les règles dégagées de l'observation du droit comparé ou d'autres sources internationales. On a même assimilé la *lex mercatoria* et les principes

²¹⁷² () Sentence Texaco-Calasiatic, précitée, *Clunet*, 1977, pp. 349 et s.

²¹⁷³ () Sentence *Liamco c./ Gouvernement Libyen*, *Rev. Arb.*, 1980, pp. 157 et s..

²¹⁷⁴ () Sentence du 30 novembre 1979, *Revue Crit. Dr. Int. Privé*, 1982, p. 92, note H. BATIFFOL.

²¹⁷⁵ () Cf. *ibid.*, n° 83.

²¹⁷⁶ () Cf. *ibid.*, n° 85.

²¹⁷⁷ () Cf. *ibid.*, n° 88.

généraux du droit ⁽²¹⁷⁸⁾ dans le but d'étendre leur applicabilité, par les arbitres, pour compléter ou corriger les dispositions législatives choisies ⁽²¹⁷⁹⁾. Plusieurs traités et codifications internes souscrivent à la prise en considération des usages du commerce et des principes généraux par les arbitres ⁽²¹⁸⁰⁾. L'article 1496 du Nouveau Code de procédure civile français prescrit aux arbitres d'en tenir compte « *dans tous les cas* », c'est-à-dire même lorsque les parties ont désigné la loi applicable au différend. Ces concepts ont permis aux arbitres de compléter ou d'amender les dispositions de la loi choisie. On a assisté à un recours intense aux traités bilatéraux d'encouragement et de protection ⁽²¹⁸¹⁾. Plusieurs sentences paraissent s'être avancées dans cet itinéraire. Des arbitrages ad hoc comme celui du tribunal des différends américano-iranien a estimé 'illégales' les expropriations et les nationalisations iraniennes parce qu'elles étaient contraires au *Traité d'Amitié et de Relations Économiques*, signé le 15 août 1955 entre les États-Unis et l'Iran ⁽²¹⁸²⁾.

517. De nombreuses sentences arbitrales ont systématiquement privilégié l'application des principes du droit international à celle de la loi étatique choisie, traduisant une tendance poussée vers le déclin de cette loi. La sentence CCI de l'affaire n° 3896 du 30 avril 1982, *Framatome/Atomic Energy Organization of Iran* en est une illustration. Bien que le droit choisi ait été le droit iranien, le tribunal n'y a pas fait référence. A plusieurs reprises, il a appliqué les principes généraux du droit « *consacrés en particulier par les usages du commerce international et le droit international* ». A dire vrai, ces principes étaient reçus en droit iranien. Toutefois, les arbitres n'en ont pas moins souligné qu'ils se reconnaissent la possibilité de ne pas s'en tenir strictement à cette loi choisie ⁽²¹⁸³⁾. Ils n'en ont non plus tiré les conséquences auxquelles aurait conduit son application. La sentence CCI de l'affaire du Plateau des Pyramides a considéré que les parties ont admis le recours au droit égyptien sous la réserve de non-

²¹⁷⁸ () GOLDMAN B., « La *lex mercatoria* dans les contrats... », *op. cit.*, *J.D.I.*, 1979, p. 475, spéc. p. 478 ; Éric LOQUIN « La réalité des usages du commerce international », *Rev. Int. Dr. Econ.*, 1989, p. 163.

²¹⁷⁹ () GAILLARD E., « Arbitrage commercial international... », *op. cit.*, *J.-C., Dr. Int.*, Fasc. 1070-1, pp. 26 et s.

²¹⁸⁰ () Le recours à la Convention de Genève de 1961, du règlement de la CCI ou de la CNUDCI conduirait au même résultat (Conv. de Genève 1961, art. 13 § 5 de Règlement de la CCI et art. 33 de Règlement de la CNUDCI).

²¹⁸¹ () VADCAR C., « Droit d'investissement ; Régime applicable à l'investissement direct étranger en droit international », *Juris Classeur (Droit international)*, 1999, Fasc. 565-54, n° 88.

²¹⁸² () Sentence rendue dans l'affaire *Amoco International Finance Corporation C/ Iran*, AUDIT Bernard, « Le tribunal des différends Irano-Américains 1981-1984 », *Clunet*, 1985, pp. 791-863.

²¹⁸³ () OPETIT B., « L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran », *Clunet*, 1984, p. 37, spéc. p. 41.

contrariété du droit international. En l'espèce, les parties, n'ayant pas prévue de clause spéciale concernant le droit applicable, avaient fait recours aux textes du Code égyptien d'investissement. Les arbitres ont alors décidé que « *la référence à la législation égyptienne doit être interprétée comme incluant de tels principes de droit international et que les lois intérieures de l'Égypte doivent être appliquées dans la mesure où elles ne sont pas en contravention avec lesdits principes* »⁽²¹⁸⁴⁾. Ce procédé était poussé par un souci de vérification de compatibilité et de conformité de la loi égyptienne par rapport au droit international. Les arbitres ont constaté l'existence en droit égyptien des principes universels de *pacta sunt servanda* et de la juste compensation des mesures d'expropriation. Mais, à supposer que ce droit méconnaisse ces règles, les arbitres l'auraient normalement écarté au profit de droit international. Une telle démarche ne peut qu'être qualifiée de « *certaine hypocrisie* »⁽²¹⁸⁵⁾. En dépit de sa désignation de la loi égyptienne, le tribunal n'aurait pas dû *se permettre un tel détournement*. Le recours au droit égyptien était soutenu par la référence directe au Code de 1974 et par la présence de plusieurs éléments de localisation. De surcroît, faire primer les principes du droit international revient à priver de toute portée les clauses du droit applicable et à susciter des réticences compréhensibles de la part des États contractants. Il va de soi que les arbitres *CCI* se sont référés à l'article 42/1 de la Convention *CIRDI*, qui n'avait pas de titre d'application⁽²¹⁸⁶⁾.

518. La mise en œuvre de cet article pose un problème d'interprétation devant les saisines *CIRDI*, dont une forte proportion préfère recourir aux principes du droit international, au détriment de la loi de l'État contractant⁽²¹⁸⁷⁾. Une dizaine d'affaires concernant des marchés d'énergie, de mines d'or, d'environnement, des activités maritimes ou d'hôtellerie ont été jugées sur ce fondement⁽²¹⁸⁸⁾. La plus récente de ces sentences est celle de l'affaire impliquant la société CDSE et l'État de *Costa Rica*, le 2 juin 1995. Il s'agit d'une demande d'indemnisation pour l'expropriation par l'État d'une propriété de 15 210 hectares situés sur son territoire. Faute de choix de loi applicable au

²¹⁸⁴ () LÉBOULANGER Ph., « État, Politique, arbitrage, l'affaire du plateau des pyramides », *Rev. Arb.*, 1986, spéc. p. 22.

²¹⁸⁵ () *Ibid.*, ns° 36-37.

²¹⁸⁶ () *Ibidem*.

²¹⁸⁷ () GAILLARD E., « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *Clunet*, 1999, pp. 273 et s.

²¹⁸⁸ () Trois affaires basées sur des conventions d'arbitrage classiques « Libéria, Congo, Tanzanie », huit affaires focalisées sur : Traité bilatéral d'Argentine/ US, traité bilatéral Ukraine/Us, traité bilatéral Espagne /Chili, Égypte / Royaume Uni, accord de libre échange Nord américain (ALENA) et traité bilatéral Pérou/France. GAILLARD E., *op. cit.*, *supra*, *Clunet*, 1999, spéc. pp. 274-275-276.

contrat, le tribunal a estimé qu'il y a lieu de « faire application du droit du Costa Rica et du droit international. En cas de différend entre les deux, le droit international l'emporterait »⁽²¹⁸⁹⁾. Un bon nombre de ces arbitrages heurtent autant l'article 42/2 de la Convention de Washington (1965) que la volonté des contractants. En effet, le premier paragraphe de l'article 42 a indiqué que « le tribunal statue sur le différend, conformément aux règles de droit adoptées par les parties »⁽²¹⁹⁰⁾. Cette phrase exige que l'arbitre statuant sous l'égide du CIRDI applique les 'règles de droit' choisies et non tout un système juridique. Le second paragraphe concerne l'absence de choix du droit applicable au différend : « faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière »⁽²¹⁹¹⁾.

519. Les arbitres doivent alors se référer aux règles matérielles de la loi de l'État contractant et à son système de rattachement⁽²¹⁹²⁾. Selon le texte, le droit de l'État doit être entendu « au sens le plus large, y compris le droit constitutionnel, le droit public et le droit privé de l'État considéré »⁽²¹⁹³⁾. Dans le cadre de cette même situation, le tribunal applique ainsi « les principes généraux » du Droit des gens. Selon un rapport des administrateurs de la Banque Mondiale, le terme « droit international » doit être interprété au sens de l'article 38/1 du Statut de la C.I.J. Il n'y a donc pas de place pour le « Tiers Droit » ou pour les usages des commerçants (*lex mercatoria*). Toute interprétation contraire risque de contrarier le système initial de cette convention⁽²¹⁹⁴⁾.

Sur les conditions de son intervention, le premier Secrétaire Général du CIRDI a suggéré que **le droit international s'applique dans la mesure où il s'intègre dans l'ordre interne**⁽²¹⁹⁵⁾. La lecture du texte précise que ce Droit intervient uniquement lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur investissement. Tout au plus, l'arbitre du CIRDI doit commencer par l'examen de la loi de l'État et *des principes du droit international*⁷. Aussi clair qu'il pourrait l'être, le texte mentionné n'a pas toujours

²¹⁸⁹ () GAILLARD E., « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *Clunet*, 2001, n° 1, pp. 149 et s., spéc. p. 151.

²¹⁹⁰ () GOLDMAN B., *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées*, Pédone, 1969, p. 133 et s ; DELAUME G., « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Clunet*, 1982, pp. 775 et s.

²¹⁹¹ () Cf. *ibidem*.

²¹⁹² () JACQUET J.M., « Le contrat d'État », *op. cit.*, *Juris-Classeur, Droit international*, Fasc. 565-60, n° 45, p. 9 ; adde, La loi de l'État contractant, *In Mélanges BOYER*, spéc. pp. 290-291.

²¹⁹³ () DELUME George, « L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable », *Rev. Arb.*, 1994, n° 1, pp. 39 et s., spéc. 63.

²¹⁹⁴ () Cf. *ibid.*, p. 63.

²¹⁹⁵ () Cf. *ibid.*, p. 48.

été appliqué selon cette interprétation. Plusieurs sentences l'ont renversé, en faisant du droit international la source principale alors qu'il ne doit intervenir que subsidiairement. On doit alors s'interroger sur l'effectivité de l'intervention supplétive contraire à la volonté des contractants : l'autonomie des *arbitres* doit-elle observer la volonté des parties ou les arbitres peuvent y échapper à tout moment ? Le dépassement du régime juridique choisi au profit d'un autre ne constitue-t-il pas une juste cause d'annulation ? Ces questions seront traitées à travers l'étude des difficultés d'application de l'article 42 de la convention *CIRDI* (A) et de sanction de l'inapplicabilité par les arbitres de la loi choisie initialement (B).

A) Difficultés d'application de l'Article 42/2 de la convention du CIRDI

520. Deux affaires ont soulevé le problème de l'article (42/2) et il convient de les traiter.

a) Sentence SPP/Égypte devant le CIRDI

521. L'affaire du *Plateau des Pyramides* avait fait l'objet d'une sentence CCI postérieurement annulée par la Cour d'Appel de Paris. En conséquence de cette annulation, le litige a été examiné par une sentence *CIRDI* le 20 mai 1992. Au cours de cette instance, la *SPP* (demanderesse) a soutenu qu'aucun accord n'était intervenu entre les parties sur le droit applicable au marché. Ne contestant pas l'applicabilité de la loi égyptienne n° 43 de 1974, la société étrangère affirmait que cette loi était inopérante faute de pouvoir couvrir les aspects de différends. La société revendiquait que le paragraphe 2 de l'article 42 sus-indiqué avait alors son titre d'application. Ceci étant, il ne devait pas y avoir de recours exclusif au droit égyptien, mais une application complétée par les principes du Droit des gens ⁽²¹⁹⁶⁾. L'État égyptien a revendiqué que son droit (public et privé) devait être applicable car les parties l'avaient choisi implicitement. Ce choix découlait du recours par le préambule de l'accord-cadre aux lois égyptiennes et notamment au Code d'investissement. Ce dernier (la loi n°43/1 de 1974) considère que « *les matières non couvertes par cette loi sont soumises aux lois et règlements applicables* ». L'Égypte en déduisait qu'« *aucun autre droit que le droit égyptien n'a été choisi par les parties* » et que « *toute lacune doit être comblée par*

²¹⁹⁶ () LANKARANI EL-ZEIN L., « Quelques remarques sur la sentence SPP C. La république Arabe d'Égypte », *Rev. Belg. Dr. Int.*, 1994, pp. 531 et s., spéc. 539 ; *Extraits, Rev. Arb.* 1994, pp. 198 et s.

l'application du droit commun égyptien »⁽²¹⁹⁷⁾. Elle a affirmé corrélativement que la deuxième phrase de l'article 42/1 ne pouvait pas être appliquée. En effet, a-t-il soutenu, ce paragraphe n'est applicable que lorsqu'il y a « *faute d'accord entre les parties...* ». Et, par ailleurs, le rôle du droit international est limité. Ce droit ne peut intervenir qu'à travers les règles et principes incorporés au droit égyptien tel que les traités ratifiés par l'Égypte⁽²¹⁹⁸⁾.

522. Au vu de ces réclamations, la tâche du tribunal arbitral était claire : examiner l'argument égyptien et faire appel à la seconde phrase de l'article 42 en cas de réfutation⁽²¹⁹⁹⁾. Cependant, les arbitres ont procédé autrement. Ils ont commencé par tempérer la distance entre lesdites demandes malgré leur « *flagrante opposition* »⁽²²⁰⁰⁾. Ils ont considéré que le désaccord des parties sur l'étendue de l'article 42 « *a peu ou pas de conséquence sur le règlement des différends* ». En effet, les sources (égyptienne et internationale) invoquées étaient les mêmes. De plus, les parties étaient d'accord sur l'application du Code égyptien d'investissement⁽²²⁰¹⁾. Les arbitres ont précisé qu'à supposer la thèse égyptienne recevable, elle ne serait pas applicable. Le droit égyptien n'est ni complet ni exhaustif, et pour un tel manquement, ce droit devait être « *complété par le Droit des gens* »⁽²²⁰²⁾. Les arbitres ont appliqué ce dernier alors que l'article 42, prétendument respecté, devait faire régner le droit de l'État contractant.

523. Ces motivations ne sont guère convaincantes. Elles font « *fi des données de l'article 42/1 et de l'ordre dans lequel doit s'effectuer la détermination des règles applicables au différend* »⁽²²⁰³⁾. L'assimilation entre le choix implicite ou le défaut de choix et la lacune de la loi choisie est décevante. Le fait de vouloir s'appuyer sur cet argument pour recourir au droit international appelle des réserves importantes : sur le plan de l'effectivité, cette appréciation est étonnante. Le tribunal n'a pas exposé toutes

²¹⁹⁷ () Cf. *ibidem.*, spéc. p. 538 ; Extraits, *ibid.*, n° 75, p. 198.

²¹⁹⁸ () ex., la convention de l'UNESCO pour la protection du patrimoine, Extrait des affaires, in *Rev. arb.* 1994, n° 76, pp. 198 et s.

²¹⁹⁹ () « *le Tribunal aurait dû décider par priorité si les dispositions du préambule (expressément incorporées à l'accord-cadre par son article premier) constituaient effectivement un accord sur le droit applicable au sens de la première phrase de l'article 42* », DELUME G., « L'affaire du Plateau des Pyramides... », *op. cit.*, *Rev. arb.*, 1994, n° 1, pp. 39 et s., spéc. p. 47.

²²⁰⁰ () Cf. *ibid.* p. 47.

²²⁰¹ () Cf. *ibid.*, p. 48 ; Extraits, *Rev. Arb.*, 1994, pp. 198 et s., n° 78,

²²⁰² () Cf. *ibid.*, p. 48 ; LANKARANI EL. L., *op. cit.*, *Rv. Belg. Dr. Int.*, 1994, pp. 531 et s., spéc. p.

539.

²²⁰³ () DELUME G., « L'affaire du Plateau des Pyramides... », *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 1994, n° 1, p. 39 et s., spéc. 48 ; « *au lieu de prendre parti, en fonction de l'article 42 et des éléments de l'espèce en faveur de l'une ou l'autre de ces deux thèses, les arbitres ont considéré que le désaccord était en l'occurrence dépourvu d'intérêt pratique* », JACQUET M., *op. cit.*, éd. *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 54.

les sources du droit égyptien. S'il avait consulté son droit administratif, il aurait trouvé des réponses satisfaisantes (²²⁰⁴). En outre, le tribunal arbitral a contredit la réalité et se contredit lorsqu'il n'a pas hésité « à faire appel au droit égyptien pour suppléer aux insuffisances du Droit des gens » (²²⁰⁵). Il était judicieux de combler les lacunes de ce dernier par des règles techniques inexistantes. Le déclin de la loi de l'État au profit du droit international traduit une négation de l'article 42/1, autant qu'il manifeste le paradoxe d'un tribunal prétendant respecter cette disposition (²²⁰⁶). À suivre le raisonnement que « *comme tout loi, le droit égyptien est ni complet ni exhaustif...* », on doit reconnaître sa défectuosité et admettre le recours au Droit des gens. Le tribunal n'aurait d'ailleurs pas dû se permettre d'utiliser cette lacune potentielle pour passer au second paragraphe de l'article 42 (²²⁰⁷) sans examen de l'argument de l'État hôte d'investissement (²²⁰⁸). Une telle démarche a vidé la première phrase de cet article de toute substance car elle en a fait abstraction au profit de la seconde qui est destinée à une autre vocation (²²⁰⁹).

524. Sous un autre angle, les conclusions de la sentence contredisent ses raisonnements. La sentence n'a guère suivi la démarche de principe qu'elle s'est fixée

²²⁰⁴ () Comme le droit public français, celui de l'Égypte « est si riche en enseignements », RAMBAUD P., « L'Affaire des Pyramides », *Ann. fr. dr. In.*, 1985, pp. 508, 515 et 516 ; adde son article, « L'affaire 'des pyramides' : suite et fin », *A.F.D.I.*, 1993, pp. 567 et s., spéc. 572.

²²⁰⁵ () Faisant référence au paragraphe 222 concernant la détermination du taux d'intérêt. DELUME, G., *op. cit.*, *supra*, *Rev. arb.*, 1994, n° 1, pp. 39 et s., spéc. p. 48.

²²⁰⁶ () « *en effet l'application des règles du droit choisi par les parties est dictée à l'arbitre CIRDI par une norme supérieure spéciale qu'est la convention de Washington, et non en vertu d'un principe du droit international privé ou de la lex mercatoria dans le cadre du CIRDI, le principe d'autonomie de la volonté des parties dans le choix de la loi applicable, puise sa juridicité, sa vigueur et sa force obligatoire dans un traité interétatique. A ce titre, il constitue un droit pour les parties et, une obligation internationale que les instances CIRDI, en l'absence de toute limitation dans la convention doivent respecter (par la voie des arbitres) et faire respecter (par le voie du contentieux de l'annulation)* », LANKARANI EL. L., « Quelques remarques sur la sentence SPP... », *Rev. Belg. Dr. Int.*, 1994, spéc. pp. 540, 543 et 544.

²²⁰⁷ () JACQUET J.M., « Le contrat d'État », *op. cit.*, *éd. J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 54.

²²⁰⁸ () L'Égypte infirmait le caractère d'expropriation qui se fut attribué à sa décision d'annulation. La nationalisation et expropriation, interdites par la loi de 1974, ne s'étendent pas aux droits contractuels ou aux autres droits incorporels, mais seulement aux droits de propriété réelle. Le tribunal devait examiner le bien fondé de cette prétention. Il n'a cependant pas tiré aucune conséquence, si ce n'est d'écarter aussitôt l'examen du droit égyptien au profit du droit international qui admet, selon la sentence, l'expropriation indirecte des droits contractuels qu'il prétend leur pleine protection par droit international. LANKARANI EL-ZEIN L., *op. cit.*, *Rev. Belg. Dr. Int.*, 1994, spéc. pp. 540 et 541.

²²⁰⁹ () DELUME G., « L'affaire du Plateau des Pyramides... », *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 1994, n° 1, pp. 39 et s., spéc. 48. ; Cette critique ne peut qu'être approuvée. En effet, « *La 'discipline' de l'article 42 de règle de l'article 42 se trouve pratiquement vidée de sa signification : le droit international ne doit trouver application que dans le cas où faute de choix des parties, il s'applique avec la loi de l'État, ou dans le cas où les parties, ayant exercé leur faculté de désignation, se sont référées au droit international ou aux principes du droit international* », JACQUET J.M., *op. cit.*, *supra*, *éd. Juris-Classeur Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 54.

(²²¹⁰). Par le choix du droit international au détriment de la loi égyptienne applicable, elle a inversé la hiérarchie établie par l'article 42/1 (²²¹¹). La loi de l'État n'était appliquée qu'à titre subsidiaire et seulement en raison de la carence du Droit des gens (²²¹²). Lors du calcul des taux, les arbitres se sont écartés du droit international qu'ils ont désigné à cause de ses manquements : « *il n'existe aucune règle de droit international qui fixerait le taux d'intérêt ou contiendrait les limitations prévues par le droit égyptien* » (²²¹³). La sentence a donc renversé la hiérarchie de l'article 42 et a dépouillé l'assertion tirée de la lacune de la loi de l'État de toute sa valeur. Le droit international n'avait pas de base légale pour s'appliquer à titre principal. Seul le désir de protéger les sociétés étrangères a poussé à ce mode de raisonnement (²²¹⁴). Ces objections confirment que l'instance a 'dénaturé' l'article 42/1 'en le vidant de toute sa substance'. Il s'agit d'une sentence dans laquelle les arbitres ont dépassé leur mission. Bien que le recours formulé par l'Égypte à son encontre méritait l'approbation, il a été rejeté dès sa formulation. Cette sentence ne constitue pas un cas isolé. Plusieurs affaires, comme celle du *Sri-Lanka*, confirment que les arbitres *CIRDI* cherchent des échappatoires pour se détacher de la loi de l'État contractant.

b) Affaire AAPL c./ Sri Lanka

525. La sentence *CIRDI* du 27 juin 1990 relative à l'affaire *AAPL c./ Sri-Lanka* est la première illustration du *CIRDI* réglant un litige de ce genre par l'application exclusive d'un traité bilatéral de protection (²²¹⁵). Il s'agit d'un projet d'élevage de crevettes, qui a débuté le 13 février 1980. Ce marché a occasionné la création d'une société dite '*Sri-Lanka, Serendib Seafood LTD*', à participation étrangère de la société britannique *Hong Kong, AAPL*. Une opération militaire lancée contre des rebelles réfugiés dans les lieux du projet a eu pour conséquence la destruction et l'incendie du centre d'élevage et de ses installations. Les investisseurs étrangers ont saisi le *CIRDI* par une demande d'indemnisation et de réparation. Ils ont revendiqué l'application de

²²¹⁰ () LANKARANI EL. L., *op. cit.*, *supra*, *Rev. Belg. Dr. Inter.* 1994, spéc. pp. 539-40.

²²¹¹ () « *La solution adoptée par la sentence procède d'une confusion de démarche (...)* l'intervention du droit international en dépit du choix des parties n'est pas motivée », Cf. *ibidem.*, p. 544.

²²¹² () DELUME G., *op. cit.*, *supra*, *Rev. arb.*, 1994, n° 1, pp. 39 et s, spéc. 48.

²²¹³ () *Ibid.*, pp. 50-56 ; Extrait des affaires, *Rev. Arb.*, 1994, n° 79, pp. 199 et s.

²²¹⁴ () LANKARANI L., « Quelques remarques sur ... », *op. cit.*, *Rev. Belg. Dr. Int.*, 1994, spéc. 545.

²²¹⁵ () Les faits de cette affaire se résument en une demande de réparation des préjudices causés à la société AAPL en raison de la destruction de ses installations à la suite d'opérations militaires menées par l'État contre des rebelles révoltant. Sentence arbitrale du 27 juin 1990, *Clunet*, 1992, p. 216, obs. E. GAILLARD ; RAMBAUD P., « Des obligations de l'État vis -à-vis de l'investisseur étranger : sentence AAPL C.SRL LNKA », *Ann. Fr. Dr. Int.*, 1992, pp. 501 s ; BURDEAU G., « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Rev. arb.*, 1995, pp. 3 et s., spéc. p. 13, n° 18 ; JACQUET J.M., *op. cit.*, *Juris- Classeur, Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 55.

l'article 8 du traité bilatéral de couverture ⁽²²¹⁶⁾ et du Droit des gens. L'État s'est réfugié derrière les circonstances de la cause (force majeure) et a demandé l'exonération. Il a considéré que l'obligation de protection née du traité a eu une portée de diligence, même lorsque les investisseurs ont subi des pertes ou des indigences. La sentence a retenu la responsabilité de l'État parce qu'en acceptant de recevoir des investissements étrangers, il devait leur assurer une entière protection ⁽²²¹⁷⁾. Elle a jugé les comportements de l'État illicites, lui imposant d'indemniser la victime de ses agissements. Il en est de même pour la réquisition et la destruction survenues en dehors des combats, non justifiées par les circonstances. Le tribunal a accusé l'État d'un manque de diligence : « *l'État n'a pas pris toutes les précautions nécessaires pour éviter ce qui s'est produit et il aurait dû donner suite à la proposition des dirigeants de 'Serndib' d'éloigner les membres de leur personnel qui étaient soupçonnés de sympathie pour la rébellion* » ⁽²²¹⁸⁾.

526. La sentence a tiré ses arguments de la convention de couverture signée et ratifiée par l'État hôte d'investissement. Celui-ci était tenu de respecter ce traité, dont les dispositions devaient être interprétées conformément aux normes internes et internationales. Ce traité devait être également complété par les dispositions avantageuses d'autres traités d'encouragement car son article 3 prévoyait une clause de la nation la plus favorisée. Ceci étant, le tribunal a appliqué l'article 4 du traité conclu entre le *Sri Lanka* et la Suisse disposant que « *les investisseurs étrangers qui subissent des pertes au cours d'une période de trouble auraient droit au traitement 'non moins favorable' que celui accordé aux nationaux ou aux autres ressortissants étrangers* » ⁽²²¹⁹⁾. Il a chargé l'État d'une responsabilité inconditionnelle sur les risques éventuels car, suivant l'article 2 dudit traité, l'État était tenu d'une obligation de protection et de sécurité intégrale et non d'une obligation de comportement ⁽²²²⁰⁾.

²²¹⁶ () Ce traité a été conclue entre la Grande Bretagne (État de l'investisseur) et Srilanka.

²²¹⁷ () Dans son analyse, la sentence s'est laissée aller dans ce sens : « *conformément aux règles du droit international des traités, le CIRDI se conduit à rejeter la requête d'une responsabilité absolue* : aucune des règles ni le sens naturel et les principes du droit international, ni en fin le principe de l'effet utile n'autorisent à conclure que les auteurs du traité aient entendu déroger du droit international de la diligence requise la thèse contraire ayant toujours été rejeté lorsqu'elle était autrefois soutenue », RAMBAUD P., *op. cit., supra, A.F.D.I.*, 1992, spéc. p. 506.

²²¹⁸ () Cf. *ibid.*, p. 507.

²²¹⁹ () Cf. *ibid.*, p. 503, note de bas de page.

²²²⁰ () Cette disposition contient une formule novatrice dérogatoire par la protection suprême des solutions traditionnelles et implique par cela une rupture avec le droit international, Cf. *ibid.*, p. 504.

527. Dans son opinion dissidente, l'arbitre choisi par le gouvernement a contesté cette solution ⁽²²²¹⁾. Il a appelé à l'application de la loi de l'État, complétée le cas échéant par les règles du Droit des gens. Le traité invoqué ne saurait être une source pertinente, à moins d'être incorporé dans le droit de l'État et d'être conforme à sa constitution. Si tout traité jouit d'une primauté juridique, il n'a pas de valeur absolue car l'État peut l'écartier si ses intérêts exigent le désengagement. Cette opinion est juridiquement fondée car les motifs de la sentence émettent des réserves importantes : les arbitres n'ont pas respecté l'article 42/2 de la Convention de *Washington* (1965). Ils auraient dû se référer préalablement à la loi de l'État pour examiner l'éventualité de son application et ne pas substituer les règles du traité aux lois étatiques, sauf pour suppléer à leurs lacunes ou corriger leurs contradictions. Les arbitres auraient dû vérifier la ratification du traité par le Parlement. De telles conventions n'ont pas de valeur pratique si les États signataires ne les ont pas assorti d'une conviction politique traduite par la caducité des lois contraires et l'abandon des agissements souverains ⁽²²²²⁾.

B) Annulation des arbitrages portant atteinte à la volonté des contractants

528. Peut-on annuler une sentence à cause de l'application d'une loi autre que celle choisie ? En droit français, il apparaît que le juge ne doit que contrôler la régularité de la procédure de la sentence. Il ne peut pas réviser le fond des décisions concernant la loi applicable. Il suffit pour la justice française que le problème du droit applicable soit débattu devant les arbitres pour rejeter toute contestation. À plusieurs reprises, la Cour d'Appel de Paris s'est attachée à cet argument. Dans l'affaire du Ministre de la Défense, elle s'est fondée sur l'exposé préliminaire de la procédure arbitrale pour démontrer que l'Égypte « a eu la faculté de déposer de nombreux mémoires avant et après les diverses audiences organisées par les arbitres, notamment sur la question de la loi applicable au contrat qui était dans le débat » ⁽²²²³⁾. Cette position est conforme à celle de la Cour de Cassation : « attendu qu'en se référant aux usages du commerce international, tout en

²²²¹ () Cf. *ibid.*, p. 503.

²²²² () VADCAR C., « Droit d'investissement... », *op. cit.*, Éd. *Juris Classeur, Droit international*, 1998, Fasc. 565-54, n° 79.

²²²³ () *La Cour a considéré que la remise en cause de la démarche des arbitres tend « à obtenir du juge de l'exequatur une révision au fond de la sentence à laquelle il n'a pas le pouvoir de procéder »*, Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} Ch. Comm., 14 janvier 1997, République arabe d'Égypte c./ Société Chromalloy Aero Services, *Rev. Arb.* 1997, pp. 399 et s, note Ph. FAUCHARD, *op. cit.*, *Clunet*, 1998, pp. 750-754, spéc. p. 752, note GAILLARD.

prenant pour base de ses décisions la loi française applicable au fond du litige, l'arbitre a recherché et désigné la règle de droit que la clause compromissoire lui faisait obligation d'appliquer et dont la détermination et la mise en oeuvre échappent au contrôle de la Cour de Cassation »⁽²²²⁴⁾. Le droit égyptien de l'arbitrage place l'inapplicabilité de la loi choisie parmi les causes d'annulation des sentences arbitrales. Son article 53/1 précise que l'action en nullité d'une sentence n'est recevable que lorsque celle-ci a écarté l'application au fond du litige de la loi convenue par les contractants⁽²²²⁵⁾. Une décision rendue par la Cour d'Appel du Caire s'est appuyée sur cet article pour justifier l'annulation : « nulle, car contraire à la loi n° 27 de 1994, la sentence qui, après avoir considéré qu'il n'était pas nécessaire de déterminer la nature administrative du contrat, a appliqué les règles du droit civil alors qu'il s'agissait d'un contrat administratif nécessitant l'application du droit administratif égyptien ; ce faisant, le tribunal arbitral a écarté la loi choisie par les parties »⁽²²²⁶⁾.

529. La Convention de *Washington* rend susceptibles de nullité les sentences qui n'appliquent pas la loi choisie par les contractants. Son article 52 octroie à un comité ad hoc le pouvoir d'annuler celles au cours desquelles les arbitres dépassent leur mission. Dès lors, les arbitres ne doivent pas commettre d'erreur ou une mauvaise application de l'article 42 de la convention d'établissement. Le détachement de tout ordre juridique ou la référence à des règles étrangères à celles choisies par les parties peut constituer un excès de pouvoir manifeste conduisant à l'annulation⁽²²²⁷⁾. Conformément à ces dispositions, l'application du droit international au détriment de la loi étatique choisie a conduit à l'annulation de *trois sentences arbitrales*. Dans l'affaire *Cameroun / Klöckner*⁽²²²⁸⁾, le Comité ad-hoc du C.I.R.D.I. a annulé la sentence parce que « l'article 42/1 ne permet pas à l'arbitre d'asseoir sa décision sur les seuls principes du droit

²²²⁴ () Selon le notateur de l'affaire, « la formulation de l'arrêt permettrait sans doute de sanctionner l'attitude des arbitres qui, au nom des usages ou des principes généraux autres que ceux du droit désigné par les parties, refuseraient d'appliquer un tel droit. Dans une telle hypothèse, il pouvait être soutenu que les arbitres n'ont pas (recherché et désigné la règle de droit) que la convention d'arbitrage leur faisait obligation d'appliquer », Cassation, 15 juin 1994, *Rev. Arb.*, 1995, p. 88, note E. GAILLARD.

²²²⁵ () Article 53/1 de la 27 de 1994, v. IBRAHIM Ahmed I., *Al-tahkim aldouali al-kass*, (L'arbitrage international privé), 3^{ème} éditions, Dar El-Nahda, Le Caire, 2000, pp. 236 et 37.

²²²⁶ () Cour d'Appel du Caire, *op. cit., supra, Rev. d'Arb.*, 1998, pp. 723 et s. note LEBOULANGER Ph.

²²²⁷ () Décision du Comité Ad-hoc du 22 décembre 1989 annulant la sentence rendue le 6 janvier 1988, *Clunet*, 1991, pp. 166 et s.

²²²⁸ () Sentence de 1983, *Clunet*, 1987, p. 137, obs. E GAILLARD ; J. PAULSSON, « Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : la sentence arbitrale Cameroun el Klöckner », *Rev. Arb.* 1984, p. 19 et s ; JACQUET J.M., *op. cit., J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 50.

internationale »⁽²²²⁹⁾. Le Comité a affirmé que, suivant l'article 42/1 de ladite convention, ces principes ont un double rôle : complémentaire des manquements de la loi de l'État ou correctif des règles non-conformes au Droit des gens⁽²²³⁰⁾. Il a cependant indiqué qu'un tel recours ne peut intervenir qu'après l'examen par les arbitres du contenu de la loi de l'État et l'application de ses dispositions pertinentes⁽²²³¹⁾.

530. Le Comité de la sentence Guinée a voulu démontrer que la mauvaise application de la loi choisie n'était pas une cause d'annulation. Pour ce faire, il a distingué cette situation de celle de l'inapplication du droit applicable. Le Comité a consulté l'historique de la Convention *BIRD* pour préciser les fonctions de la première phrase de l'article 42/1. On en a déduit que les parties ont une liberté illimitée dans le choix de la loi applicable, laquelle doit être respectée par les arbitres. Conformément à ces données, le Comité a considéré que la non application des règles choisies constitue un excès de pouvoir manifeste et « *une violation de la mission confiée au tribunal* »⁽²²³²⁾. Les arbitres de la sentence *Amco-Asia* ont fait application 'd'une conception de la *lex mercatoria*' sous couvert d'un principe général du Droit. Cette situation n'a guère étonné l'un des commentateurs : « *le Président du tribunal arbitral était notre cher et vieil ami Berthold Goldman* »⁽²²³³⁾. La décision n'a pas satisfait l'Indonésie qui a saisi un comité ad-hoc d'un recours en annulation⁽²²³⁴⁾. Celui-ci s'est prononcé en faveur de cette revendication, estimant que la sentence attaquée était contraire à l'article 42/1 qui autorise l'application des principes du droit international « *uniquement pour combler les*

²²²⁹ () Décision du 3 mai 1985 Klöckner / République du Cameroun, *Clunet*, 1987, p. 163, obs. GAILLARD E.; Extraits in *Clunet*, 1987, pp. 163 et s ; RAMBAUD P., « L'annulation des sentences Klöckner et AMCO », *A.F.D.I.*, 1986, pp. 259 et s.

²²³⁰ () Les principes du droit international jouent un double rôle ; « *complémentaire (en cas de 'lacune' du droit de l'État), ou correctif, au cas où ce droit étatique ne serait pas en tous points conforme aux principes du droit international* ». *Clunet*, 1987, pp. 163 et s.

²²³¹ () Les arbitres ne peuvent y recourir « *qu'après avoir recherché et établi le contenu du droit de l'État partie au différend (contenu qui ne saurait être réduit à un principe, fût-il de base) et après avoir appliqué les règles pertinentes du droit étatique* », Cf. *ibid.* p. 166.

²²³² () Décision du Comité Ad-hoc du 22 décembre 1989 annulant la sentence rendue le 6 janvier 1988, *Clunet* 1991, pp. 166 et s.

²²³³ () Décision du 16 mai 1986, *Amco Asia et autres c. / République d'Indonésie*, *Clunet*, 1987, p. 175, obs. E. GAILLARD.

²²³⁴ () L'objet du litige relève du retrait d'autorisation d'investissement par l'État indonésien. Cependant, les arbitres se sont largement référés aux principes du droit international au détriment la loi de l'État contractant. Ils ont considéré que cette application, incontestée par les parties, constitue une mise en œuvre l'article 42/1 de la convention BYRD. Sur la sentence du 20 novembre 1984, *Clunet*, 1987, p. 145, spéc. p. 147, obs., GAILLARD E.

lacunes du droit interne applicable et afin d'établir la primauté des normes du droit international lorsque celles-ci entrent en conflit avec le droit interne » ⁽²²³⁵⁾.

531. Ces décisions confirment que les comités ad-hoc peuvent annuler les sentences contraires à l'article 42. Néanmoins, ceux-ci ne peuvent pas trancher des questions de fond. En d'autres termes, leur décision d'annulation ne contribue qu'au réexamen de l'affaire par une autre sentence. En effet, le pouvoir de ces Comités ne leur permet pas d'agir en tant que juge d'appel, pas plus qu'en qualité de juge de cassation ⁽²²³⁶⁾. L'annulation de la sentence rendue dans l'affaire *Amco-Asia* pour excès de pouvoir des arbitres, c'est-à-dire à cause de l'inapplication des règles essentielles du droit indonésien, a donné lieu à une seconde afin de remédier à ces causes d'abrogation ⁽²²³⁷⁾. Cette dernière n'a cependant pas traité les motifs de révocation. Son retour forcé vers la loi de l'État partie est resté marqué par un certain infléchissement en faveur du droit des gens : « *le droit international est pleinement applicable et qualifier son rôle de 'seulement complémentaire et correctif est une distinction vaine* » ⁽²²³⁸⁾. Dès lors, les règles de la loi de l'État doivent être appréciées au regard de ce droit qui prévaut en cas de différend. Ainsi, sans le dévoiler, la nouvelle sentence a maintenu la position de la première. Les motifs d'annulation n'ont pas été évités par la seconde décision ⁽²²³⁹⁾ et le droit international trouve toujours un prétexte d'intervention. On peut donc conclure que, dans les arbitrages *CIRDI*, le droit international intervient pour corriger la loi interne applicable ou compléter ses manquements. Le droit international a pu s'infiltrer lors de la détermination du droit applicable aux accords d'investissements. Cependant, son intervention n'a pas pu garantir son effectivité. Ce droit ne contient pas toujours les règles matérielles nécessaires à des questions spécifiques, comme celles de la nationalisation ou de la résiliation ⁽²²⁴⁰⁾. Son application peut heurter l'autonomie de la volonté. Il est alors indispensable d'essayer de se forger une opinion. En effet, il apparaît que ce fameux rôle supplétif ne peut qu'être contesté à cause des excès qu'il engendre et des arrières pensées qu'il suppose. Que ce soit dans le domaine d'investissement ou dans son domaine général, le droit international ne peut produire des règles d'application positive. Cette absence de droit positif est pour certains

²²³⁵ () Décision du 16 mai 1986, précitée, *Clunet*, 1987, p. 174 et s., obs. E. GAILLARD.

²²³⁶ () DELUME G., « L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI... », *Revue de l'arbitrage*, 1994, n° 1, pp. 39 et s., spéc. pp. 50 et 51.

²²³⁷ () Sentence arbitrale du 31 mai 1990, *Amco Asia c/ République d'Indonésie*, *Clunet*, 1991, pp. 173 et s., obs. E. GAILLARD.

²²³⁸ () Cf. *ibid.*, p. 173.

²²³⁹ () JACQUET J. M., « Le contrat d'État », *op. cit.*, *J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60, n° 52.

²²⁴⁰ () Cf. *ibid.*, p. 26, n° 127.

« dangereuse puisqu'elle peut conduire à des tentatives d'imposer un droit national »⁽²²⁴¹⁾. De plus, il n'y a pas de réelle avancée en matière de sources de ce droit. Ceci est le résultat de vives controverses entre États développés et en développement sur des questions essentielles comme celle de l'expropriation⁽²²⁴²⁾. La juxtaposition des conventions bilatérales se révèle impuissante à fonder un droit universel. Le simple caractère répétitif ne saurait concourir à la constitution de normes générales. L'enjeu politico-juridique de ces controverses n'est pas négligeable. On est alors loin du compte de conventions bilatérales à partir desquelles la prétention à l'universalité peut être avancée de façon plausible⁽²²⁴³⁾. Et quand bien même aurait-on un nombre raisonnable d'accords, leur transfert dans l'ordre multilatéral doit faire l'objet d'autres interrogations⁽²²⁴⁴⁾. Les arbitres ne doivent pas s'éloigner de la loi choisie au nom des usages ou des principes généraux du droit⁽²²⁴⁵⁾. Cette conclusion paraît préférable puisqu'elle correspond à l'éminence du rôle reconnu à l'autonomie dans les normes contemporaines. On partage donc l'idée que les arbitres (CNUDCI ou CCI) ne puissent « s'écarter des dispositions de la loi choisie sous prétexte de tenir compte des usages »⁽²²⁴⁶⁾. De même, les pratiques de la Convention de Washington n'ouvrent aucune possibilité aux arbitres de vérifier la conformité au droit international du droit choisi par les parties⁽²²⁴⁷⁾. Les travaux préparatoires de cette convention ont démontré que la rédaction de son article 42 a provoqué une certaine division : alors que les délégations de certains pays ont insisté sur le recours exclusif à la loi de l'État contractant, d'autres ont refusé d'abdiquer à la protection du Droit des gens. Cependant, poussés par le désir de concilier leurs positions, les partenaires ont assuré que lorsque les parties conviennent de l'application d'un droit déterminé, « le tribunal est lié par leur accord »⁽²²⁴⁸⁾. Il convient de dévoiler la véritable cause de cette évolution. En effet, ce rôle correctif ou supplétif du droit international vise à écarter le recours au droit administratif. Cela s'explique par un rare usage de cette discipline par le CIRDI alors

²²⁴¹ () VADCAR C., *op. cit.*, Éd. J.-C., *Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-56, n° 5.

²²⁴² () Cf. *ibid.*, n° 3.

²²⁴³ () JUILLARD P., « Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement : à la recherche d'un droit perdu ? », *D.P.C.I.*, 1987, p. 54.

²²⁴⁴ () VADCAR C., *op. cit.*, J.-C. (*Droit international*), 1998, Fasc. 565-56, n°21.

²²⁴⁵ () L'interprétation de la volonté des parties est censée être conformée aux usages dans le silence de leur convention. GAILLARD E., « Arbitrage commercial international... », *op. cit.*, *Juris-Classeur Dr. Int.*, 1996, Fasc. 1070-1, pp. 26 et s.

²²⁴⁶ () Cf. *ibid.*, p. 27.

²²⁴⁷ () Sous la réserve de la conformité du droit applicable à l'ordre public international, Cf. *ibidem*.

²²⁴⁸ () In Rapport du président du 9/6/64, adressé aux conseils des gouverneurs de la banque, Historique de la convention, V. III, p. 380, §58.

que les principes généraux du droit ont été sollicités pour gérer *les* problèmes du pouvoir exorbitant. Cette compréhension peut être confortée par l'identification des sources internes qui, ne présentant guère de difficulté, pose curieusement devant les arbitres « *un malaise quant à leur appréhension* ». Cette même préoccupation peut être à l'origine de contradictions dans les motivations des arbitres, soucieux de trouver « *une échappatoire dans des considérations étrangères* » à la loi choisie par les contractants. Elle peut traduire le dépassement de leur mission lorsqu'ils tentent d'esquiver les difficultés liées à la reconnaissance de l'existence de principes prétendument dérivés du droit interne, sans justifier le bien-fondé de leurs conclusions ⁽²²⁴⁹⁾.

Conclusion

532. Le droit de l'État est susceptible de régir les marchés publics internationaux. La critique liée à son effectivité est dépassée. Comme tout accord international, ceux-ci mettent en présence plusieurs ordres juridiques qui peuvent ou veulent régir leurs différends. Ils entraînent des conflits de lois publiques et/ou privées. Ces conflits, dont l'existence a été prouvée, devraient attirer l'attention du législateur. La compétence exclusive de l'État en droit public doit être allégée pour prendre en considération celle

²²⁴⁹ () Ex., sentence KLÖCKNER c./ Cameroun en ce qui concerne la prétendue obligation de « tout révéler à son partenaire » qui serait fondée sur le droit positif français, dont l'existence est loin d'être établie., *Clunet*, 1987, pp. 140-141 obs. E. GAILLARD ; KAHN Ph., « Souveraineté de l'État et règlement du litige ; Régime juridique des contrats d'État », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 641 et s ; DELUME G., « L'affaire du Plateau des Pyramides... », *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 1994, n° 1, spéc. p. 64.

émanant d'autres lois. Les mécanismes du droit international privé permettent d'atteindre ce résultat. Cela implique davantage d'efforts interétatiques. Plusieurs *M.P.I.* relèvent du régime juridique de l'État d'accueil suivant les règles de rattachement. Cette loi peut s'appliquer parce qu'elle est la loi ayant le lien le plus étroit avec le contrat. Toutefois, celle-ci étant difficilement identifiable,, le dépeçage semble être la solution envisageable en matière de droit applicable.

Lorsque l'arbitre est saisi, la liberté est plus grande car il peut appliquer cumulativement ou non les règles sus-indiquées. Il peut s'en tenir à la loi ayant le lien le plus étroit ou se référer à celle qu'il considère la plus appropriée. Cette liberté est excessivement utilisée. Les arbitres portent atteinte au principe de l'autonomie de la volonté. La doctrine est quasiment unanime quant au devoir des arbitres de respecter purement et simplement la loi choisie. Si l'État utilise ses prérogatives dans le but d'améliorer sa position de contractant, il existe d'autres moyens de sanctionner son attitude. Le détournement de pouvoir ou le fait du prince sont des concepts qui ont lieu d'être puisés dans le droit désigné par les parties sans que cela ne justifie le fait de s'écarter du choix opéré (²²⁵⁰). Dans de telles situations, le droit administratif peut se voir reconnaître une place respective qu'il convient d'étudier.

CHAPITRE II

DROIT PUBLIC ET PROBLÈME DU RECOURS AU POUVOIR EXORBITANT

533. Si en droit commun, le contrat fait la loi des contractants, en droit public, l'administration peut modifier ses marchés unilatéralement. Gardien de l'intérêt général, l'État dispose, à l'égard des contrats administratifs, d'un véritable pouvoir exorbitant. Lorsqu'il agit au détriment de ses marchés passés avec des étrangers, l'État bénéficie-t-il de ces doses d'autorité ? Détenteur du caractère souverain, l'État contractant

²²⁵⁰ () GAILLARD E., « Arbitrage commercial international ... », *op. cit.*, *J.-C., Dr. Int.*, Fasc. 1070-1, p. 27.

abandonne-t-il ce pouvoir lorsqu'il s'engage par une clause d'intangibilité et de stabilisation ? La transposition aux contrats d'État du pouvoir dont celui-ci dispose en matière interne n'a pas été facilement acquise en raison du désaccord infini sur le régime juridique applicable à leur différend. Les efforts doctrinaux ne semblent pas être faits vainement. La cristallisation des débats autour de la *conciliation entre la force obligatoire du contrat et le pouvoir souverain de l'État* a conduit à l'émergence d'un régime de responsabilité dans le cadre duquel l'influence du droit administratif provoque moins de réticence qu'auparavant. Son ampleur reste discutée mais ce droit est applicable ou pris en considération. Toutefois, le recours à celui-ci n'est pas clair et le doute persiste quant à la réalité de son appellation.

534. Face à des revendications discutables et aux intérêts opposés, le régime juridique émergent impose l'interrogation sur ses liens avec le Droit public interne. L'État souverain doit-il se désintéresser des engagements de l'État contractant ? Cet État doit-il se reconnaître le pouvoir d'agir pour sauvegarder l'intérêt de la nation ? La mutabilité essentielle des contrats administratifs est-elle transposable ? L'État peut-il toucher le cadre juridique dans lequel s'est inscrit le contrat sans tenir compte de ses engagements d'intangibilité et de stabilisation ? La possibilité pour l'État de faire appel à son pouvoir régalien laisse présager d'autres questions sur les limites de son exercice et sur ses conditions d'application ? La responsabilité pouvant charger l'État intervenant serait-elle de nature contractuelle ou extra-contractuelle ? Lorsque le marché résilié ou modifié n'implique pas directement l'État, peut-on parler du fait du prince ou de l'imprévision ? Ces questions requièrent l'examen de concepts publicistes et leur effectivité pour régler ce genre de différend. Certains mécanismes, comme celui de la distinction entre les aléas politiques, entrent en jeu dans une matière aussi symétrique que les accords d'investissement. Lorsque l'État outre passe ses engagements de protection, n'est-il pas opportun de transposer la théorie du détournement de pouvoir afin de sanctionner ses comportements excessifs ? Il faut alors analyser l'effectivité de ces enseignements à travers l'affirmation du pouvoir exorbitant dans l'ordre international et ses liens avec les aléas internes de l'Administration (**Section I**). Les obligations qui incombent à l'État laissent présager une crainte légitime d'excès ou de détournement dans l'exercice du pouvoir exorbitant. Certes, l'État peut offrir aux investisseurs des garanties d'intangibilité et de stabilisation. Ces engagements, qui coïncident avec le recul de résiliation arbitraire, ont une efficacité trompeuse, même si leur valeur est moins douteuse. Il n'en demeure pas moins que l'État se trouve contraint

de se comporter loyalement. Il est tenu d'un devoir de notification et de n'agir qu'à titre d'exception. Seul l'intérêt public peut justifier son intervention, mais sous réserve d'indemnisation ou de réparation. L'exercice du pouvoir souverain en la matière se trouve enchaîné par une série de conditions qui méritent un traitement fondé sur le rôle du droit public, les propos de la doctrine et les sentences arbitrales (**Section II**).

Section I **Existence du pouvoir exorbitant**

535. Lorsque l'autorité contractante intervient directement et délibérément sur la situation de son partenaire, peut-on parler de violation de ses obligations ? En effet, l'État, organisateur de son système juridico-économique, peut nationaliser ou exproprier les biens existants sur son territoire ou se délier de ses engagements. En plus de son caractère souverain, l'État ne cesse pas à être contractant. Il s'engage davantage dans les grands projets sans que cette qualité n'affecte l'exercice de ses fonctions. Les célèbres nationalisations et leurs problèmes juridiques appartiennent certes au passé récent. Les débats qu'ils ont occasionnés ont perdu de leur rigueur, se soldant en faveur l'acceptation du recours par l'État à son pouvoir exorbitant ⁽²²⁵¹⁾. Ce constat a été approuvé par le passé : l'intangibilité « *n'a jamais eu la portée absolue qu'on a bien voulu lui prêter* » ⁽²²⁵²⁾. L'évolution contemporaine n'interdit pas à l'État de se délier de ses marchés s'il y a eu un besoin d'intérêt suprême ⁽²²⁵³⁾. Les agissements unilatéraux qui ont été autrefois fermement condamnés sont regardés « *d'un autre œil* » par un droit positif placé davantage en *leur* faveur ⁽²²⁵⁴⁾. La qualité cocontractante de l'État ne peut ni effacer ni remplacer l'éventuel exercice de ses doses d'autorité ⁽²²⁵⁵⁾. La quasi-totalité des sentences arbitrales ne conteste pas le pouvoir de l'État à mettre fin à ses marchés ⁽²²⁵⁶⁾. La sentence CCI de l'affaire du *Plateau des Pyramides* a fait savoir que

²²⁵¹ () WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats ..., *R.C.A.D.I.*, V. III, t. 128, 1969, p. 208 ; BETTEMES D., *contrats entre États et entreprises étrangères*, thèse, p. 203 ; « *Le principe suivant lequel le principe Pacta sunt servanda ne soit plus envisagé de manière aussi rigoureuse que par le passé* » ; BERLIN D., « Les Contrats d'États (« State-contracts ») et la protection des investissements internationaux », *D.P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s, spéc. 211, n° 13.

²²⁵² () BERLIN D., « Contrats d'État », *Répertoire international*, Dalloz, 1998, p. 10, ns° 58 et 59.

²²⁵³ () Cf. *idem.*, p. 10, n° 58 et 59.

²²⁵⁴ () Cf. *ibid.*, p. 10, n° 57.

²²⁵⁵ () JACQUET J.M., « Contrat d'État », *op. cit.*, p. 33, n° 162 ; FEUER G., *Contrats Nord-Sud et transfert de technologie, in les contrats internationaux et Pays en voie de développement, économique*, Paris, 1989, pp. 138 et s., spéc. p. 150.

²²⁵⁶ () SEIDL-HOHENVLDERN Ignaz, « L'évolution des dommages dans les arbitrages transnationaux », *A.F.D.I.*, 1987, pp. 7 et s.

« le principe *pacta sunt servanda* n'est qu'apparemment en conflit avec les prérogatives légitimes de l'État » (2257). Il appartient à celui-ci le recours aux mesures d'expropriation des intérêts commerciaux des entreprises exerçant leurs activités sur son sol. La reconnaissance de ce principe garantit le sauvegarde des intérêts de l'investisseur étranger sans nuire aux prérogatives de l'État (2258). Une autre sentence a affirmé que « si le gouvernement entend retirer une concession administrative qu'il a accordée, il est libre de le faire. Il n'appartient alors pas à un juge étranger et pas davantage à un arbitre, même librement accepté, de revoir les motifs du retrait de la concession, ni surtout de rétablir le concessionnaire dans ses droits » (2259). Ces affirmations concernant des actes de nationalisation et de résiliation n'ont pas visé le problème de modification. Cependant, il paraît qu'il y a « un consensus sur l'existence d'un tel pouvoir » (2260) au profit de l'État puisque la résiliation absorbe cette hypothèse (2261). Lorsque le pouvoir intervenant est étranger à l'accord objet de ses agissements, est-il effectivement utile de dévoiler ses liens avec l'autorité contractante ? Cette question n'est pas théorique. Les cocontractants publics cherchent toujours l'exonération des mesures prises par l'État dont ils émanent. À ces hypothèses s'ajoute celle dans laquelle l'auteur de l'acte relève d'un État tiers ou d'un organe régional ou international. Il faut alors étudier ces situations tant à la lumière des travaux des internationalistes et des publicistes qu'à celle des motivations des sentences arbitrales.

Sous-section II Aléas politiques et leur enracinement juridique

536. La nationalisation n'est pas la seule voie pour tout État visant la fin anticipée des *M.P.I.* qui connaissent plusieurs modes d'intervention unilatérale. Ces voies peuvent être « *extrinsèques* » aux clauses contractuelles. Sans modifier le contenu du contrat, des mesures législatives ou réglementaires peuvent rendre onéreuse l'exécution des prestations initiales : édicition des lois aggravant les charges du contractant par le retrait d'exonération d'impôts, l'augmentation des taxes ou la dégradation des

²²⁵⁷ () LÉBOULANGER Ph., « État, politique, arbitrage ; Affaire du plateau des Pyramides », *Rev. Arb.*, 1986, spéc. p. 24.

²²⁵⁸ () *Ibidem.*

²²⁵⁹ () Sentence rendue dans l'affaire n°1526 en 1968, MOJZSEZ LUBELSKI c./ État du Burundi, *Clunet*, 1974, pp. 915 et s., spéc. 917-18.

²²⁶⁰ () BERLIN D., « Les Contrats d'État et la protection des investissements internationaux », *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. 212, n° 14.

²²⁶¹ () Cf. *ibid.*, p. 212, n° 14.

conditions économiques ou sociales. Ces mesures peuvent être « *intrinsèques* » lorsqu'elles portent directement sur l'accord lui-même en modifiant ses clauses, son mode d'exécution ou sa substance essentielle ⁽²²⁶²⁾. Il existe pourtant des actes qui ont une certaine interdépendance par rapport à cette division. Leur auteur peut être un pouvoir public contractant ou étranger à l'accord mise en question. Cette interdépendance suscite des difficultés d'appréciation. L'intervention étatique peut revêtir la forme 'd'un *aléa législatif* ou d'un *aléa administratif* ⁽²²⁶³⁾ qui dérivent du pouvoir normatif du Parlement. Elle peut constituer un *aléa de puissance publique* ou un *aléa économique* qui proviennent d'une autorité contractante ⁽²²⁶⁴⁾. Ces situations, qui paraissent différentes, suscitent l'étude comparative entre *M.P.I.* et contrats administratifs. On tentera alors de préciser l'autonomie ou la proximité entre les aléas proprement internes et ceux à caractère international (II), après l'étude des formes de modification ou de résiliation (I).

I / Aspects quantitatifs du pouvoir exorbitant

537. L'État peut édicter des amendements législatifs ou imposer d'autre pouvoir exorbitant. Il peut modifier ou résilier ses marchés dans quelques conditions. Toutefois, en matière internationale, le pouvoir de modification unilatérale est souvent dissimulé derrière la forme globale de la résiliation. Cette fusion qui affirme le pouvoir de la modification réglementaire, implique une certaine confusion apparemment due au défaut d'un régime commun en la matière. Dès lors, il paraît nécessaire de séparer ces mesures totalement différentes. Il convient alors d'étudier le classement dont use le droit administratif et de mesurer l'ampleur de sa présence dans les accords d'investissements.

A) Pouvoir de modification

538. La modification unilatérale traduit le pouvoir de l'Administration d'augmenter ou de diminuer les engagements de son partenaire ou leurs mode d'exécution, en

²²⁶² () BADAOU S., *Le fait du prince en droit français et en droit égyptien*, L.G.D.J., Paris, 1953, p. 173 ; WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, *R.C.A.D.I.*, v. III, 1969, pp. 95 et s..

²²⁶³ () WEIL P., *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique*, In *Mélanges Ch. ROUSSEAU*, Pédone, 1974, pp. 301 et 302.

²²⁶⁴ () Au-delà de cette distinction, il existe des actes qui contribuent aux répercussions similaires. Au demeurant, les nationalisations pétrolières ont souvent causé la modification ou la résiliation anticipée des accords pétroliers. BERLIN D., *Le régime juridique international...*, *op. cit.*, thèse, Paris, 1980, p. 387.

fonction des besoins du service public⁽²²⁶⁵⁾. Une des particularités des contrats publics de l'administration, ce pouvoir qui a fait l'objet de contestation⁽²²⁶⁶⁾, est actuellement une partie intégrante des « *règles générales applicables aux contrats administratifs* »⁽²²⁶⁷⁾. Sa légalité ne fait plus de doute. Elle semble être assurée par plusieurs lois et juridictions⁽²²⁶⁸⁾. Ce pouvoir régalién, auquel l'Administration ne peut renoncer⁽²²⁶⁹⁾, trouve son fondement dans le service public qui octroie à celle-ci la faculté d'imposer à son partenaire des charges non prévues initialement. Cela affirme son caractère dérogatoire, mais délimite son champ d'application. L'intérêt public n'octroie toutefois pas à l'Administration un pouvoir de modification illimité⁽²²⁷⁰⁾. Toute modification unilatérale doit être consacrée aux besoins du service public et à son fonctionnement, sans toucher aux engagements financiers⁽²²⁷¹⁾.

539. Étant lié à l'organisation du service public, ce pouvoir est susceptible d'être aménagé. Le Code des marchés publics subordonne l'existence du pouvoir de modification à celle d'une stipulation qui lui est consacré. Lorsque le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, « *la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée : soit à la conclusion d'un avenant, soit, si le marché le prévoit, à une décision prise par la personne responsable du marché* »⁽²²⁷²⁾. Le Cahier des Charges Administratifs Générales des marchés de travaux prévoit que « *l'entrepreneur n'est tenu d'exécuter des travaux qui correspondent à des changements dans les besoins ou les conditions d'utilisation auxquels les ouvrages faisant l'objet du marché doivent satisfaire que si la masse des travaux de cette espèce*

²²⁶⁵ () BADAOU S., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris 1953, pp. 106 et s, spéc. 110 ; Cependant les publicistes tendent à délimiter ces pouvoirs particulièrement aux concessions de service public et aux marchés des travaux, v. DE LAUBADERE A. et GAUDEMET Y., *Droit Administratif*, T. 1, L.G.D.J., Paris, 1998, n° 1048.

²²⁶⁶ () BADAOU S., *Le fait du prince...*, *op. cit.*, spéc. pp. 47 et s.

²²⁶⁷ () Au cours de l'affaire de la Compagnie Générale Française des Tramways, le Conseil d'État a accordé le pouvoir de modification réglementaire pour préserver la sécurité et la commodité de la circulation, C.E., 21 mars 1910. *Rec.* 1910, p. 216 Concl. L. BLUM ; C.E., 12 mai 1933, « Compagnie Générale des aux », *Réc.*, 1933, p. 508 ; C.E., 2 février 1983, Union du transport public urbain et régionaux, *Rev. fr. Dr. Adm.*, 1984, p. 45, note FLIORENS.

²²⁶⁸ () Ex., Sentence arbitrale « *Shufeldt* » du 24 juillet 1930, *Rec. S.D.N.*, vol. II, p. 1095 ; décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 décembre 1994, Aff., Raffineries grecques Stran c./ Grèce, affaire 22/1993/417/496, v. LICHER L., *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 197.

²²⁶⁹ () VEDEL G., *Droit administratif*, t. I, P.U.F., Paris, 1992, p. 420.

²²⁷⁰ () BADAOU S., *op. cit.*, *supra.*, L.G.D.J., Paris, 1953, p. 110.

²²⁷¹ () En effet, le principe d'équilibre contractuel (indemnisation) enlèverait tout intérêt à l'Administration de modifier ces dispositions. VEDEL G., *op. cit.*, *supra.*, P.U.F., Paris, 1992, p. 419 ; DE LAUBADERE A., et autre, *op. cit.*, 11^{ème} édition, L.G.D.J., t. 1, Paris, 1998, n° 1049, pp. 723 et s. ; adde, 2^{ème} éd. p. 405, n° 725 ; LECHER L., *Droit des contrats* ..., *op. cit.*, *supra.*, L.G.D.J., p. 198.

²²⁷² () Articles 45 bis et 255 bis du Code des Marchés publics.

n'excède pas le dixième de la masse initiale des travaux »⁽²²⁷³⁾. L'Administration ne saurait imposer aucune obligation, si minime qu'elle soit, sans rapport avec l'objet du contrat. Tout changement allant au-delà de l'objet de l'accord est nulle car elle viole les règles d'adjudication auxquelles sont soumis divers marchés ou concessions⁽²²⁷⁴⁾. L'Administration ne doit ni porter atteinte à la substance ou à l'essence du contrat, ni contraindre son partenaire à réaliser une prestation nouvelle ou imprévue. Dans un contrat de fourniture de fiches manuelles, le pouvoir public ne peut demander la livraison de bandes magnétiques en raison de la mise sur ordinateur d'un répertoire administratif⁽²²⁷⁵⁾. Ces affirmations sont défendues par le juge de l'Administration. Le pouvoir public ne saurait prétendre imposer une modification qui entraînerait un « *changement ou bouleversement de l'économie générale du projet* ». Il ne peut changer la « *substance* » ou l'« *essence* » initiale du marché⁽²²⁷⁶⁾. L'Administration ne doit pas imposer à l'entrepreneur l'exécution d'un ouvrage nouveau. Si elle prétend le prescrire, celui-ci peut demander la résiliation de l'accord ou son exécution sous réserve de réparation des conséquences des modifications⁽²²⁷⁷⁾. Toute prescription de travail excédant les prévisions initiales ne constitue pas forcément une construction nouvelle. Il faut alors distinguer l'ouvrage nouveau des travaux supplémentaires. Le travail doit être étranger par son objet, par l'absence de tout lien avec l'engagement souscrit et par l'exigence de son exécution dans des conditions imprévues⁽²²⁷⁸⁾. L'ouvrage non prévu ne doit pas figurer dans le marché mais il ne doit pas lui être totalement étranger. Celui-ci peut être imposable à condition que les changements intervenus ne bouleversent pas l'économie du marché. L'État peut changer l'emplacement des travaux ou la substitution d'un ouvrage à un autre sans toutefois transformer l'essence du projet⁽²²⁷⁹⁾.

540. Corrélativement aux contrats administratifs, les marchés publics internationaux font l'objet de ce genre d'intervention. L'État contractant ne cesse d'être souverain. En présence ou non d'une clause de stabilisation, il arrive que « *l'État, sans se poser la*

²²⁷³ () Art. 1522, Cahier des Charges Administratifs Générales des marchés de travaux, approuvé par le décret du 21 janvier 1976.

²²⁷⁴ () BADAOU S., *Le fait du prince...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1953, p. 113.

²²⁷⁵ () VEDEL G., *op. cit.*, P.U.F., Paris, 1992, p. 420.

²²⁷⁶ () Conseil d'État 14 mars 1980, C.I.T.E.M., *D.* 1980, p. 495, note Théron.

²²⁷⁷ () C.E. 14 avril 1948, Ministre des Armées, Rec. Lebon, p. 159, cité par LAUBADERE A., et autre, *op. cit.*, t. 2, 11^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 406, n° 727.

²²⁷⁸ () Ex., les travaux d'une consistance différente de celle prévue et dans une localité distante de trois kilomètres C.E. 14 avril 1948, Min. des armées 8 mars 1946, Ville d'Asnières, Rec. Lebon, p. 76 ; les travaux neufs de charpente prescrits à un adjudicataire de travaux d'entretien et la substitution d'emplacement constituent une « *modification essentielle aux conditions du marché* », C.E., 30 juin 1905, BARUEL, Rec. Lebon, p. 602.

²²⁷⁹ () BADAOU S., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1953, p. 109.

question de son intervention, intervient ⁽²²⁸⁰⁾. L'expérience vécue a prouvé que la mutabilité de ces marchés est acceptée par le biais du mécanisme de réadaptation. Depuis la création de l'Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole (O.P.E.P.), le changement de circonstances a été évoqué pour justifier la participation étatique au processus d'exécution ⁽²²⁸¹⁾. En cas de conflit, ce pouvoir s'identifie à l'hypothèse de résiliation. Il peut arriver que l'État ne résilie pas le contrat mais le modifie ou propose de le modifier en demandant sa renégociation. Refusant ces amendements, l'opérateur étranger cesse d'exécuter le marché et recourt à l'arbitrage qui convertit la modification en résiliation. Plusieurs exemples illustrent cette situation. Les faits de l'affaire Aramco ont consisté dans la diminution par le gouvernement saoudien des droits de son partenaire et non dans leur révocation au profit d'un autre contractant. Cette thèse a été défendue par l'Arabie Saoudite qui a revendiqué l'applicabilité des règles particulières aux *concessions de service public, conformément au droit administratif français*. Cette action, qui a certes entravé la clause d'exclusivité, n'aurait pas dû être qualifiée de résiliation, comme l'a considéré l'arbitrage saisi pour trancher le différend ⁽²²⁸²⁾. La décision de la sentence *Revere* illustre mieux cette confusion : alors que les faits de l'affaire étaient clairs, le gouvernement jamaïcain a décidé d'augmenter l'impôt sur la production du bauxite. Il a expressément déclaré qu'il n'entendait nullement procéder à une nationalisation, ni à aucune autre mesure semblable ⁽²²⁸³⁾. Moyennant cette intervention, il a entendu taxer les revenus en vue d'améliorer la balance des paiements. Une exploitation rapide des réserves et une augmentation de la capacité de production auraient dû permettre cet objectif. Il s'agissait donc tout simplement d'une adaptation du contrat par un ajustement des prélèvements effectués par l'État au gré des résultats économiques du projet ⁽²²⁸⁴⁾. Malgré la clarté des faits, le tribunal arbitral les a qualifiés de nationalisation confiscatoire, en assimilant les nationalisations rampantes (creeping expropriation) aux nationalisations ouvertes. Cette décision était fondée sur le critère de

²²⁸⁰ () COLLIARD, *L'intervention de l'État en matière d'hydrocarbures*, Annuaire de la Faculté de Droit d'Aix en Provence, 1960, p. 65.

²²⁸¹ () ELKOSHERI A. S., Le régime juridique crée par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *R.C.A.D.I.*, 1975, V. IV, T. 147, pp. 221-393, spéc. p. 241.

²²⁸² () Sentence *Armco c/ l'Arabie Saoudite* (1958), *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1963, pp. 272-363 ; Les arbitres de l'affaire *LETSCO/Libéria* ont analysé l'acte gouvernemental de résiliation discrétionnaire. Cependant, l'État intervenant n'avait initialement pas l'intention de révoquer la concession. Il voulait réduire son étendue en raison de certains changements. Sentence *Letco/Liberia* 31 mars 1986, *J.D.I.* 1988, 166 ss.

²²⁸³ () Sentence précitée, *I.L.M.*, 1978, pp. 1320-1367, spéc. p. 1325.

²²⁸⁴ () La déclaration du premier ministre jamaïcain citée par le tribunal : « The government of jamaica cannot be bound by them any longer. For jamaica to survive we must negotiate new contracts and new benefits for our things sold abroad », Cf. *ibid.*, *I.L.M.*, 1978, p. 1325.

contrôle de l'opération, devenu incertain pour la société étrangère. Le tribunal a considéré que la mesure prise a affecté l'effectivité du contrôle. Elle a mis en cause la continuité dans la prise de décisions et donc la certitude de suivre l'opération jusqu'au bout. Ce motif n'emporte pas de conviction. Pour qualifier une mesure d'expropriation ou de nationalisation, il faut qu'elle empêche définitivement la poursuite normale de l'exploitation de l'entreprise, objet d'intervention ⁽²²⁸⁵⁾. C'est la raison pour laquelle l'un des arbitres a rejeté cette idée dans son opinion dissidente. Il a affirmé que l'incertitude ne suffit pas pour conclure que la société a perdu tout contrôle effectif sur l'opération ⁽²²⁸⁶⁾. Le droit international auquel le tribunal s'est référé ne connaît aucune conception aussi extensive de l'expropriation. De plus, le critère de la continuité du processus de décision est sans conteste trop vague pour servir de base à une définition de l'expropriation ⁽²²⁸⁷⁾.

541. Au-delà de cette volonté de dissimuler la modification derrière la résiliation, la sentence 'CIRDI' de l'affaire des pyramides a affirmé la dissemblance entre les deux situations. Ayant annulé le projet d'investissement, l'Égypte a demandé que *les demandereses (SPP) soient tenues « d'accepter le site de la Cité du Six-Octobre en modification du contrat, du fait qu'en droit égyptien, le contrat correspondait à la catégorie des contrats connus sous la notion de contrats administratifs »*. L'Égypte a ajouté que « *c'est dans l'exercice de ses pouvoirs concernant la mutabilité des contrats administratifs en réponse aux exigences du service public qu'elle a décidé de confier à ETDC des droits d'usufruit sur une zone de six mille feddans autour de la Cité du Six Octobre en contrepartie des droits d'usufruit qui avaient été conférés à ETDC sur le plateau des Pyramides* ». Selon l'État, « *c'est le refus des demandereses d'accepter cette modification du contrat qui les a rendu responsables de l'entière faillite du projet. Les demandereses répondent que le site de remplacement proposé était totalement impropre à la destination du projet touristique et qu'elles étaient, dès lors, fondées à refuser de réaliser le projet sur ce site de remplacement* ». Sur cette revendication, les

²²⁸⁵ () SEIDL HOHENVELDERN I., « La nationalisation en droit international public », *Dossiers de l'Institut des sciences juridiques du développement*, Doc. I, p. 15.

²²⁸⁶ () Après avoir déclaré "*The uncertainty and doubt faced b.Y business management in such a situationb are in my view, plainly not the direct prevention of contrôl within OPIC's undertaking of guaranty. There is no ressemblance whatever to the actual situation in Jamaica of RJA which not only remained fully in control of its business, but asserted and exercised its legal right to decide and carry out its decision to close down its jamaica plant for economic reasons* ", l'arbitre Francis BERGAN a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une expropriation. Opinion dissidente, Sentence précitée, *ILM*, 1978, pp.1368-1383, spéc. 1382-1383.

²²⁸⁷ () LAVIEC J.P., « *Promotion et protection des investissements, Études de droit international économique* », *Presse Universitaire de France, Paris*, 1985, spéc. p. 171.

arbitres ont conclu que « *le changement du site du projet du Plateau des Pyramides au voisinage de la cité du Six Octobre aurait impliqué beaucoup plus qu'une simple variation des obligations nées du contrat. Ainsi qu'il a été observé, cela aurait modifié fondamentalement l'accord des parties et les conditions financières qui le sous-tendent. L'argumentation de la défenderesse selon laquelle les demanderesses auraient été dans l'obligation d'accepter un site de substitution en modification du contrat des parties doit donc être rejetée* »⁽²²⁸⁸⁾.

542. Sur ce point, l'analyse du tribunal semble convaincante. **II** est irréaliste d'admettre que le projet de Ras *El-Hekma*, un des sites contractuels, n'était pas inclus dans la mesure d'annulation. Si cette mesure a été consacrée au projet du Plateau des Pyramides, l'affectio societatis (base de la continuité de toute entreprise commune) a disparu des relations entre EGOTH et ses cocontractants. *Le retrait de la contribution d'EGOTH à l'entreprise commune en ce qui concerne le Plateau, le blocage des comptes d'ETDC dans les livres de la Banque Centrale, le placement d'ETDC sous administration provisoire à la demande d'EGOTH et la séquestration des actifs d'ETDC ont rendu impossible et impraticable la continuité de l'entreprise commune entre EGOTH et SPP (ME) relativement au projet de Ras El-Hekma* ⁽²²⁸⁹⁾. Il n'est pas non plus admissible que les demanderesses puissent continuer le développement du site de Ras El Hekma ou un site de substitution dans le voisinage de la Cité du Six Octobre. Le projet de Ras El Hekma a été clairement affecté par l'annulation du projet de l'oasis des Pyramides. L'entreprise commune a été effectivement dissoute du fait des agissements de la défenderesse. Elle n'aurait pas pu développer le site de Ras El-Hekma, même si celui-ci n'a jamais été formellement annulé. Il était extrêmement douteux, du point de vue de la réalité commerciale et financière, que ETDC ait pu recueillir les capitaux nécessaires au projet de Ras El-Hekma. Le dossier établit que les parties ont considéré Ras El-Hekma comme ayant une importance secondaire dans le plan de développement global. Le projet de l'Oasis des Pyramides a reçu la plus grande publicité. La capacité d'ETDC d'attirer les capitaux nécessaires était due en large partie au soutien enthousiaste du projet par le gouvernement égyptien. Lorsque ce même gouvernement a ensuite annulé le projet, cela a clairement affecté la capacité d'ETDC de

²²⁸⁸ () GUILLARD E., « Centre international pour les règlements des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *Clunet*, 1994, pp. 217 et s., spéc., p. 235, n° 174, 175 et 178.

²²⁸⁹ () Cf. *ibid.*, p. 234, n° 169.

s'adresser de nouveau aux marchés financiers mondiaux et de lever des capitaux pour un autre projet en Égypte ⁽²²⁹⁰⁾.

543. Concernant le site de remplacement, les témoins des demanderesses ont affirmé que ce site était totalement inadapté pour le développement touristique. Il est clair que les conventions prévoyaient le développement du site des pyramides et non d'un site de remplacement. Les demanderesses ont procédé à d'importants investissements en fonction de celles-ci. *De plus, les considérations commerciales et financières qui suggèrent que le financement n'aurait pu être trouvé pour le site de Ras El Hekma après l'annulation du projet de l'Oasis des Pyramides s'appliquent également au développement du site de la Cité du Six Octobre. Bien que les demanderesses aient eu l'obligation de minimiser les pertes subies du fait de l'annulation du projet de l'Oasis des Pyramides, une telle obligation n'est pas si large et générale qu'elle obligerait les demanderesses à accepter un site de remplacement inadéquat qui n'a jamais été envisagé dans l'accord des parties* » ⁽²²⁹¹⁾. Ces raisonnements affirment que les enseignements des contrats administratifs ont trouvé une entrée indirecte pour évaluer quantitativement la forme d'intervention. Le tribunal a considéré que l'*investissement en cause a « fait l'objet d'une expropriation par l'effet de l'annulation du projet de l'Oasis des Pyramides »* ⁽²²⁹²⁾. L'analyse est contestée car ces agissements étatiques constituent juridiquement une simple résiliation.

B) Pouvoir de résiliation

544. La résiliation unilatérale manifeste le pouvoir de décider la fin anticipée des contrats administratifs que détient l'Administration. La résiliation est une condamnation du contrat, dont les circonstances de formation ont subi des changements le rendant sans objet. Elle affecte également celui qui ne présente plus d'intérêt pour la collectivité ⁽²²⁹³⁾. Le partenaire privé ne peut maintenir un accord dans lequel l'intérêt public exige la suppression du service public avec lequel il est appelé à collaborer. Il ne doit pas insister sur la réalisation d'une prestation ou d'un travail devenu inutile ou irréalisable, tant que ses intérêts pécuniaires sont sauvegardés. La résiliation n'a généralement pas le caractère d'une sanction ⁽²²⁹⁴⁾. Ce pouvoir régalien relève pleinement de l'intérêt de la

²²⁹⁰ () *Ibidem.*, n° 171.

²²⁹¹ () Cf. *ibid.*, 234, n° 172.

²²⁹² () Cf. *ibid.*, p. 235.

²²⁹³ () ex., le service public a cessé d'être viable par suite de la désaffectation des usagers.

²²⁹⁴ () BADAoui S., *Le fait du prince ...*, op. cit., L.G.D.J., Paris, 1953, p. 119 ; LICHER L., *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 184-187.

communauté, il ne puise pas sa force juridique dans une clause contractuelle ou dans le comportement fautif des parties ⁽²²⁹⁵⁾. La résiliation doit être opérée dans ses justes limites : elle ne doit intervenir que dans un but de service public, non pour réaliser un avantage financier, et ne doit pas priver le co-contractant de l'Administration des bénéfices qui lui ont légalement été octroyés. Celle-ci ne doit pas résilier un accord pour confier son exécution à un autre contractant parce qu'il offre des conditions avantageuses. Une telle mesure produirait ses effets car le pouvoir intervenant devrait indemniser la victime du préjudice causé et du manque à gagner ⁽²²⁹⁶⁾. Cette résiliation ne peut être prononcée que par un motif légitime contrôlé par le juge administratif, dont le pouvoir peut paraître bien limité. Le juge fait abstraction des mesures pouvant provenir d'une injonction adressée à l'Administration. Il peut refuser l'annulation des décisions prononçant la résiliation d'un marché. Cette position n'est qu'une expression de sa volonté à ne pas s'immiscer dans le rôle de l'Administration, sauf lorsque celle-ci ne justifie pas assez ses décisions ou n'observe pas les formalités prévues. ⁽²²⁹⁷⁾. Le pouvoir de résiliation peut être aménagé et ses conditions d'exercice délimitées. Les parties peuvent indiquer ses hypothèses ⁽²²⁹⁸⁾ ou fixer le montant de l'indemnité ⁽²²⁹⁹⁾. Étant toutefois étroitement lié aux nécessités du service public, ce pouvoir ne peut être abrogé par la volonté des contractants ⁽²³⁰⁰⁾.

545. Dans les marchés publics internationaux, la résiliation a souvent été examinée comme une conséquence de la nationalisation. Cette tendance a perdu de sa rigueur. Un bon nombre de litiges concernant ces accords relèvent de la résiliation proprement dite. Le projet du *Plateau des Pyramides* a été abrogé par le gouvernement ⁽²³⁰¹⁾. C'est également le cas dans l'affaire *SOIBI c/ le Sénégal*. L'action de l'État a consisté en une

²²⁹⁵ () DE LAUBADERE A., *Traité de droit administratif*, T. 2, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 407, n° 731.

²²⁹⁶ () BADAOUÏ S., *op. cit., supra*, L.G.D.J., Paris 1953, p. 120, et note de bas de page ; adde, « *Il serait, en particulier choquant qu'une collectivité publique puisse résilier une convention de délégation (...) uniquement pour attribuer la gestion du service à un autre délégataire* », LICHER L., *Droit des contrats administratifs*, 1^{ère} édition, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 188.

²²⁹⁷ () Ex., annulation pour inexactitude des faits. BADAOUÏ S., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1953, p. 120.

²²⁹⁸ () Le Conseil d'État français a fait application des stipulations excluant les possibilités d'une résiliation d'un marché de chauffage lorsque la quantité de combustible consommé est inférieure à la consommation théorique. C.E. du 11 mai 1990, O.P.H.L.M. de la ville de Toulon, requête n° 68689, LECHER L., *op. cit., supra*, p. 186.

²²⁹⁹ () Cf. *idem.*, p. 187.

²³⁰⁰ () Conseil d'État, 6 mai 1985, Association EUROLAT, *Rev. Fr. Dr. Adm.*, 1986, p. 21, conclusion GENEVOIS ; *A.J.D.A.*, 1985, 620, note FATOME et Moreau ; *R.D.P.*, 1986, 21, note LLORENS ; Il est douteux qu'il puisse l'être par un acte réglementaire, mais une loi comme celle du 29 juillet 1982 (art. 12) pour les contrats de plan peut le supprimer. LECHER L., *op. cit., supra*, p. 184.

²³⁰¹ () RAMBAUD P., « Premiers enseignements des arbitrages CIRDI », *A.F.D.I.*, 1982., pp. 471 ss.

«*prérogative exorbitante du droit commun*», suivant le Code des obligations de l'Administration. Les articles 137 et 138 dudit Code permettent à l'État une résiliation discrétionnaire ou pour faute. Le tribunal *CIRDI* en a fait application, précisant que l'action du gouvernement s'est inscrite dans le cadre de l'article 137 qui donne à l'Administration le pouvoir discrétionnaire de mettre fin au contrat, sous réserve d'indemnisation du cocontractant (²³⁰²). Au cours de la sentence *Amco Asia*, l'État Indonésien a fait usage de son pouvoir en révoquant l'autorisation d'investissement. Saisi sur le fond, le *CIRDI* a analysé la combinaison de la demande d'investissement et son approbation en vertu des principes du droit applicable. Il l'a qualifié de rapport similaire à un contrat *sui-généris* en ce que l'État peut y mettre fin pour des motifs d'intérêt général. À dire vrai, la sentence a précisé que cette exception est spécifique en ce sens qu'elle est inconcevable dans les simples rapports du droit privé ou en raison de l'inexécution du contrat par l'investisseur étranger (²³⁰³). Il apparaît donc que la distinction publiciste entre les pouvoirs de modification et de résiliation se forge un chemin en matière d'investissements. Cependant, l'emprunt de cet instrument paraît incomplet. La seule affaire qui en a fait usage est celle du Plateau des Pyramides. Le recours par le *CIRDI* au concept de modification entendait révoquer l'argument de l'Égypte qui, en annulant le projet du plateau des Pyramides, a proposé un cite de remplacement.

II / Aspects qualitatifs du pouvoir exorbitant : de l'identification entre aléas à caractère interne et aléas à caractère international

546. Si les actes unilatéraux diffèrent quantitativement, ils se distinguent d'après leurs natures et la qualité du pouvoir intervenant. En tant que procédure autonome, le pouvoir exorbitant peut être édicté sous la forme d'actes législatifs ou administratifs. La décision du gouvernement égyptien de renoncer au projet du Plateau des Pyramides a été prise par décrets ministériel et présidentiel (²³⁰⁴). L'auteur de l'intervention étatique est un pouvoir public. Il peut être une autorité contractante ou un pouvoir étranger à l'accord objet d'intervention. Suivant la nature de ces actes et la qualité de leurs auteurs, la doctrine a posé un mode de classement entre ceux à caractère législatif ou constitutionnel (aléas législatifs) et les mesures émanant d'un pouvoir contractant (aléas

²³⁰² () Sentence S.O.A.B.I. c./ Senegal, du 9 février 1988, *J.D.I.*, 1990, p. 193-202, obs. E. GAILLARD.

²³⁰³ () Sentence d'Amco-Asia c./ l'Indonésie, 20 nov.1984, *J.D.I.* 1987, pp. 145-163, spéc. 149 et 151.

²³⁰⁴ () RAMBAUD P., « Premiers enseignements des arbitrages CIRDI », *AFDI*, 1982, pp. 471 ss.

de puissance publique) ⁽²³⁰⁵⁾. Un aléa est *économique* lorsque son auteur est une autorité agissant en tant que telle alors qu'elle est partie intégrante à l'accord objet d'intervention (actes pris par l'État à la fois souverain et contractant). Est en l'occurrence incorporé à cette notion, le contrat conclu par un Ministre et ayant fait l'objet d'une ou plusieurs mesures unilatérales prises par un autre Ministre ou par le législateur. L'aléa est en revanche *législatif* lorsqu'il provient de l'État législateur et vise les marchés de ses autres établissements ⁽²³⁰⁶⁾.

547. Cette distinction correspond à une autre que les *administrativistes* ont élaborée entre *aléa administratif* et *aléa économique*. Ce classement remonte à l'affaire *Fromassol* au cours de laquelle le terme *aléa administratif* a reçu sa première utilisation ⁽²³⁰⁷⁾. L'affaire concernait une mesure de l'autorité contractante qui a ordonné à son fournisseur l'augmentation des salaires de ses ouvriers. Cette mesure a constitué une modification du contrat qui a incité le commissaire du gouvernement à se demander si l'augmentation entraînerait un préjudice effectif à la charge du fournisseur. Cette augmentation a enregistré la hausse réelle des salaires due aux circonstances économiques du moment et le surcroît de charge supportée par le cocontractant ne pouvait être imputé à l'Administration. Celle-ci n'a pas encouru de responsabilité parce qu'elle a seulement imposé à son contractant le paiement de salaires plus élevés que ceux prévus initialement. Sa responsabilité aurait dû être évoqué si la mesure prise avait modifié la situation particulière de son contractant. Cette hypothèse a constitué une théorie jurisprudentielle revêtant progressivement un aspect général ⁽²³⁰⁸⁾. Défendable au niveau doctrinal, cette thèse précise qu'*on est en présence* d'un aléa administratif, donc du fait du prince lorsque la mesure prise traduit la volonté de *la puissance publique d'intervenir*. Si un événement imprévisible, exceptionnel et général avait causé l'intervention, on aurait été face à *un aléa économique, c'est-à-dire* à une imprévision ⁽²³⁰⁹⁾. Les aléas administratifs et économiques sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'Administration. Celle-ci se réfère à cette distinction pour supporter tous les préjudices causés par son intervention uniquement à l'égard d'un marché dont

²³⁰⁵ () WEIL P., *op. cit.*, *Mélanges Ch. ROUSSEAU*, spéc. pp. 302-303 ; BERLIN D., *Le Régime juridique international des accords...*, *op. cit.*, p. 392.

²³⁰⁶ () DELAUBADERE A., *contrat administratif*, t. III, 1956, pp. 34-35 ; BERLIN D., *op. cit.*, *sa thèse*, Paris I, 1981, pp. 391-92, note de bas de page.

²³⁰⁷ () C.E. 3 décembre 1920, conclusions Corneille, *R.D.P.*, 1921, pp. 73 et s., concl. FROMASSOL.

²³⁰⁸ () BADAOU S., *Le fait du prince...*, *op. cit.*, L.G.D.I., Paris, 1953, p. 200.

²³⁰⁹ () Cf. *ibid.*, pp. 188, 215-216.

elle est étrangère. Elle revendique les *aléas économiques qui lui permettent de partager* avec son partenaire les préjudices d'agissements.

548. Ceci étant, il convient de se demander si les aléas particuliers aux *M.P.I.* peuvent s'identifier à ceux des contrats administratifs ? En d'autres termes, les aléas de puissance publique s'identifient-ils aux aléas économiques ? Les aléas législatifs s'associent-ils aux aléas administratifs ? A ces questions, M. Berlin a répondu négativement. De prime abord, l'auteur a reconnu qu'il existe un certain rapprochement entre ces situations : « *le co-contractant d'une personne publique est soumis à un plus grand aléa, que ce soit en droit interne ou en droit international* »⁽²³¹⁰⁾. Il a ensuite affirmé que leur provenance de l'État législateur ou de l'autorité contractante ne signifie pas l'identification entre les mesures affectant un accord interne et celles touchant un marché international d'investissement⁽²³¹¹⁾. L'auteur s'est appuyé sur toute une série d'arguments, qui méritent des réserves importantes. Il a rappelé que, contrairement aux contrats administratifs, le recours au pouvoir exorbitant dans les *States Contracts* continue de faire l'objet de discussions⁽²³¹²⁾. Cette observation, d'ailleurs incontestable, paraît avoir une autre explication. En effet, la persévérance des internationalistes dans un débat révolu chez les publicistes peut relever de la pérennité du conceptualisme des contrats administratifs par rapport aux accords d'investissement. Il est alors concevable qu'il y ait une succession de ce débat, en particulier lorsqu'il s'agit de marchés lacunaires à une codification commune. Par ailleurs, qu'il se pose en matière interne ou internationale, le traitement de cette question apparaît inévitable pour affirmer ou infirmer le pouvoir exorbitant. Le chemin tracé par les *publicistes* est relativement suivi par les internationalistes. L'auteur lui-même a reconnu qu'en matière internationale, le pouvoir exorbitant est aujourd'hui regardé d'un autre œil⁽²³¹³⁾. Ce pouvoir est de moins en moins contesté. C'est grâce aux débats qu'il a occasionné qu'il a pu consolider son fondement⁽²³¹⁴⁾.

²³¹⁰

() *Le droit (interne ou international) admet une interprétation relative du principe pacta sunt servanda.* BERLIN D., « Les Contrats d'États et... », *D. P.C. I.*, 1987, spéc. p. 206 (note de bas de page).

²³¹¹ () « *Il y a des approximations dans les notions employées* », Cf. *ibid.*, p. 207, n° 11 ; également sa thèse précitée, Paris, 1980, p. 388.

²³¹² () Cf. *ibid.*, p. 210, n° 13 ; adde, sa thèse, t. 1, p. 444, note de bas de page.

²³¹³ () BELIN D., « Contrats d'État », *Répertoire international*, Dalloz, 1998, p. 11, n° 58.

²³¹⁴ () Dans ce sens, M. JACQUET a parlé d'un « *Droit substantiel* », in « Le contrat d'État », *Éd. J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-60 ; M. BERLIN a évoqué l'émergence d'un « régime de responsabilité » favorable à l'intervention unilatérale, Cf. op. cit., in *Rép. Int.*, Dalloz, 1998, pp. 1 et s.

549. L'auteur a ajouté que même si le droit public (français) semble clair ⁽²³¹⁵⁾, le concept de contrat administratif accorde un pouvoir redoutable à l'Administration. En plus de son pouvoir de contrôle, elle peut infliger à ses partenaires des sanctions et peut modifier ou résilier leurs opérations. L'identification de ces concepts rend la situation de l'investisseur étranger « *plus dangereuse que celle d'un investisseur lié par un contrat administratif* » ⁽²³¹⁶⁾. Le cocontractant local peut trouver dans son ordre juridique des principes protecteurs en dépit de l'acte attentatoire à ses droits émanant de l'État ⁽²³¹⁷⁾. En revanche, l'opérateur étranger risque d'être entièrement soumis au bon vouloir de l'État, qui peut contourner sa législation applicable à son profit ⁽²³¹⁸⁾. Cet argument paraît extérieur au problème de l'identification entre aléas législatifs et administratifs ou aléas économiques et de puissances publiques. De plus, à supposer que la partie étrangère soit moins protégée lors de sa soumission à la loi interne, elle ne le serait pas non plus suivant le Droit des gens. Celui-ci ne contient « *aucune règle qui interdit à un État de modifier ou de rompre le contrat qu'il a conclu avec un particulier étranger* » ⁽²³¹⁹⁾. Il accorde à l'État souverain plus de liberté que son ordre interne ⁽²³²⁰⁾.

550. L'auteur a considéré que toute tentative d'identification à ces divers aléas n'est que la conséquence de la confusion entre les aspects propres aux contrats administratifs

²³¹⁵ () L'auteur donne l'exemple de la théorie de l'imprévision qui admet au cocontractant atteint une certaine compensation s'il y a eu un bouleversement de l'économie de l'opération contractuelle.

²³¹⁶ () Sous-entendue la maîtrise par l'État du contenu de ces lois, BERLIN D., *op. cit.*, D. P.C.I., 1987, spéc. p. 208 ; adde, *sa thèse*, Paris, 1981, p. 389.

²³¹⁷ () En effet, si la puissance publique a la maîtrise du contenu de son action, elle reste soumise à un cadre juridique (dont fait partie le respect de certains droits individuels), qui s'impose à la mise en oeuvre de sa politique et dont elle n'est pas entièrement maîtresse. Certes, il est toujours possible de modifier préalablement ce cadre, de manière à « façonner » un nouveau cadre de licéité pour l'action à venir, mais dans ce cas, des mesures transitoires sont aménagées.

²³¹⁸ () Dans ce contexte, M. Berlin a évoqué le défaut d'hétéronomie de la loi de l'État contractant. Il a fait référence à la distinction entre État souverain et État/Administration. Les contrats d'État supposent une impossibilité logique du recours au droit de ce dernier. Les contrats administratifs peuvent relever de la seule loi de l'administration. Cet argument est déjà rejeté car la logique n'a pas pu surmonter les obstacles pragmatiques. V. section 1, Chapitre 1, titre 2, partie 2.

²³¹⁹ () « *Ce n'est point que le droit des gens autorise cette « déstabilisation ». C'est simplement qu'il ignoré de tels accords qu'il ne régit pas. Même sans être farouchement unilatéraliste, on ne peut manquer à cet égard de trouver étrange que l'on prétende faire régir un contrat par un droit qui l'ignore* » Joe VERHOEVEN, « Arbitrage entre États et entreprises étrangères ; Des règles spécifiques? », *Revue d'arbitre* 1985, pp. 609-640, spéc. p. 623 ; « *Il n'en reste pas moins vrai que le droit international public contient des règles susceptibles d'interdire à l'État d'annuler ou de modifier par quelque procédé que ce soit, y compris un changement du droit applicable, ses engagements contractuels* », TSCHANZ P.Y., « Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, spéc. p. 64, n° 30.

²³²⁰ () « *Il n'est même pas certain que l'État ne soit pas plus libre dans l'ordre juridique international car dans celui-ci il est toujours contemplé en tant que souverain, alors que dans son propre système juridique. Il reste soumis à des règles qui, lui reconnaissant la qualité de 'puissance publique', ne lui laissent pas toute l'autonomie du souverain* », JACQUET J.M., La loi de l'État contractant, *In Mélanges BOYER*, p. 293.

et ceux des accords d'investissements (²³²¹). Il assure l'impossibilité de transposer les notions du droit administratif aux *M.P.I.* car la proximité des situations juridiques connaît des limitations. L'aléa économique (contrat administratif) ne s'identifie pas à **l'aléa de puissance publique** (²³²²) et ***l'aléa administratif ne s'associe pas à l'aléa législatif*** (²³²³). La distinction du droit interne est fondée sur un critère associant ***l'auteur de l'acte et son contenu*** (²³²⁴). En revanche, celle de l'ordre international repose sur ***la nature de l'acte et son objet*** (²³²⁵). La distinction entre l'aléa de puissance publique et l'aléa législatif recouvre, mais n'épuise pas, la distinction du droit public entre aléa administratif et aléa économique (²³²⁶). La qualité de l'auteur des actes ou leur conséquence *spoliatrice s'infléchit devant la* spécificité des accords étudiés (²³²⁷). Elles doivent empêcher l'identification de leurs régimes juridiques (²³²⁸). On ne comprend pas la rigueur de cet argument, dont les termes sont étroitement mêlés. Où est la différence entre ***l'auteur de l'acte et son contenu*** et ***la nature de l'acte et son objet*** ? La recherche dans le ***contenu*** d'une mesure implique le traitement de son ***objet et de sa nature***. La qualification de telles ou telles mesures exige que la qualité de son auteur soit évoquée. La distinction entre les seuls aléas d'ordre international (aléa législatif et

²³²¹ () BERLIN D., *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. p. 212, n° 14.

²³²² () Celui-ci « recouvre le pouvoir (pour le cocontractant public) de modifier unilatéralement certaines dispositions du contrat ou même de le résilier avant le terme qu'il a fixé ».

²³²³ () « qui recouvre aussi bien les changements constitutionnels ou réglementaires que les modifications législatives proprement dites ». Cette distinction est rattachée à M. WEIL P., dans une série décrits très intéressants, son article, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *In Mélanges ROUSSEAU*, 1974, pp. 301 et s., spéc. 302-03. Elle a été reprise par d'importants auteurs intéressants à cette question comme BERLIN D., Le régime juridique international des accords entre États et ressortissants d'autres États, *thèse, Paris I*, 1981 ; « Les Contrats d'États » (State-contracts) et la protection des investissements internationaux », *D. P.C.I.*, 1987, spéc., p. 208 ; JACQUET J. M., « Le Contrat d'État », *J.-C., Dr. Int.*, 1998, fasc. 565-60.

²³²⁴ () L'auteur s'est appuyé sur une décision du Conseil d'État affirmant que « le droit administratif français fonde la distinction entre le fait du Prince et l'imprévision sur l'auteur de l'acte attentatoire aux droits contractuels (personne publique contractante ou intervention du législateur) et sur le contenu de l'acte (notamment lorsque ce dernier émane non d'une administration locale, ou d'un établissement public, mais de l'État, ce dernier étant en même temps l'autorité contractante) ». C.E., 6 juillet 1951, *Ministre de la Guerre, Rec.* 940.

²³²⁵ () Pour distinguer entre aléas de puissance publique et l'aléa législatif, « l'ordre international s'appuie plus sur la nature de l'acte, normes concrètes, générales et individuelles (décisions) et normes générales et abstraites (règles) ». Il assure que l'ordre international envisage, au moins implicitement la distinction proposée par P. MAYER « La distinction entre règles et décisions et le droit international privé », *Dalloz*, 1973. Cet ordre repose également l'objet affecté : « l'État contractant pourra ainsi porter atteinte à l'investissement non seulement par une mesure particulière atteignant spécifiquement le contrat, mais également par une mesure législative s'appliquant au contrat, ou enfin par une modification de son ordre juridique atteignant indirectement le contrat ». BERLIN D., « Les Contrats d'États ... », *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, spéc. p. 209, (note de bas de page n° 38).

() BERLIN D., Le régime juridique international..., *op. cit.*, *thèse*, Paris, 1981, p. 388.

²³²⁶ () Cf. *ibidem*.

²³²⁷ () Acte à objet contractuel 'aléa de puissance publique' ou mesure générale 'aléa législatif'.

²³²⁸ () Puisque les voies du recours et les moyens juridiques à la disposition de la victime de telle ou telle mesure varient d'un contrat administratif qu'un marché public international, Cf. *idem*, p. 209.

aléa de puissance publique) impose le traitement de la qualité de leur auteur par rapport au marché. L'auteur lui-même a fait entrer la qualité de l'auteur en ligne de compte alors qu'il en a minimisé son poids : « *lesdites mesures sont la manifestation d'un pouvoir extra-contractuel, alors que le pouvoir de résiliation ou de modification unilatérale est celui de l'État cocontractant* »⁽²³²⁹⁾. Les aspects particuliers aux aléas comparés sont les mêmes. Seules les qualités de leurs victimes (extranéité ou citoyenneté) et l'importance des marchés visés demeurent à l'origine de cette discussion. L'auteur a souligné que la distinction sollicitée n'est pas très aisée. Sa transposition risque de faire entrer des situations placées aux frontières de l'aléa administratif et de l'aléa économique : « *une jurisprudence extrêmement complexe ne peut que rendre plus malaisés les efforts tentés pour tirer quelques conclusions générales utiles pour les contrats entre États et ressortissants étrangers* »⁽²³³⁰⁾. La difficile distinction entre l'action donnant lieu à l'imprévision (suivie d'une indemnisation partielle) et celle du fait du prince (assidu à une indemnisation intégrale) risque de compliquer les problèmes posés. L'importance des conséquences impose la prudence dans l'analyse : « *Il est en effet des zones d'ombre qui obscurcissent la clarté de la distinction de la jurisprudence française entre les cas d'imprévision (aléa économique) et les faits du prince (aléa administratif). Prudence ensuite car il n'est pas certain que la distinction entre l'aléa législatif et l'aléa de puissance publique recouvre celle entre l'aléa économique et l'aléa administratif* »⁽²³³¹⁾.

551. On a enfin exclu la transposition de solutions internes car le fait du prince n'est pas toujours suivi d'indemnisation. Lorsqu'une loi résilie un marché et prohibe la réparation, le Conseil d'État paraît s'incliner devant une telle législation. Même si l'indemnisation n'est qu'hypothétique, les mesures prises ne garantissent pas forcément que celle-ci soit réelle. Le Conseil d'État n'exige pas seulement que les normes soient générales ou qu'elles affectent les droits et avoirs de l'opérateur contractuel, il conditionne aussi un *préjudice certain, direct et absolu*, résultant de l'acte souverain, imprévisible et exceptionnel⁽²³³²⁾. Il apparaît que la critique liée aux difficultés de la

²³²⁹ () *S'il est difficile de tirer des enseignements précis quant à l'identification des mesures unilatérales en raison du fait que les arbitres n'ont eu à se prononcer que sur leur effet (en particulier de nationalisation), ou parce que certaines d'entre elles ne peuvent pas se rattacher au pouvoir souverain proprement dit (législatif)*, BERLIN D., « Contrats d'État », *Rép. Int.*, Dalloz, 1998, p. 11, n° 60.

²³³⁰ () BERLIN D., *op. cit.*, *supra*, thèse, Paris, 1980, p. 388.

²³³¹ () Cf. *ibid.*, pp. 388-389.

²³³² () L'auteur s'est référé aux arrêts suivants : C.E., 7 décembre 1894, Compagnies Algériennes Concl., ARRIVIERE, Sirey 1896.3.59 ; C.É., 29 avril 1898, Gilles et Bellet, Sirey 1900.3.45 ; C. É., 8 décembre 1944, Société l'énergie industrielle, R.D.P., 1946, p. 315, concl. OETTON, Dalloz, 1945 p. 238

distinction entre *fait du prince et imprévision n'est pas déterminante*. Ces théories connaissent d'importantes lignes de démarcation : le *fait du prince* exige que l'acte provienne d'une autorité non-contractante et compétente alors que l'imprévision exige la présence d'un événement exceptionnel, imprévisible qui *bouleverse l'économie du contrat* (²³³³). D'autre part, la distinction en droit international privé entre normes et décisions (*règles*) connaît un problème similaire qui n'a pas empêché leur application (²³³⁴). Du reste, il est exagéré d'évoquer la crainte d'un fait du prince interdisant la réparation. De telles normes ne sont pas ou plus praticables en matière d'investissements. Le cas échéant, l'arbitre n'aurait pas à s'incliner devant l'excès de pouvoir manifeste traduit par ces législations. En matière internationale, cette hypothèse ne peut qu'être marginale. D'une part, le droit à l'indemnisation est prévu tant par les résolutions de l'*ONU* que par les conventions de protection et d'encouragement d'investissements (²³³⁵). D'autre part, les débats entre les tenants du standard minimum et ceux de l'égalité de traitement avec les nationaux ont souvent abouti à des compromis au nom desquels l'État hôte a accordé aux créanciers étrangers une compensation supérieure à celle qu'il a versé à ses nationaux (²³³⁶).

552. Si ce traitement emporte la conviction, il faut admettre qu'il n'y a guère de différence entre les aléas d'ordre interne et ceux d'ordre externe. Dès lors, il faut se débarrasser de toute idée préconçue ou mêlée d'arrière pensées. Les juges ou arbitres ont une position commune en ce qu'ils ne cherchent qu'à évaluer les effets financiers

note P.L.J. Conseil d'État, 3 décembre 1920 FROMASSOL *R.D.P.*, 1921, p. 73, Concl. CORNEILLE ; C.État, 27 décembre 1922, Jardin *Rec.*, 1922, p. 994 ; C.É., 9 avril 1897, Gaz de Montluçon, *Rec.*, p. 305 ; C.É., 20 mai 1904, Compagnie Marseillaise de navigation, *Rec.*, p. 425 ; C.É., 14 mars 1926, Pouillard, *Rec.*, 1926, p. 498.

²³³³ () C.E., 6 juillet 1951 Ministre de la Guerre, *Rec.* 1951, p. 396 ; C.É., 12 février 1886, Société des Publications périodiques, *Rec.*, p. 137 ; C.E., 23 avril 1939, Compagnie des Chemins de Fer d'Ouest, *R.D.P.*, 1940, p. 58.

²³³⁴ () Les pages suivantes vont démontrer que l'auteur et la pratique font référence à la distinction sus-mentionnée.

²³³⁵ () La résolution 1803 et la Charte des Droits et Devoirs économiques des États prévient le droit légitime aux nationalisations pour des motifs « *d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national* ». Elles accordent les conséquences juridiquement adéquates à savoir, « *une indemnisation due au propriétaire des biens et capitaux affectés de telles mesures* » qui doit être conforme aux lois de l'État nationalisant et « au droit des gens », GEORGE ELIN, Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international, *R.C.A.D.I.*, 1976, T. 149, V. 1, pp. 2 et s., spéc. 52 ; BOGOUSLAVSKY M., L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères, in *New directions international Tarde Law, UNIDROIT, Colloque Rome* 1976, oceana publications, 1977, pp. 309 et s.

²³³⁶ () SEIDL-HOHENVLDERN I., « L'évolution des dommages... », *op. cit.*, *A.F.D.I.*, 1987, pp. 7 et s., spéc. 9-10.

des actes de l'État ou de l'Administration (²³³⁷). Ils n'imposent pas d'exécution en nature et ne se préoccupent que de l'indemnisation (²³³⁸), mais cherchent à enracciner la responsabilité de l'Administration pour ses agissements.

Sous-section II **Enracinement du pouvoir exorbitant : le fait du prince**

553. Depuis longtemps, la pratique contractuelle connaît la nécessité de prendre en considération les effets juridiques des crises politiques issues des mesures de puissances publiques nationales ou étrangères. Il peut s'agir de mesures de nationalisation, d'interdiction d'imports-exports ou d'embargo imposé par un État ou par la communauté des nations. Leurs sources peuvent être des normes nationales ou internationales. Leur condamnation financière vise à assurer la continuité du contrat sur sa base initiale ou dans de nouvelles conditions (²³³⁹). L'enracinement juridique de ces actes est assujéti à la nature de l'accord litigieux et à la spécificité de sa juridiction. Lorsqu'ils touchent des contrats privés, ils s'intègrent à la force majeure. Ils se qualifient de *fait du prince* quand ils affectent les marchés de l'Administration. Certains auteurs (²³⁴⁰) les dénomment '*faits du prince étranger*' si l'auteur est un État tiers ou la communauté des nations. D'autres considèrent ces derniers agissements comme étant une *innovation de la force majeure* (²³⁴¹).

I / Fait du prince national

²³³⁷ () Du moment où l'intervention apparaît nécessaire à la protection des intérêts vitaux et qu'elle les sera soumis dans une procédure conflictuelle. P.Y. TSCHANZ, « *Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitrage international* », Rev. Crit. Dr. Intern. Privé, 1985, pp. 47 et s, spéc. n° 63, p. 82 ; aussi sentence Aminoil, « A necessary protective measure in respect of essential which (the State) was bound to safeguard », sentence précitée, § 14, 21 *ILL.M.*, 1982, p. 976 et s, spéc., p. 1027.

²³³⁸ () À titre d'exception, le Conseil d'État français accepte, depuis les arrêts, commune d'Ivry-sur-Seine- du 13 mai 1992 et département de l'Hérault du 25 mai 1992 d'être saisi par les parties contractantes de recours en annulation dirigés contre les mesures d'exécution du contrat (décision de modification unilatérale ou de résiliation) dès lors que le contrat est passé entre deux personnes publiques et a pour objet l'organisation d'un service public. DE LAUBADERE A., et GAUDEMET Y., *op. cit.*, T. 1., n° 1053 bis, p. 725.

²³³⁹ () GRELON B. et autres, « Contrats et crise du Golfe », *Clunet*, 1991, pp. 633-677, spéc. 633-34.

²³⁴⁰ () RIAD F., « Les contrats de développement économique, Contrats conclu entre les États en développement et les Multinationales », *Les Petites-Affiches*, 1986, N° 86, pp. 23 et s ; pour le même auteur, « *Les contrats de développement et arbitrage international* », *Revue égyptienne du droit international*, 1986, V. 42, pp. 253 et s ; KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, L.G.D.J., Paris, 1994.

²³⁴¹ () KAHN Ph., « La force majeure et les contrats internationaux de longue durée », *Clunet*, 1977, pp. 470-475 ; LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, economica, Paris, 1985 ; D'ORTOLI B., La réadaptation du contrat international, *mémoire de D.E.A. (Droit international)*, Nice, 1986, p. 76.

554. Le fait du prince, écrit M. Riad, est « l'événement qui comprend des empêchements résultant de commandements ou des prohibitions émanant des actes des autorités publiques »⁽²³⁴²⁾. C'est une norme ou une décision qui aggrave sans faute la situation d'un co-contractant ou d'une collectivité publique. Le fait du prince peut revêtir la forme de mesures de commandement, législatives ou réglementaires imprévus. Il peut s'exprimer par des mesures intrinsèques (*modification directe des clauses contractuelles*) ou extrinsèques (*aggravation des charges économiques et fiscales*). Son application exige une légalité absolue des mesures employées⁽²³⁴³⁾. Les mesures prises par le prince ne sont pas spéciales aux contrats administratifs. En effet, elles peuvent toucher les contrats de droit privé et produire les mêmes effets. Parallèlement, les *M.P.I.* contiennent de clauses qui considèrent le fait du prince comme une cause d'exonération⁽²³⁴⁴⁾. Ces stipulations de force majeure peuvent compléter ou modifier la conception maintenue dans la loi applicable du moment où elles ne touchent pas des règles impératives ou des lois de police qui peuvent constituer les conditions du fait du prince ou de l'imprévision⁽²³⁴⁵⁾.

555. Le fait du prince conditionne que son auteur soit *une autorité compétente et étrangère* à l'accord objet d'intervention. Lorsqu'on s'interroge sur le pouvoir des autorités publiques de modifier un contrat auquel elles sont étrangères, deux hypothèses sont envisagées : soit le législateur édicte le texte modificateur, soit l'Administration prend des mesures de police à l'encontre de son cocontractant⁽²³⁴⁶⁾. Lorsque l'État souverain résilie des opérations conclues avec ses démembrements, ces derniers évoquent le fait du prince, extérieur, imprévisible et insurmontable pour échapper à leurs engagements⁽²³⁴⁷⁾. La recevabilité de cette demande évoque de vives controverses

²³⁴² () RIAD F., *op. cit., supra, Les Petites-Affiches*, 1986, N° 86, p. 22 ; KINSCH P., *op. cit., supra, L.G.D.J.*, Paris, 1994, spéc., p. 275 et s ; adde DECUYPER Jean-Quentin « Le fait du prince libère-t-il une entreprise publique de ses obligations contractuelles ? Analyse de la pratique arbitrale », *Rev. Dr. Int. Aff.*, N° 8, 1993, pp. 959-986.

²³⁴³ () BADAOU S., *Le fait du prince dans les contrats administratifs : en Droit français et en Droit égyptien*, Paris 1955, p. 2 ; RIAD F., « Les contrats de développement économique... », *Les Petites Affiches*, 1986, n° 86, spéc. p. 22.

²³⁴⁴ () LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre...*, *op. cit.*, economica, Paris, 1985, p. 154 ; DECUYPER Jean-Quentin, « Le fait du prince libère-t-il une entreprise publique de ses obligations contractuelles ? Analyse de la pratique arbitrale », *Rev. Dr. Aff. Int.*, n° 8, 1993, pp. 959-986.

²³⁴⁵ () OMMESLAGHE Pierre, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *Rev. Dr. Int. Dr. Comp.*, 1980, p. 13.

²³⁴⁶ () BADAOU S., *op. cit.*, L.G.D.J. Paris, 1953, p. 154.

²³⁴⁷ () Sentence CCI, SPP c./ Égypte, 16 février 1983, *Rev. Arb.*, 1986, pp. 105-129, Y.C. A. Vol. IX, 1984, pp. 111-124), l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, du 12 Juillet 198, *J.D.I.*, 1985, pp. 130 ss, *ILMI* 23 1984, pp. 1048-1061.

sur les liens entre le pouvoir intervenant et l'organe contractant ⁽²³⁴⁸⁾. A dire vrai, ce débat a trouvé son « *écho dans la jurisprudence à la fin du dix-neuvième siècle* » ⁽²³⁴⁹⁾. On a affirmé qu'en matière interne, l'État n'est pas la seule personne morale de droit public : « *une commune est un tiers au regard d'un marché de l'État, du département ou d'un établissement public, et réciproquement. Mais les départements ministériels ne sont pas des tiers les uns vis-à-vis des autres* » ⁽²³⁵⁰⁾.

556. Révolue en matière interne, cette controverse reste pertinente dans les opérations transnationales. Plusieurs théories sont utilisées pour percer le « voile » derrière lequel paraît se dissimuler les liens étroits entre État et ses émanations personnelles ⁽²³⁵¹⁾. Le mécanisme systématiquement suivi est celui qui combine un critère subjectif (*personnalité juridique, contrôle, détention de la majorité du patrimoine...*) et un autre fonctionnel (*nature des activités ou des prestations*) ⁽²³⁵²⁾. Une première conclusion peut être tirée de cette controverse, témoignant d'une tendance favorable à l'examen du principe de l'extériorité, condition de fait du prince. On peut en déduire que cette théorie publiciste est discutable, voire transposable en la matière.

557. Lorsqu'il s'agit de ce genre d'actions, les arbitres opèrent une double qualification. Ils analysent les liens entre l'État et l'autorité contractante afin de répondre aux demandes d'exonération. Ils déterminent la nature de l'acte en tant que norme ou décision en vue d'enraciner la responsabilité du pouvoir intervenant. Si le cocontractant public s'identifie à l'État intervenant, il ne doit pas abuser de son statut pour se dégager de ses engagements. Il ne doit pas non plus bénéficier de conséquences

²³⁴⁸ () RIAD F., *op. cit.*, *Les Petites-Affiches*, 1986, n° 86, p. 22.

²³⁴⁹ () La justice ordinaire française a décidé que l'administration contractante ne pouvait être déclarée responsable des actes pris par la puissance publique, en vertu de ses pouvoirs de police, dans un but de sécurité ou d'intérêt national. Tribunal Civil de Maçon 29 décembre 1904, citée par BADAoui S., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1953, p. 163.

²³⁵⁰ () Cf. *ibid.*, p. 154.

²³⁵¹ () LAGARDE Paul, Une notion ambivalente de l'émanation de l'État nationalisant, *op. cit.*, *supra*, p. 541 ; Cour de Cassation, 1^{ère} Ch. C., 21 juillet 1987, *Clunet*, 1985, p. 352, Notes GOUILLOUD Martine.

²³⁵² () DECUYPER J.-Q., « Le fait du prince libère-t-il une entreprise publique... », *op. cit.*, *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1993, spéc. pp. 965 et s ; LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et ...*, *op. cit.*, p. 46 ; RIAD F., Les entreprises publiques et semi-publiques en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1963, spéc. pp. 581 et s ; adde, son article précité, « Les contrats de développement », *Rev. égypt. Dr. Int.*, V. 42, 1986, pp. 253-281, spéc. 273 ss ; également, son intervention au cours des Délibérations jurisdictional immunity of states, in *Annales de l'Institut de Droit international*, Vol. 62, Tome II, Session du Caire 1987, pp. 261-262 ; Cour de Cassation, Chambre Civile, 21 juillet 1987, une société italienne c/ la Banque Commerciale Congolaise, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1988, pp. 360 et s, note RÉMOND-GOUILLOUD M. ; HADAD Hafiza, *Al-aucoudes al-mobramah baeina aldouale wa al-ashkass al-agnabiah*, (Les accords conclus entre les États et les personnes étrangères), 1^{ère} édition, Dar El-Nahhda El Arabia, Le Caire, 1996, pp. 32-57.

affectant son partenaire d'une telle intervention qui ne diffère guère de celle dans laquelle l'État souverain agit en accédant aux normes contraires aux engagements pris par l'État contractant. Si l'opérateur public ne s'identifie pas à son État, le fait du prince produit ses effets pour l'ensemble des contractants. Interviennent alors d'autres questions. La mesure modificatrice ou spoliatrice est-elle légitime ? La violation d'un contrat par une loi constitue-t-elle une illégalité pouvant la conduire à son annulation ? Si le cocontractant de l'Administration ne peut pas réclamer cette condamnation, peut-il obtenir une juste indemnisation ? Les publicistes considèrent que l'État ne doit modifier ou résilier ses contrats que sous réserve de l'intérêt public et du paiement de l'indemnisation. Le pouvoir régalien doit être incarné dans ses justes limites. De telles législations ne sont légitimes que si elles respectent ces conditions. Comme toute personne publique ou privée, le législateur est principalement tenu par la règle de la force obligatoire des contrats. Une fois ces limites dépassées, l'action de l'État devient illicite, et le caractère législatif de l'acte violant le contrat ne saurait la justifier. Le respect des droits acquis est un principe supérieur du droit. Inscrit ou non dans la Constitution, il s'impose au législateur. Par conséquent, serait inconstitutionnel le droit qui porte atteinte aux avoirs nés d'un contrat. Les tribunaux ont le pouvoir et le devoir de refuser son application. Ils doivent respecter et sanctionner les contrats qui impliquent l'État. Aucune autorité, si haut placée soit-elle, ne peut porter atteinte au titre contractuel obligatoire (²³⁵³). Le Conseil d'État affirme que la victime des actes unilatéraux a le droit d'être indemnisé en cas de modification législative ou réglementaire. Ce droit s'impose si l'intervention est considérée illicite. Cependant, le juge administratif paraît s'incliner devant la volonté du législateur telle qu'elle est exprimée. Lorsqu'une telle norme ne prévoit pas d'indemnité, ce juge ne se permet pas facilement d'aller à l'encontre de cette volonté (²³⁵⁴). Si la loi reste muette, l'indemnité sera accordée. Cette position d'indemnisation compensatrice affirme la concordance entre le principe du respect des droits acquis et le droit public, même si celui-ci interdit aux tribunaux de s'immiscer dans la fonction législative. Lorsque la mesure d'une autorité non contractante est une règle de police légale, il peut ne pas y avoir d'indemnisation du cocontractant local. La mesure prise par une autorité compétente n'ouvre pas droit à l'indemnité des cocontractants d'une autre autorité. Le Conseil

²³⁵³ () BADAOU S., *Le fait du Prince...* op. cit., L.G.D.J., Paris, 1953, pp. 156-160.

²³⁵⁴ () Affaire de compagnie algérienne, Conseil d'État du 7 décembre 1894, *Rec.*, pp. 661, S. 1896., 3, Conclusions ARRIVIÈRE., cité par BADAOU S., idem., p. 161.

d'État français a considéré chaque département ministériel comme indépendant des autres. Le Ministre de la guerre est irresponsable à raison des actes du Ministre de l'intérieur. Si cette vision est actuellement périmée, le refus d'indemniser subsiste sur le fondement de la généralité des mesures promulguées à tout particulier ⁽²³⁵⁵⁾.

558. La justice étatique et arbitrale a, à cet égard, des décisions paradoxales ⁽²³⁵⁶⁾. Certains juges acceptent la force majeure, d'autres la refusent. Ils s'appuient sur des clauses contractuelles, des conventions internationales ou des lois nationales ⁽²³⁵⁷⁾. Certaines jurisprudences ont accepté le fait du prince national comme cause d'exonération. Celle anglo-américaine a élargi la frustration afin de l'incorporer dans la théorie générale des obligations. Depuis la guerre civile anglaise de 1647, la justice du pays a fait évoluer son attitude à l'égard de cette conception. Elle a exigé que le déchargement du débiteur impose la présence d'une clause de force majeure. Dans une affaire concernant un navire espagnol et des marchands de la société *Ralli Brothers* en 1918, la Chambre des Lords a considéré disproportionnée l'insistance sur l'exécution de contrats devenus irréalisables à cause d'événements exceptionnels. L'affaire relève d'un accord d'affrètement qui a fixé le frêt à 50 livres sterling par tonne, lesquels étaient payables à l'arrivée. Une nouvelle loi espagnole l'a déterminé à 875 pesetas et a exclu tout paiement inférieur. Sur ce différend, on a estimé que cette nouvelle loi a empêché le débiteur d'honorer le paiement du prix et que cette entrave constitue un fait du prince étranger exonérateur d'exécution ⁽²³⁵⁸⁾.

559. Une autre sentence arbitrale se joint à cette position. Il s'agit de l'affaire *Rolimpex*, dont l'objet était un marché d'exportation de sucre par une société polonaise du commerce extérieur. L'interdiction imposée par la Pologne a rendu impossible l'exécution de ses engagements. La société polonaise a qualifié cette mesure de force majeure et a demandé la libération de ses dettes. La justice anglaise a accepté le bien fondé de cette réclamation. La mesure prise a été qualifiée de fait du prince libérateur de toute obligation ⁽²³⁵⁹⁾. Cette prise de position est similaire aux solutions du droit public lorsqu'il s'agit des marchés internes de l'Administration ⁽²³⁶⁰⁾. Des sentences arbitrales se sont alignées à la première conclusion. Il s'agit du célèbre arrêt '*Jordan*

²³⁵⁵ () Cf. *ibid.*, p. 164.

²³⁵⁶ () RIAD F., « Les contrats de développement... », *op. cit.*, in *Rev. Egyp. Dr. Int.*, 1986, p. 22.

²³⁵⁷ () DECUYPER J.-Q., « Le fait du prince libère-t-il une entreprise publique de ses obligations... », *op. cit.*, *Rev. Dr. Aff. Int.*, N°8, 1993, pp. 959-986.

²³⁵⁸ () KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, L.G.D.J., Paris, 1994, spéc. p. 38.

²³⁵⁹ () Sentence citée par LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 155.

²³⁶⁰ () KINSCH P., *op. cit.*, *supra*, L.G.D.J., Paris, 1994, spéc. pp. 33-50.

investment’, dans lequel une entreprise russe du commerce extérieur s’est engagée à livrer du pétrole à la société dont l’affaire est éponyme. En 1956, une interdiction du Ministère soviétique du commerce extérieur a découlé de l’agression militaire franco-anglo-israélienne contre l’Égypte. Cette décision a empêché l’entreprise soviétique d’exécuter ses engagements et l’a amené à défendre devant le tribunal arbitral son droit d’exonération. Le tribunal y a donné suite en qualifiant d’imprévisible et d’*extérieur* à la volonté de la défenderesse l’intervention de l’Administration. L’extériorité relève de la non-identification de l’entreprise russe du commerce extérieur à son État, faute de pouvoir former un service étatique et en raison de la qualité juri-gestionis de sa transaction. Cette sentence, qui fut critiquée, n’est pas restée isolée. Plusieurs sentences vont dans ce sens. L’une concerne un marché de livraison de charbon qui aurait dû être réalisé par une société publique polonaise pour une entreprise allemande. La décision souveraine polonaise, qui n’a pas autorisé l’exportation, a été considérée comme une force majeure exonératoire du devoir d’exécution. Dans des jugements relatifs à l’obtention de licences d’importation, les arbitres ont qualifié de force majeure libératoire de la partie imputée le refus suisse aux entreprises russes du permis d’importation et le refus colombien de celui d’exportation (²³⁶¹).

560. Cette position n’est pas restée intacte. D’autres jurisprudences et sentences ont refusé au fait du prince la qualité libératoire de l’Administration contractante. Symbolisant cette position, la décision de la Cour de Cassation dans l’affaire *Air France* concernant une décision décrétée par l’autorité de tutelle rend imprévisible et insurmontable un tiers étranger à la compagnie (²³⁶²). La Cour a suivi la conclusion de l’avocat général *Melottee selon laquelle* « *il est extrêmement choquant qu’Air France, organisme de droit privé, se retranche derrière Air France, organisme de droit public, pour se soustraire à l’exécution de ses engagements* ». Si sa thèse avait été admise, il aurait été trop simple pour les entreprises à statut de s’exonérer de leurs obligations. Il aurait suffi de provoquer un retrait d’autorisation et d’invoquer le fait du prince. L’équilibre et la sécurité dans les rapports juridiques auraient disparu. A l’égard des tiers, l’entreprise à statut ne représente qu’une sous-entité juridique. L’intervention de la puissance publique n’a pas constitué une cause étrangère opposable à ceux-ci ou aux contractants.

²³⁶¹

() Cf. *ibid.*, p. 52.

²³⁶²

() Cour de Cassation, *Air France c./ Trimoulet*, 15 Avril 1970, *Dalloz*, 1971, p. 107.

561. Dans un litige concernant un marché de vente de produits pétroliers opposant des sociétés publiques à son client, celui-ci a été dans l'incapacité de payer suite à un contrôle de change de la banque centrale de l'État dont il émane. Pour se décharger de sa responsabilité, il a évoqué la clause suivant laquelle « *constitue notamment un cas de force majeure, le respect par le vendeur ou par l'acheteur de toute dispositions contractuelles* ». Se référant à l'arrêt précité d'*Air France*, la CCI a nié l'extériorité et l'imprévisibilité de l'événement. Elle a donc rejeté l'exception du fait du prince comme cause d'exonération ⁽²³⁶³⁾. Pareillement, les arbitres de l'affaire *Eurodif et Framatome* ont examiné la possibilité pour *Atomic Energy Organization of Iran (A.E.O.I.)* d'invoquer la décision iranienne d'abandonner le nucléaire comme étant une force majeure qui justifie l'inexécution de ses engagements. Dans un premier temps, ils ont affirmé la réalité de l'entreprise étatique jouissant d'une personnalité distincte et soumise au contrôle total du gouvernement. Les arbitres ont rejeté la force majeure. Le contrôle étatique et le principe de l'abus de droit leur ont permis d'identifier l'*A.E.O.I.* et l'Iran ⁽²³⁶⁴⁾. Cette compréhension est confirmée par les propos de la CCI dans une autre décision : « *le changement de la politique énergétique iranienne a été décidée par le gouvernement ; une telle circonstance n'échappait pas au contrôle de l'État iranien dont les défenderesses n'étaient que des organes* » ⁽²³⁶⁵⁾.

562. Dans l'affaire du Plateau des Pyramides, l'abrogation du projet est intervenue à cause des pressions politiques liées à l'effectivité de cet investissement. Victime de cette décision, la société étrangère a saisi la CCI, puis le CIRDI. Elle a demandé l'implication de l'Égypte en tant que telle dans l'accord litigieux, le paiement des prix convenus et l'indemnisation. Son partenaire public (*EGOTH*) a tenté de se libérer de toute responsabilité en qualifiant l'annulation du projet de fait du prince libérateur. L'Égypte s'est retranchée derrière les événements du 15 juin 1978 pour justifier une force majeure qui doit légitimer son intervention. La CCI, qui a réfuté l'implication directe de l'Égypte ⁽²³⁶⁶⁾, a dégagé l'*EGOTH* pour sa non-identification à l'État

²³⁶³ () Sentences de la CCI, n° 3093 / 3100 du 1979, *Clunet*, 1980, p. 949, note Y.D.

²³⁶⁴ () OPETIT Bernard, « Arbitrage et Contrats d'État : L'arbitrage Framatome et autres c./ Atomic Energy Organization of Iran », *Clunet*, 1984, pp. 37-80.

²³⁶⁵ () Sentence CCI, affaire n° 3896, SOFDIF c./ deux entreprises étatiques iraniennes, le 25 juillet 1985, *Clunet* 1986, p. 158.

²³⁶⁶ () Le tribunal a bien précisé : « *Quant au contrat litigieux, la Cour constate que l'État égyptien n'est pas désigné parmi les personnes ayant la qualité de partie contractante. L'approbation donnée par le Ministre du tourisme n'implique pas la volonté de l'État de devenir partie au contrat en renonçant de surcroît à son immunité de juridiction...* », LÉBOULANGER Ph., « État, politique et arbitrage : l'affaire du plateau des Pyramides d'Égypte », *Rev. Arb.*, 1986, pp. 3-28, spéc. p. 19.

souverain. En revanche, elle a condamné le gouvernement car les actes responsables de la résiliation n'ont pas constitué une force majeure mais un facteur d'atténuation de sa faute ⁽²³⁶⁷⁾. Ainsi, il apparaît que la tendance actuelle est contraire à la décision de l'affaire *Jordan Investment* et les quelques pratiques similaires qui l'ont succédé. Cette tendance n'attribue pas le fait du prince libératoire à l'intervention étatique tant qu'elle n'est pas générale, impersonnelle, qu'elle porte sur des événements imprévisibles et caractérisés par l'extériorité ⁽²³⁶⁸⁾. Il ne suffit pas que l'État intervienne par une mesure politique empêchant la continuité des opérations. Bien au contraire, il faut que l'intervention soit imprévisible. Il ne faut pas qu'il y ait entre l'acte souverain et les comportements de sa victime un lien de causalité. Le contractant public et l'auteur de l'acte ne doivent pas apparaître comme une seule entité. S'ils s'identifient alors, la mesure prise ne pourrait pas être étrangère et le contractant public ne pourrait se décharger de sa responsabilité.

II / Le fait du prince étranger

563. Bien que son essor remonte au XIX^{ème} siècle dans le commerce maritime, le fait du prince étranger est un sujet important. Les événements qui touchent plusieurs États du Tiers-Monde ⁽²³⁶⁹⁾, particulièrement l'Iraq, affirment son développement. Il suppose qu'un marché international, valable selon sa *Proper Law*, peut se heurter aux restrictions d'un souverain étranger. Celui-ci peut être un ou plusieurs États **(A)** ou la Communauté des Nations **(B)**.

A) Le fait du prince unilatéral

564. Le fait du prince *unilatéral* identifie les actes d'un État autre que celui accueillant l'investissement. Il peut altérer un contrat, une activité déterminée ou certaines professions. À cet égard, la pratique est riche d'enseignements. On peut évoquer les mesures imposées par les États-Unis à l'encontre de leurs sociétés travaillant en Libye afin de mettre un terme à leurs relations. Il en est de même pour les lois extraterritoriales qui ont décrété une interdiction générale de traiter avec des États dits terroristes (Corée du nord, Iran ou Libye). Ces interventions législatives ont causé la suspension de certains marchés, voire leur résiliation. L'affaire *Nioc c/ la Libyan Sun*

²³⁶⁷ () Cf. *ibid.*, pp. 25-26.

²³⁶⁸ () KAHN Ph., « Souveraineté d'État et règlement du litige... », *op. cit.*, *Rev. Arb.*, 1985, p. 657.

²³⁶⁹ () Il s'agit de fréquents événements de détention de navires ou marines marchandes ennemis ; KINSCH P., *Le fait du prince étranger*, L.G.D.J., Paris, 1994, spéc. pp.18 et s.

Oil Company incarne cette hypothèse. Le litige relève d'un marché pétrolier de partage de production conclu en novembre 1980 pour la recherche et l'exploitation de gisements pétroliers en Libye, pour une période de 20 ans ⁽²³⁷⁰⁾. Les États-Unis ont interdit à leurs entreprises le transfert de technologie stratégique en Libye, suite à la dégradation des liens entre ces deux nations. L'exécution de l'accord conclu a été aussitôt suspendue (décembre 1981). Les sous-traitants engagés se sont vus notifier l'arrêt des travaux jusqu'à la fin de cette situation. Les autorités américaines ont réfuté une autorisation sollicitant la reprise des opérations. La partie libyenne a saisi l'arbitrage CCI en alléguant la rupture unilatérale du marché par la société américaine qui s'est retranchée derrière les actes de son gouvernement ⁽²³⁷¹⁾. La société étrangère s'est référée aux définitions données par les clauses contractuelles et la loi libyenne applicable à cette cause d'exonération. Elle a évoqué les restrictions supplémentaires des États-Unis en 1982, qui ont aggravé sa situation et rendu impossible toute exécution. Le monopole libyen a répliqué contre cet argument. La force majeure n'était pas fondée puisqu'on pouvait réaliser l'accord par le biais d'autres moyens ⁽²³⁷²⁾. Sur le rapport entre la loi applicable et la clause de force majeure, on a souligné que cette dernière ne devait pas affecter les conditions impératives du droit commun (imprévisibilité, extériorité et impossibilité d'exécution). Le tribunal arbitral s'est résigné à cet argument. Il a admis qu'il ne doit pas y avoir de contradiction entre les règles impératives du droit applicable et la clause de force majeure. Les censures liées aux déplacements des américains et aux importations du pétrole libyen ne constituent aucunement une cause d'exonération. Les arbitres ont affirmé que la dégradation des relations politiques entre les États concernés est de *nature prévisible dans les marchés à long terme*. Un contractant prudent, qui s'engage en connaissance de cause, est conscient des risques encourus ⁽²³⁷³⁾, d'autant que les difficultés politiques de ces pays étaient antérieures à cette crise ⁽²³⁷⁴⁾. L'exécution du contrat aurait été possible si la partie affectée avait procédé au remplacement de son personnel par un autre européen ou canadien ⁽²³⁷⁵⁾. Par ces motifs, le tribunal a condamné la société américaine qui s'est méprise en bonne foi sur la portée

²³⁷⁰ () Sentences du 31 mai 1985 et du 23 février 1987, l'objet de restriction a été l'interdiction pour les personnes ou technologies de s'exporter vers la Libye.

²³⁷¹ () AUDIT B., « L'affaire NOC c/ Libyan Sun Oil Company », *Rev. Arb.* 1991, pp. 263 et s., spéc. pp. 263-65.

²³⁷² () Cf. *ibid.*, p. 266.

²³⁷³ () *Ibid.*, p. 271.

²³⁷⁴ () *Ibid.*, p. 269.

²³⁷⁵ () *Ibid.*, p. 269-270.

de la clause de force majeure et sur son excessive prétention à n'utiliser que ses technologies et techniciens (²³⁷⁶).

B) Le Fait du prince régional ou multinational

565. *Le fait du prince régional* concerne les normes imposées par les États membres d'un groupement de nature politique (Ligue du Monde-Arabe) (²³⁷⁷) ou économique (Communauté Européenne) qui interdisent à certaines sociétés d'exercer sur leurs territoires ou de se charger des activités stratégiques (armement et transfert technologique) (²³⁷⁸). La sentence CCI de l'affaire n° 1782 de 1973 relève d'un litige concernant l'inexécution d'un marché de fournitures en Arabie Saoudite. L'entrepreneur principal du marché (société allemande) a confié l'exécution de certaines obligations à une société yougoslave d'origine israéliite lors d'un blocus arabe contre ces entreprises. L'autorité de l'État d'accueil a refusé la délivrance du visa d'entrée. Le maître d'oeuvre a saisi la CCI en arguant qu'un tel acte était révélateur de force majeure. La sentence a répondu négativement. L'interdiction arabe à l'égard des sociétés à caractère israéliite était prévisible puisqu'elle était déjà imposée. De plus, l'exécution de l'accord n'était pas impossible car la demanderesse pouvait y accéder par d'autres moyens (²³⁷⁹).

566. Le fait du prince multilatéral relève de mesures prescrites par l'ensemble de la Communauté des Nations. L'embargo frappant l'Iraq retient toute notre attention. Ces mesures cruelles ont eu de grandes répercussions sur l'ensemble des transactions économiques et commerciales concernant l'Iraq et la région (²³⁸⁰). Sans se préoccuper de la légitimité de son renouvellement, cet embargo a acquis une certaine validité juridique et une efficacité pratique qui ont conduit à la promulgation de règlements communautaires et de législations internes pour assurer leur mise en exécution (²³⁸¹). Son champ d'application était général, à l'exception des « *accords pétrole contre*

²³⁷⁶ () AUDIT B., L'affaire NOC c./ Libyan Sun Oil Company, *Rev. Arb.*, 1991, spéc. p. 271.

²³⁷⁷ () Même si elle se qualifie à tort de 'mesure de discrimination.

²³⁷⁸ () KINSCH P., *Le fait du prince étranger*, L.G.D.J., Paris, 1994, spéc. pp. 78-120.

²³⁷⁹ () Sentence CCI, affaire n° 1782 de 1973, *Clunet*, 1975, pp. 923 et s.

²³⁸⁰ () Cette influence touche d'autres États. L'Iraq a été non pas un allié dans la région mais un bon client pour leurs multinationales (France). Les dettes publiques iraqiennes représentent 14 milliards de francs pour les exportations françaises. GRELON B. et autres, « Contrats et crise du Golfe », *Clunet*, 1991, pp. 633-677, spéc. p. 638.

²³⁸¹ () Il s'agit de dix résolutions édictées par le Conseil de Sécurité dès le 2 août 1990 (ex., celles n° 660, 661, 662, 670, 678), de règlements de la Communauté Européenne n° 2340/90 et 3155/90 et de lois nationales (ex. le décret français n° 90-681 qui a interdit toute transaction économique avec l'Iraq, GRELON B., « Contrats et crise du Golfe », *op. cit.*, *Clunet*, 1991, pp. 635, 636, 638 et 645.

nourriture » qui ont fait l'objet d'un agrément ⁽²³⁸²⁾. Il touche les grands projets d'investissements : interdiction d'import, d'export, de transport ou de livraison des équipements. Il a prohibé l'exécution de marchés de vente ou de fourniture de marchandises, de produits, de savoir-faire, d'assistance technique ou de construction. Les secteurs particulièrement visés sont ceux de transfert de technologie ou d'armements ⁽²³⁸³⁾. Cet embargo, qui a affecté plusieurs marchés, s'étend aux contrats accessoires conclus jusqu'à l'entrée en vigueur de cette prohibition. La sous-traitance d'un accord de base affecté aurait été paralysé si elle devait être exécuté sur le territoire iraquien ⁽²³⁸⁴⁾. Les garanties automatiques et documentaires conclues lors de l'accord de base sont mises en jeu pour cette même raison. Au-delà de leur caractère autonome, ces garanties ont été mises en cause par l'embargo et soumises à son champ d'interdiction ⁽²³⁸⁵⁾. On doit alors se demander si cet embargo international forme un fait du prince libératoire de la partie affectée de ses obligations. Une réponse positive s'impose vraisemblablement. L'embargo est une sanction temporaire de nature économique. Il prohibe à un État déterminé l'exercice ou la continuité d'exercice de certains engagements. Il doit s'achever lorsque le territoire concerné met fin aux pratiques l'exigeant ⁽²³⁸⁶⁾. Lorsqu'il a un aspect international et paralyse l'exécution des liens contractuels, il peut être qualifié de fait du prince étranger. C'est un cas de force majeure quelque peu particulier, tant par ses caractères subjectifs (normes extra étatiques) qu'objectifs (imprévisibilité, extériorité et impossibilité d'exécution) ⁽²³⁸⁷⁾. L'embargo contre l'Iraq a pu être considéré comme générateur d'une force majeure suspensive, prorogative ou extinctive de certains accords d'investissements ⁽²³⁸⁸⁾.

567. Une affaire concernant des garanties autonomes représente cette situation.

L'embargo décidé en août 1990 à l'égard de l'Iraq a causé la suspension d'un marché conclu le 30 novembre 1989 pour la construction d'une station de compression de gaz. Cet accord a occasionné la conclusion des garanties de paiement d'acompte consenties par un opérateur public iraquien (S.E.P.) à une société libanaise dite 'B.U.T.E.C'. Le banquier garant (Rafedain Bank) a bénéficié à son tour d'une contre-garantie engagée par l'U.B.A.F. (Union des Banques Arabes et Françaises). Le 26 novembre 1990, le

²³⁸² () ALI BEN CHANABE, « Pétrole contre nourriture », *Clunet*, 1997, pp. 63 et s..
²³⁸³ () GRELON B. et autres, « Contrats et crise du Golfe », *Clunet*, 1991, spéc. p. 653.
²³⁸⁴ () Cf. *ibid*, pp. 646-648.
²³⁸⁵ () Cf. *ibid.*, p. 650-651.
²³⁸⁶ () Cf. *ibid*, p. 656.
²³⁸⁷ () KINSCH P., *Le fait du prince étranger*, L.G.D.J., Paris, 1994, spéc. pp. 151-225.
²³⁸⁸ () GRELON B., « Contrats et crise ... », *op. cit.*, *supra*, *Clunet*, 1991, spéc. pp. 648 et s.

garant du premier rang a demandé à son donneur d'ordre la prorogation ou le paiement de la garantie autonome. Après l'avoir accepté, celui-ci s'est tourné vers le garant de deuxième rang, en demandant la prorogation d'une contre-garantie. Désapprouvée par le Trésor français, cette requête a engendré le refus de la Banque iraquienne de proroger la garantie de premier rang (²³⁸⁹). Le 14 septembre 1993, le donneur d'ordre libanais a saisi le tribunal de commerce de Paris afin de faire valoir la caducité des garanties et contre-garanties ainsi que la reconnaissance de sa libre disposition de la somme correspondant au gage espèce. Le tribunal a accueilli sa demande quant à la caducité des garanties et contre-garanties. Il a libéré les fonds bloqués (gage-espèces) et condamné les parties iraquiennes à réparer les préjudices d'un appel dilatoire et abusif en exécution. Devant la Cour d'appel, chaque adversaire a réitéré sa demande. Reconnaisant la compétence de la justice française, la Cour a déclaré que la société libanaise avait le bien fondé. En raison de la suspension des marchés affectés par l'embargo, les garanties litigieuses sont devenues caduques ou parvenues au terme convenu. En revanche, elle a contesté le caractère abusif attribué à l'appel en exécution faite par la société iraquienne (²³⁹⁰). La Cour a considéré que la prorogation implique une substitution à l'obligation initiale de payer. Cependant, cette demande n'a pu être autorisée car l'embargo risquait de rendre caduc l'accord de base et donc l'engagement de garantie (²³⁹¹). La prolongation de l'embargo mène à la révocation d'un tel accord dès l'expiration du délai de suspension ou de prorogation, sans renouvellement (²³⁹²). Dès que l'exécution du marché principal a été bloquée par l'embargo, les garanties consenties par les banques françaises n'ont pu être appelées. Les autorités françaises avaient déjà refusé la prorogation d'une contre-garantie conclue par l'*U.B.A.F.* en faveur de l'autre banquier (*Rafedain Bank*) (²³⁹³).

Section II

Exercice du pouvoir exorbitant

568. Si le pouvoir d'intervention unilatérale est admis, les problèmes liés à son exercice sont loin d'être réglés. S'agissant d'opérations coûteuses, il est concevable que

²³⁸⁹ () Cour d'Appel de Paris du 23 juin 1995, *Clunet*, 1997, p. 441-453, spéc. pp. 442 et 443, note JACQUEMONT A.

²³⁹⁰ () Cf. *ibid.*, p. 444.

²³⁹¹ () GRELON B., *op. cit.*, *supra*, *Clunet*, 1991, pp. 656 et s.

²³⁹² () Cf. *ibid.*, p. 661.

²³⁹³ () Cour d'Appel de Paris du 23 juin 1995, *supra*, pp. 442 et s., note JACQUEMONT A.

les préjudices causés soient redoutés. La reconnaissance du pouvoir exorbitant représente une entorse sérieuse à la force obligatoire des contrats et à la sécurité juridique des investissements étrangers. Les craintes des investisseurs contre l'intervention étatique peuvent les rendre réticents. Elles peuvent les dissuader et causer aux flux et reflux d'investissements des ralentissements vécus au passé. L'État ne doit pas abuser de son pouvoir, qui doit être encadré par des conditions garantissant la conciliation des divers intérêts ⁽²³⁹⁴⁾. La doctrine a déployé des efforts considérables pour réglementer l'exercice du pouvoir souverain à l'encontre des marchés. Des écrits très élaborés ⁽²³⁹⁵⁾ ont posé des conditions de fond et de forme pour que l'exercice du pouvoir exorbitant produise son effet. La couverture des *M.P.I.* par divers traités, leur enracinement dans plusieurs ordres juridiques ne permettent plus de fonder le concept d'un système de responsabilité à sens unique ⁽²³⁹⁶⁾. Tout au long de cette étude, on a vu que les parties participent à l'instauration de ce système. Le recours aux mécanismes de protection ou de réadaptation affirme davantage que ces marchés représentent une source dans laquelle les droits et obligations souscrits bénéficient d'une grande précision ⁽²³⁹⁷⁾. Les interprétations suscitées par de telles clauses ont conduit à cantonner une sphère contractuelle, d'où semble émerger un régime spécifique en la matière. Cette spécificité découle de la nature des obligations dont l'État intervenant doit se charger. Les arbitres évaluent et contrôlent les comportements de l'État de la passation de l'accord à son exécution. Ils ont tracé les piliers d'un régime juridique de responsabilité qui manque d'autonomie juridique et de règles matérielles. L'efficacité de ses règles est contestée. On ignore son ordre d'enracinement à cause de la diversité des analyses arbitrales. La complexité de cet ordre en matière d'investissements ne permet pas de prétendre pouvoir en délimiter les contours. Elle s'explique par la difficile reconnaissance d'une véritable responsabilité contractuelle. Les arbitres tentent de cerner les problèmes liés au pouvoir souverain, mais la diversité des mesures prises rend impossible le recours au procédé contractuel. Les problèmes liés au mécanisme de force majeure et à l'identification de l'État et de ses émanations impliquent qu'on

²³⁹⁴ () BERLIN D., *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. 230, n° 25.

²³⁹⁵ () WEIL P., Problèmes relatifs aux contrats..., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, V. III, T. 128, 1969 ; BERLIN D., « Les Contrats d'États », *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s ; JACQUET J.M., « contrat d'État », *op. cit.*, *éd. J.-C., Dr. Int.*, 1998, fasc. 565-60, p. 32, n° 156.

²³⁹⁶ () Un État présumé responsable et un investisseur-victime. Il ne peut qu'être injuste un système qui protège les intérêts des investisseurs sans leur imposer des restrictions et des obligations. F. RIGAUX « Pour un autre ordre international », *Droit économique II, Cours et Travaux de Paris*, Pédone, 1979-80, pp. 269-419, spéc. 407 et 408.

²³⁹⁷ () Cf. Partie I, Titre 1, ch. 2 et Titre 2, Ch. 2.

s'interroge sur l'applicabilité du régime de la responsabilité sans faute lorsque la résiliation relève de l'intérêt général. Cet ordre ne peut alors se désintéresser de la particularité de l'État et de celle des opérations contractuelles. Dès lors, le rôle du droit public (administratif) intervient ou semble trouver des prétextes d'intervention dans ces accords à caractère international. Ces prétextes s'amplifient lors de tentatives d'enracinement juridique de l'indemnisation, en particulier quand l'État intervenant ne fait pas partie de l'accord conflictuel. Lorsqu'il place un de ses démembrements contractants dans une impossibilité d'exécution, l'État doit-il indemniser et sur quelle base légale ?

Sous-section I Préalables essentiels

569. La légitimité de l'exercice par l'État de ses *doses* d'autorité à la suite de changements politiques ou d'une révolution est rarement soulevée à cause du caractère suprême de tels événements. On a défendu le fait que l'arbitre ne pouvait pas reprocher au nouveau gouvernement iranien l'abandon des projets d'énergie atomique signés par un gouvernement antérieur à la révolution (²³⁹⁸). De même, échappe au pouvoir des arbitres, la résiliation de grands projets en raison d'une mutation affectant réellement l'utilité de leur réalisation. L'abandon par l'Égypte du projet du Plateau des Pyramides, sous la pression des opinions internes et internationales, ne peut qu'être analysé comme étant une cause légitime d'intervention (²³⁹⁹). Dans ce cas, les contentieux se posent en termes d'indemnisation et non de rupture banale des engagements contractuels. Il arrive toutefois que l'État exerce son pouvoir dans le seul souci d'améliorer sa position de cocontractant. Un tel exercice ne devrait pas contrarier son devoir de se comporter de façon loyale **(I)**. Toute violation des engagements valablement souscrits peut entraîner la responsabilité du pouvoir intervenant. L'enracinement juridique de cette imputation reste incertain. On doit alors se demander si on peut transposer en la matière la théorie du détournement de pouvoir ou de détournement procédural **(II)**.

I / Obligation de comportement loyal

²³⁹⁸ () GAILLARD E., « Centre international pour le règlement des différends », *Clunet*, 1987, n° 1, p. 162.

²³⁹⁹ () LÉBOULANGER, article précité, *Rev. d'arbitrage*, 1986, p. 7 ; E. GAILLARD., *op. cit.*, *Clunet*, 1987, spéc. p. 162.

570. Il est de bon aloi que l'État respecte son devoir de notification (A) et ne viole pas ses engagements de protection (B).

A) Obligation de mise en demeure ou de notification

571. Pour légitimer son action, l'État doit notifier à son partenaire son intention de modification ou de résiliation. C'est une obligation de comportement de loyauté qui pèse sur l'État ou sur ses démembrements. Il doit exprimer de la façon la plus claire possible, « *et pourquoi pas expressément, l'intention de mettre un terme à (ou de modifier) l'accord d'investissement* »⁽²⁴⁰⁰⁾. Dans le cadre de cette condition, l'État ne doit pas invoquer la nullité d'un contrat le liant au motif que son partenaire n'avait pas respecté les procédures de conclusion⁽²⁴⁰¹⁾. Cette hypothèse concerne les affaires au cours desquelles plusieurs États ont opposé aux opérateurs étrangers la nullité de la clause d'arbitrage. Le refus repose sur des considérations liées à la bonne foi de l'esprit initial de partenariat et d'association. Il s'oppose au sentiment de méfiance et au devoir d'information⁽²⁴⁰²⁾. Alors que cette condition est difficilement cernée lorsque l'État apparaît souverain et contractant, les arbitres affirment son application. La sentence *Aminoil* a fait observer qu'entre le moment où la société a appris (*sur son initiative*) l'intention du gouvernement de remettre en cause le contrat du 2 octobre 1975 et l'ouverture officielle des négociations le 9 avril 1977, il s'est écoulé près de deux ans pendant lesquels la société est restée dans l'incertitude. Or, « *s'il est vrai qu'une partie ne peut être tenue pour responsable des comportements adoptés au cours des négociations impliquant des concessions et des renonciations faites en vue de parvenir à un accord, il n'en va pas de même de la position initiale prise au début des négociations, car celles-ci reflètent, grosso modo au moins, la manière dont cette partie évolue ses droits et obligations sur le plan juridique* »⁽²⁴⁰³⁾.

²⁴⁰⁰ () « *Ce n'est, semble-t-il, pas trop exiger de la puissance publique* », BERLIN D., « Les Contrats d'État... », *D. P.C.I.*, 1987, spéc., p. 217, n° 17 ; EL-YOUNSI M., *Les règles matérielles du droit des contrats d'États à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine*, thèse, Paris II, 1994, p. 235.

²⁴⁰¹ () Ex., sentence arbitrale du 14 janvier 1982 entre Elf Aquitaine Iran et la National Iranian Oil Company, obs. Ph. FOUCHARD, *Rev. Arb.* 1984, pp. 333 et s et celle de Framatome Alsthom-AtIontique et SPIE Batignolles c/ L'Atomic Energy Organization of Iran (MOI), du 30 avril 1982, B. OPPETIT, « *Le tribunal des différends irano-américains* », *Clunet*, 1984, pp. 37 et s, spéc. 58-59.

²⁴⁰² () BERLIN D., « Les Contrats d'État... », *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, spéc. pp. 218 et 19, n° 18.

²⁴⁰³ () Sentence d'Aminoil c./ Le Koweït, *Clunet*, 1982, p. 883, § 56 et s ; dans ce sens, le tribunal arbitral américano-iranien de l'affaire *Starett Housing Corporation* a annoncé que « *il est reconnu en droit international que des mesures prises par un État peuvent interférer avec des droits de propriété dans une mesure telle que ces droits sont privés d'utilité au point de devoir être expropriés, quand bien même l'État ne prétend pas les avoir expropriés et alors que le titre demeure formellement sur la tête du propriétaire* », B. AUDIT, « Le tribunal des différends irano-américains », *Clunet*, 1985, pp. 791 et s.

572. La pratique arbitrale charge le pouvoir public d'une véritable obligation d'information. Au cours de la sentence CIRDI *d'Amco-Asia c./ l'Indonésie*, les arbitres ont voulu qualifier la demande et l'autorisation d'investissement. Ils ont admis que ces actes sont familiers aux concepts classiques des contrats ordinaires. Cependant et contrairement à ces aspects, ces actes sont de contrats *sui generis* pour lesquels l'État peut y mettre un terme unilatéralement ⁽²⁴⁰⁴⁾. La sentence a admis que les étrangers doivent respecter le régime juridique de l'État hôte et a accordé à celui-ci le pouvoir de sanctionner la violation de ses réglementations ⁽²⁴⁰⁵⁾. Les arbitres ont d'ailleurs affirmé que l'État était tenu de respecter les exigences de sa législation en vigueur. Ils ont condamné l'Indonésie pour l'entrave de sa loi exigeant d'adresser trois mis en demeure avant toute intervention. L'attitude du gouvernement était qualifiée 'd'acte dénié de justice' qui rend illicite le retrait d'autorisation d'investissement ⁽²⁴⁰⁶⁾. De même, parmi les motifs de la condamnation de l'Égypte par la sentence CCI de l'affaire du *Plateau des Pyramides*, il y avait le défaut de toute sommation formelle de la résiliation du marché alors qu'aucune clause contractuelle ne dispensait de la délivrance d'une telle injonction ⁽²⁴⁰⁷⁾. Dans cette perspective de bonne foi, l'État ne doit pas résilier ou nationaliser pour parer à l'inexécution de ses obligations. Le pouvoir exorbitant ne saurait recouvrer la mauvaise ou l'inexécution par l'État de ses engagements qui ne mettent pas en jeu les prérogatives de puissance publique de l'État, mais simplement sa qualité de contractant. En conséquence, les problèmes nés de l'inexécution ou de la mauvaise exécution par l'État de ses contrats, doivent être résolus dans le cadre du droit applicable aux accords du droit commun ⁽²⁴⁰⁸⁾. Au cours de la sentence *Agip c./ Congo*, l'arbitrage CIRDI a révélé que la société se plaignait de l'inexécution par l'État de ses obligations, particulièrement celle relative à la non-concurrence de la filiale. La société qui réclamait l'indemnisation pour la nationalisation du 12 avril 1975, avait beaucoup souffert de l'inexécution de l'accord initial. Dans des situations similaires, il est loyal que l'État ne viole pas ses engagements en mettant fin aux projets d'investissements.

²⁴⁰⁴ () Affaire AMCO c./ le Gouvernement de l'Indonésie, la sentence du 20 novembre 1984, Clunet, 1987, pp. 145 et s., spéc. p. 50, obs., JUIALLARD E.

²⁴⁰⁵ () JACQUET J.M., « *Contrat d'État* », *op. cit.*, J.-C., *Dr. Int.*, 1998, fasc. 565-60, p. 33, n° 167.

²⁴⁰⁶ () Sentence Affaire AMCO c./ le Gouvernement de l'Indonésie, 20 novembre 1984, Clunet, 1987, Obs. JUIALLARD E., spéc. pp. 152-53 et 174, 177 n° 139 ; RAMBOUD P., « L'annulation des sentences Klöckner et Amco asia », *A.F.D. I.* 1986, pp. 259 et s.

²⁴⁰⁷ () GAILLARD E., « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements », Clunet, 1990, p. 121, n° 58.

²⁴⁰⁸ () BERLIN D., *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. p. 217, n° 17.

573. Si on inverse la situation, l'État peut-il légalement intervenir pour mettre fin au contrat à cause des fautes imputées aux sociétés transnationales ? Sur cette question, il est prématuré de fournir une réponse générale. Les problèmes d'exécution ne justifient pas forcément la résiliation unilatérale. Il faut qu'il y ait une certaine gravité dans l'inexécution pour que l'autre partie ne se dérobe pas trop facilement de ses obligations⁽²⁴⁰⁹⁾. C'est le contrôle de proportionnalité, connu en droit administratif, qui apparaît opportun par les arbitres. Au cours de la sentence CCI de l'affaire n° 2583, un contractant espagnol avait abandonné le chantier des travaux publics en Libye à cause du retard imputé à celle-ci dans l'ouverture du crédit documentaire et dans la délivrance du titre de séjour du personnel. Le tribunal a réfuté ces allégations précisant que, pour justifier l'abandon du chantier en cours d'exécution, il faut un manquement grave des obligations essentielles⁽²⁴¹⁰⁾. L'État doit mettre en demeure son partenaire défaillant avant d'agir. Obligation d'ordre administratif, cet avertissement constitue désormais une condition de régularité de la résiliation pour faute dans le cadre de la jurisprudence arbitrale⁽²⁴¹¹⁾. Lors de l'affaire de la *SOABI*, le Sénégal a reproché à son partenaire le non respect des prix convenus et des défaillances dans ses engagements de financement de l'opération de construction⁽²⁴¹²⁾. Il a décidé la résiliation du marché sans mise en demeure préalable⁽²⁴¹³⁾. Les arbitres *CIRDI* ont considéré que le droit administratif sénégalais applicable faisait une distinction nette entre les résiliations pour faute et celle sans faute. Dans ce dernier cas, l'administration est libre de demander des dommages et intérêts ou de se contenter de la simple résolution du contrat. Le tribunal a relevé que le gouvernement qui avait la possibilité de prononcer la résiliation pour faute selon ses revendications, n'a pas invoqué ces prétendus manquements pour se défendre contre une demande de réparation fondée sur l'article 13 (résiliation discrétionnaire). La résiliation sans mise en demeure préalable, sans indiquer dans la lettre de rupture le

²⁴⁰⁹ () EL-YOUNSI M., *Les règles matérielles du droit des contrats d'États à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine*, Thèse, Paris II, 1994, p. 183.

²⁴¹⁰ () La sentence a conclu que les manquements du maître de l'ouvrage n'étaient pas suffisamment graves. Celui-ci s'était acquitté en grande partie de son obligation. Sentence n° 2583, rendue sous l'égide de la CCI en 1976, *Clunet* 1977, pp. 950 et s ; v. également « *l'abandon abrupt du chantier en juin/juillet 1982, constituerait certes un motif de résiliation de la convention à moins qu'elle ne soit justifiée par un comportement fautif du maître de l'ouvrage* », Sentence CCI N° 4761 de 1984, *Clunet*, 1986, pp. 1137 et s., Obs. S. JARVIN.

²⁴¹¹ () EL-YOUNSI M., *Les règles matérielles du droit des contrats d'États à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine*, Thèse, Paris II, 1994, p. 407.

²⁴¹² () De son côté, la société a allégué que le gouvernement n'a pas satisfait son obligation de mettre à sa disposition des terrains viabilisés, Sentence CIRDI, *SOABI c./ Sénégal*, 4 et 9 février 1988, *Clunet*, 1990, pp. 191-218., para. 2.22.

²⁴¹³ () Sentence CIRDI, *SOABI c./ Sénégal*, *supra*, *Clunet*, 1990, pp. 191-218., spéc. p. 200.

manquement de la *SABI* a conduit à la condamnation de l'État hôte d'investissement. Les arbitres ont alors responsabilisé le Sénégal, tout en admettant l'intérêt public comme motif de résiliation. Cette sanction était fondée sur la négligence de l'article 82 du Code sénégalais sur les marchés publics, lequel charge l'administration d'une obligation de mise en demeure de son cocontractant (²⁴¹⁴).

574. Plus judicieux, l'attitude des États qui ont engagé des procédures d'arbitrage lorsqu'ils se sont estimés lésés par les comportements fautifs des sociétés transnationales. Ils se comportent dans leurs revendications contentieuses comme le font les particuliers victimes de dol ou de manipulations. Dans l'affaire de *MINE c./ la Guinée*, cet État a saisi l'arbitrage lorsque la société étrangère s'est opposée à l'exécution de ses obligations (²⁴¹⁵). Dans la sentence *klôckner*, le Cameroun allégué, comme cause d'intervention, l'inadaptation de l'usine promise aux exigences du développement. L'État avait pareillement allégué les concepts de vice caché, de défaut du consentement et du dol en droit français pour s'abstenir au paiement (²⁴¹⁶). La sentence 3050 CCI de 1992 a approuvé la demande d'un autre État africain, sollicitant la réparation des comportements déloyaux de son contractant. Celui-ci, une société allemande, avait précisé que « *nulle contrainte ne s'est exercée sur ledit État, qui a eu tout le loisir d'examiner les propositions contractuelles qui lui étaient présentées et les a effectivement scrutées en connaissance de cause* » (²⁴¹⁷). L'État doit ainsi notifier lorsqu'il intervient dans un seul souci de son intérêt public. Il est tenu de mettre en demeure son partenaire au cas où celui-ci n'a pas respecté ses engagements. Lorsque cette condition de forme paraît conforme, l'État ne doit pas perdre de vue que ses prérogatives souveraines peuvent être neutralisées par sa propre volonté.

B) Respect de l'intangibilité et de la stabilisation

575. Pour mieux protéger leurs investissements, il est fréquent que les étrangers insèrent des clauses d'intangibilité et de stabilisation. Par ces dispositions, on vise à fixer « *une fois pour toutes les conditions selon lesquelles* », les parties ont accepté de s'engager jusqu'au terme de leur opération (²⁴¹⁸). La présence de telles clauses a pour objectif la neutralisation du pouvoir normatif de l'État qui ne peut ni faire échec aux

²⁴¹⁴ () Cf. *ibid.*

²⁴¹⁵ () Sentence CIRDI, 8 Janvier 1988, *Rev. Arb.*, 1988, n° 1.

²⁴¹⁶ () Sentence KLOCKNER (CIRDI), 21 octobre 1983, *Clunet*, 1984, p. 409, spéc., pp. 426 et 428.

²⁴¹⁷ () Sentence CCI, affaire n° 5030 de 1992, *Clunet*, 1993, p. 1008, Obs., Y. D.

²⁴¹⁸ () BERLIN D., *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s, spéc. p. 222, n° 20.

clauses financières des contrats administratifs ni contrarier les engagements de protection ⁽²⁴¹⁹⁾. Expression de la souveraineté inaliénable ⁽²⁴²⁰⁾, de telles clauses, valablement souscrites, devraient bénéficier de leurs pleins effets. La logique et le juridique admettent que les **clauses de stabilité** se qualifient d'engagement unilatéral sous réserve du respect des droits acquis ⁽²⁴²¹⁾. Les arbitres de l'affaire *Liamco* ont décidé que « *le contrat de concession a donc changé de caractère et est devenu un de ces contrats dans le cadre desquels, dans la plupart des systèmes juridiques, l'État, tout en étant obligé de respecter l'équilibre contractuel, jouit d'avantages propres* » ⁽²⁴²²⁾. La clause de stabilité n'empêche pas l'exercice par l'État de son pouvoir souverain qu'au regard d'un accord immunisé ⁽²⁴²³⁾. La violation par l'État de son engagement de stabilisation peut entraîner sa responsabilité ⁽²⁴²⁴⁾.

576. Toutefois, l'État peut dans certaines circonstances agir autrement ⁽²⁴²⁵⁾. Les mesures unilatérales sont-elles définitivement interdites par la clause de stabilisation ? Constituent-elles une inexécution du contrat d'investissement ? La doctrine répond négativement : « *l'interdiction de poser une norme n'est pas en réalité un engagement substantiel relatif à un acte privé, même si l'on assimile la clause de stabilisation à un engagement substantiel de droit international, la mesure incriminée entraînerait l'obligation de l'État de réparer le dommage causé. Or, ce dommage n'existe que si la règle incriminée est appliquée ; si la règle n'est pas appliquée, les actes de l'État qui*

²⁴¹⁹ () WEIL P., *op. cit.*, R.C.A.D.I., 1969, v. III., t. 128, spéc. pp. 215, 221, 229-30, 234.

²⁴²⁰ () « *En effet, l'État, en tant que souverain, a pris l'engagement particulier de ne pas édicter une telle mesure* », P.Y. TSCHANZ, « Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, spéc. p. 67, n° 36 ; LALIVE J.F., Cours précité, R.C.A.D.I., 1983, v. III, p. 110 ; BERLIN D., *op. cit.*, D.P.C.I., 1987, p. 215, n°16 ; v. aussi la sentence de l'Aramco « *l'État de l'Arabie Saoudite s'est imposée à lui même des restrictions afin d'assurer la compagnie concessionnaire un droit exclusif de transport...la souveraineté d'État n'est pas limitée par une cause extérieure c'est l'État lui même qui s'impose l'obligation négative de ne pas entraver le bénéficiaire dans l'exercice de ses droits* », *Clunet*, 1963, p. 350 ; en ce sens, la C.P.J.I. dans l'affaire du WIMBLEDON en 1923, « *La faculté de contracter des engagements internationaux est un attribut de la souveraineté* », Affaire du VAPEUR WIMBLEDON, C.P.J.I., arrêt 17 août 1923, *Série A*, N° 1 ; de même, la sentence Texaco-Calasiatic a affirmé qu'« *en concluant des accords de concession, l'État libyen n'a pas aliéné sa souveraineté mais il l'a exercée et qu'il a veillé à ce qu'elle (la souveraineté) ne soit pas atteinte dans son principe...* », sentence précitée, *Clunet*, 1977, pp. 369 et s., n° 66, p. 374, n° 78.

²⁴²¹ () BERLIN D., « Les Contrats d'États... », *op. cit.*, D. P.C.I., 1987, pp. 197 et s., spéc. p. 223, n° 92 ; v. aussi sa thèse, précitée, Tome 2, pp. 735 et s ; adde, WEIL P., *op. cit.*, In *Mélanges Ch. ROUSSEAU*, 1984, pp. 306 et s.

²⁴²² () MAHMASSANI S., « Sentence Aminoil c/ le gouvernement Libyen », *Clunet*, 1982, n° 4, p. 895.

²⁴²³ () DAVID N., « Les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers ; Questions d'un praticien », *Clunet*, 1986, n, 1, p. 94 ; TSCHANZ P.Y., *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Intern. Privé*, 1985, pp. 47 et s., spéc. p. 61, n° 27.

²⁴²⁴ () MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État... », *op. cit.*, *Clunet*, 1986, p. 68, n° 89 et p. 51, n° 66 ; JACQUET J., « *Contrat d'État* », J.-C., *Dr. Int.*, 1998, p. 25.

²⁴²⁵ () TANKOANO A., « La place du droit public de l'État dans l'arbitrage international avec une personne privée », *Rev. Jur. Poli. Indép. Co.*, 1988, p. 946.

ont pu l'accompagner sont déjà sanctionnés par la *lex contractus*. On ne peut donc donner effet à une clause de stabilisation qu'en écartant les règles qu'elle vise et non en les considérant comme des violations de la clause »⁽²⁴²⁶⁾. L'intérêt public peut d'ailleurs justifier l'exercice du pouvoir étatique, donc priver certains importants de leur domaine d'application⁽²⁴²⁷⁾. Un contrat d'importance nationale ayant un caractère semi-public, par exemple un accord pétrolier, semble conférer à l'État le droit de le modifier ou de le résilier. Dans ce sens, les États développés à économie de marché qui sont les partisans les plus ardents de la sainteté des contrats n'hésitent pas, quand cela est indispensable à leurs intérêts, à remettre en cause par des ruptures unilatérales, leurs engagements. Ainsi, les clauses de stabilisation peuvent être respectées pendant une période de temps relativement limitée si les conditions initiales restent en vigueur. Tout changement fondamental des circonstances peut, même en présence de clauses de protection, fondé l'État à modifier le contrat, voire le résilier si l'intérêt public l'exige⁽²⁴²⁸⁾. Ces clauses n'empêchent pas l'État de légiférer dans sa sphère de compétence et de prendre des décisions qu'il estime appropriées. Seule l'application de ces mesures au contrat entraîne une conséquence financière et laisse subsister à la charge de l'État un devoir de réparer le dommage causé⁽²⁴²⁹⁾.

577. Si les difficultés sont en train d'infléchir, il en reste d'autres liées à la présence de clause d'intangibilité. En effet, une telle clause souscrite par l'administration ne lierait pas le parlement. Il est admis que ce à quoi l'État contractant s'est engagé ne lie pas ipso-facto l'État législateur. Celui-ci peut librement nationaliser ou résilier si la mesure normative prise est législative et généralisée⁽²⁴³⁰⁾. Dès lors, ce mécanisme de protection ne nie pas à l'État le pouvoir légitime de modifier ou de résilier un contrat par une voie autre que la voie réglementaire et individualisée. On peut toutefois craindre que l'État souverain dissimule la forme juridique de son intervention pour venir au

²⁴²⁶ () TSCHANZ P.Y., *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, pp. 47 et s., spéc. p. 61, n° 27.

²⁴²⁷ () « Si la poursuite de l'intérêt général justifie la reconnaissance d'un pouvoir unilatéral, ce même principe aurait pu être à l'origine de sa délimitation par voie contractuelle, puisque l'on aurait légitimement pensé que ce intérêt « serait mieux servi, ce faisant ». Il peut être ainsi si on imagine qu'en contrepartie de l'acceptation de ne pas faire usage de ces pouvoirs, il y aurait forcément une économie financière résultant de l'abaissement du prix consenti par l'investisseur, une technicité particulière à certaines prestations...etc », BERLIN D., « Les Contrats d'États... », *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. p. 223, n° 21.

²⁴²⁸ () Des États comme le Royaume-Uni, la Norvège ou l'Espagne ont modifié ou résilié divers marchés publics internationaux en leur faveur. TANKOANO A., *op. cit.*, *Rev. Jur. Poli. Indép. Coö.*, 1988, p. 948 ; TSCHANZ P.Y., *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, pp. 47 et s., spéc. p. 79.

²⁴²⁹ () Ce n'est que sur l'étendue de l'indemnisation ou de la réparation que la clause de stabilisation joue un rôle qui ne lui a cependant pas été attribué. BERLIN D., *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, p. 70, n° 41.

²⁴³⁰ () BERLIN D., « Les Contrats d'État... », *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. p. 224, n° 21.

soutien de l'État contractant. On doit alors traiter l'hypothèse dans laquelle l'État attribue le caractère normatif à une décision contraire à l'intangibilité de ses engagements. En effet, si l'intangibilité n'affecte pas dans son principe le pouvoir législatif de l'État, celui-ci ne devrait pas non plus se permettre, à travers « *une interprétation trop formaliste* », le *détournement de procédure* visant la violation d'une clause correctement engagée ⁽²⁴³¹⁾. Ceci nécessite que la mesure prise soit identifiée à la lumière du caractère général ou abstrait. On peut se demander s'il s'agit bien d'une norme-règle ou d'une décision comme l'enseigne la doctrine du droit international privé ⁽²⁴³²⁾. Serait une norme et non pas une décision, la loi de nationalisation *abstraitement applicable à tout investisseur étranger qui répond à des conditions généralement posées*. Il en est ainsi s'agissant de la politique législative de nationalisation française de 1982 qui s'est inscrite dans le cadre d'un programme d'ensemble de réorganisation de l'économie du pays ⁽²⁴³³⁾. Serait vu d'un autre œil tout acte pris à l'encontre d'un investisseur déterminé. D'une telle mesure ne serait « *considérée que comme une décision* » par sa nature concrète et son objectif individuel dissimulé ⁽²⁴³⁴⁾. La clause d'intangibilité devrait prémunir la société étrangère contre les mesures, parues générales et abstraites (règles) alors qu'elles sont effectivement spéciales et concrètes (décisions). Cette affirmation ne touche pas le pouvoir d'édicter une décision. Elle n'entend que son inapplicabilité à certains accords d'investissement. Toute tentative d'imposer une telle règle au marché d'investissement pose un problème de légalité par rapport à l'intangibilité souscrite contractuellement. L'État peut adopter des règles nouvelles comme bon lui semble. Toutefois, tenu de respecter ses engagements, il ne doit pas porter atteinte aux clauses de protection. Dès lors, c'est l'efficacité et non pas la promulgation de la nouvelle loi qui serait en jeu. Lorsqu'il tend à appliquer de tels actes aux contrats d'État, les opérateurs visés contestent cette situation. Ils peuvent responsabiliser l'État et demander la réparation des préjudices causés et/ou des dédommagements ⁽²⁴³⁵⁾.

578. Ce principe étant posé, il semble que sa mise en œuvre est moins aisée. En effet, la nature du contrôle opéré par le juge ou l'arbitre et son étendu posent diverses

²⁴³¹ () Cf. *ibid.*, spéc. p. 225, n° 21.

²⁴³² () TSCHANZ P.Y., *op. cit.*, *supra*, *Rev.Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, spéc. p. 52.
; MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif... », *op. cit.*, *Clunet*, 1986, pp. 5 et s ; le même auteur, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973.

²⁴³³ () BERLIN D., *op. cit.*, *supra*, *D. P.C.I.*, 1987, spéc., pp. 232-33, n° 28.

²⁴³⁴ () *Ibidem*.

²⁴³⁵ () Cf. *ibid.*, p. 235, n° 28.

difficultés. Si un tel contrôle n'est qu'un contrôle d'identité, on ne doit pas oublier que n'étant pas un acte privé mais un commandement, l'acte exorbitant peut ne pas faire l'objet d'un contrôle de légalité⁽²⁴³⁶⁾. La mesure aurait de grandes chances d'être efficace pour exclure l'exécution en nature du contrat affecté. Si on est conscient de l'existence des biens appartenant aux étrangers sur le territoire de l'État législateur, on doit admettre que seulement sur le plan de l'indemnisation la clause d'intangibilité peut prouver son utilité⁽²⁴³⁷⁾. Plusieurs sentences arbitrales confirment cette réalité. Ne faisant pas référence à la précédente distinction, elles attribuent financièrement aux clauses de protection leur pleine effectivité⁽²⁴³⁸⁾. Ces arbitrages n'ont donc pas tracé des œuvres propices dans ce sens. Bien au contraire, les arbitres tendent toujours à échapper à ce point par la stabilisation du droit de l'État à travers sa conjugaison avec les principes généraux du Droit⁽²⁴³⁹⁾. Ils ont appliqué ce droit sans les éventuelles règles de nationalisation⁽²⁴⁴⁰⁾. Ils vont jusqu'à sa qualification d'une *loi de renvoi* qui doit se conformer ou se compléter par le Droit des gens⁽²⁴⁴¹⁾.

579. Les clauses de protection qui ont imposé un état de droit entre les parties, n'ont donc pas pu prouver leur pleine efficacité. Sous certaines réserves, elles paraissent « *non comme contenant une interdiction pour l'État de modifier ce cadre législatif et réglementaire, mais plutôt comme un obstacle à l'application de ces modifications à l'investisseur étranger* »⁽²⁴⁴²⁾. Ce constat qui minimise davantage l'utilité des stipulations de protection, se confirme par le recours intense aux clauses de renégociation. Une condition de ce type ne pourrait être interprétée qu'une admission de la mutabilité en cas de la survenance de certains événements⁽²⁴⁴³⁾. Dans des marchés à

²⁴³⁶ () « Si l'on admet que la décision n'est pas un acte privé soumis à une *lex-contractus*, mais une norme concrète, il serait toutefois absurde de dire que la décision elle-même est une inexécution du contrat, notamment de la clause d'intangibilité. L'État qui émet une norme n'agit pas comme une personne privée : il émet un commandement, qui l'on ait préalablement exclu l'efficacité de la décision en tant que norme et que l'on ait en vue des faits qui peuvent l'accompagner », TSCHANZ P.Y., « Contrats d'État et mesures unilatérales... », *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, spéc. pp. 56 et 57, n° 15.

²⁴³⁷ () BERLIN D., « Les Contrats d'État... », *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s, spéc. p. 226, n° 107.

²⁴³⁸ () La sentence Agip / Congo a considéré que la clause de stabilisation souscrite en faveur le statut de la filiale créée devait produire ses effets en cas de changement législatif dans le droit congolais des sociétés. Sentence arbitrale AGIP/Congo, *Revue Crit. Dr. Int. Privé*, 1982, pp. 99 et s, note BATIFFOL H.

²⁴³⁹ () Sentence *Liamco c./ gouvernement libyen* précitée.

²⁴⁴⁰ () Sentence *B.P. c./ Libye*, précitée, *Int. Law Rép.*, vol. 53, spéc. p. 33 ; BERLIN D., *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. p. 234, note de bas de page n° 144.

²⁴⁴¹ () Sentence *Texaco-Calasiatic*, précitée, § 50. p. 362 ; Sentence *Aminoil c./ Koweit*, précitée, § 6, p. 872.

²⁴⁴² () BERLIN D., *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, spéc. p. 227, n° 22.

²⁴⁴³ () TSCHANZ P.Y., *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, spéc. p. 82, n° 61.

long terme ou ceux à exécution successive, on a pu voir que les mécanismes de réadaptation sont fréquents. Ils traduisent l'idée selon laquelle, aux yeux des contractants, la sécurité des opérations prime sur tout autre équivalent⁽²⁴⁴⁴⁾. Ainsi, si un État doit imposer une modification, cette intervention s'analyse comme un changement de circonstances et entraîne la renégociation afin de reprendre les travaux ou d'évaluer les indemnisations⁽²⁴⁴⁵⁾. Ces situations qui évoquent l'absence de clause de stabilisation, affirment l'admission du recours au droit public de l'État concerné, y compris ses éventuelles modifications⁽²⁴⁴⁶⁾. Au vu de son système juridique, l'État peut modifier sa législation. Il peut la rendre opposable à son partenaire car rien n'était contractuellement prévu pour prohiber ses innovations. Rien ne devrait alors empêcher l'État de nationaliser, du moment où de tels actes entrent dans le cadre de la politique de développement⁽²⁴⁴⁷⁾. L'application de la loi nouvelle ne devrait pas constituer une violation des engagements contractuels préalablement absents. Elle devrait s'imposer s'agissant des lois de police ou des règles impératives.

580. Les choses ne se déroulent toutefois pas toujours ainsi. Divers auteurs tendent à réglementer cette hypothèse par deux conditions : **la première** concerne la prévisibilité raisonnable de l'intervention. Cette exigence ne concerne pas le marché soumis à la loi de l'État contractant. Il ne ferait aucun doute que les aléas de ce droit seraient applicables faut d'avoir insérer des engagements de protection. **La seconde** relève d'une exigence de non-discrimination. La nouvelle norme ne devrait pas être discriminatoire. Son adoption ne doit pas paraître déraisonnable par rapport au but poursuivi par l'État souverain. De telles mesures ne devraient en aucun cas conférer un avantage à l'État au détriment de son cocontractant. Ainsi, *la limitation de l'inflation et/ou la défense de la monnaie appliquée à l'État ne peut avoir pour but d'intérêt public puisqu'elle se borne à limiter le montant de sa dette*. Cependant, le simple fait que la règle comporte un effet bénéfique pour l'État d'accueil ne doit pas empêcher son application. Il faudrait vérifier la proportionnalité des agissements. Il faut déterminer s'il n'y a pas entre la les objectifs de la nouvelle loi et ses moyens parcourus une *disproportionnalité*. En d'autres termes, il faut spécifier qu'il n'y avait pas d'autres moyens moins discriminatoires qui auraient permis d'atteindre le même but sans

²⁴⁴⁴ () BERLIN D., *op. cit.*, D. P.C.I., 1987, spéc. p. 231, note de bas de page n° 133.

²⁴⁴⁵ () Cf. *ibid.*, p. 216, n° 16 et note de bas de page n° 67.

²⁴⁴⁶ () Cf. *ibid.*, p. 244 ; MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif... », *op. cit.*, p. 51 ; Tankoano AMADOU, « La place du droit public de l'État dans l'arbitrage international avec une personne privée », *Rev. Jur. Pol. Indép. Coö.*, 1988, spéc. p. 946.

²⁴⁴⁷ () TANKOANO A., *idem*, p. 946 ; JACQUET J.M., « Contrat d'État », *op. cit.*, p. 27, 132.

affecter l'investissement (²⁴⁴⁸). Un tel contrôle suppose l'appréciation du contenu et la finalité de la règle et ne pourra être effectuée qu'au regard des principes du Droit des gens. Ceci pose un problème de l'existence d'un bloc de légalité à l'égard duquel se confronte le pouvoir exorbitant (²⁴⁴⁹). Ces conditions qui autorisent l'opposabilité de la nouvelle législation (²⁴⁵⁰), évoquent l'interrogation sur la transposition de la théorie publiciste du détournement de pouvoir.

II / Détournement de pouvoir et détournement procédural

581. Comme les traités, l'effectivité de certaines clauses contractuelles dans l'ordre interne est suspendue à leur approbation par le Parlement. L'agrément des clauses de protection par cette autorité affirme leur validité et leur caractère contractuel et réglementaire. La clause de gel est une garantie contre l'éventuelle intervention unilatérale de l'État hôte de l'investissement. La violation de ces clauses entraîne la responsabilité de l'autorité agissante. Le fondement juridique de cette responsabilité est néanmoins absent. Le concept du détournement de pouvoir peut-il remplir cette mission ? Le recours, par l'État, à ses attributs pour améliorer sa situation de cocontractant pourrait-il être sanctionné par cette conception ? Pour y répondre, il faut évaluer « la *juridicité* » de l'alternatif utilisé par des sentences arbitrales **(A)** afin de prouver le bien fait de cette vision **(B)**.

A) De l'inexactitude du déni de justice

582. L'État peut intervenir initialement en qualité de puissance publique. Ne sortant jamais de ce rôle, il peut agir par la suite à l'encontre de la continuité de l'accord d'investissement. L'affaire *Amco-asia* représente cette situation. Au départ, l'État indonésien est intervenu en accordant une autorisation d'investir dans un projet de construction. Quelques temps plus tard, il a évoqué des motifs d'intérêt public pour révoquer cette autorisation. Devant les arbitres CIRDI, le litige a posé l'interrogation sur les comportements de l'État et la licéité de ses agissements ? La question aurait dû ouvrir la voie d'un contentieux de type identique à celui de l'excès de pouvoir. L'*Indonésie* a soulevé une assertion classique du contentieux du détournement de pouvoir. Il s'agit de la pluralité de mobiles (licites et illicites) qui fondent l'acte litigieux. L'un des mobiles de la décision a entendu porter secours à la partie

²⁴⁴⁸ () BERLIN D., « Les Contrats d'États... », *op. cit.*, D. P.C.I., 1987, spéc. p. 236, n° 29.

²⁴⁴⁹ () Cf. *Ibidem*.

²⁴⁵⁰ () Cf. *ibid.*, p. 237.

indonésienne dans le litige l'opposant à l'investisseur étranger. Il visait également à légitimer la prise de contrôle de l'hôtel par la police et par l'armée. L'Indonésie soutenait qu'à supposer que cela ait été le cas, sa décision était justifiée par le motif, incontestablement licite si les faits relevaient de l'insuffisance de l'investissement. Dans une telle situation, la théorie générale du droit français, ayant des équivalents à l'étranger, invite le juge à rechercher quel a été le mobile déterminant de l'acte litigieux⁽²⁴⁵¹⁾.

583. Les arbitres se sont mis à la recherche d'une appréciation du comportement de l'État d'accueil dans la révocation de l'autorisation d'investissement. Selon eux, la révocation a été prise dans des conditions d'extrême précipitation sans que l'investisseur ait pu s'expliquer sur sa position. Elle n'a pas tenu compte de la régularité procédurale et des réglementations en vigueur. L'Indonésie soutenait qu'à supposer irrégulière sur le plan procédural, la révocation se justifiait au fond par l'insuffisance de l'investissement. Elle a proclamé que l'irrégularité administrative ne suffisait pas à engager sa responsabilité dès lors que l'acte litigieux était justifié objectivement. L'État a affirmé que le retrait de l'autorisation était légal pour des motifs de fond même si l'irrégularité supposée peut causer la sanction⁽²⁴⁵²⁾. Les arbitres se sont attachés aux sources du droit international pour sanctionner l'État concerné. Ils ont estimé qu'il y a eu une irrégularité flagrante et une mauvaise foi patente qui sont susceptibles de caractériser *par un déni de justice* l'acte exercé. Ils ont condamné l'État par une indemnisation correspondant au gain que la victime aurait réalisé. Dans leur analyse, les arbitres ont reconnu que l'argument de l'État était sérieux. L'intervention des autorités militaires a voulu porter assistance à la partie indonésienne dans le différend l'opposant à l'investisseur étranger. Dès lors, il était justifié de ne pas tenir compte des motifs tirés de l'insuffisance de l'investissement⁽²⁴⁵³⁾.

584. Dans la mesure où elle détache l'irrégularité procédurale des raisons du fond, cette solution paraît pertinente. Une solution contraire aurait une conséquence fâcheuse car elle constituerait une véritable incitation à ne pas se préoccuper des exigences procédurales. En effet, on ne doit pas traiter de la même manière une expropriation accompagnée de garanties procédurales et une autre réalisée par la police et par l'armée.

²⁴⁵¹ () GAILLARD E., « Centre international pour le règlement des différends », *Clunet*, 1991, pp. 185 et s.

²⁴⁵² () Cf. *ibid.*, pp. 174 et 185.

²⁴⁵³ () *Ibidem.* ; même affaire, même observateurs, *Clunet*, 1987, pp. 161 et s ; adde, son article, « Arbitrage Commercial international : droit applicable au fond du litige », *édit. Juris-Classeur (Droit international)*, 1996, fasc.586-9-1, p. 6, n° 18.

Il paraît défendable que le tribunal insiste sur la dualité du rôle de l'État et sur l'irrégularité de la décision de révocation. Les arbitres ne doivent pas se sentir contraints de retomber dans les ornières du droit privé des contrats. Ce droit ne permet néanmoins pas d'appréhender toutes les questions que soulèvent ces différends. On a alors regretté que la sentence n'ait pas exploité sa démarche initiale : après avoir fait état d'une relation *sui generis*, elle a cru devoir se rattacher à des concepts étroitement démarqués de ceux du droit privé des contrats. La notion de déni de justice ne convient qu'aux agissements d'un juge car elle désigne le refus de juger proprement dit ⁽²⁴⁵⁴⁾. L'incorporation dans cette matière de situations dans lesquelles le jugement contraire aux exigences de justice procédurale se fait déjà par extension. Il paraît alors difficile d'étendre ce concept pour régler les actes du pouvoir exécutif. Par ailleurs, cette solution a un double inconvénient. Elle entraîne une *dilution* du critère : la notion de déni de justice n'est pas adaptée à un tel usage. Son application par les arbitres aux actes du pouvoir exécutif revient nécessairement à des notions plus générales telles que la mauvaise foi, la faute intentionnelle ou les agissements d'une particulière gravité. Ceci ne facilite guère la tâche des arbitres. L'application du critère de déni de justice semble contredire le principe fondamental de l'autonomie de l'arbitrage *CIRDI*. Incontestablement, il appartient aux arbitres d'apprécier la légalité d'une décision administrative affectant les droits d'un investisseur étranger. Il n'y a pourtant de déni de justice que lorsque les arbitres ont refusé de juger une demande de réparation pour une illicéité manifeste. Il est donc malvenu d'invoquer le déni de justice pour qualifier la simple décision administrative. Les recours restent ouverts devant les arbitres pour apprécier la régularité d'une telle décision dans des conditions présentant toute garantie d'impartialité ⁽²⁴⁵⁵⁾.

Mis en forme

Mis en forme

B) De l'effectivité du détournement de pouvoir et son adéquation

585. Le déni de justice étant écarté, il faut alors démontrer le bienfait auquel contribue le détournement de pouvoir en matière d'investissements. Avant d'y accéder, il est opportun d'aborder l'essentiel de cette théorie. Au-delà de sa similitude avec le concept privatiste d'abus *de droit*, le détournement de pouvoir présente un caractère spécifique. Il amène le juge à rechercher les intentions subjectives de l'agent public et à

²⁴⁵⁴ () Cf. *ibid.*, p. 162 ; adde, *J.D.I.*, 1991, p. 186.
²⁴⁵⁵ () *Ibidem*.

scruter ses mobiles psychologiques ⁽²⁴⁵⁶⁾. Il y a un détournement de pouvoir *chaque fois l'autorité administrative « accomplit un acte de sa compétence mais en vue d'un but autre que celui pour lequel l'acte pouvait légalement être accompli »* ⁽²⁴⁵⁷⁾. Or, on sait que tout acte administratif, quel qu'il soit, doit remplir un *but d'intérêt général dont la poursuite est obligatoire pour les autorités nationales*. Le détournement de pouvoir peut donc affecté tout acte administratif dépourvu de ce motif essentiel ⁽²⁴⁵⁸⁾. *Il en est ainsi pour les mesures prises à des fins incorrectes : mobile politique* ⁽²⁴⁵⁹⁾, *intérêt d'un tiers* ⁽²⁴⁶⁰⁾, ou *mobiles personnels* ⁽²⁴⁶¹⁾. Le détournement de pouvoir concerne les activités administratives conformes au *but d'intérêt général* commun aux actes administratifs ⁽²⁴⁶²⁾. Ce but peut être énoncé par la loi, mais celle-ci peut être muette à cet égard. Dans ces cas, le Conseil d'État se reconnaît un large pouvoir d'interprétation pour dégager le but licite de la compétence et de l'édition. Il recherche les *objectifs visés* par le législateur et assigne à la compétence créée un but précis, lui permettant de faire jouer le détournement de pouvoir ⁽²⁴⁶³⁾. Le détournement de pouvoir peut être procédural. Il en est ainsi lorsque l'administration qui avait l'opportunité des deux procédures différentes par leurs organisations et leurs conditions, emploie l'une au détriment de l'autre alors que les conditions de la procédure utilisée ne sont pas réunies ⁽²⁴⁶⁴⁾.

Mis en forme

586. Le détournement de pouvoir connaît certaines limites : il cesse d'être un motif d'annulation lorsque l'auteur de l'acte est *obligé de prendre la mesure qu'il a édictée*. *Il s'agit d'une compétence au nom de laquelle* l'auteur n'avait pas le choix de

Mis en forme

²⁴⁵⁶ () DE LAUBADERE A., (*et alii*), *Traité de droit administratif*, 16^{ème} Éd. L.G.D.J., Paris, 2001, p. 495, n° 1075.

²⁴⁵⁷ () *Ibidem*.

²⁴⁵⁸ () Cf. *ibid.*, p. 496, n° 1077.

²⁴⁵⁹ () Décision prise pour défavoriser ou éliminer un adversaire politique.

²⁴⁶⁰ () Décision destinée à favoriser un particulier au détriment d'un autre

²⁴⁶¹ () Intérêt privé, esprit de vengeance, de brimade.

mais il n'y a pas détournement de pouvoir si l'intérêt privé auquel la mesure critiquée donne satisfaction, « *n'est pas exclusif de l'intérêt général* », C.E., 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux, A.J.D.A.*, 1972, p. 227, note HOMONT.

²⁴⁶² () DE LAUBADERE A., (*et alii*), *op. cit.*, *supra*, Paris, 2001, p. 496, n° 1076.

²⁴⁶³ () Le juge peut déduire de la nature de la *compétence exercée* les buts licites de cette compétence. Par exemple, exemple le pouvoir *de police*, qui, de par sa nature, ne peut être exercé qu'en vue d'un but de sécurité, tranquillité ou salubrité et non en vue de tel autre but d'intérêt général, par exemple d'un but financier (hypothèse classique de l'annulation des arrêtés de police limitant l'usage d'une voie publique en vue de réduire les frais d'entretien de la commune, cf. *ibid.*, p. 497, n° 1078).

²⁴⁶⁴ () Ex., le recours à la procédure *d'alignement* pour réaliser une acquisition forcée de propriété, en évitant la procédure de l'expropriation, C.E., 17 janv. 1902, *Favatier*, et 14 févr. 1902, *Lalaque, S.* 1903, 3, 97, note Hauriou ; la révocation d'un fonctionnaire, déguisée sous la forme d'une simple mesure administrative pour éviter d'employer la procédure disciplinaire, C.E., 13 févr. 1948, *Louarn, Rec. Lebon*, p. 79 ; C.E., 29 janv. 1947, *Rosanvallon, Rec. Lebon*, p. 37.

sa décision, peu importait le but poursuivi (²⁴⁶⁵). Le détournement de pouvoir doit « ressortir des pièces du dossier ». Le Conseil d'État limite sa recherche aux éléments contenus dans les écrits. Il ne se reconnaît pas la compétence d'ordonner des enquêtes en vue de scruter les mobiles de l'administrateur (²⁴⁶⁶). Ces données garantissent que tout acte administratif peut être annulé ou peut donner droit à la réparation lorsqu'il est affecté d'un vice retenu. Elles paraissent alors plus adéquates aux litiges similaires qui affectent les accords d'investissements. C'est d'ailleurs, la vision progressiste d'une doctrine abondamment affirmative que la situation litigieuse de l'affaire Amco-Asia paraît « correspondre très exactement à la théorie du détournement de pouvoir » (²⁴⁶⁷). Si ces enseignements peuvent prendre pied dans la jurisprudence arbitrale, ils appréhenderont de manière plus fine le rôle des États souverains dans le Droit des M.P.I. Ils affirmeront l'appréciation souveraine par le pouvoir public de l'opportunité de la mesure prise, sauf en cas de détournement ou d'erreur manifeste (²⁴⁶⁸). Cela favorisera tant l'intérêt de l'État et de ses contractants. Dans l'affaire *d'Agip/Congo*, le caractère discriminatoire de la mesure prise semble trahir la volonté de ce pays de résoudre le différend (²⁴⁶⁹). Pour pouvoir juger pertinemment cette situation, les arbitres auraient dû s'interroger sur le détournement de l'activité souveraine du gouvernement. Ce procédé aurait dû leur permettre de ne pas se limiter aux aspects purement contractuels en réduisant les agissements souverains à la simple violation du contrat et non pas comme une violation des seules clauses de stabilisation (²⁴⁷⁰). De même, le **détournement de pouvoir peut garantir une certaine équité lors de l'évaluation de réparation due à l'investisseur étranger**. Le régime de la violation délibérée d'un marché par un pouvoir détourné ne doit s'assimiler à celui d'une résiliation en totale conformité. On ne doit pas traiter de la même façon l'État qui exerce légitimement ses prérogatives et celui qui est délibérément coupable d'une faute dolosive. Certes, paraît similaire, l'intervention pour une véritable cause d'intérêt public et la violation

²⁴⁶⁵ () DE LAUBADERE A., (et alii), *supra*, Paris, 2001, p. 497, n° 1080.

²⁴⁶⁶ () Cf. *ibid.*, p. 498, n° 1082.

²⁴⁶⁷ () « il est clair qu'en faisant intervenir la police et l'armée pour donner le contrôle de l'hôtel au cocontractant public indonésien, puis en révoquant brutalement l'autorisation d'investir, l'État commet un détournement de pouvoir, au même titre que le maire d'une commune qui prend un arrêté pour inverser le sens de la circulation au profit de son commerce personnel », E. GAILLARD., « Centre international pour le règlement des différends (CIRDI) », *Clunet*, 1991, n° 1, p. 186 ; pour le même auteur, « Arbitrage Commercial international : droit applicable au fond du litige », *Juris-Classeur (Droit international)*, 1996, fasc.586-9-1, p. 6, n° 18.

²⁴⁶⁸ () GAILLARD E., « Centre International Pour... », *op. cit.*, *Clunet*, 1987, n° 1, p. 162.

²⁴⁶⁹ () Sentence du 30 novembre 1978, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 1982, pp. 92 et s., note BATIFFOL H.;

²⁴⁷⁰ () GAILLARD E., *op. cit.*, *supra*, *Clunet*, 1987, n° 1, p. 162.

délibérée d'un marché. Les deux hypothèses évoquent la condamnation de l'État pour l'impossible exécution en nature des prestations engagées. Cependant, la différence porte sur le gain manqué⁽²⁴⁷¹⁾, qui doit être inclus dans l'indemnisation due à la suite d'une expropriation juridiquement justifiée⁽²⁴⁷²⁾.

587. La théorie du détournement de pouvoir étant opportunément accessible, il convient d'évoquer l'obstacle pouvant l'entraver. L'extension de cette théorie n'est pas sans danger. Lors des différends irano-américains, le tribunal a reconnu qu'il ne pouvait pas apprécier l'opportunité de la décision politique concernant l'abandon de l'énergie nucléaire. Il ne pouvait que se prononcer sur le point de savoir s'il ne s'agissait pas d'une façon détournée de renier un contrat de même que sur la nécessaire compensation qu'exige le droit international en cas d'expropriation ou d'éviction d'utilité publique. Cette difficulté peut être surmontée. La théorie du détournement de pouvoir peut être applicable par les arbitres. Rien ne leur interdit de contrôler l'activité souveraine, anticipant la fin d'un marché déterminé. Le *CIRDI* qui constituait le for le plus à même d'une telle audace, pourrait se répandre dans le droit commun des contrats d'État. Les rédacteurs de la Convention de Washington ont expressément évoqué l'hypothèse dans laquelle les arbitres se font juges de la légalité de l'action *jure-imperii* de l'État imputé. Le droit commun de l'arbitrage, « *ne s'oppose à ce que l'État accepte de se laisser juger en qualité de puissance souveraine par un tribunal arbitral privé, dès lors qu'il a clairement manifesté sa volonté en ce sens* »⁽²⁴⁷³⁾.

588. Le détournement de pouvoir a été la règle d'appréciation avancée par la sentence *Aminoil*, pour rejeter l'accusation formulée à l'encontre du Koweït qui aurait utilisé le concept et la forme de nationalisation dans le but de sortir de l'impasse provoquée par l'échec des négociations prévues. Le tribunal a noté que les soucis liés aux raisonnements de la société sont parfaitement compréhensibles et qu'une nationalisation dont la justification résiderait dans les avantages à retirer du règlement du différend ne serait pas régulière⁽²⁴⁷⁴⁾. Les arbitres ont fait allusion au concept de la « *nationalisation sanction* », défini par le professeur Vilary comme l'une des

²⁴⁷¹ () *Ibidem*.

²⁴⁷² () Sur ce point, la sentence *Amco* paraît la plus contestée. Après avoir fondé le principe de la condamnation de l'Indonésie sur sa responsabilité délictuelle, sur une responsabilité proche de la responsabilité contractuelle et sur divers principes généraux du droit, la sentence calcule les dommages-intérêts de manière indépendante du fondement retenu et comme s'il allait de soi que dans chacun des cas les dommages-intérêts incluent le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, Cf. *ibid.*, p. 155.

²⁴⁷³ () GAILLARD E., *op. cit.*, *Clunet*, 1987, n° 1, p. 162 ; l'auteur a fait référence aux écrits de P. WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats ...*, *op. cit.*, *R. C. A. D. I.*, 1969, t. 128, v. III, p. 152.

²⁴⁷⁴ () Sentence d'*Aminoil* c./Koweït du 24 mars 1982, *J.D.I.*, 1982, pp. 895-896, n° n° 109.

« situations qui ferait apparaître les éléments constitutifs d'un détournement de pouvoir ou d'un détournement de procédure pour utiliser des termes empruntés au droit administratif »⁽²⁴⁷⁵⁾. Le détournement procédural paraît être utilisé par la sentence *Letco/Libéria*. Les arbitres du CIRDI ont considéré que l'expropriation de la concession forestière était intervenue sans respect des procédures de notification. Si celles-ci avaient été effectuées, l'investisseur aurait pu se permettre de porter remède aux griefs qui lui étaient opposés. Pour condamner cette action, les arbitres ont insisté sur cette irrégularité procédurale sans rechercher si l'expropriation pouvait se justifier au fond⁽²⁴⁷⁶⁾.

Sous-section II

Conciliation entre intérêt privé et intérêt général

589. Sous la réserve d'un équilibre financier **(II)**, l'État s'est vu reconnaître la prééminence de ses intérêts sur tout équivalent **(I)**.

I / Motif d'intérêt général

590. En matière de contrats administratifs, l'intervention unilatérale doit être motivée et fondée sur les concepts de service public ou d'intérêt général. Un contrat conclu pour les satisfaire peut être résilié pour les sauvegarder : l'abrogation aussi coûteuse pour l'administration peut l'être moins que le serait la continuité de certaines opérations⁽²⁴⁷⁷⁾. L'intérêt général peut être derrière la modification ou l'abandon d'un projet. C'est un motif qui trouve son écho dans les considérations liées à l'organisation et au fonctionnement du service public⁽²⁴⁷⁸⁾. Corrélativement, l'État souverain ne doit pas porter atteinte aux droits des investisseurs étrangers sauf s'il l'estime indispensable pour préserver ses intérêts⁽²⁴⁷⁹⁾. Ce préalable est inévitable pour la légalité de son

²⁴⁷⁵ () Consultation du Professeur VIRALLY aux fins de la sentence Aminoil, Paragraphe 116 de la sentence, p. 305, cité par EL-YOUNSI Malika, *Les règles matérielles du droit des contrats d'États à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine*, thèse, Paris II, 1994, p. 410.

²⁴⁷⁶ () Sentence CIRDI, *LITCO c./ Libéria*, *Clunet*, 1988, pp. 167-188, spéc. 177, obs., GAILLARD E. ; adde, ses observations sous la sentence du 31 mars 1986, *J.D.I.*, 1988, p. 177.

²⁴⁷⁷ () LICHER L., *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 184.

²⁴⁷⁸ () C.E., 11 juillet 1913, *Compagnie des chemins de fer du Sud de la France*, Rec. 854 ; C.E., 30 juin 1933, *Soc. Le Centre électrique*, *Rec.* 707 ; T.A. Grenoble 9 avril 1980, *Soc. d'aménagement touristique de l'Alpe d'Huez*, *D.* 1981, 581, note SERVUIN ; C.E., 29 avril 1994, *Colombani*, *R.F.D.A.*, 1994, p. 479 ; Résiliation fondée sur le refus de l'occupant du domaine public d'accepter de verser une redevance plus importante, C.E., 23 juin 1986, *Thomas*, *R.F.D.A.*, 1987, p. 195.

²⁴⁷⁹ () JACQUET J M., « Le Contrat d'État », *op. cit.*, *Éd. Juris-Classeur, Droit International*, 1998, fasc. 565-60, p. 33, n° 164 ; WEIL P., *Cours précité*, *R.C.A.D.I.*, 1969, V. III, T. 128, spéc., p. 220.

intervention. Doctrine ⁽²⁴⁸⁰⁾ et jurisprudence sont d'accord sur la nécessité de cette condition. Au cours de la l'affaire de *l'Anglo iranienne*, la *Grande-Bretagne* a soutenu devant la *C.I.J.* que l'expropriation de concession n'était légitime que si elle intervenait pour des motifs d'intérêt public d'importance vitale ⁽²⁴⁸¹⁾.

591. Cette exigence étant posée, il faut alors préciser ses délimitations. L'exercice du pouvoir exorbitant n'est pas un principe mais une *permission* accordée à titre d'exception. L'État souverain ne devrait pas en abuser, en faisant appel à ses pouvoirs pour se détacher de ses obligations ⁽²⁴⁸²⁾. Dans des accords qui touchent toutes sortes d'activités, il est cependant difficile de dresser une liste des objectifs relevant de l'intérêt public. Tout dépend des circonstances du différend ⁽²⁴⁸³⁾. Ceci étant, l'appréciation de l'intérêt public est-elle laissée à la discrétion de l'État ou peut-elle faire l'objet de vérifications ? Au cours d'une sentence isolée, le gouvernement s'est vu reconnaître la liberté de résilier une concession qualifiée d'administrative : « *il n'appartient alors pas à un juge étranger et pas davantage à un arbitre, même librement accepté, de revoir les motifs du retrait de la concession* » ⁽²⁴⁸⁴⁾. Il n'en a pas toujours été ainsi. Plusieurs sentences affirment que les arbitres tendent à s'assurer de l'effectivité de ce motif d'intervention. La résiliation en vue de procurer à l'État contractant moins de profit qu'il n'avait escompté, ne remplit pas cette condition. Les mauvais résultats financiers ne sont pas des motifs suffisants pour que l'État prétende le bien fondé de la résiliation ⁽²⁴⁸⁵⁾. La sentence d'Aminoil a précisé que « *l'État a poursuivi de façon constante un programme général destiné à placer celui-ci en position de contrôle de la totalité de l'industrie pétrolière, et la nationalisation était en elle même licite* » et, cette licite a acquis sa « *justification dans une politique générale*

²⁴⁸⁰ () WEIL P., idem, *R.C.A.D.I.*, 1969, V. III, T. 128, spéc. p. 220, pour le même auteur, Droit international et contrats d'État, In *Mélanges ROUTER P.*, n° 21, pp. 570 et s., parlant ainsi « *d'une certaine mutabilité voire d'une terminaison anticipée* » ; H. BATIFFOL, note sous la sentence *Agip/Congo*, *Revue critique D.I.P.*, 1982, p. 105 et s., spéc., pp. 108-09 ; TSCHANZ Y., « Contrats d'État et mesures unilatérales... », *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, pp. 47 et s., spéc. p. 81, n° 62.

²⁴⁸¹ () Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company, *Mémoires et Plaidoiries de la Cour International de Justice*, 1953, pp. 94-98.

²⁴⁸² () JACQUET J. M., *op. cit.*, *supra*, p. 33, n° 164 ; D. BERLIN, *op. cit.*, *D.P.C.I.*, 1987, p. 217, n° 17.

²⁴⁸³ () WEIL P., *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1969, vol. III, t. 128, spéc. p. 220.

²⁴⁸⁴ () Sentence CCI, affaire n° 1526 (1968), LUBELSKI c./ État du Burundi, *Clunet*, 1974, pp. 915 et s.

²⁴⁸⁵ () Sentence rendue dans l'affaire *RCA c./ Tchecoslovaquie*, « *That this expectation sometimes proves to fail in not giving the country as large a profit as was expected, cannot be considered sufficient reason for releasing that public institution from its obligations as signatory of said agreement* », in *A.J.I.L.*, 1936, pp. 531-534 ; P. WEIL, *op. cit.*, *supra*, *R.C.A.D.I.*, 1969, V. III, T., 128, spéc. p. 221.

dûment établie et progressivement mise en œuvre »⁽²⁴⁸⁶⁾. De même, la sentence CCI du Plateau des Pyramides n'a aucunement nié à l'Égypte son devoir de protéger de sites pharaoniques. Son intervention pour mettre fin au projet d'aménagement était incontestablement fondée sur un motif légitime d'intérêt public. Cette motivation n'a pas été contestée par la société étrangère (SPP), selon qui, l'acte du gouvernement « ne constitue pas un exercice inapproprié d'un pouvoir souverain »⁽²⁴⁸⁷⁾. Rendue sur cette même affaire en raison de l'annulation de la sentence précédente, l'arbitrage CIRDI a réaffirmé ces expressions : « au regard du droit international, la défenderesse (l'Égypte) avait clairement le droit d'annuler un projet de développement touristique situé sur son propre territoire, dans le but de protéger des antiquités. Cette prérogative est un attribut incontestable de la souveraineté. Ce droit a été exercé dans un but d'intérêt public à savoir la préservation et la protection des antiquités dans la zone »⁽²⁴⁸⁸⁾.

592. La règle étant posée, il convient de préciser son étendue. La doctrine exige que l'intervention étatique soit objectivement imposée par un intérêt public « honnêtement compris »⁽²⁴⁸⁹⁾. Même si l'on a affaire à un accord de droit public, l'État ne peut pas se permettre de le modifier à son gré. Il doit démontrer qu'un intérêt public d'importance vitale souffrirait si la convention restait maintenue conformément aux règles du droit privé⁽²⁴⁹⁰⁾. L'État ne doit pas interpréter excessivement le motif d'intérêt commun. La reconnaissance d'un pouvoir exorbitant ne l'habilite pas à se délier, sans véritable cause, de ses engagements. Une nationalisation ne saurait se prévaloir contre un contrat ayant une clause de stabilité dont la violation aurait au moins des effets financiers⁽²⁴⁹¹⁾. Les arbitres apprécient suivant chaque cas l'intérêt public évoqué. La sentence arbitrale américaine du 8 novembre 1972 entre *l'International Bank of Washington* et *l'Overseas Private Investment Corporation* a décidé que « le refus de délivrer un permis de construire pour la construction d'un aéroport, qui avait fait l'objet d'un accord préalable, pouvait être justifié par des conditions de protection de

²⁴⁸⁶ () Sentence d'Aminoil c./Koweït du 24 mars 1982, *J.D.I.* 1982, pp. 895-896, n° 110.

²⁴⁸⁷ () LEBOULANGER Ph., *op. cit.*, *Rev. d'arbitrage*, 1986, p. 16, n° 53.

²⁴⁸⁸ () GAILLARD E., « Centre International ... », *op. cit.*, *Clunet*, 1994, pp. 217 et s.

²⁴⁸⁹ () BATIFFOL H., note sous la sentence *Agip c./ Congo*, 30 novembre 1979, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé.*, 1982, pp. 105 et s.

²⁴⁹⁰ () TSCHANZ P. Y., *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Intern. Privé*, 1985, pp. 47 et s, spéc. n° 62.

²⁴⁹¹ () Sentence *Texaco-Calasiatic*, *op. cit.*, spéc. pp. 371 et s, n° 71-73.

l'environnement »⁽²⁴⁹²⁾. Néanmoins, la démarche suivie est loin d'être unifiée. Au cours de l'affaire *Texaco-Calasiatic*, l'arbitre *Dupuy* a refusé tout contrôle de la finalité des nationalisations opérées par la Libye⁽²⁴⁹³⁾. Lorsqu'il a statué sur les problèmes de l'affaire **d'Agip / Congo**, le même arbitre s'est permis un contrôle très poussé. Il a examiné les motivations des mesures similaires et a analysé leur opportunité⁽²⁴⁹⁴⁾. Ce paradoxe peut être justifié. Le contrôle reconnu au juge ou à l'arbitre devrait être restreint. Il doit comprendre l'exactitude matérielle des faits, l'erreur de droit, l'erreur manifeste d'appréciation et le détournement de pouvoir à la rigueur de celui de droit public interne⁽²⁴⁹⁵⁾. On peut enfin se demander si l'illégalité d'un marché constitue un motif d'intérêt public suffisant pour qu'un tel accord soit résilié. Pour y répondre, il apparaît que l'intérêt public et l'illégalité d'un contrat ne sauraient s'identifier. Un contrat illégal peut être annulé, mais cette sanction ne doit intervenir que par le juge saisi⁽²⁴⁹⁶⁾. Cependant, on a pu soutenir que l'administration peut se trouver contrainte de dénoncer de tels accords dans un souci d'efficacité⁽²⁴⁹⁷⁾.

II / Conséquences financières de l'intervention unilatérale

593. Les investisseurs ne collaborent pas gratuitement. Ils contractent en exerçant les activités des commerçants et cherchent à réaliser des bénéfices à travers leur accès à la contractualisation. Ce faisant, bien que digne de respect, la modification ou la résiliation dans un but d'intérêt public ne saurait passer impunément. Pour toute autorité il existe une dose de responsabilité correspondante. L'État ne doit accéder à ses pouvoirs souverains sans s'attendre à la réparation de leur répercussion. L'exercice du pouvoir régalien ne doit pas sacrifier les intérêts des investisseurs, bien au contraire, il doit leur garantir une juste indemnisation. L'obligation d'indemnisation paraît être un principe commun aux systèmes étatiques et au Droit des gens. Le droit public l'accorde en cas de modification ou de résiliation unilatérale du contrat administratif sauf si le législateur l'interdit textuellement. Les résolutions de l'Assemblée Générale de l'ONU et les innombrables traités de protection des investissements consacrent des textes dans ce

²⁴⁹² () Sentence arbitrale américaine du 8 novembre 1972 entre l'International Bank of Washington et l'Overseas Private Investment Corporation, *I.L.M.*, 1972, pp. 1216 et s, spéc. p. 1246 ; BERLIN D., « Les Contrats d'Etat «(State-contracts)...», *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s, spéc., p 218, n° 17.

²⁴⁹³ () Sentence *Texaco-Calasiatic*, précitée, *Clunet*, 1977.

²⁴⁹⁴ () Sentence *d'Agip SPA c/ Congo*, *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1982, pp. 92 et s, note H.

BATIFOLU.

²⁴⁹⁵ () R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 1986, Tome 1, p. 733 ; Sentence *d'Aminoil*, *Clunet*, 1982, p. 891, spéc. n° 87.

²⁴⁹⁶ () LICHER L., *Droit des contrats...*, *op. cit.*, L.G.D.J., 1992, p. 188.

²⁴⁹⁷ () C.E., 7 octobre 1994, LOPEZ, *Rev. Fr. Dr. Adm.*, 1994, p. 1090, conclusions SCHWARTZ.

sens. La plupart des traités bilatéraux engagent les États signataires au paiement d'une indemnité intégrale, prompte et effective en cas de nationalisation ⁽²⁴⁹⁸⁾.

594. Si l'indemnisation est admise, son enracinement juridique et son calcul posent des véritables difficultés d'appréciation. La doctrine discute, ces points sans pouvoir aboutir à une solution commune. Dans ces conditions, il n'est pas question de s'aventurer à la recherche d'un ordre d'enracinement. Il est préférable de démontrer, au cours de ce dernier point, la place des concepts de droit public et leur adéquation. Il faut alors cerner le rôle de la théorie des contrats administratifs et de ses enseignements. L'influence du droit public sur l'enracinement et le calcul d'indemnité doit être abordé, s'agissant de marchés à qui il manque toujours un régime juridique commun ⁽²⁴⁹⁹⁾. Cette réalité explique, d'ailleurs, le recours, par les arbitres, aux diverses sources nationales et anationales pour compléter les manquements ou pour pallier les contradictions ⁽²⁵⁰⁰⁾. Leurs œuvres ont commencé à dessiner un régime de la responsabilité qui se rapproche d'un contentieux objectif où les arbitres peuvent repousser une demande d'indemnisation non pas parce que le domaine ne s'y prête pas, mais parce que le droit applicable ne l'autorisait pas ou paraissait échapper à son pouvoir 'judiciaire' d'origine contractuelle ⁽²⁵⁰¹⁾. Ces efforts qui ne se sont pas préoccupés d'instaurer un régime de responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle en la matière, traitent plutôt les conséquences financières des actions de l'État souverain et/ou contractant. Ce faisant, il faut distinguer les effets de l'acte illicite donnant lieu à un droit à réparation intégrale et de l'acte licite ne conférant qu'un droit à compensation ⁽²⁵⁰²⁾. Toute 'violation' par l'État de ses engagements contractuels peut, selon le droit applicable, entraîner l'illicéité de ses agissements. De tels actes peuvent entraîner, sauf cause exonératoire, l'obligation d'indemnisation ⁽²⁵⁰³⁾. Cette illégitimité est comprise conformément aux droits contractuels et non pas par rapport au droit public ou au Droit des gens. En droit, l'indemnisation des partenaires de l'administration *ne signifie nullement l'illégitimité* de l'acte modificateur. En effet, pour que cette qualification

²⁴⁹⁸ () Première Partie, Titre I, Chapitre 1, section 2 ; également, SEIDL-HOHENVLDERN I., « L'évolution des dommages dans les arbitrages internationaux », *A.F.D.I.*, 1987, pp. 7 et s., spéc. pp. 10-11.

²⁴⁹⁹ () « S'il est un point sur lequel la plupart des sentences arbitrales restent silencieuses, c'est bien l'origine des règles applicables en matière d'indemnisation », BERLIN D., « Les Contrats d'État... », *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s.

²⁵⁰⁰ () V., Partie 2, Titre 2, chapitre 7.

²⁵⁰¹ () BERLIN D., « Contrats d'État », *Rép. Inter.*, *Dalloz*, 1998, n° 88 ; Sentence CCI n° 3050 de 1992, *Clunet* 1993, pp. 1008 et s.

²⁵⁰² () Ex., Sentence Texaco-Calasiatic, *Clunet*, 1977, pp. 349 et s.

²⁵⁰³ () BERLIN D., *op. cit.*, *supra*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s, spéc. p. 220, n° 19.

produise ses effets, il faut que l'acte imputé soit annulé ou qu'il devienne caduc, c'est-à-dire que le particulier concerné en refuse l'exécution. Or, ni l'annulation peut être prononcée, ni même le refus d'exécution peut se faire par l'autre contractant ⁽²⁵⁰⁴⁾. Il paraît que cette affirmation s'adapte avec l'idée selon laquelle la distinction de droit international entre nationalisation *licite* et *illicite* ne s'applique pas aux hypothèses de résiliation ou de modification ⁽²⁵⁰⁵⁾. L'indemnisation à cause de ces agissements unilatéraux compense les préjudices subis (*damnum emergens*) et/ou de gain manqué (*lucrum cessans*) ⁽²⁵⁰⁶⁾.

595. Dans ces cas, les actes de l'État ne posent pas de problème de légalité, seulement les comportements de la personne publique influencent la jurisprudence lors du calcul d'indemnité. Lorsque la résiliation unilatérale relève d'un événement exceptionnel, le Conseil d'État ne compense que la perte subie. En revanche, il s'offre un large pouvoir d'évaluation lorsque la mesure prise relève d'une nouvelle appréciation du service public ⁽²⁵⁰⁷⁾. Le partenaire privé a droit à une indemnisation toutes les fois où l'administration lui a imposé une charge imprévue. Il ne doit pas demander la réparation des mesures prévues puisqu'il a dû les faire entrer dans ses calculs avant de s'engager. Toutefois, la condition d'imprévisibilité peut prêter à confusion. L'insertion d'une clause de résiliation peut-elle justifier le refus d'indemnisation ? Par ailleurs, ne peut-on pas dire que, de toute façon, le contractant de l'administration est supposé savoir que celle-ci conserve son pouvoir exorbitant ? En effet, la prévisibilité est censée être supposé dans les deux situations. Mais, il est vain d'insister sur cette idée : prendre la notion d'imprévision dans ce sens va à l'encontre de l'intérêt même de l'administration qui aurait du mal à trouver de nouveaux partenaires capables de voir leurs charges contractuelles s'aggraver sans compensation. Pour cette raison, il faut que la portée de l'imprévisibilité soit précise. Cette notion prend, en l'espèce, un sens particulier qui n'entend pas déterminer si la mesure prise était envisagée lors de la conclusion du contrat. La charge imposée au co-contractant sera imprévue lorsqu'elle ne fait pas partie de la convention dans le sens où elle ne trouve pas dans la texture de leur accord une

²⁵⁰⁴ () BADAOU S., *Le fait du prince ...*, op. cit., L.G.D.J., Paris, 1953, p. 130.

²⁵⁰⁵ () L'examen de la licéité internationale des mesures unilatérales n'entre pas dans le cadre de la compétence d'un arbitrage commercial. Le droit des gens ne l'autorise pas à mener cette mission. BERLIN D., op. cit., *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s, spéc. 267, n° 53.

²⁵⁰⁶ () LAUBADERE A., *Traité de droit...*, op. cit., L.G.D.J., Paris, 1998, 11^{ème} édition, p. 406, n°

727.

²⁵⁰⁷ () VEDEL G., DELVOLVE P., *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 1992, p. 421.

rémunération correspondante ⁽²⁵⁰⁸⁾. Une telle conception est alors parfaitement correspondre aux marchés publics internationaux lorsqu'il s'agit de situations similaires.

596. La sentence CCI de l'affaire du Plateau des Pyramides a affirmé que l'indemnisation peut être réduite lorsque le risque paraît prévisible pour l'autre contractant ⁽²⁵⁰⁹⁾. Au cours de la sentence *Amco-Asia*, l'Indonésie soutenait que le gain manqué ne pouvait comprendre que le gain prévisible au moment de l'expropriation. Le Tribunal a condamné cette revendication. Il a affirmé que la prévisibilité s'applique au principe du préjudice et non au quantum. Le but de la réparation étant de replacer l'investisseur dans la situation qui aurait été la sienne si l'expropriation illicite n'avait pas eu lieu. La sentence a estimé qu'en l'espèce, *Amco* n'avait eu aucun moyen de minimiser ses pertes et qu'il n'y a pas lieu de réduire sa réparation sur ce fondement ⁽²⁵¹⁰⁾. Par ailleurs, la réparation des actes contractuellement illicites doit couvrir l'intégralité du préjudice c'est à dire le *damnum-emergens* et le *lucrum-cessans*. Lorsque le préjudice provient d'un acte illégal, fautif et prévisible ⁽²⁵¹¹⁾, l'investisseur est fondé à réclamer la réparation du *lucrum-cessans* et du *damnum-emergens* ⁽²⁵¹²⁾. Le calcul d'indemnisation tient ici compte de la valeur comptable des coûts de remplacement des installations. Il s'y ajoute un facteur correspondant à la plus value que le marché attribue à un *going concern* ou à une entreprise en fonctionnement par rapport aux prix des installations évaluées séparément.

597. *L'illicéité* peut relever de la violation par l'État de ses règles de forme (mise en demeure ou information) ⁽²⁵¹³⁾. Pour juger ce comportement fautif, les arbitres se fondent sur les standards du droit international en la matière ou sur le contenu de l'ordre juridique applicable. L'irrégularité formelle a mérité d'être sanctionnée en tant que telle lorsqu'elle est suffisamment grave ou lorsqu'elle trahit un mobile illicite déterminant. C'est en tout cas, l'affirmation de la sentence du 31 mai 1990 sur l'affaire *Amco Asia c/ l'Indonésie qui a reproché à l'État sa violation des procédures de forme* ⁽²⁵¹⁴⁾. En effet,

²⁵⁰⁸ () BADOUI S., *op. cit.*, L.G.D.J., Paris, 1953, p. 139.

²⁵⁰⁹ () Affaire CCI de l'affaire du Plateau des Pyramides, *I.L.M.*, 1983, para. 63.

²⁵¹⁰ () Sentence *Amco-Asia c/ l'Indonésie*, *op. cit.*, *Clunet*, 1991, n° 1, pp. 187 et s., obs. GAILLARD E.

²⁵¹¹ () 1^{ère} sentence de l'*Amco-Asia c/ l'Indonésie*, *op. cit.*, *J.D.I.*, 1987, n° 172, pp. 155 et 155, obs., GAILLARD E.

²⁵¹² () Sentence *Letco/Liberia* du 31 mars 1986, *J.D.I.*, 1988, spéc. p. 172 ; GAILLARD E., « Centre International Pour Le Reglement Des Differnds (CIRDI) », *Clunet*, 1991, n° 1, p. 187.

²⁵¹³ () Sentence *Letco/Libéria*, idem, n° 50 ; Sentence *CIRDI* du 4 et 9 février 1988, Soc. SOABI c/ Sénégal.

²⁵¹⁴ () GAILLARD E., *op. cit.*, *supra*, *Clunet*, 1991, n° 1, spéc., p. 186.

peut être injuste, en tout cas inopportun, le traitement identique d'une expropriation illicite et d'une autre licite. En refusant d'assimiler les deux situations, la seconde sentence rendue sur cette même affaire s'est écartée de la première (du 20 novembre 1984). L'acte illicite a engagé l'Indonésie dans une responsabilité qualifiée d'extra contractuelle⁽²⁵¹⁵⁾. L'équité exige que le dédommagement s'adapte aux circonstances particulières de la cause. Ces circonstances peuvent intervenir pour diminuer ou augmenter le montant de l'indemnisation en fonction de l'appréciation faite de l'acte incriminé. Il en résulte que l'appréciation des comportements fautifs de l'État ou de la victime aurait une influence lors du calcul de l'indemnité. La responsabilité pour faute charge son auteur d'une indemnisation intégrale (*damnum emergens et de lucrum cessans*) assortie d'un intérêt⁽²⁵¹⁶⁾. Le montant d'indemnisation prend en considération les situations de force majeure et l'insertion d'une clause de stabilisation⁽²⁵¹⁷⁾. La présence de clauses de protection aurait un rôle à jouer. Conformément au principe de la force obligatoire des contrats, la violation de telles clauses doit contribuer à la réparation des promesses non-tenues⁽²⁵¹⁸⁾. Ces circonstances peuvent entraîner une majoration du montant de l'indemnisation. Plusieurs sentences ont expressément exclu le *lucrum cessans*. Dans le langage traditionnel du droit international, le *damnum emergens* doit être indemnisé dans tous les cas. Par contre le manque à gagner n'est réparable qu'en cas de mesure licite⁽²⁵¹⁹⁾. La sentence *Sri-Lanka* a expressément exclu les profits futurs. Faute de préjudice direct et certain, la réparation de la perte des profits futurs ne peut être accordée que si ces profits peuvent être raisonnablement attendus et non simplement possibles⁽²⁵²⁰⁾.

598. La réparation consiste en une *restitution in pristinum* et non pas en une *restitution integrum* puisqu'on devrait couvrir financièrement les préjudices subis

²⁵¹⁵ () Cette sentence n'avait pas fait aucune distinction sur ce point, GAILLARD E., « Centre International Pour... », *op. cit.*, *Clunet*, 1987, spéc. pp. 155-163 ; adde, in *Clunet*, 1991, n° 1, spéc., p. 186.

²⁵¹⁶ () BERLIN D., « Contrats d'État », *Répertoire international*, Dalloz, 1998, n° 88 ; aussi son article précité, in *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s, spéc., p 268, n° 54. Toutefois, il se peut que la revendication de la victime de l'acte soit modérée. L'arbitre n'aurait qu'à tenir compte de la demande formulée. Ainsi la société italienne dans l'affaire d'Agip-Congo avait accepté de limiter sa demande au titre du *lucrum cessans*. Sentence arbitrale du 30 novembre 1979, Agip SPA c./ gouvernement du Congo, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1982, note BATIFFOL, pp. 99 et s.

²⁵¹⁷ () Sentences Aminoil c./ Koweit, 24 mars 1982, *J.D.I.*, 1982, pp. 895-896 ; Sentence CIRDI, LITCO c./ Libéria, *Clunet*, 1988, pp. 167-188.

²⁵¹⁸ () Cf. *ibid.*, p. 34, n° 170.

²⁵¹⁹ () Sentence Liamco c./ La Libye, *Rev. Arb.*, 1980, p. 174.

²⁵²⁰ () Sentence SRI LANKA, in *Clunet*, 1992, pp. 222-223.

(²⁵²¹). Plusieurs sentences ont accordé cette possibilité (²⁵²²). La sentence *CCI* de l'affaire du *Plateau des Pyramides* a décidé que « *whereas this background does not exclude a contractual breach by the Government, it convinces us that the breach was neither fraudulent nor grossly negligent in the sense pointed out above* » (²⁵²³). Rendue sur cette même affaire, une sentence *CIRDI* a qualifié l'attitude de l'Égypte comme une faute lourde voire un comportement frauduleux. Une telle possibilité dépend des dispositions du droit applicable et de l'attitude de l'État de la rupture du contrat. Le type de mesure adoptée par l'État à l'encontre d'un contrat jouera sans un rôle important (²⁵²⁴). Les arbitres se sont mis à la recherche d'une réparation adéquate conformément à l'article 221 de son Code Civil du pays. Néanmoins, la sentence s'est montrée aussitôt hostile à l'égard de cette loi après lui avoir accordée un titre d'application. Elle l'a écarté au motif que les taux fixés par lui à 5 % ne sont pas à caractère commercial. Elle s'est référé aux éléments d'évaluation inspirés de la pratique internationale (*sentence Aminoil*) et aux principes généraux du Droit des gens (²⁵²⁵).

599. Si l'acte de l'État intervenant était sans faute et sans discrimination, l'État doit-il indemniser l'investisseur ou pourrait-il se libérer de sa responsabilité ? Lorsque l'acte *licite* cause des préjudices, comment calcule-t-on l'indemnité ? La victime des agissements aurait-elle à son tour une part de risque à supporter ? L'hypothèse concerne l'intervention étatique motivée sans faute et sans excès de pouvoir. Ce faisant, la mesure prise n'affecte pas les conditions extrinsèques du contrat, mais elle touche à son contenu. Dans les contrats administratifs, la responsabilité du pouvoir public exige qu'il y ait des préjudices causés (²⁵²⁶). L'intervention étatique laisse légitimement supposer qu'il ait un préjudice subi. Néanmoins, lorsqu'il s'agit de réparer, encore faut-il qu'il y ait quelque chose à réparer (²⁵²⁷). La sentence *CIRDI* rendue dans l'affaire de la *SOIBI* a précisé que l'indemnisation exige l'existence d'un préjudice réel et certain. Pour fonder cette affirmation, les arbitres se sont référés au Code sénégalais de l'administration,

²⁵²¹ () BELIN D., « Contrats d'État », *Répertoire international*, Dalloz, 1998, n° 85.

²⁵²² () La sentence *Agip c./ Congo* a considéré la violation du contrat par l'État comme étant une mauvaise foi. *Agip* a invoqué l'article 1153 du Code Civil congolais, réclamant de dommages et intérêts, ce que le tribunal a accordé à l'investisseur. *I.L.M.*, 1982, pp. 738-739, ns° 112-113.

²⁵²³ () Sentence arbitrale du 11 mars 1983, *SPP c./ Égypte*, *EGOTH*, *I.L.M.*, 1983, p. 78.

²⁵²⁴ () Sentence arbitrale du 20 mai 1992, *Plateau des Pyramides*, *I.L.M.*, 1993, p. 781, n° 62.

²⁵²⁵ () RAMBAUD Patrick, « L'affaire 'des pyramides' : suite et fin », *Ann. Fr. Dr. Int.*, 1993, pp.

567 et s., spéc. p. 573.

²⁵²⁶ () BADAOUÏ S., *op. cit.*, *L.G.D.J.*, pp. 187 et 188.

²⁵²⁷ () Cf. *ibid.*, p. 136.

contractuellement applicable ⁽²⁵²⁸⁾. La réparation des modifications non-prévues ⁽²⁵²⁹⁾ comporte le prix nouveau qui est une notion différente du supplément ou de la plus-value. Ce prix est discuté par les ingénieurs avec l'entrepreneur. Il est soumis à l'approbation de l'administration ou déterminé par le juge saisi ⁽²⁵³⁰⁾. La réparation obéit à la théorie de fait du prince et au principe de préjudice subi. Elle doit être intégrale au prix convenu et doit compenser la totalité des dommages entraînés ⁽²⁵³¹⁾.

600. Lorsque l'investisseur a droit à une compensation, celle-ci échappe en principe au régime de la responsabilité car elle n'est pas la sanction d'un comportement contraire au droit, mais la contrepartie de l'exercice légitime de celui-ci ⁽²⁵³²⁾. L'indemnisation pour fait licite repose sur une compensation calculée en fonction des intérêts et des capacités des parties. Elle est illustrée par les accords d'indemnisation forfaitaires qui prévoient le versement d'une compensation appropriée ou d'indemnité 'intégrale, prompte et effective. Celle-ci suppose le calcul de son montant sur la base de la valeur nette comptable ou la « *net book value* » pour les États en développement. En revanche, les juristes des États développés calcul ce montant sur la valeur du rendement (*fair market value*) et les profits anticipés de l'entreprise (*discounted cash Flow*). Le problème a été soulevé par la sentence Amco-asia alors qu'elle n'avait pas à répondre, compte tenu des circonstances de la cause ⁽²⁵³³⁾. La sentence a tenu à préciser que lorsqu'elle tranche l'argument de la prévisibilité du quantum, sa tâche est de remettre les parties en l'état puisqu'il s'agit de réparer les conséquences d'un acte illicite ⁽²⁵³⁴⁾. Elle a laissé entendre qu'elle ne statuerait pas nécessairement de la même façon si l'expropriation était licite.

601. Les conditions de l'indemnisation étant déterminées et son régime étant enracinés, il faut déterminer le mode du calcul suivi. La pratique arbitrale démontre que l'évaluation d'indemnité est trop controversée. La doctrine est divisée. Les défenseurs de l'intérêt public militent en faveur d'une évaluation fondée sur la valeur comptable, 'book value'. Ceux qui revendiquent un calcul sur la valeur réelle 'market value' sont

2528

() Sentence AAPLISRI LANKA, *Clunet*, 1992, pp. 223-224 ; AMCO ASIA c./ Indonésie, *Clunet*, 1991, p. 179.

2529

() Changements des conditions d'exécution, augmentation ou diminution des travaux à réaliser...

2530

() LAUBADERE A., (et aliie), *Traité de Droit administratif*, 2^{ème} Éd. L.G.D.J., Paris, 1998,

11^{ème} édition, p. 407, ns° 732-33.

2531

() C.E., 14 avril 1948, Ministre des Armées, *Rec. Lebon*, p. 159 ; LAUBADERE A., *op. cit.*,

supra, 2^{ème} Éd. L.G.D.J., Paris, 1998, 11^{ème} édition, p. 406, n° 727.

2532

() EL-YOUNSI Malika, Les règles matérielles du droit des contrats d'États à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine, *Thèse*, Paris II, 1994, p. 463.

2533

() Sentence précitée, *Clunet*, 1991, *op. cit.*, p. 178, n° 176.

2534

() Cf. *ibid.*, p. 180.

les partisans des éléments d'extranéité ⁽²⁵³⁵⁾. Le premier mode présente l'intérêt de conduire à une valeur moindre, donc à une indemnité réduite. Le second permet de refléter plus exactement la valeur marchande de l'investissement perdu. La sentence *d'Aminol* a combiné ces méthodes lors de calculs d'indemnisations. Après avoir affirmé la légitimité des nationalisations, les arbitres ont refusé le calcul exclusif sur la base de la valeur comptable ⁽²⁵³⁶⁾. Pour évaluer l'indemnisation, ils ont tenu *compte* « de tous les éléments de l'entreprise, de l'entreprise elle-même, comme source du profit et de la totalité des avoirs » ⁽²⁵³⁷⁾. Les arbitres ont considéré qu'une indemnisation raisonnable doit couvrir les dépenses effectuées. Il doit encore y ajouter un taux raisonnable de profit pour garantir à la société le maintien d'un courant futur d'investissement. Cette démarche a été justifiée par la présence de la clause de stabilisation. Le tribunal a retenu quatre éléments déterminant le calcul de l'indemnisation à savoir, une marge raisonnable de profits, une évaluation séparée de la valeur, une proportion assumée par l'inflation mondiale, et le coût présent de remplacement ⁽²⁵³⁸⁾. Cette sentence témoigne d'une tendance générale vers l'application de la méthode de la nette book value dans le calcul des avoirs expropriés et à d'autres méthodes pour évaluer le taux du profit dans des proportions variables selon les circonstances de l'espèce en matière d'investissement ⁽²⁵³⁹⁾. La sentence rendue dans l'affaire *Benvenuti & Bonfant c./ Congo*, a refusé les réclamations d'évaluation des indemnités sur la base de la valeur marchande (*market value*), allant dans le sens opposé (valeur comptable) ⁽²⁵⁴⁰⁾. La sentence *CCI* de l'affaire *SPP/EGOTH* a procédé à un calcul combiné. La SPP avait demandé l'évaluation des préjudices conformément aux *valeurs réelles* de l'investissement lors de la rupture de l'accord par le gouvernement. Les arbitres ont estimé que la méthode proposée aboutissait à une valeur qui avait largement sous-estimé les risques attachés à l'investissement. Ils ont alors conclu à une évaluation fondée sur *la valeur réelle*, mais en partant de la valeur comptable ⁽²⁵⁴¹⁾.

²⁵³⁵ () BERLIN D., « Contrat d'État », *Répertoire International*, Dalloz, 1998, n° 90 ; son article précité, in *D. P.C.I.*, 1987, spéc. p. 269, n° 54.

²⁵³⁶ () « la méthode peut être appropriée lorsqu'il s'agit d'un investissement récent, dont le coût originnaire n'était pas très éloigné du coût présent de remplacement. Mais lorsque cela n'est pas le cas, d'autres méthodes sont plus indiquées », Sentence d'Aminoil c./ Le Koweït, *op. cit.*, *Clunet*, 1982, p. 906, n° 165.

²⁵³⁷ () Cf. *ibidem.*, para. 164.

²⁵³⁸ () Cf. *ibidem.*, pp. 905-907, ns° 163-65.

²⁵³⁹ () BERLIN D., « Les Contrats d'États... », *op. cit.*, *D. P.C.I.*, 1987, spéc. p. 270, n° 55.

²⁵⁴⁰ () Cf. *ibid.*, p. 269, n° 54.

²⁵⁴¹ () Paragraphe 65 de la sentence (U.M., 1983, p. 783), cité par BERLIN D., *op. cit.*, *supra*, *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s., spéc. 269, n° 54.

Cependant, sur ce point, le droit commun égyptien n'a pas été totalement ignoré. Il a régi la question des intérêts dus au demandeur. Le tribunal a précisé qu'il est saisi d'une demande d'indemnité pour expropriation licite. Il n'a pas été saisi d'une demande de réparation des dommages résultants de la violation du marché. La présente sentence ne fait pas exception à la règle. Le problème posé est des plus classiques. Il s'agit d'évaluer l'investissement réalisé par une entreprise dont l'activité a été interrompue.

602. Dans les marchés publics internes et internationaux, la licéité ou *l'illicéité* des mesures prises est donc entendue dans un seul sens. Ici et là, on ne cherche qu'à indemniser ou réparer sans se préoccuper de la légalité juridique de l'action de l'État ou de son application ⁽²⁵⁴²⁾. La pratique arbitrale semble majoritairement pencher au côté de la valeur réelle, même si les raisons données sont loin d'être uniformes ⁽²⁵⁴³⁾. Ce fondement paraît sollicité sous réserve des circonstances de la cause et de ses clauses. Ces affirmations se résument dans les propos d'un publiciste qu'il convient de citer : peu importe la nature de responsabilité ou son enracinement, « *c'est du côté de la victime qu'il faut l'étudier. Dans tout procès de responsabilité, c'est autour de la victime que gravite le débat ; c'est pour elle qu'il existe et c'est pour elle qu'il doit être résolu Et, quand il s'agit de fixer le montant de l'indemnité, ce n'est pas le responsable qu'il faut considérer, mais la victime ; ce n'est pas le fait dommageable, mais le dommage* » ⁽²⁵⁴⁴⁾.

603. Ainsi, on a pu constater qu'à défaut ou non de clauses de protection, l'État peut agir comme il l'entend. L'intangibilité et la stabilisation sont affaiblies au point qu'elles n'interdisent pas à l'État son pouvoir souverain. Leurs effets se traduisent cependant par l'indemnisation accrue plutôt que par la réparation complète pour inexécution ⁽²⁵⁴⁵⁾. Apanage privilégié de l'interventionnisme étatique, les *M.P.I* empruntent aux traditions publicistes qui contribuent à garantir la sécurité des relations contractuelles et la conciliation entre intérêts privés et publics ⁽²⁵⁴⁶⁾. Les conditions prévues pour régler le pouvoir de l'État dans l'ordre juridique émergent empruntent, sans le reconnaître, aux concepts du droit administratif. Celui-ci offre des composantes

²⁵⁴² () JACQUET J.M., « Contrat d'État », *op. cit.*, *J.-C., Dr. Int.*, 1998, p. 33, n° 168.

²⁵⁴³ () BELIN D., *op. cit.*, *Répertoire international, Dalloz*, 1998, n° 91 ; adde, son article in *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s, spéc. p. 270, n° 55.

²⁵⁴⁴ () BADOUIS S., *Le fait du prince...*, *op. cit.*, L.G.D.J., Paris 1953, p. 140.

²⁵⁴⁵ () TSCHANZ, P.Y., « Contrats d'État et mesures unilatérales... », *op. cit.*, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1985, spéc. p. 81, n° 60.

²⁵⁴⁶ () WEIL P., *op. cit.*, *Études et Documents du Conseil d'État*, 1970, pp. 15 et 9 ; BERLIN D., *Le régime juridique international des accords entre États et...*, *thèse*, Paris, 1980, p. 388.

juridiques qui peuvent enrichir remarquablement le régime des investissements. Nul mieux que lui peut juger l'État et protéger autant ses intérêts que ceux de ses contractants.

Conclusion générale

604. Dès l'introduction, on a pu constater que les marchés publics internationaux constituent un phénomène conventionnel en pleine mutation. Un peu partout dans le monde, ces accords profitent du recours progressif à la *décentralisation : divers États transfèrent* la responsabilité de l'exécution des programmes et des commandes publics aux administrations locales et aux organismes parapublics (universités, hôpitaux, organes de services spéciaux...) ⁽²⁵⁴⁷⁾. Les *M.P.I.* se distinguent par la privatisation et s'orientent vers la commercialisation. Le transfert des secteurs d'utilité publique à l'initiative privée a conduit à l'extension d'opportunités pour les entreprises engagées vis-à-vis des gouvernements et, donc à l'emprunt aux concepts privatistes de sous-traitance ou de groupements momentanés pour assurer les objectifs envisagés. Ces accords, riches aussi bien en quantité et en qualité, ont alors une dimension internationale manifestée par l'extranéité juridique et les flux d'investissements. Ils enferment les éléments de l'internationalité du contrat et se caractérisent par l'implication d'importantes stipulations (clause d'arbitrage, clause de droit applicable et celles d'intangibilité et de stabilisation). Ces spécificités sont à l'origine de réglementations qui, aménageant la souveraineté étatique, se dirigent davantage vers la libéralisation. Les accords internationaux, notamment de la dernière décennie, ouvrent les *M.P.I.* à la concurrence, à la transparence et à la non-discrimination, « *depuis l'entrée en vigueur du nouvel accord sur les marchés publics de l'Organisation Mondiale du commerce, la mondialisation des marchés publics est en bonne voie...* » ⁽²⁵⁴⁸⁾.

605. Prenant appui sur le commerce international et les investissements étrangers, cette mondialisation de l'offre et de la demande connaît des limites : si pour libéraliser, il faut réglementer en internationalisant les marchés publics, ces réglementations qui

²⁵⁴⁷ () « Débouchés sur les Marchés publics internationaux », // *WWW market-gover-procurement-e.pdf*.

²⁵⁴⁸ () Commission européenne, livre vert sur les marchés publics, COM [96] 583/4, 26 novembre 1996, point 6.

affichent une logique financière et concurrentielle, laissent en arrière plan d'importantes préoccupations. Soucieux des exigences commerciales, ces textes s'intéressent, mais insuffisamment, à la protection des intérêts ou des objectifs économiques ⁽²⁵⁴⁹⁾. Propices aux divers textes d'accompagnement ⁽²⁵⁵⁰⁾, ils connaissent des difficultés d'articulation à cause des enjeux d'ordre commercial, économique (régimes préférentiels) ou politique. Le transfert de la technologie et sa complexité s'accroissent mal de la planification rapide et des exigences de la mondialisation. D'où, peut être, l'échec répétitif des négociations se déroulant dans le cadre de l'O.M.C. depuis l'Accord de Marrakech sur les marchés publics ⁽²⁵⁵¹⁾. Lesdites réglementations se désintéressent également des problèmes juridiques occasionnés, notamment par l'exécution de ces accords. Or, la problématique de ceux-ci, ou du moins de beaucoup d'entre eux, se situe dans le cadre de l'intervention étatique. Cette constatation nous a conduit à analyser le rôle de la théorie des contrats administratifs dans la protection des intérêts des contractants. Pour y parvenir, on a dû trancher des questions extrêmement variées par leur nature, leur contenu ou par leur problématique. Tout comme les contrats administratifs, les M.P.I. ont une dimension interne, relevant de leur objet et de la présence d'une personne étatique. Quoique réalisables par des étrangers, l'objet et l'objectif de ces marchés concernent souvent le service public. Cette analogie a permis de croire qu'à travers une étude comparative, on pourrait atteindre le but annoncé. On s'est donc préoccupé de la recherche de l'autonomie ou de la proximité des accords confrontés. Cette étude visait essentiellement à analyser les critères des contrats administratifs dans les M.P.I., et substantiellement, à évaluer la maîtrise étatique du processus de contractualisation. Par le traitement de ces piliers et de la fonction que l'État s'est conférée, on est arrivé à une première conclusion : il y a bien une proximité patente et un rapprochement constant entre les accords étudiés. Cette assimilation a cependant des limites : contrairement aux pratiques des marchés publics internes, l'Administration, partenaire des M.P.I., dépasse certaines règles nationales ou accepte leur réadaptation ; le traitement réglementaire de la phase de conclusion est aménagé au profit d'un traitement égalitaire et concurrentiel ; les opérateurs étrangers ont pu profiter

²⁵⁴⁹ () En effet, le Livre vert condamne l'entrave aux échanges comme une atteinte à l'intérêt public. Livre Vert sur les Marchés publics, n°s 2-4).

²⁵⁵⁰ () Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur la passation des marchés des biens et des travaux 1993, directives communautaires (), Accord de l'O.M.C. sur les marchés publics 1994, Directives de la Banque-Mondiale, documentations contractuelles dans le cadre de la F.I.D.I.C. ou du F.E.D....)

²⁵⁵¹ () Particulièrement au cours des deux conférences ministérielles à Doha au Qatar (octobre 2001) et à Cancún (septembre 2003).

des garanties et des concessions douanières et fiscales ; les modes d'exécution ne diffèrent guère de ceux poursuivis en matière commerciale. Ce parcours a affirmé qu'une 'théorie' des marchés publics internationaux a été mise à jour. Il s'agit de conventions distinctes par leurs liens étroits avec les contrats administratifs et par des aspects qui leur sont propres. Chacun de ces accords paraît enrichir l'autre de façon manifeste : les contrats administratifs ont fourni aux *M.P.I.* des aspects et des solutions à des problèmes de fond. Pour atteindre des objectifs prépondérants, les contrats administratifs obéissent à des instruments et à des procédures imposés pour assurer l'accomplissement de certaines missions. Les marchés publics internationaux ont d'ores et déjà rendu hommage à ces qualités en les empruntant. Dans ces domaines, les contrats administratifs pénètrent dans les *M.P.I.* pour mieux les développer et garantir les objectifs des contractants. Alors qu'on s'est intéressé à l'influence des contrats administratifs sur les *M.P.I.*, ceux-ci ont, dans le sens inverse, occasionné l'aménagement de règles internes concernant les appels d'offre et l'adjudication. Leur évolution vers l'arbitrage a d'ailleurs fait bénéficier aux contrats administratifs de ce mode de règlement des différends.

606. Les marchés publics internes et internationaux ont d'autres traits similaires. Les deux figures connaissent le problème lié aux actes souverains ou de puissance publique. Ici et là, les questions posées relèvent de raisons politico-juridiques. Ces accords se rallient aux événements politiques qui confinent le droit à une zone d'ombre et d'obscurité. Leur raisonnement juridique doit prendre en considération ces causes ou desseins « *alors que le juriste de droit privé peut raisonner en termes purement juridiques, ni l'administrativiste, ni l'internationaliste ne peuvent, à aucun moment, négliger les tenants et aboutissements des tenants politiques des problèmes apparemment les plus juridiques* »⁽²⁵⁵²⁾. A l'intérieur comme à l'extérieur, le pouvoir cherche à régner au détriment du droit. S'estimant créateur de la règle, le souverain ne veut pas s'y soumettre : *il se considère porteur d'une mission et tente de freiner ses entités dans leur soumission au droit et au juge*⁽²⁵⁵³⁾. Ces marchés relèvent alors d'éléments dont la synthèse paraît impossible et dont on ne peut que s'accommoder : les

²⁵⁵² () « *la politique ne se borne pas à adresser des frontières autour du droit ; elle pénètre à l'intérieur de son domaine et teinte chacune de sa manifestation* », WEIL P., *Droit international public et droit administratif*, In *Mélanges TROTABAS L.*, L.G.D.J., Paris, 1970, pp. 511 et s., spéc. p. 517.

²⁵⁵³ () Cf. *ibid.*, p. 516.

juristes concernés ne peuvent que tenter d'équilibrer le droit et la puissance publique, la politique et le juridique, les intérêts privés et publics (²⁵⁵⁴).

607. Pour ces considérations, on s'est demandé si l'enrichissement apporté par la théorie des contrats administratifs atteint la phase du règlement des différends ? Pour y répondre, on a dû étudier l'influence de cette théorie sur le problème de la qualification. Il est apparu que les *M.P.I.* ne relèvent pas exclusivement d'une seule catégorie juridique. Un bon nombre de ces accords peut avoir un caractère administratif. Cette qualification manifeste sa présence, même si les arbitres nient son existence. La thèse, rejetée par les sociétés étrangères, est acceptée en milieu judiciaire. Ses principes spécifiques (légalité, mutabilité, fait du prince ou imprévision) ont trouvé plusieurs occasions d'intervention. Les agissements unilatéraux ont toujours offert à la théorie des contrats administratifs l'occasion d'exposer d'importantes solutions. Alors que les lois anglo-saxonnes paraissent se satisfaire d'une séparation beaucoup moins nette sur ces points, les solutions des contrats administratifs apportent la conviction. Cela fait déjà longtemps que cette théorie fait face à des difficultés similaires à celles des accords d'investissements. Si elle a pu les surmonter, on ne voit pas pour quelle raison l'on s'oppose à l'applicabilité de ses enseignements. L'ancienne conceptualisation des contrats administratifs soutient la *préfiguration de leur droit dans l'ordre juridique des marchés de coopération transfrontalière ou d'investissements* (²⁵⁵⁵). Ce décalage historique explique la '*qualité technique*' du régime des contrats administratifs qui n'était guère perfectionnée il y a quelque décennies. En dépit de leur contenu dissemblable, on pourrait penser que les contrats administratifs illustrent l'image des *M.P.I. à un âge différent*.

608. Ces affinités ne mènent cependant pas à l'identification pure et dure des *M.P.I.* aux contrats internes de l'Administration. Bien qu'administratifs, ces accords sont transnationaux. En matière transnationale, la compétence exclusive du juge administratif est abandonnée. La nature administrative ne dépend plus strictement du critère de service public, mais aussi du choix du droit administratif, conséquence du choix des parties, donc de l'Administration (²⁵⁵⁶). Source de débats incessants, cette nature dualiste a soulevé le problème de la co-existence entre l'internationalité des accords visés et leur publicisation. A la lumière d'une synthèse globale des solutions

²⁵⁵⁴ () Cf. *ibid.*, p. 518.

²⁵⁵⁵ () Cf. *ibidem*.

²⁵⁵⁶ () AUDIT Mathias, « Les contrats de travail conclus par l'Administration à l'étranger », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 2002, pp. 39 et s.

judiciaires et arbitrales, on a pu constater qu'il devrait y avoir entre ces caractères *administratif* et *transnational* une véritable cohabitation. Grâce à cette solution, on pourrait vraisemblablement cesser la confrontation doctrinale et se diriger vers '*un rivage calme*' de coopération. Ceci étant, les législateurs devraient consacrer à la réglementation de ce problème des efforts similaires à ceux accordés aux modes de règlement des différends. Par le biais des traités, les États peuvent fixer par quelle loi un rapport d'investissement international sera régi. Par la voie législative, ils peuvent éliminer l'incertitude qui plane souvent sur les solutions des lois internes. Au lieu de se contenter de solutions de transition, les législateurs devraient exiger une qualification conforme au droit de fond et une application des règles impératives du droit public.

609. On comprend donc que le recours au droit public doit se faire avec précaution car toute application exclusive des lois internes en la matière peut conduire à un nationalisme juridique *primaire* sinon *exacerbé* : l'absence d'un pouvoir *judiciaire vraiment indépendant* serait un *prétexte commode de la souveraineté soumis à un organe de l'État contractant* ⁽²⁵⁵⁷⁾. Ainsi, que les *marchés publics internationaux* relèvent ou non d'un droit transnational ⁽²⁵⁵⁸⁾, ces accords ne peuvent pas ignorer les règles du droit administratif. L'existence des conflits de lois en droit public garantit la présence de ce Droit parmi les ordres juridiques concurrents. Le principe de la compétence exclusive, incontesté en matière interne, cesse en matière internationale d'être un dogme sans exception. L'applicabilité du droit public ne signifie cependant pas son application. Le droit administratif occupe une place qui, sans être négligeable, est cependant limitée. Cette situation provient, en effet, de l'arbitrage, qui maintient un déséquilibre en faveur des opérateurs privés ⁽²⁵⁵⁹⁾, éprouvant ainsi une '*frilosité juridique*' ⁽²⁵⁶⁰⁾ mal comprise à l'encontre des États contractants. Cette position, liée aux concepts fondamentaux du droit civil, méprise les règles du droit public qui, sans sacrifier les intérêts privés, en protègent d'autres éminents. Ce mépris du droit public, dans diverses affaires, est donc affiché pour des raisons qui lui sont étrangères. Même aux yeux des *transnationalistes*, le respect de la souveraineté de l'État, de la mutabilité

²⁵⁵⁷ () LALIVE J.F., Contrats entre Etats et..., *op. cit.*, R.C.A.D.I., V. III, 1983, spéc. p. 231.

²⁵⁵⁸ () En effet, « *ce qui emporte ce n'est pas la forme extérieure ou l'étiquette de ce droit, mais la qualité intrinsèque de règles qui le constituent* ». Cf. *Ibid.*, p. 234.

²⁵⁵⁹ () Cf. *ibid.*, p. 487 ; LEBOULANGER Ph., *op. cit.*, *économica*, Paris, 1985, p. 326

²⁵⁶⁰ () Blanc G., « Peut on encore parler d'un droit du développement ? », *Clunet*, 1991, pp. 902-945., p. 926.

de ses contrats sont des revendications *'fondées et justifiées'* ⁽²⁵⁶¹⁾. Seulement, ce sont les considérations extra-juridiques qui plongent les problèmes des *M.P.I.* dans une véritable *'zone de tempêtes'*, « *les facteurs politiques et économiques exercent une forte influence sur l'élaboration, l'interprétation, l'application des règles de droit* » ⁽²⁵⁶²⁾. Or, la solution aurait pu être plus simple si on avait imputé une responsabilité sans faute à tout État qui justifie valablement son intervention. On ne peut alors que regretter le déclin de ces idées, car « *les considérations d'opportunité sont éphémères, tandis que le droit, lui, tient compte de la durée, et dans cette mesure, sert les intérêts de tous* » ⁽²⁵⁶³⁾. De ce fait, les arbitres, qui se veulent d'autant plus prudents qu'ils se savent fragiles ⁽²⁵⁶⁴⁾, doivent percevoir différemment l'État ou ses démembrements. Prférant *'dire le droit'* en laissant les parties tirer les effets de la chose jugée, ils doivent équilibrer leur position. S'ils veulent redresser les critiques pesant sur eux, les arbitres doivent chercher un équilibre stable et acceptable : sans s'allier aux détenteurs du pouvoir économique (sociétés étrangères) ou politique (États), il leur incombe l'établissement de règles permettant de trouver un compromis entre la légitime protection de des investisseurs et l'usage non moins légitime par l'État de son pouvoir exorbitant. Pour ce faire, il faut qu'il y ait une norme leur imposant le préalable de la qualification. Les arbitres se doivent également de reconnaître les bienfaits et le bien-fondé du recours aux règles de droit public interne. Cette revendication n'est pas nouvelle. Néanmoins, un rappel demeure essentiel. Ce Droit est le seul qui puisse faire face à l'excès de pouvoir et concilier les intérêts des États et des multinationales. Le fait que ce droit administratif ait toujours trouvé des portes d'entrée en la matière conforte cette prise de position. Un regard minutieux sur les *M.P.I.* révèle que le recours à ce droit est renouvelable chaque fois que l'État met en cause ses engagements. Il y a donc une intégration lente mais latente de la théorie des contrats administratifs et de son Droit dans le régime des accords d'investissements.

610. Si ces analyses sont acceptables, alors il est permis d'envisager la formation des arbitres en matière de contrats administratifs. Enfin, il est souhaitable que les orientations et recommandations proposées soient traitées par les spécialistes avant toute instauration d'une structure normative (nationale ou supranationale). Encore faut-

²⁵⁶¹ () LALIVE J.F., Contrats entre Etats ou entreprises étatiques..., *op. cit.*, R.C.A.D.I., V. III, 1983, spéc. p. 231.

²⁵⁶² () *Ibid.*, p. 233.

²⁵⁶³ () *Ibid.*, p. 235.

²⁵⁶⁴ () WEIL P., Droit international public et..., *op. cit.*, In *Mélanges TROTABAS L.*, spéc. p. 517.

il soutenir ces efforts pour que les enseignements des contrats administratifs instaurent la stabilité et réalisent, en matière juridique, une véritable mondialisation.

Bibliographie

I / Ouvrages généraux et spéciaux

- **ABDUL RAHMAN Adèl**, *Nazariat al-auoud al-édariah*, (La théorie des contrats administratifs), Librairie d'Ain-Chamess, Le Caire, 1996.
- **ABDULWADOUE Yahia**, *Nazariate Al-Iltezamat* (La théorie des obligations), t. II, 1990, le Caire, (en arabe).
- **ALAM EL-DIN Ismail M.-D.**, *Sharh qunan al-tigara al-gadid* (Explication du nouveau code du commerce), Le Caire, 1999.
- **ALAM-ELDIN Ismail M.-D.**, *Massoulyat al-benouque* (La responsabilité des banques), Le Caire 1993, Tome 2.
- **ANZILOTTI D.**, *Cours de Droit international*, T. 1, Paris, Sirey, 1929, traduction GIDEL, reprise Université Panthéon-Assas (Paris 2), Collection « Les introuvables », 1999.
- **APPLETON J.**, *Traité élémentaire de contentieux administratif*, Dalloz, 1925.
- **AUBY J.M. et DRAGO R.**, *Traité de contentieux administratif*, 2^e éd., L.G.D.J., 1975.
- **AUDIT Bernard**, *Droit du commerce international*, 1996.
- **AUDIT Mathias**, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, préface de Pierre Mayer, L.G.D.J., Paris, 2002.
- **AUDY J.M. et DRAGO R.**, *Traité de contentieux administratif*, T. 1, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 1984.
- **AWAD Gamael El-din**, *Khtabat ald-daman al-masrifitya* (Les lettres de garanties bancaires), Le Caire, 1991.
- **AWAD Gamal El-Din**, *Algawanebe al-quanunia lehamalitates al-benouques*, (Les côtés juridiques des opérations bancaires), Le Caire, 1989.

- **Awadallha Shibha EL-Hamed EL-MARAHGI**, *Aoucoud almonshaate al-sénahiah bain Al-douales wa al-sharikates al-khassa al-agnabia*, (*Contrats d'établissements industriels entre les États et les sociétés privées étrangères*), Dar-El-Nahda El-arabia, Le Caire, 1993.
- **BADAOUI Sarwat**, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1953.
- **BARBANT A.**, *Marchés publics étrangers*, Guide et Pratique, C.F.C.E., 1988, T. 1, A, n° 2.
- **BATIFFOL H.**, et **LAGARDE P.**, *Traité de droit international privé*, Tome II, 7^{ème} et 8^{ème} éd., 1993, p. 265, n° 572.
- **BAUER Hubert.**, *Les traités et les règles du droit international privé matériel*, R.C.D.I.P., 1966.
- **BÉNOIT F.-P.**, *Le Droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968.
- **BERBARI M.**, *Les commissions d'appel d'offres*, Édition du Moniteur, 1998.
- **BOUHACENE**, *Droit international de la coopération industrielle*, Publisud, 1982.
- **BRAIBANT G.**, *Droit administratif français*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1988.
- **BRAIBANT Guy et Bernard STIRN**, *Le droit administratif français*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1996.
- **CABRILLA C. M. et MOULY C.**, *Droit des sûretés*, LITEC, 4^{ème} éd., 1997.
- **CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick**, *Droit du commerce international*, Paris 1996, pp. 475 s.
- **CARREAU Dominique**, *Droit international*, 3^{ème} édition, Pédone, n° 1, 1996.
- **CHAPPEZ Ch.**, *La règle de l'épuisement des recours internes*, Pédone, Paris, 1972.
- **CHAPUS R.**, *Droit administratif général*, Montchrestien, 1986, Tome 1, p. 733.
- **CHARQI Mimoun**, *Essai sur le droit des sociétés transnationale*, Rabat, 1994.
- **COLIN Jean-Pierre**, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, L.G.D.J., Paris, 1980.
- **COSNARD M.**, *La soumission des États aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des États*, R.G.D.I.P., 1996.
- **DE LAUBADERE A., VENEZIA Jean Claude et GAUDEMET Yves**, *Traité de Droit administratif*, L.G.D.J., 13^{ème} éd., (1998), 16^{ème} éd., (2001).
- **DE LAUBADERE André**, *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 1953.
- **DEBY-GERARD France**, *Le rôle de la règle des conflits dans le règlement des rapports internationaux*, Librairie Dalloz, Paris, 1973.
- **DEVELLE Ph.**, *La concession en droit international*, Paris, 1937, p. 34.
- **DREYFUS F., D'ARCY F.**, *Les Institutions politiques et administratives de la France*, 3^{ème} éditions, economica, Paris, 1989, p. 207.
- **DUBISSON Michel**, *La négociation des marchés internationaux*, éd., Moniteur, Paris, 1983.
- **DUBISSON M.**, *Les groupements des entreprises pour les marchés internationaux*, Paris, 1985.

- **DUFAU J.**, *Les concessions de service public, éd.*, Moniteur, 1979.
- **DUGUIT L.**, *Traité de droit constitutionnel*, T. V., 2^{ème} éd., Paris, 1930.
- **EKLEMANS M.**, *Questions d'actualité de Droit économique*, Bruylant-Bruxelles, 1994.
- **EL-AHDAB Abdul Hamid**, *L'arbitrage dans les Pays arabes*, Économica, Paris, 1988.
- **EL-GAMMAL M.M.**, *L'Adaptation du contrat aux circonstances économiques, Étude comparée de droit civil français et de droit civil égyptien*, L.G.D.J., Paris, 1967.
- **EL-RIFAHİ Achraf Abdehlalim**, *aAl-nézaam alaam wa al-tahkim fi al-élaacate al-khassah al-doualiah*, (*L'ordre public et l'arbitrage dans les relations privées internationales ; étude dans les sentences arbitrales*), Dar Elnahda, Le Caire, 1997.
- **EL-SAYED Mustapha**, *L'Organisation des pays exportateurs de Pétrole*, L.G.D.J., Paris, 1967.
- **EL-TAMAOUİ Sulaiman**, *Ausses al-aucouod al-édariah ; dérassah mocaranh*, (*Les fondements des contrats administratifs ; étude comparée*), 5^e éd.ition, Maktabet Ain-Chamess, Le Caire 1991, pp. 660 et s.
- **FAOUZI S.E.**, *La loi n° 89 du 1998 sur les appels d'offres et adjudications ; problèmes pratiques et solutions*, Dar El-Nahda, le Caire 2000, (en arabe).
- **FLORY Maurice**, *Droit international du développement*, éd. P.U.F., Paris, 1977.
- **FOUCHARD Philippe**, *Arbitrage commercial international*, Paris, 1965.
- **FRIEDMANN Wolfgang**, *The Changing Structure of International Law*, London, 1964.
- **FRIEDMANN W.**, *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, 1971.
- **FRIER Prière-Laurant**, *Précis de droit administratif*, éditions Montchrestien, Paris 2001.
- **GAUDEMET Yves, STIRN Bernard, DAL Thierr, ROLIN Farra-Frédéric**, *Les grands arrêts du Conseil d'État*, Dalloz, 1997.
- **GAVALDA et autres**, *Droit de la banque*, P.U.F., 1974.
- **GOLDMAN B.**, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées*, Pédone, Paris, 1969.
- **HADADE Hafiza**, *Al-aucoudes al-mobramah baeina aldouale wa al-ashkass al-agnabiah*, (*Les accords conclus entre les États et les personnes étrangères*), 1^{ère} éd.ition, Dar El-Nahhda El Arabia, Le Caire, 1996.
- **HAMONIAUX Thomas**, *L'intérêt général et le juge communautaire*, L.G.D.J., 2001.
- **HAURIOU A., et GICQUEL J.**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 1980.
- **HELMI Omar**, *Méhiar alakd alédari*, (*Critère distinctif du contrat administratif*), Dar El-Nahda, Le Caire, 1993.
- **IBRAHİM A. I.**, *Al-tahkim aldouali al-kass*, (*L'arbitrage international privé*), 3^{ème} éditions, Dar El-Nahda, Le Caire, 2000.

- **IBRAHIM Ahmed Ibrahim**, *Tanazoh al-qaooanin*, (Conflits des lois), Ain-Chamss, Le Caire 1992.
- **JACQUET J.-M.**, *Le contrat international*, Connaissance du Droit, 2^{ème} éd., Dalloz, 1999.
- **JACQUET J.-M.**, *Le contrat international*, que-sais-je ?, 2^{ème} éditions, Dalloz, 1999.
- **JACQUET J.M.**, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Économica, Paris, 1983.
- **JACQUET J-M et Philippe DELEBECQUE**, *Droit du commerce international*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2000.
- **JESSUP Ph.**, *Transnational Law*, New Haven, Yale University, Press, 1956.
- **JÈZE G.**, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, Paris, 1926.
- **KASSI Antoine**, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, L.G.D.J., 1993.
- **KELSEN Hans**, *La théorie générale du Droit et de l'État*, traduction B. LAROCHE et V. FAURE, L.G.D.J./ Bruylant, Paris/Bruxelles, 1997.
- **KINSCH Patrick**, *Le fait du prince étranger*, L.G.D.J., Paris, 1994.
- **KLAUS Langefeld-Wirth**, *Les joint-ventures internationales : Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales*, Traduction GARCA André, GLN Joly édition, Paris, 1992.
- **LAFERRIÈRE E.**, *Traité de la juridiction administrative*, 2^{ème} éd., T. I, 1896.
- **LANKARANI EL-ZEIN L.**, *Les contrats d'État à la preuve du droit international*, Bruylant, 2001.
- **LAVIEC J.-P.**, *Promotion et protection des investissements*, Études de droit international économique, Presse Universitaire de France, Paris, 1985.
- **LEBEN Charles.**, *Droit international des affaires*, Que sais-je ?, 1994.
- **LEBOULANGER Ph.**, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Économica, Paris, 1985.
- **LEVRAT Nicolas**, *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontalière entre collectivités publiques infra-étatiques*, 1^{ère} Édition, P.U.F., 1994.
- **LIGNIERES P.**, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, LITEC, 1994.
- **LIN Louis et autres**, *L'Égypte 1993 ; perspectives économiques, Les principaux décideurs*, Centre d'Études et de recherches d'Arabes, Paris, 1993.
- **MAHMOUD Mahmoud M.**, *Daour al-kawaeäd al-doualiah al-gadidah fi al-monacassat wa al-mozaiadat al-amah fi aldoual alnamiah (Rôle des nouvelles règles internationales dans les adjudications et appels d'offres des États en développement)*, Dar El- Nahda, Le Caire, 1996.
- **MATTOUT J.P.**, *Droit bancaire international*, Banque éditeur, 2^{ème} éd., 1996.
- **MAYER P.**, *Droit International privé*, 6^{ème} éditions, Montchrestien, 1998.
- **MAYER P.**, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973.

- **MERCIAI P.**, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant- Bruxelles, 1993.
- **MOUSSERON J.M., R. FABRE, et autres**, *Droit du commerce international ; droit international de l'entreprise*, Litec, Paris, 1997.
- **NJEM Jean-Claude**, *Le régime juridique et la nationalisation de concessions pétrolières et autres concessions d'immeubles : une étude de Droit international privé au regard des pays en voie de développement*, t. 4, Institut Suédois de Droit international, Université D'upsala, Almqvist & Wiksell International, Stockholm, 1980.
- **PATAUT Serge**, *Marchés internationaux des bâtiments et des travaux publics ; Guide et Pratique*, C.F.C.E., éd. Moniteurs, Paris, 1980.
- **PATRIKIOS A.**, *L'arbitrage en matière administrative*, L.G.D.J., 1997, p. 95.
- **POMIER Jean-Christophe**, *Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel*, préface Yves LAUSSOUARN, economica, Paris, 1992.
- **RECZEI Laszlo**, *Préface ; Le contrat économique international*, Pédone, Paris, 1975.
- **REUTER Paul**, *Droit International Public*, Themis, 1976.
- **RIAD Fouad, Samia RACHID**, *Tanazoh al-quawanin fi alqanon al-messri we fi alquawanine almoiasserh, (Conflits de lois en droit égyptien et dans les législations modernes)*, Le Caire, Dar-El-Nahda El-Arabia, 1991.
- **RICHER Laurent**, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1^{ère} édition (1995) et 2^{ème} éd. (1999).
- **RIGAUX François**, *Droit public et privé dans les relations internationales*, Éditions A Pédone, Paris, 1977, p. 378.
- **ROLLAND**, *Droit administratif*, Dalloz, 1956, n° 825.
- **ROUGEVIN-BAVILLE M. et autres**, *Leçon de Droit Administratif*, Hachette, 1989.
- **RUSSO Jean Jacques**, *Le statut administratif des entreprises de richesses et d'exploitation minières*, L.G.D.J., Paris, 1959.
- **SADEQUE Hésham**, *Alqanon alwagebe al-tatbik ala haucoude al-tégarah al-douliah, Le droit applicable aux contrats du commerce international*, Alexandrie, 1995.
- **SALAH ELDIN Gamal Eldin**, *Aucoude al-daoulah lenacle al-technologiah, (Les contrats d'États de transfert de technologie)*, Le Caire, 1996.
- **SALAMA A. Abdul Karim**, *Qanon alhélacates al-kassah al-douliah, (Droit des relations privées internationales)*, Al-Mansoura 1985, Librairie El-Alamia.
- **SALAMA Ahmed Abdul Karim**, *Al-haucoude aldouliah lelisteissmar wa al-tanmiah al-éctésadiah, (Les contrats internationaux d'investissements et de développement économique)*, Le Caire, 1984, p. 58.
- **SALIM Mustapha**, *Mehiar al-hacd al-édary, (Le critère du contrat administratif et son impact sur la compétence du Conseil d'État français et égyptien)*, Dar El-Nahda, Égypte, 1995.

- **SHARAF ELDIN Ahmed**, *Soltat al-kadi al-messri ala ahkam al-tahkim, (Pouvoir du Juge égyptien sur la sentence arbitrale ; Procès d'annulation)*, 2^{ème} éd, Al-Nessr El-Zahabi, Le Caire, 1997.
- **SIMILIER P.**, *Le cautionnement*, Litec, 1991.
- **SIMLER P.**, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^{ème} éd., Litec, 2000.
- **TERSEN Denis et BRICOUT Jean**, *L'investissement international*, Armand Colin, Paris, 1996.
- **TOUBIANA A.M.**, *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, T. I., p. 576.
- **TROTABAS Louis**, *Finances publiques*, 3^e édition, Paris, 1969, pp. 4 et s., spéc. p. 473.
- **VASSEROT Olivier**, *Égypte -Brésil, Paris 1997, C.J.F.C./C.F.C.E.-N° 6/97, p. 1183 et s.*
- **VEDEL George et DELVOLVE Pierre**, *Droit administratif*, éd., éd., P.U.F., Paris, 1992.
- **VLACHOS Georges**, *Droit public économique français et communautaire*, Armand Colin, 1996.
- **WALINE**, *Droit administratif*, Sirey, 9^{ème} édition, 1963.
- **WEIL P.**, *Le droit administratif*, P. U. F., Coll. Que-sais-je?, 14^{ème} éditions.
- **WEILL. A. et TERRE F.**, *Droit civil ; Les obligations*, Dalloz, 4^{ème} éd., Paris, 1986.
- **WESTRING G.**, *Marchés publics Internationaux, C.C.I. (CNUCED/GATT), institut des Nations Unies pour la Formation et la Recherche (UNITAR), et Banque Internationale pour la reconstruction et le développement économique*, 1985.

II / Monographies, Cours et Thèses.

- **ABD EL-AZIZ MOHAMED A.B.**, *Fikrate al-hccde al-édari abra alhdoude ; dérassah fi al-néizam al-quanouni Llhoucoudes almobramah baein al-douale wa al sharékate al-agnabiah (La notion de contrat administratif au-delà des frontières ; une étude dans le régime juridique des accords conclus entre États et personnes étrangères)*, thèse, Université de Hilwan, le Caire, 2000, (en arabe).
- **ABDELHAMIDE Rida.**, *Al-kaskassah fi al-quanoun al-messri ; derassah fi al-quanoun n° 9 /1991, (La privatisation en droit égyptien, étude critique de la loi n°9 de 1991)*, Cours de D.E.S. en Droit privé, Université de Tanta, 1993, p. 4.
- **ABDULHADI ELIKIABY Youssef**, *Al-néizam al-quanouni le-haucoude nakle al-technologiah, (Le régime juridique des accords de transfert de technologie)*, thèse, Université de El-Zacaziq, 1989.
- **AL-RASHIDI Ahmed**, *L'évolution du concept de souveraineté et les projets de coopération régionale, in la reconstruction d'un espace d'échange ; la méditerranée*, Dossier du CEDEG 2000, le Caire, pp. 276-283,

- **ATALLAH Borham**, Le nouveau régime juridique des investissements, in '*Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*', dossier 'Égypte-Brésil', Égypte, 1997, pp. 1181 et s.
- **AZMI ABDULFATTAH**, Massaeiles alégraâte fi quanun sharékate al-kitah alaam, (Questions de procédure dans la loi des entreprises publiques), in *colloque sur la loi 203 du 1991 sur le secteur public des affaires, le Caire*, juin 1992, pp. 103-124.
- **BATIFFOL H.**, **La contribution de la juridiction internationale au droit international privé**, In *Mélanges ROUSSEAU Ch.*, pp. 17 et s.
- **BEDJAOUI Mohamed**, Le monde arabe dans l'arbitrage CCI, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, in *l'arbitrage commercial international dans les pays Arabes, supplément spécial*, mai 1992, p. 19-20.
- **BEKHECHI Abdulwhab**, Quelques éléments de réflexion sur la pratique algérienne du contrat d'État, in *les contrats internationaux et Pays en voie de développement sous la direction de H. CASSAN*, economica, Paris, 1989, pp. 223-249.
- **BENTATA Victor**, Les pratiques andines relatives aux contrats d'État, in *les contrats économiques internationaux, economica*, 1989, pp. 251-265.
- **BERLIN Dominique**, Le régime juridique international des accords conclu entre États et ressortissants d'autres États, *thèse, Paris*, 1981.
- **BETTEMS Denis**, Les contrats entre États et entreprises étrangères, *thèse*, Lausanne 1989.
- **BISMUTH J.L.**, La sous-traitance internationale, *Travaux du Comité Français du Droit International Privé*, années 1984-1985, pp. 23 et s.
- **BLIN Louis**, L'économie de l'énergie en Égypte : la rente en question, in Égypte, *Monde-Arabe*, N° 12-13, 1993, pp. 21 et s.
- **BOGOUSLAVSKY M.**, L'État en tant que partie a des contrats de concession ou d'investissement conclu avec des sociétés privées, in *Rapport UNI-DROIT*, Rome, 1977, pp. 311 et s.
- **BURDEAU G.**, Les accords conclus entre Autorités Administratives ou Organismes Publics des pays différents, In *Mélanges Paul REUTER*, pp. 111 et s.
- **CHARLIER ROBERT-EDOUARD**, Signification de l'« Intervention » de l'État dans l'économie : quelques observations linguistiques, In *L'interventionnisme économique de la puissance publique, études en l'Honneur du Doyen PEQUIGNOT Georges*, T. 1., 1984, pp. 95-105.
- **COHEN JONATHAN Gérard**, Les concessions en droit international public, *thèse Paris*, 1966.
- **COLLIARD**, L'intervention de l'État en matière d'hydrocarbures, *Annuaire de la Faculté de Droit d'Aix en Provence*, 1960, p. 65.
- **D'ORTOLI B.**, La réadaptation du contrat international, *mémoire de D.E.A. (Droit international)*, Nice, 1996.

- **DAVID R.**, L'imprévision dans le Droit Européen, *In Mélanges JAUFFERT A.*, Paris, 1974.
- **DERAINS Yves**, Atteinte légitime des parties et droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage commercial international, *Trav. Com. Fra. Dr. Int. Pri.*, 1984-1985, pp. 81-103.
- **DOLEZ Bernard**, Coopération décentralisée et souveraineté d'État : contribution à l'étude du régime juridique de l'action extérieure des collectivités territoriales, *thèse*, Lille, 1993.
- **DRAGO R.**, Paradoxes sur les contrats administratifs, *In Mélanges Jacques FLOUR*, pp.151 et s.
- **EISENMANN Charles**, Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation de l'administration, *In Mélanges Marcel Waline*, Tome I, 1974, p. 427.
- **EISENMANN Ch.**, Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif, *In Mélanges Jacques MAURY*, T. II, Librairie Dalloz et Sirey, 1960, pp. 382 et s.
- **EL BEHERRY Ibrahim**, *Al-réba baina al-qanoun alwadhi wa la-shariha al-islamiah*, (L'usurpation entre droit positif et loi Islamique), *mémoire de D.E.S. de Droit Privé, Université de Tanta*, 1994.
- **EL-KOSHERI Ahmed Sadek**, Stabilité et évolution dans les techniques utilisées par les Pays en voie de développement, *in le contrat économique international*, édition à Bruylant-Pédone, Bruxelles-Paris, 1975, pp. 285-309.
- **EL-KOSHERI A.S.**, Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *R.C.A.D.I.*, 1975, Tome 147, V. IV, pp. 219 et s.
- **EL-KOUSHERI A.S.**, Le régime juridique du commerce avec les Pays en voie de développement, *R.C.A.D.I.*, 1968, (colloque), pp. 93 et s.
- **ELLAINGAN H.**, Aspects juridiques des Nouvelles Formes d'Investissements dans les Pays d'Afrique Zone Franche, *thèse*, Nice, 1998.
- **ELWAN Omia**, La loi applicable à la garantie bancaire à première demande, *R.C.A.D.I. T.* 275, 1998, pp. 41-43.
- **EL-YOUNSI Malika**, Les règles matérielles du droit des contrats d'État à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine, *thèse*, Paris II, 1994.
- **FADLALLAH Ibrahim**, Clauses d'arbitrage et groupement de sociétés, *Travaux du Comité français du Droit International privé*, Ann. 1984-1985, pp. 105 et s.
- **FATOUROS A. A.**, The administrative contracts in international transactions : reflections on uses of comparison, in Jus Tübingen, *In Mélanges M. RHEINSTEIN*, Tübingen, 1969, t. I., pp. 263 et s.
- **FEUER G.**, Contrats Nord-Sud et transfert de technologie, in 'les contrats internationaux et pays en voie de développement', *sous la direction de CASSAN H.*, Paris, 1989, pp. 146 et s.
- **FISCHER WILLIAMS**, Le droit international et les obligations financières internationales qui naissent d'un contrat, *R.C.A.D.I.*, 1923, tome 1, pp. 298 et s.

- **FONTAINE Marcel.**, avant propos, *Le contrat économique International : stabilité et évolution*, BRUXELLES, 1975, pp. 24-25.
- **FOUCHARD Ph.**, L'État face aux usages du commerce international, in *Travaux du Comité Français du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1977, pp. 71-102.
- **FOUCHARD Ph.**, Les clauses compromissaires dans les accords industriels internationaux, *In l'accord industriel international*, Paris, 1975, pp. 61 et s.
- **FOYER Jacques**, Le Conseil d'État et le conflit de lois, in *mélange HOLLEAUX Dominique*, 1995, pp. 103-117.
- **GEORGE Elin**, Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international, *R.C.A.D.I.*, 1976, T. 149, V. 1, pp. 2 et s.
- **GIMENEZ Vincent**, Le prix dans les contrats internationaux, *thèse*, Nice, 2000.
- **GOLDMAN B.**, Le droit applicable selon la convention de la BIRD, in *investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées*, Colloque du Centre de recherches sur le droit des marchés, Université de Dijon, Pédone, 1969, pp. 143 et s.
- **GOLDMAN B.**, Frontières de Droit et *lex mercatoria*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, t. 9, p. 177.
- **GOURDET Geneviève**, L'effectivité en droit international privé, *thèse*, Nice, 1978.
- **HAQUANI Zalmai**, Les contrats d'État et la coopération Sud-Sud ; Cas des entreprises multinationales entre Pays en voie de développement, in *les contrats internationaux et Pays en voie de développement*, sous la direction de CASSAN H., Paris, 1989, pp. 267-279.
- **HEDDEYA Abd Allah**, Contrôle des entreprises des affaires publiques, *In Colloque sur la loi 203 du 1991 sur le secteur public des affaires*, le Caire juin 1992, pp. 128-143.
- **HERTZ J.**, Licence et promotion industrielle, *In le contrat économique industriel*, Paris, 1975, p. 22.
- **JACQUET J.M.**, La loi de l'État contractant, *In Mélanges BOYER*, 1996, pp. 284 et s.
- **JUILLARD Patrick**, Contrats d'État et investissements, in *'Contrats internationaux et pays en voie de développement'*, sous la direction de CASSAN H., Paris, 1989, pp. 159 et s.
- **JULLIARD P.**, Rapports juridiques bilatéraux France pays du Tiers-Monde, in *les investissements français dans le Tiers-Monde*, *Économica*, 1984, p. 87.
- **KADIDI Khaled**, Contrats internationaux des travaux publics en droit libyen, *thèse Dijon*, 1978.
- **KAHN Philippe**, *Lex mercatoria* et pratique des contrats internationaux : l'expérience française, in *le contrat économique international*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Pédone, 1975, pp. 161 et s.
- **LAGARDE P.**, Approche critique de la *lex mercatoria*, in *Études à Goldman B.*, *LITEC*, 1982, pp. 125 et s.

- **LALIVE Jean-Flavien**, Les contrats entre États ou opérateurs étatiques et opérateurs privés étrangers ; développement récent, *R.C.A.D.I.*, V. III, 1983, p. 46.
- **LAMARQUE M.**, Le déclin de la clause exorbitante, in *Mélanges WALINE*, pp. 497 et s.
- **LEBEN Charles**, Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État, in *souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème Siècle*, In *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, éditions Litic-Credimi, Dijon, 2000, pp. 119-175.
- **LEBEN Ch.**, Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci, In *Mélanges HUBERT Thierry*, Pédone, Paris, 1998, pp. 248 et s.
- **LEDUCQ Xavier**, La coopération Nord-Sud dans le secteur minier, In Les contrats internationaux et Pays en voie de développement, *sous la direction de CASSAN H.*, Paris, 1989, pp. 175-185.
- **LEDUCQ X.**, Les accords de développement économique conclus entre un partenaire étatique et une personne privée étrangère, *thèse*, Rouen, 1981.
- **LEMAIRE Sophie**, Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé, *thèse*, Paris I, mars 1999.
- **LOUSSOUARN et autres**, Les conflits de lois en matière de crédits bancaires, *Trav. Com. Fra. Dr. Int. Pr.*, 1966, pp. 69 et s.
- **LUCHAIRE Y.**, Le cadre inter-français de l'action extérieure des collectivités territoriales, in *Le droit de la coopération interrégionale en Europe, ouvrage collectif sous la direction de la Commission de l'Union européenne et de l'assemblée des régions d'Europe*, Paris, L.G.D.I., 1995, p. 178.
- **MAHIOU A.**, Comment concilier le maintien des avantages de l'arbitrage avec l'adaptation des procédures aux particularités des entités publiques ?, in *Arbitrage international, 60 ans après Regard sur l'avenir*, Paris, CCI publishing, 1984, p. 252.
- **MEBROUKINE Ali.**, Les modes de conclusion des contrats dans les rapports Nord-Sud, in *'les contrats internationaux et pays en voie de développement'*, sous la direction de CASSAN Hervé, Paris, 1989, pp. 8 et s.
- **MESTRE C.**, La coopération décentralisée et le droit international, in *le Droit appliqué à la coopération interrégionale en Europe*, L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 47-70.
- **OPETIT Bruno**, Les sociétés multinationales et les États nationaux, In *Mélanges BASTIAN D.*, pp.160 et s.
- **OPPETIT B.**, Autour du contrat international, *Droits*, n° 12, 1990, pp. 107-115.
- **OSMAN Abdel Hakam M.**, Évolution législative de la réglementation du secteur public en Égypte et la nécessité de la loi 203 de 1991, in *Colloque sur la loi 203 du 1991 sur le secteur public des affaires*, le Caire, juin 1992, pp.13-25.
- **PEZIN Charlotte**, Les marchés publics et le Code des marchés publics, *mémoire de DEA de droit public de l'économie*, Paris II, septembre 2001.

- **PRÛM A.**, De l'autonomie des contre garanties à première demande, *In Mélanges AEDBF, France*, 1997, Banque éditeur 1997.
- **RANOUIL Véronique**, Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement, *in contrats internationaux et Pays en voie de développement*, 1989, pp. 37-48.
- **REGLI J.P.**, Contrats entre État et personnes privées étrangères, *thèse*, Lausanne, 1989.
- **RIAD Fouad**, Les entreprises publiques et semi-publiques en droit International Privé, *R.C.A.D.I.*, 1963, VIII, p. 5.
- **RIGAUX F.**, Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1989, V. I., Tome, 213, pp. 9-408.
- **RIGAUX F.**, Pour un autre ordre international, *Droit économique II*, Cours et Travaux de Paris, Pédone, 1979-80, pp. 269-419.
- **RIGAUX F.**, Souveraineté des États et arbitrage transnational, *in le droit des relations économiques internationales, In Mélanges GOLDMAN B.*, pp. 269 et s.
- **SANDERS Pieter**, L'autonomie de la clause compromissoire, *in mélange EISEMANN F.*, pp. 34 et s.
- **SARIE Eldin H.**, Les sociétés commerciales, *in Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation, Dossier Égypte-Brésil*, 1997, pp. 1203 et s.
- **SAYD-KASSEM A.**, Entreprise multinationale, concurrence et puissance publique, *thèse*, Rennes, 1980.
- **SCHAPIRA Jean**, Quelques aspects juridiques récents des activités des entreprises multinationales, *in travaux du comité français du droit international*, séance du 17 mai 1974, Dalloz, 1977, pp. 103 et s.
- **SCHNEIDER Catherine**, La Souveraineté de l'État au carrefour du droit international et du droit administratif ; Réflexions sur les développements récents du droit transnational de l'action extérieure des collectivités infra étatiques, *In Mélanges GUSTAVE PEISER, Paris*, 1995, pp. 423-449.
- **SERRAGE Houssine Mohamed ABOUZID**, *Al-tahkim fi aucoud al-pétrole, (L'arbitrage dans les contrats pétroliers)*, thèse Ain-Chamss, Le Caire, 1998.
- **SIDIBE Fodé-Flamoussa**, Les enjeux de la qualification dans le contentieux d'investissements international, *thèse*, Nice, 1995.
- **SIORAT Lucien**, Les limitations apportées à la souveraineté des États par la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements privés internationaux, *in investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées, la convention du B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Pédone, Paris, 1969, pp. 59 et s.
- **SOUBEIH N.**, La lettre de garantie internationale, *thèse*, Paris I, 1989.
- **THOMAS Isabelle**, Le Partenariat Euro-méditerranéen, contribution au droit international du développement, *thèse*, Nice, 2001.

- **TROPER M.**, Réflexions autour de la théorie kelsenienne de l'État, in 'la pensée politique de Hans Kelsen', Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publications de l'Université de Caen, 1990, n° 17.
- **TRUCHET Didier**, *Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés*, in *le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, Économica, Paris, 1985, pp. 185-205.
- **TUHO Ch.**, Entreprises conjointes et coopération Nord-Sud, in 'Coopération entre entreprises : entreprises conjointes, stratégies industrielles et pouvoirs publics', Association Internationale du Droit Économique, Colloque de Louvain la neuve, 1986, pp.155-173.
- **VALLINDAS PERTOS G.**, Droit international Privé 'lato sensu' ou 'stricto sensu', In *Mélanges offerts à Jaques MAURY*, Tome I, Dalloz & Sirey, pp. 509-518.
- **VEDEL G.**, Remarques sur la notion de clause exorbitante, In *Mélanges MESTRE*, 1956, p. 559.
- **VERHOEVEN joe**, Contrats entre États et ressortissants d'autres États, in *le contrat économique international, Bruxelles-Paris*, 1975, pp. 115-167.
- **WEIL P.**, Droit International et Contrats d'État, In *Mélanges offert à Paul REUTER*, 1981, p. 549.
- **WEIL P.**, Droit international public et droit administratif, In *Mélanges TROTABAS L., L.G.D.J.*, Paris, 1970, pp. 511 et s.
- **WEIL P.**, Le critère du contrat administratif en crise, In *Mélanges offert à Marcel WALINE*, 1974, pp. 831 et s.
- **WEIL P.**, Le Droit international en quête de son identité ; Cours général du Droit international public, *R.C.A.D.I., Vol. VI, T. 237*, 1992, pp. 13-366.
- **WEIL P.**, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, in *Mélanges ROUSSEAU*, 1974, pp. 301 et s.
- **WEIL P.**, Principes généraux du droit et contrats d'État, In *Mélanges GOLDMAN B.*, pp. 387 et s.
- **WEIL P.**, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, *R.C.A.D.I.*, V. 128, t. III, 1969, pp. 98 et s.
- **YOUSSEF Ali**, La responsabilité internationale de l'État en matière des contrats d'État, *thèse, Nice, 1985*.
- **ZULFICAR M.**, Les lois de privatisation, in Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, *Dossier Égypte- Brésil*, 1997, n° 6, p. 1193.

III / Articles, Chroniques, débats et communications

- **ALI BEN CHANABE**, « Pétrole contre nourriture », *Clunet*, 1997, pp. 945 et s.

- **AL-RASHIDI A.**, « Modernisation des institutions arabes de coopération pour la construction d'un nouveau projet national arabe », *communication présentée à la 10^{ème} Conférence annuelle de politologie tenue au Caire du 7 au 9 décembre 1996*, Centre de Recherches et d'Études Politiques de l'Université du Caire, pp. 5-6.
- **AMPHOUX E.**, « Grandes lignes de la réforme de la réglementation des investissements étrangers en France », *Revue du droit des affaires internationales*, 1996, pp. 398 et s.
- **ANCEL Pascal**, « Le cautionnement de marché public, générateur d'une obligation autonome », *Jurisprudence, Recueil, Dalloz*, 2001, p. 2117.
- **AUBY Jean-Bernard et MAUGÛE** « Les contrats de délégation de service public », *La Semaine Juridique (JCP)*, mars 1994, Édition G, N° 9, (3743), pp. 115 et s.
- **AUDIT Bernard**, « Le tribunal des différends Irano-Américains 1981-1984 », *Clunet*, 1985, pp. 791-863.
- **AUDIT B.**, « L'affaire NOC c/ Libyan Sun Oil Company », *Rev. Arb.*, 1991, p. 263.
- **AUDIT Mathias**, « Les contrats de travail conclus par l'Administration à l'étranger », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 2002, pp. 39 et s.
- **BACCHETTA M.**, « Investissements directs dans l'OMC », *Rev. Fr. d'Économie*, 1997, pp. 72 et s.
- **BASTID S.**, « Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco », *Ann. Fr. Dr. Int.*, 1961, pp. 300 et s.
- **BATIFFOL H.**, « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements ; sentence du 30 novembre 1979 (AGIP SPA c./ Gouvernement de la République Populaire du Congo », *R.C.D.I.P.*, 1982, pp. 92-109.
- **BATIFFOL H.**, « Contrats et conventions », *Répertoire international, Dalloz*, n° 9.
- **BATIFFOL H.**, « La sentence Aramco et le droit international privé », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1964, pp. 647 et s.
- **BATIFFOL H.**, « La sentence du 30 novembre 1979 : la Société AGIP S.P.A. c./ Gouvernement de la république populaire du Congo », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1982, pp. 92-109.
- **BEN ABDERRAHMAME Abdelwahabe**, « La pratique actuelle des contrats d'État en Algérie », *Rev. Dr. Int. Dr. Comp.*, 1993, pp. 280 et s.
- **BERLIN D.**, « Contrats d'État », *Répertoire international, Dalloz*, 1998, p. 10, ns° 58 et 59.
- **BERLIN D.**, « Les Contrats d'États (State-contracts) et la protection des investissements internationaux », *D. P.C.I.*, 1987, pp. 197 et s.
- **BERLIOZ G.**, « Les garanties dans les relations économiques internationales », *J.C.P. II*, 13324.
- **BEZANÇON X., et RUYMBEKE Van**, « Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ? », *A.J.D.A.*, 1990, p. 813.

- **BISCHOFF J.-M.** « La 'territorialité' des lois de droit public dans ses rapports avec les principes de non-discrimination et d'égalité d'accès reconnus en matière de pollution transfrontalière », in *Aspects juridiques de la pollution transfrontalière*, O. C. D. E., 1977, p. 139.
- **BOITEAU C.**, « L'entreprise nationale France Télécom : Commentaire de la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 », 3965, *IREDE CNRS-ESA 5081*, n°4.
- **BOLARD**, Débats, « Souveraineté d'État et arbitrage », *Rev. Arb.*, 1985, p. 665.
- **BORHAM ATALLA**, « Le marché des assurances en Égypte : de la nationalisation à la privatisation », in *l'Égypte aujourd'hui* 1999, pp. 53 et s.
- **BOUDAHRAIN Abdellah**, « Problème d'adaptation du droit marocain aux contrats internationaux clé en main », *Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 1988, pp. 442 et s.
- **BOUVIER-AJAM**, « *Souveraineté et propriété nationale du sous-sol* », Rapport présenté au Colloque sur le droit pétrolier et la souveraineté des pays producteurs, Alger, Octobre 1971, L. G. D. J., Paris, 1973, p. 29.
- **BOY Laurence**, « L'Arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales du droit public en France : contribution du droit économique », *Rev. Dr. Int. Droit Économique*, 1991, p. 122.
- **BRAIBANT Guy**, « Administration publique et développement », *Revue Administrative*, n° 287, p. 533.
- **BRECHON-MOULENES Christine**, « Marchés publics », *Répertoire Dalloz, Droit International*, 1998, p. 2, n° 1.
- **BRÉCHON-MOULÈNES**, « Le marché public au service de l'emploi local ? », *M.T.P.B.*, 17 juin, 1994, p. 58.
- **BURDEAU G.**, « Droit international et contrats d'État ; la sentence Aminoil c/ Koweït du 24 mars 1982 », *A.F.D.I.*, 1982, pp. 454 et s.
- **BURDEAU G.**, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Rev. arb.*, 1995, pp. 3 et s.
- **CARBONNIER. Jean**, « Hypothèse du non-droit », *Arch. Philo. Dr.*, n° 8, 1963, pp. 55 -74.
- **CAREAU Dominique**, « Investissements », *Rép. Dalloz, Dr. Int*, 1998, p. 4, n° 9.
- **CARREAU D., et Daniel HURSTEL**, « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *Recueil Dalloz*, 1996, pp. 239 et s.
- **CHAMBREUIL B.**, « Arbitrage international et garanties bancaires », *Rev. Arb.*, 1991, pp. 33-67.
- **CHARTIER**, « débats ; souveraineté d'État et arbitrage », *Rev. Arb.*, 1985, p. 666.
- **CISTAC G.**, « Une histoire juridique de l'État contractant dans le commerce international », *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, T. XLIII, 1995, pp. 172-193.

- **CISTAC Gilles**, « Le renouvellement du rôle de l'État dans le Commerce international », *D.P.C.I.*, 1996, pp. 173 et s.
- **COHEN-JONATHAN G.**, « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre le Gouvernement Libyen », *A.F.D.I.*, 1977, pp. 452 et s.
- **COLLIARD**, « L'intervention de l'État en matière d'hydrocarbures », *Annuaire de la Faculté de Droit d'Aix en Provence*, 1960, p. 65.
- **COURTIER Jean-Loup**, « La garantie à première demande : attention Messieurs les bénéficiaires », *Copyright Petites Affiches édition du 27/04/200*, p. 5. ; *Les Petites aff.*, n° 75, du 24 juin 1994.
- **CREDOT François-Jean**, « L'actualité des garanties autonomes », *Copyright Petites Affiches (Édition du 02/05/200)*, *Paru dans les Petit. Aff.*, n° 72, du 17 juin 1998.
- **DANDELKOT Marc**, « **Le régime des actions en garantie en cas de groupement d'entreprises ; Conclusions sur le Conseil d'État, 21 février 1986** », *Revue français de Droit Administratif*, 1986, pp. 751 et s.
- **DAVID Nicola**, « Les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers : Questions d'un praticien », *Clunet*, 1986, n° 1, p. 79.
- **DE BOISSESON Michel**, « Interrogations et doutes sur une évolution législative (l'article 9 de la loi du 9 août 1986) », *Rev. Arb.*, 1987, pp. 3 et s.
- **DEBOUY Christian**, « Le Droit administratif français : tendances récentes », *Les Petites Affiches n° 146*, du 5 décembre 1997.
- **DECUYPER Jean-Quentin**, « Le fait du prince libère-t-il une entreprise publique de ses obligations contractuelles ? Analyse de la pratique arbitrale », *Rev. Dr. Int. Aff.*, N° 8, 1993, pp. 959-986.
- **DELAPORTE V.**, « Les conflits de lois en matière de garanties », *Dossier : Actualité du droit des sûretés*, *Les Petites Affiches*, n°72, du 17 juin 1998.
- **DELAUME G.**, « Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle », *Rev. belge Dr. Int.*, 1968, pp. 336 et s.
- **DELAUME G.**, « L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable », *Rev. Arb.*, 1994, n° 1, pp. 39 et s.
- **DELAUME George**, « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Clunet*, 1982, pp. 775-843.
- **DELEUZE J.M.**, « Évolution des contrats de transfert de processus technologiques ou Know-How », *D.P.C.I.*, 1977, T. III, n°5, p. 621.
- **DELMAS-MARSALET**, Rapport général, in *Études et Documents du Conseil d'État*, Paris, 1971, pp 64-75.
- **DELVOLVE J.-L.**, « Débats, souveraineté d'État et arbitrage », *Rev. Arb.*, 1985, p. 596.

- **DELVOLVE Pierre**, « Communication au colloque du 17/9/1990 organisé par l'Association Française d'Arbitrage », *publication de l'A.F.A.*, pp. 26-27.
- **DERAINS YVES**, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.*, 1973, p. 122.
- **DESRANGES E.**, « Définition du marché de fournitures », *R. D.P.*, 1942, p. 216.
- **DEVAUX-CHABONNEL**, « L'arbitrage international et la conversation des gisements pétroliers », *Pétrole et Gaze Arabes*, n° 3, 1^{er} août 1970, p. 2.
- **DITCHEV Alexandre** « Le Contrat d'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1981, pp. 395 et s.
- **DOLEZ Bernard**, « Le juge administratif et les conflits de lois » *Chroniques administratives, Revue du Droit public*, 1995, pp. 1030 et s.
- **DUBARRY J.**, « Prix de transfert récent de développement en matière fiscale », *D.P.C.I.*, 1985, T. 11, N° 4, pp. 581-601.
- **DUBISSON Michels**, « Le Droit de saisir les garanties bancaires émises dans les marchés internationaux », *J.-C.P.*, 1982, 11, 13813.
- **DUBISSON M.**, « Les caractères juridiques de coopération en matière industrielle et commerciale », *D.P.C.I.*, 1984, T.X, n°3, p. 315.
- **DUBISSON M.**, « Quelques caractères juridiques particulier de la sous-traitance de marché », *D.P.C.I.*, 1983, pp. 479 et s.
- **DUMAS J.P.**, « Sous-traitance et livraison d'ouvrages clé en main en Droit français », *Rev. Juri. Polit. Indép. Co.*, 1988, p. 692.
- **DUPUY R.J.**, « Le dédoublement du monde », *R.G.D.I.*, 1996, p. 31.
- **DURAND Pascal**, « La durée des accords de coopération et les clauses gouvernant leur adaptation », *D.P.C.I.*, 1984, T.X, n°3, p. 368.
- **EL-KOHLI.**, « L'entreprise publique et semi-publique en Droit égyptien », *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1961, pp. 27-39.
- **EL-KOSHERI Ahmed Sadek**, « La conception Islamique de l'arbitrage », in *Au ourd'hui l'Egypte*, N° 29, Juillet -Août, 1995, pp. 28-33.
- **FEUER G.**, « Réflexions sur la Charte des droits et devoirs économiques des États », *R.G.D.I. public*, 1976, pp. 273 s.
- **FILALI Osman**, « Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé ; La coopération transfrontalière entre les collectivités publiques infra-étatiques », *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1997, pp. 404-445.
- **FLECHEUX George**, « Le cahier des charges 'FIDIC' et l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1984, pp. 451 et s.
- **FOUCHARD Ph.**, « L'arbitrage Elf Aquitaine Iran c./ National Iranien Oil Company : une nouvelle contribution du droit international de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1984, pp. 335 et s.
- **FOUSSARD Dominique**, « L'Arbitrage en droit administratif », *Rev. Arb.*, 1990, pp. 3-54.

- **FREDERICK MANN**, « The Proper law Concluded by International Persons », in *Studies of International law, oxford*, 1973, pp. 211 et s.
- **GAILLARD E.**, « Droit international privé français arbitrage commercial international : Sentence arbitrale Droit applicable au fond du litige », éd. J.-C., *Droit international*, Fasc. 586-9-1, n° 14, p. 5.
- **GAILLARD E.**, « Arbitrage Commercial international : droit applicable au fond du litige », éd. J.-C. (*Droit international*), 1996, fasc.586-9-1.
- **GAILLARD E.**, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international ; principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes », *Rev. Arb.* 1985, pp. 241 et s.
- **GAILLARD E.**, « Point de vue d'un utilisateur étranger », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1989, p. 799.
- **GAUDEMET Y.**, « L'arbitrage: aspects de droit public. État de la question », *Rev. Arb.*, 1992, pp. 248 et s.
- **GAUTIER P.Y.**, « L'arbitrage QUINTETTE devant les juges de Colombie Britannique : La clause 'hardship' », *Rev. Arb.*, 1991, pp. 611-623.
- **GOLDEMAN Berthold.**, *son intervention, in Travaux du Comité français de droit international privé*, 1984-1985, pp. 81-103.
- **GOLDMAN B.**, « La *lex mercatoria* dans les contrats et arbitrage internationaux : réalités et perspectives », *Clunet*, 1979, p. 475.
- **GOLDMAN B.**, « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1981, p. 481.
- **GOLDMAN B.**, « Une bataille juridique autour de la *lex mercatoria* ; l'affaire Norsolor », *Rev. Arb.*, 1983, pp. 379 et s.
- **GONZALES CAMPOS J.**, « Les Liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1977, t. 156, v. III, pp. 225-376.
- **GRELON B. et autres**, « Contrats et crise du Golfe », *Clunet*, 1991, pp. 633-677.
- **HECKE Van**, « Droit public et conflits de lois », in *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Pr.*, 1983-1984, pp. 225 et s.
- **HECKE Van**, « Rapport provisoire à l'institut du droit international, les accords entre un État et une personnes privée étrangère », *A.I.D.I.*, 1977, T. 1, vol. 57, pp. 191 et s.
- **HECKE Van**, Observations préliminaires, *Annuaire de l'I.D.I., session d'Oslo*, 1977, vol. 57, tome 11, note 22-24, p. 247.
- **HEGGY Tarek**, « Le gaz naturel en Égypte », in *aujourd'hui l'Égypte*, 1995, pp.74-78.
- **HERMITE Marie-Angèle**, « Licence de marque et assurance de qualité dans les ventes internationales d'ensembles industriels », *Clunet*, 1989, pp. 5 et s.
- **HIRSCH, Débats**, Souveraineté d'État et arbitrage, *Rev. Arb.*, 1985, p. 671.

Mis en forme

Mis en forme

Mis en forme

- **HOANG Phuoc Hiep**, « Quelques problèmes juridiques vietnamiens concernant les projets d'investissement sous forme de B.O.T. », *Rev. Int. Dr. Comparé*, 1997, pp. 873 et s.
- **HORCHANI F.**, « L'investissement interarabe, Recherche sur la contribution des conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements », *C.E.R.P.*, 1992, p. 144.
- **HORCHANI F.**, « Le Code tunisien d'incitations aux investissements », *J.D.I.*, 1998, p. 75.
- **HUSSEYIN PAZARCI**, « La responsabilité internationale des États à l'occasion des contrats conclus entre États et personnes privées étrangères », *R.G.D.I.*, 1975, pp. 354-421.
- **JACQUET J.M.**, « Contrats », *Rép. Int., Dalloz*, 1998, p. 20, n° 114.
- **JACQUET J.M.**, « L'État opérateur du commerce international », *Clunet*, 1989, pp. 621 s.
- **JACQUET J.M.**, « Le contrat d'État », *Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1998, fasc. 565-60.
- **JAHSEL Selim**, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *Rev. Int. Dr. Comparé*, N° 1, 2003, pp. 105 et s.
- **JAQUIER N.**, « Code de conduite en matière de transfert technologique ; solution ou source de conflits », *Revue Tiers Monde*, n° 65, janvier-mars, 1976, p. 115.
- **JENNINGS R.Y.**, « States Contracts in International Law », *BYBIL*, 1961, pp. 156-182.
- **JÈZE G.**, « Caractères essentiels des principaux contrats administratifs », *Rev. Dr. Pub.*, 1925, pp. 483-490.
- **JÈZE G.**, « Les éléments essentiels du Service public », *Rev. Dr. Pub.*, 1913, pp. 510-511.
- **JUILLARD E.**, « Investissement », *A.F.D.I.*, 1984, pp. 777 et s.
- **JUILLARD E.**, « Investissements », *Rép. Dalloz, Droit international*, 1998, p. 5.
- **JUILLARD P.**, « Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement : à la recherche d'un droit perdu ? », *D.P.C.I.*, 1987, p. 54.
- **JUILLARD P.**, « Le système conjoint de garantie des investissements de la Convention de Lomé III : vers l'enlisement », *A.F.D.I.*, 1987, pp. 589 s.
- **JUILLARD Patrick**, « Investissements », *Ann. Fr. Dr. Int., XILL*, 1996, pp. 838-844.
- **KAHN Ph.**, « Contrats d'États et nationalisation ; la sentence arbitrale du 24 Mars 1982 », *Clunet*, 1982, n° 4, p. 849.
- **KAHN Ph.**, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *Clunet*, 1965, pp. 338-358.
- **KAHN Ph.**, « Contrats d'État et nationalisation ; les apports de la sentence arbitrale du 24 Mars 1982 », *Clunet*, 1982, n° 4, p. 855.
- **KAHN Ph.**, « Débats, souveraineté d'État et arbitrage », *Rev. Arb.*, 1985, p. 674.
- **KAHN Ph.**, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *Clunet*, 1965, pp. 338-384.

Mis en forme

- **KAHN Ph.**, « Souveraineté de l'État et règlement du litige : Régime juridique du contrat d'État », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 638-661.
- **KAHN Ph.**, « *Lex Mercatoria* et pratique des contrats internationaux : l'expérience française, le contrat économique international », *VIIèmes journées Jean Dabin, Bruxelles et - Paris, Bruylant et Pédone*, 1975, pp. 161 et s.
- **KAHN Ph.**, « La force majeure et les contrats internationaux de longue durée », *J.D.I.*, 1975, p. 468.
- **KESEDIJAN Catherine**, « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable (analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1995, n° 2, pp. 373 et s.
- **KOMOK Joseph** « Les principes directeurs de la négociation des contrats clé en main », *Rev. Jur. Poli. Indép. Co.*, 1988, pp. 204 et s .
- **LAGARDE P.**, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1991, p. 300-301.
- **LALIVE J.F.**, « Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères : arbitrage Texaco-Calasiatic c./ Gouvernement Libyen », *Clunet*, 1977, pp. 340-341.
- **LALIVE J.L.**, « Un récent arbitrage suisse ; la sentence Saphire c./ l'État Iranien », *Annuaire suisse du Droit international*, 1962, pp. 273 et 279.
- **LAMATHE Dédier**, « Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matières de grands projets d'investissement », *Clunet*, 1998, pp. 45-65.
- **LAMETHE D.**, « Les nouveaux accords internationaux d'industrialisation : esquisse d'un manifeste dans les rapports Nord-Sud », *J.D.I.*, 1992, pp. 81 et s.
- **LANCLE J-M.** « Grands projets d'infrastructure : le montage », *BUILD OPERATE TRANSFER* », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1997, pp. 946.
- **LANKARANI EL-ZEIN Lila**, « Quelques remarques sur la sentence SPP c. la république arabe d'Égypte », *Revue Belge du droit international*, 1995, pp. 533 et s.
- **LEBEN Charles**, « Les investissements miniers dans les pays en voie de développement : Réflexion sur la décennie écoulée (1976-1986) », *Clunet*, 1986, p. 935-936.
- **LEBEN Ch.**, « Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production de matières premières minérales », *Clunet*, 1980, p. 566.
- **LEBOULANGER Ph.**, « État, politique et Arbitrage- l'affaire du Plateau des Pyramides », *Rev. Arb.*, 1986, pp. 3-28.
- **LEBOULANGER Ph.**, « Le régime juridique des investissements pétroliers en Égypte », *Revue Egyp. Dr. Int.*, 1972, pp. 123 et s.
- **LEBOULANGER Ph.**, **D**ébats, souveraineté d'État et arbitrage, *Rev. Arb.*, 1985, p. 597.

- **LEBOULANGER Ph., FILLION DUFOULEUR Bernard**, « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1994, pp. 665 et s.
- **LECLERCQ Claude**, « La responsabilité des pouvoirs publics de l'État d'accueil dans la réalisation de l'ouvrage Clé en main : (choix, exécution, réception) », *Rev. Jur. et Polit. Indép. et Coop.*, n° 2et 3, Année 42, 1988, pp. 630 et s.
- **LEHMANN R.**, « Les qualifications », *Éd. J.-C., Dr. Int.*, 1980, Fasc. 531, Art. 3, D. P. 3.
- **LESGUILONS H.** « Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der geschäftsgrundlage », *D.P.C.I.*, 1979, T.V, n° 4, pp. 507-533.
- **LOGIE J.**, « Les contrats pétroliers iraniens », *R.B.D.I.*, 1965, n° 2, p. 425.
- **LONCLE J.M.**, « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, transfer - B.O.T. », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1997.
- **LOQUIN Éric**, « Arbitrage et Cautionnement », *Rev. Arb.*, 1994, pp. 235 et s.
- **LOQUIN Éric**, « La réalité des usages du commerce international », *Rev. Int. Dr. Économique*, 1989, p. 163.
- **LUU VAN DAT**, « Investissements étrangers en B.O.T. », *Rev. Int. Dr. Comparé*, N° 4, 1997, pp. 869 et s.
- **MAHIOU A.**, « Comment concilier le maintien des avantages de l'arbitrage avec l'adaptation des procédures aux particularités des entités publiques ? », in *Arbitrage international, 60 ans après Regard sur l'avenir*, Paris, CCI publishing 1984, p. 252.
- **MAHMASSENI Sobhi**, « Sentence arbitrale : Libyen American Oil Company c./ Gouvernement de la République arabe libyenne », *Rev. Ab.*, 1980, pp. 132 s.
- **MANN F.A.** « States Contracts and International Arbitration », *B.Y.B.I.L.*, 1967, pp. 1-37.
- **MARTIENS P.**, « La sous-traitance », *D.P.C.I.*, 1979, T. 5, n° 2, pp. 245-270.
- **MAYER Pierre**, « Droit international privé et Droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. Crit. Dr. Int. Pri.*, 1979, pp. 345 et s.
- **MAYER P.**, « Le rôle du droit public en droit international privé », *R. I. D. C.*, 1986, pp. 467-485.
- **MAYER P.**, « Les lois de police étrangère », *Clunet*, 1981, N° 1, pp. 277-345.
- **MAYER P.**, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière du Contrat d'État », *Clunet*, 1986, pp. 5 et s.
- **MAYSTADT Ph.**, « Échange international : quelques questions à propos de l'intervention publique dans l'économie », *Rev. Échange et projet trimestriel* n°72, 1994, p. 55.
- **MELLO X.**, « La garantie de résultat dans le transfert de techniques », *Rev. Arb.*, 1979, N° 1, pp. 39 et s.
- **MENDEZ RAMOS F.**, « Arbitrage international et mesures conservatoires », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 54 et s.
- **MEZGANI Ali**, « Débats, souveraineté d'État et arbitrage », *Rev. Arb.*, 1985, p. 671.

- **MEZGHANI A.**, « Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, N° 4, 1985, p. 582.
- **MOHAMED Salah Mohamed**, « Mondialisation et souveraineté d'État », *Clunet* 1996, pp. 611- 662.
- **MORAND-DEVILLER J.** « EUROTUNNEL : le contrat relatif à la construction du Tunnel sous la Manche », *Copyright Petites Affiches, Paru dans les PA, n° 113*, du 20/09/ 1995, édition du 27 avril 2001, p. 4.
- **MORIN G.**, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux : Droit et pratique », *D.P.C.I.*, 1980, T. VI, n° 1, pp. 9 et s.
- **NADJAR D.**, « La tendance actuelle du Droit International des immunités d'État », *J.D.I.*, 1997, p. 86.
- **NGUYEN DINH A.**, « Mode de financement de projets contrat de construction-opération-transfert de technologies », *Rev. Int. Dr. Comparé*, 1997, pp. 883 et s.
- **NIBAOYET M.L.**, « Contrats internationaux. Détermination du droit applicable », *Juris-Classeur, Droit international*, 1998, Fasc. 552-20, n° 46-65.
- **OMAN C.**, « Les nouvelles formes des investissements internationaux en pays en voie de développement », *O.C.D.E.*, 1984, pp. 154 et s.
- **OMMESLAGHE Pierre**, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *Rev. Dr. Inter. Dr. Comp.*, 1980, p. 13.
- **OPETIT Bernard**, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de 'hardship' », *Clunet*, 1974, pp.794 et s.
- **OPETIT B.**, « Arbitrage et Contrats d'État : L'arbitrage Framatome et autres c./ Atomic Energy Organization of Iran », *Clunet*, 1984, pp. 37-80.
- **OPETIT Bruno**, « Les États et l'arbitrage international : esquisse de systématisation », *Rev. Arb.*, 1985, p. 497 et s.
- **OPPETIT B.**, « Le tribunal des différends irano-américains », *Clunet*, 1984, pp. 37 ss.
- **PAGNON-MAUDET Ch.**, « Les contrats d'affaire en Droit musulman à travers l'exemple du contrat d'entreprise », *Rev. Dr. Int. Dr. Comp.*, 1998, pp. 213 et s.
- **PAULSSON Jean**, « Le Tiers-Monde dans l'arbitrage commercial transnational », *Revue de l'Arbitrage*, n° 1, 1983, p. 37-38.
- **PAULSSON J.**, « Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : la sentence arbitrale Cameroun c./ Klöckner », *Rev. Arb.*, 1984, pp. 18 et s.
- **PELICHET M.**, « Garanties indépendantes dans le répertoire du droit international », *DALLOZ, Paris*, 1998, pp. 154 et s.
- **POMMIER Jean-Christophe**, « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », *Clunet*, 1992, pp. 6 et s.

- **POURRET G.**, « L'apparition des garanties à première demande dans le décret du 15 décembre 1992 », *Les Petites affiches*, 9 juin 1993.
- **POURRET G.**, « Les cautions des marchés réglementés, cautions ou garanties à première demande ? », *Petites affiches*, 19 juin 1992, p. 10.
- **PREVISANI A.**, « Les caractères juridiques principaux des statuts légaux de coopération », *D.P.C.I.*, 1984, p. 340.
- **PREVOST A.**, « A la recherche du critère du contrat administratif : qualités des contractants », *R. D.P.*, 1971, p. 817.
- **QUILLERÉ-MAZOUZ Fabienne**, « L'arbitrage international dans les litiges relatifs aux contrats administratifs au Liban : une interdiction de principe et des exceptions (commentaire des deux arrêts du Conseil d'État libanais du 17 juillet 2001) », *Clunet*, 2003, n° 2, pp. 225 et s.
- **RAMBAUD P.**, « Arbitrage, Concession et Nationalisation : Quelques observations sur la sentence B.P. », *A.F.D.I.*, 1981, pp. 222 - 224.
- **RAMBAUD P.**, « Des obligations de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger : sentence AAPL C.SRL LNKA », *Ann. Fr. Dr. Int.*, 1992, pp. 501 s.
- **RAMBAUD P.**, « L'Affaire des Pyramides », *Ann. fr. dr. Int.*, 1985, pp. 508 et s.
- **RAMBAUD P.**, « L'annulation des sentences Klöckner et AMCO », *AFDI*, 1986, pp. 259 et s.
- **RAMBAUD P.**, « Premiers enseignements des arbitrages du C.I.R.D.I. », *A.F.D.I.*, 1982, pp. 471 et s.
- **RAMBAUD P.**, « L'affaire des pyramides : suite et fin », *A.F.D.I.*, 1993, pp. 567 et s.
- **RAULIN Armand**, « L'État et l'Administration du développement », *Rev. Jur. Poli. Ind. Coop.*, 43^{ème} année, n° 2, 1989, pp. 183-199.
- **RIAD Fouad**, « Les contrats de développement économique, Contrats conclu entre les États en développement et les Multinationales », *Petits-Affiches*, 1986, n° 86, p. 23.
- **RIAD F.**, « Les contrats de développement et arbitrage international », *Rev. Egyp. Dr. Int.*, V. 42, 1986, pp. 253 et s.
- **RIAD F.**, Délibérations, in *Annuaire de l'Institut de Droit international*, Vol. 62, T. II, Session du Caire, 1987, pp. 261-262.
- **RIBS Jacques**, « Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français », *Juris-Classeur Périodique, La Semaine Juridique*, n° 41, 1990, I, 3465.
- **RICAUD Y.** « Les relations économiques et commerciales entre la France et l'Égypte », in *Aujourd'hui l'Égypte*, 1999, pp. 26-29.
- **RICHER Laurent**, « Le marché public : problèmes actuels de définition », *CJEG*, 1986, n° 223, p. 37.
- **RIGAUX F.**, « Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale », *Revue Critique de Droit International*, 1978, pp. 435-459.

- **SALEM Mohamed**, « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *Clunet*, 1986, pp. 579 et s.
- **SALEM M.**, « Vers un nouvel ordre économique international. À propos de la 6ème session extraordinaire des Nations-Unies », *Clunet*, 1975, pp. 753 et s
- **SANTA-CROCE Muriel**, « Contrats internationaux : domaine de la loi du contrat », *Ed. Juris Classeur du Droit international*, 1998, *Fasc. 552-50*, N° 16. p. 7.
- **SARIE ELDIN H.**, « Les sociétés commerciales », in '*Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*', dossier 'Égypte –Brésil', 1997, pp. 1205 et s.
- **SARKIS S.**, « L'autorisation d'arbitrage, obstacle au recours à l'arbitrage des entreprises du secteur public en Syrie », *Rev. Arb.*, 1998, pp. 97 et s.
- **SCHAFFER Eugène**, « Des garanties bancaires à première demande dans les contrats clé en main », *Rev. Juri. Poli. Indép. Co.*, 1988, p. 730.
- **SCHOKKAERT**, « Protection contractuelle par les États des investissements privés effectués sur leur territoire », *D.P.C.I.*, 1990, T. 6, N° 1, pp. 29-45.
- **SEIDL-HOHENVELDERN Ignaz**, « La nationalisation en droit international public », *Dossiers de l'Institut des sciences juridiques du développement*, Doc. I, p. 15.
- **SEIDL-HOHENVELDERN I.**, « L'évolution des dommages dans les arbitrages transnationaux », *A.F.D.I.*, 1987, pp. 7 et s.
- **SIMILIER P.**, « A propos des garanties autonomes de droit interne souscrites par des personnes physiques », *J.-C. P.*, 1991, pp. 343 et s.
- **SINKONDO H.**, « La notion du contrat administratif : acte unilatéral ou contrat civil de l'Administration », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1993, n° 2, pp. 241 et s.
- **STAINOV P.**, « La théorie des contrats administratifs et le droit socialiste », *Revue du Droit Public*, T. 82, n° 2, pp. 229 et s.
- **STERN Brigitte** « Trois arbitrages, Un même problème, Trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1980, pp. 3 et s.
- **SULTAN HAMED**, « Legal nature of oil concessions », in *Rev. Egyp. Dr. Int.*, 1965, v. 21, pp. 73-89.
- **SYNVET H.**, « La loi française et la fixation du prix dans les contrats internationaux », *D.P.C.I.*, 1985, Tome XI, n° 4, pp. 554- 557.
- **TAÏMOUR Mustafa Kamel**, « La conception du contrat clé en main et son application dans le système égyptien », *Rev. Juri. Poli. Indép. Co.*, 1988, pp. 386 et s.
- **TANKOANO Amadou**, « La place du droit public de l'État dans l'arbitrage international avec une personne privée », *Rev. Juri. Poli. Indép. Co.*, 1988, p. 946.
- **TESTU François Xavier**, « La distinction du droit public et du droit privé », *Recueil, Dalloz*, 1998, chroniques, pp. 345 et s.

- **THYS Patrice J. et GOLUB J. Martin**, « Les Marchés publics aux États Unis », *D.P. C.I.* 1982, Tome 8, N° 4, pp. 573-590.
- **TOTOUM Ch.**, « La pré-négociation du contrat d'ouvrage clé en main au Cameroun », *Rev. Juri. Poli. Indép. Coö.*, 42e année, 1988, ns° 2 et 3, pp. 222 et s.
- **TOUSCOZ J.**, « La 'ruée vers l'Est' ; Quelques problèmes juridiques soulevés par les opérations du commerce et d'investissement réalisées par les entreprises occidentales dans les Pays d'Europe centrale et orientale », *Clunet*, 1991, pp. 27-55.
- **TOUSCOZ Jean**, « L'Agence Multilatérale sur les Garanties des Investissements, A.M.G.I. », *D. P. C. I.*, 1987, pp. 311 et s.
- **TROUBIANA Annie**, « Contrat administratif », *Rép. Dalloz. Dr. Int.*, Vol. 1, n° 11, p. 574.
- **TSCHANZ Pierre-Yves**, « Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international », *Rev. Crit. Dr. Int. Pri.*, 1985, pp. 47-83.
- **TUTS M.**, « L'évolution des contrats clé en main », *D.P.C.I.*, T. III, 1977, n° 5 pp. 603 et s.
- **VADCAR C.**, « Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : problématique de l'adhésion des pays du Sud », *Clunet*, 1998, pp. 16 et s.
- **VADCAR C.**, « Droit d'investissement ; Régime applicable à l'investissement direct étranger en droit international », *J-C., Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-54, n° 88.
- **VASSEUR Michel**, « Les nouvelles règles de la chambre de commerce international pour les garanties sur demande », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1992, p. 240.
- **VASSEUR M.**, « L'essor du concept contractuel », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1964, pp. 1 et s.
- **VEDEL G.**, « Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé », *Rev. arb.*, 1962, p. 116.
- **VEHOEVEN Joe**, « Arbitrage entre États et entreprises étrangères : des règles spécifiques ? », *Rev. Arb.*, 1985, pp. 609 et s.
- **VERHOEVEN J.**, Débats, souveraineté d'État et arbitrage, *Rev. Arb.*, 1985, pp. 664-665.
- **VERHOEVEN J.**, « Traités ou contrats entre États ? Sur les conflits de lois en Droit des gens », *Clunet*, 1985, pp. 5 et s.
- **VICTOR Haïm**, « Le choix du juge dans les contentieux des contrats administratifs », *Doctrine, La semaine Juridique (Ed., J.C.P.)*, 1992, n° 3586, pp. 243 et s.
- **VIRALLY M.**, « La Charte des droits et devoirs économiques des États », *A.F.D.I.*, 1976, pp. 57 s.
- **WEIL P.**, « Un nouveau champs d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *Recueil et Documents du Conseil d'État*, 1970, pp. 14 et s.
- **WEIL P.**, Débats, in colloque d'Orléans, aspects du Droit international économique, éditions à Pédone, pp. 187-188.
- **WENGLER W.**, « Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités du droit international », *R.G.D.I.*, 1972, n° 36, p. 6.

- **WENGLER W.**, « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1982, pp. 467 et s.
- **WORTLEY B.A.** Rapport lors de la Session de l'I.D.I. de Nice 1967, *Annuaire de I.D.I. Session de Nice*, 1967, Tome 52, vol. 1, p. 409.
- **ZULFICAR M.**, « Les lois de privatisation », *In Cahiers Juridiques Et Fiscaux De L'exportation*, Dossier *Égypte- Brésil*, 1997, n°6, p. 1198 et s.

IV/ Pratiques judiciaires et arbitrales

A) Justices ordinaire et administrative

- C. Cass., 1^{ère} Ch. Civile, 14 juin 2000, société Inter-Arabe investissements Garantiss Corporation (IAIGC) c./ Banque Arabe et Internationale d'investissements (BAH), *Clunet*, 2001, n° 1, pp. 127 et s, Note Ali BEN-CHANABE.
- C. Cass. 3^{ème} Ch. civ., 12 mars 1997 (2 arrêts), *Bull. civ. 111*, n° 53 ; J.-C.P., 1998, 1, n° 103, obs. SIMLER; R.D. bancaire et bourse 1997, p. 174, obs. Contamine-Raynaud.
- C. Cass., Ch. Comm., 12 décembre 1995, *Clunet*, 1996, pp. 674 et s, note PRŪM A.
- C. Cass., Ch. Comm., 8 novembre 1994, *Bull. Civ. IV*, n° 322.
- C. Cass., 10 mai 1994, *Quotidien Juridique* du 19 juillet 1994, p. 7, note J.D.P.
- C. Cass., Ch. Civ., 18 février 1992, note POUJADE.
- C. Cass., Ch. Comm., 3 avril 1990, *D.S.*, 1991, p. 195, obs. VASSEUR.
- C. Cass., Ch. Civ., 21 juillet 1987, société italienne c./ Banque Commerciale *Congolaise*, *Rev. Crit. Dr. Int.*, 1988, pp. 348 et s, REMOND-GOUILOUD M.
- C. Cass., 6 novembre 1985, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1986, p. 501, note P. LAGARDE.
- C. Cass. Soc., 8 juillet 1985, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1986, p. 113, note H. GAUDEMET-TALLON.
- C. Cass., (égyptienne), 13 février 1984, *EL-MAGMOUHA*, 35 années, p. 473.
- C. Cass., Ch. Comm., 13 Décembre 1983, *D.S.*, 1984, p. 420, note VASSEUR.
- C. Cass. Ch. civ., 15 juin 1983, J.-C., P.G. 1984, 11, 20123, note LÉVY.
- C. Cass., 20 décembre 1982, *Rev. d'arb. 1984*, p. 477, note Moreau ; *D. S.*, 1983, *Bull. Civ. IV*, n° 417, p. 365, note VASSEUR.
- C. Cass., Ch. Comm., 14 octobre, 1981, *JCPCI*, 1981, I, 10222, notes MARTIN L.M.
- C. Cass. 1^{ère} ch. Civ., 7 octobre 1980, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1981, p. 313, note MESTRE.
- C. Cass., Ch. Civ., 25 mars 1980, Société Mercator Press, *Rev. Cri. Dr. Int. Pr.*, 1980, p. 576 et s., note BATIFFOL H.
- C. Cass., 22 novembre 1977, *Rev. Arb.*, 1978, p. 461, note FAUCHARD Ph.
- C. Cass., 19 avril 1977, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1979, p. 788, note ANCEL.
- C. Cass., Ch. Comm., 9 avril 1973, arrêt Beauvais, *D.S.* 1973, note Malaurie.

- C. Cass., Ch. Comm., 8 novembre 1972 et 9 avril 1973, D.S. 1973, Note Malaurie.
- C. Cass., (égyptienne), 16 mai 1972, *EL-MAGMOUHA (Groupe des jugements de cassation en matière civile et commerciale)*, 22^e années, p. 919.
- C. Cass., (égyptienne), 14 mars 1972, *EL-MAGMOUHA*, 23^{ème} années, p. 401
- C. Cass., 18 mai 1971, *Rev. Arb.*, 1972, p. 62, note Ph. KAHN.
- C. Cass., 7 mai 1971, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1972, obs. GORNU G.
- C. Cass., 15 Avril 1970, *Air France c/ Trimoulet*, *Dalloz*, 1971, p. 107.
- C. Cass., (égyptienne), 27 mai 1969, Groupe des jugements civils, (20^{ème} année), p. 811
- C. Cass. Civ., 9 janvier 1968, *J.D.I.*, 1976, p. 717, note. SIMON-DEPITRE
- C. Cass., Ch. Civ., 21 juin 1950, arrêt de Messageries Maritimes, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 1950, p. 609, note BATIFFOL.
- C. Cass., Ch. Civ., 14 févr. 1934, Banque Hypothécaire franco-argentine, *D.P.* 1934, 1, p. 78 ; *S.* 1934, 1, p. 297, note A. MESTRE.
- C. Cass., 30 mai 1932, l'État français c/ Caratheodory, *Clunet*, 1933, p. 347 et s, note NIBOYET.
- C. Cass. civ., 17 mai 1927, *D.P.*, 1928, 1, p. 25.
- Cour d'Appel de Paris (1^{ère} Ch. Sect. Urgences), 27 janvier 1993, Société Taylor WOODROW Projects France (TWPF) c/ Société Atelier Perrault Frères, *Rev. Arb.*, 1995, p. 561 et s.
- Cour d'Appel du Caire, 17 mars 1997, Organisme des Antiquités c/ G. Silver Night Company, *Rev. Arb.*, 1997, pp. 285 et s, note LÉBOULANGER Ph.
- Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} Ch. Comm., 14 janvier 1997, Rép. Arab. d'Égypt. c/ Soc. Chromalloy Aero Services, *Rev. Arb.*, 1997, p. 398 et s, FAUCHARD Philippe ; *Clunet* 1998, pp. 750-754, spéc. p. 752, note GAILLARD E.
- Cour d'Appel de Paris, 13 juin 1996, Société Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c/ Société Icroi Estero, SPA et autres, *Clunet*, 1997, pp.151-168, LOQUIN E.
- Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} Ch. Civ., 12 Janvier 1996, Gouvernement de l'État du Qatar c/ Creighton Ltd, *Rev. Arb.*, 1996, pp. 429-441, note Ph. Fouchard
- Cour d'Appel de Paris, 30 juin 1995, *J.D.I.*, 1997, p. 44, note JACQUEMONT A.
- Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} Ch. Com., 24 février 1994, Ministère tunisien de Équipements c/ société Bec Frères, *Rev. Arb.*, n° 2, 1995, pp. 276 et s, note, GAUDEMET Yves.
- Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} Ch. Sect. Urgences, 27 janvier 1993, Société Taylor WOODROW Projects France (TWPF) c/ Société Atelier Perrault Frères, *Rev. Arb.*, 1995, pp. 561 et s.
- Cour d'Appel de Versailles, 7 mars 1990, OIAETI et Sofidifg c/ COGEMA, SERU, EURODIF, CEA, *Rev. Arb.*, 1991, pp. 326 et s, note LOQUIN Éric.
- Cour d'Appel de Paris, 26 avril 1985, *Clunet*, 1986, note JACQUET J.M., p. 175.
- Cour d'Appel de Rouen, 13 novembre 1984, Société européenne d'études et d'entreprises c/ République de Yougoslavie, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1985, n° 2, p. 673, obs. MAYER P.

- Cour d'Appel de Paris, 12 juillet 1984, Rép. Arabe d'Égypte c./ S.P.P, *Rev. Arb.*, 1986, p. 75.
- Cour d'Appel de Toulouse, 26 octobre 1982, *Clunet* 1984, p. 603, note SYNVET.
- Cour d'Appel de Paris, 27 octobre 1981, *J.-C. P.* 1981, 19702, notes BOULOY
- Cour d'Appel de Paris, 14 nov. 1978, *D.* 1979, Jur. p. 259, note VASSEUR M.
- Cour d'Appel de Paris, 19 juin 1970, *Clunet*, 1971, p. 83, note OPPETIT.
- Cour d'Appel de Paris, 20 juin 1969, *D.*, 1969, 738, note MEZGER ; Paris, 13 décembre 1975, *D.*, 1976, p. 507, note OPPETIT.
- Cour d'Appel de Paris, 19 février 1968, l'État Français c./ SZCZUPAK, *Clunet*, 1968, p. 336, note VERDIER.
- Cour d'Appel de Paris, 24 avril 1940, *Arrêt de Messageries Maritimes*, S., 1942, 2, p. 29, note J.P., NIBOYET.
- Cour d'Appel du Caire, Ministre de la défense égyptienne c./ Soc. américaine Chromalloy Aero Services Company, *Rev. Arb.*, 1998, pp. 723 et s, note, LEBOULAGER Ph.
- Cour d'Appel de Paris, Société Gatoil c./ National Iranian Oil Company, *Rev. Arb.* 1993, pp. 281 et s, note SYNVET Hervé.
- Cour d'Appel de Paris, 19 juin 1970, *J.C.P.*, 1971, 11,16927, note, GOLDMAN B.
- Tribunal du commerce de Paris, ordonnance, 5 mai 1981, *Rec. D. S.*, 1981, p 487, note VASSEUR.
- Ordonnance rendue dans l'affaire n° 7388 le 10 février 1993, *Clunet*, 2000, p. 1107-1115.
- Tribunal commercial de Nantes, 11 juin 1991, *Clunet*, 1993, pp. 331-353, note LEBOULANGER Ph.
- Tribunal d'Abdin (le Caire), 15 janvier 1985, Ordonnance n° 318 Civile
- Tribunal de commerce de Paris, 29 octobre 1982, *Recueil D.S.*, 1983, p. 302, note VASSEUR.
- Tribunal Mixte d'Alexandrie, 29 décembre 1928, *Alexandrie Rainleh Railway c./ Municipalité d'Alexandrie*, *Revue du Droit public*, 1929, pp. 127, 134-135.
- Tribunal de district des États pour le district de Columbia, 31 juillet 1996, Chromalloy Aeroservices c/ R. A. d'Égypte, *Rev. Arb.*, 1997, n°3, p. 439, note, GREEN JUNE L.
- Conseil d'État libanais, 17 juillet 2001, l'État libanais c./ la société FTML (Cellis) SAL et autres, *Rev. Arb.*, 2001, p. 855 et s, note SFEIR-SLIM Marie et HADI SLIM.
- C.E., 12 mars 1999 Ville de Paris, *A.J.D.A.* 1999, 427, note RAUNET ET ROUSSET
- C.E., (égyptien), avis n° 54/1/339 du 19 février 1997, audience de l'assemblée générale de départements de consultation et de législation, 19/2/1997.
- C.E., 30 septembre 1996, Commune Grenoble et Aviller, *Rec.*, 357.
- Tribunal Administratif de Paris, 2 novembre 1994, Groupement des sociétés 'Eiffage' SPIE BATIGNOLLES, Quillery et SPIE Citra, *Rec.*, p. 710.

- C.E., 6 mai 1991, Syndicat intercommunal du Bocage, *A.J.D.A.*, 1991, p. 717, note P. SUBRA.
- C.E., (égyptien), avis n° 54/1/265 du 11 juillet 1989, audience de l'assemblée générale de départements de consultation et de législation, 17 mai 1989.
- C.E., 12 octobre 1988, Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c./ Société d'études, de réalisations, de gestion immobilière et de construction, *Rec.* p. 338, note F. LLORENS
- C.E., 19 décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres, *Rec.* 403.
- C.E., 27 avril 1987, *A.J.D.A.*, 1987, p. 776, obs. AUBY J.B.
- C. É., 7 janvier 1987, Dame Félicien, *Dalloz*, 1978, observations Audit B.
- C.E., 23 juin 1986, société Centrale Immobilier de la caisse des impôts, *Lebon*, p. 169
- C.E., 14 mai 1984, Société SMAC Aciéroïd, *R.F.D.A.* 1985, p. 21, note Moderne.
- C.E., 17 mars 1982, Société Périgourdine, *A.J.D.A.*, 1982, p. 727.
- C.E., 13 novembre 1981, plunion, *Rec. Lebon*, p. 143.
- C.E., avis n° 327-449, 14 octobre 1980, in *Les grands arrêts du Conseil d'État*, Dalloz, 1997, pp. 169-177.
- C.E. (égyptien), affaire n° 7 du 19 janvier du 1980, *Allmagnouha (le groupe)*, 1^{ère} année judiciaire.
- C.E. (égyptien), affaire n° 10 du 1974, *Allmagnouha (le groupe)*, 4^{ème} année judiciaire, 29 juin 1974.
- C.E., 29 juin 1973, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 1974, p. 344, note Questiaux Nicole
- C.E., 19 janvier 1973, *Sté d'exploitation électrique de la Rivière du Sant*, *Rev. Adm.* 1973, p. 633, note, P. AMSELEK ; *CJEG*, 1973, p. 239, concl. Rouge Vain BAVILLE.
- C.E. (égyptien), 26 février 1972, Sannah salassa ashra kadaiha, 13^{ème} année judiciaire, p. 263.
- C.E., 3 juillet 1968, Lavigne et Le Mée, *A.J.D.A.*, 1969, 253, Concl. G. BRAIBANT.
- Conseil d'État, 8 mai 1968, Époux Fourny, *Lebon*, 280 et s.
- C.E., 24 Avril 1968, Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier du Mont Blanc, *Rec.* 1968, p.256.
- C.E. 26 janvier 1966, *O.P.H.L.M. de la ville du Marns*, *A.J.D.A.*, 1966, 434.
- C.E., 10 mai 1963, Sté coopérative agricole de production, *R.D.P.*, 1963, p. 584, conclusion BRAIBANT.
- Tribunal des Conflits 28 mai 1962, *Sté immobilière et thermale pour le développement des stations françaises*, *Rec.*, *Lebon*, p. 818
- C.E., 2 juin 1961, *A.J.D.A.*, 1961 p. 345, Concl. BRAIBANT.
- C.E., 28 novembre 1958, Dame veuve Longlois, *Lebon*, pp. 590 et s, conc. GAND
- C.E. (égyptien), affaire n° 779 24 février 1957, *Sannah ashra kadaiha*, (10^{ème} Année jurisprudentielle)

- Conseil d'État égyptien, 16 décembre 1956, affaire n° 222, *Sannah ashra kadaiha*, (10^{ème} année jurisprudentielle).
- C. E., 4 juin 1954, Affortit et Vingtain, *Rec.*, p. 432, concl. CHARDEAU
- Conseil d'État, le 20 octobre 1950, *Rec.*, p. 505
- C. E., 23 décembre 1921, Société Générale d'armement, *R.D.P.*, 1922, p. 74, concl. RIVET
- C.E., 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, S. 1916. p. 17 ; in Les grands arrêts du Conseil d'État, *Dalloz*, 1997, p. 169.

B) Justice Internationale et sentences arbitrales

a) Arrêts de la C. P. J. I. et de la C. I. J.

- Affaire « *la Lighthouses case* », 17 mars 1934, *P.C.I.J.* Séries A/B N° 62, 20.
- Affaire du VAPEUR WIMBLEDON, *C.P.J.I.*, arrêt 17 août 1923, *Série A*, n° 1
- Affaire Anglo-Iranian Oil Company, Mémoires et Plaidoiries de la Cour International de Justice 1953, pp. 94-98.
- Affaire des emprunts serbes et brésiliens, *C.P.J.I.* 1929, Série A, n° 15, p. 121 et s ; *Clunet*, 1929, p. 977 et 1003, note NEBAYET.
- Arrêt Barcelone-Traction du 5 février 1970, Cour Internationale de Justice, *Rec. C.I.J.*

b) Arbitrages CCI et CIRDI

- Sentence arbitrale, affaire n° 7105 de 1993, une entreprise Suisse c./ une émanation d'un État africain, *Clunet*, 2000, pp. 1062-1069 Y.D.
- Sentence CCI, affaire n° 3755, 1988, *Bull. CCI*, vol. 1, n° 2, 1990, p. 25.
- Sentence du 20 novembre 1984, *Clunet*, 1987, pp. 145 et s, obs., GAILLARD E.
- Sentence CCI, 5 mars 1984, Westland Helicopters United c./ Arab organization for industrialization, et autres, *Rev. Arb.*, 1989, pp. 547 et s.
- Sentences CCI, affaires 7604 et 7610 en 1995, *Rev. Arb.*, 1998, pp. 1027 ss., obs. D.H.
- Sentence CCI, affaire n° 2216 de 1974, *Clunet*, 1975, pp. 917-922.
- Sentence CC., affaire n° 10758/2000, *Clunet*, 2001, pp. 1171 et s, obs. J.-J. A.
- Sentence CCI, affaire 8910 (1998), *Clunet*, 2000, p. 1085 et s, Observations D.H.
- Sentence n° 8873 de la CCI, 1997, *Clunet*, 1998, pp.1017-1027.
- Sentence ELF/Aquitaine Iran c./ National Iranien Oil Company, *Rev. Arb.*, 1983, p. 404.
- Sentence CCI, n° 7155 en 1993, *Clunet*, 1996, p. 1037 et s, obs. ARNALDEZ J-J.
- Sentence CCI, n° 6560 de 1990, *Yearbook*, 1992, p. 226.
- Sentence CCI, n° 6500/1992, *Clunet*, 1992, p.1015, note J-J.ARNALDEZ.
- Sentence CCI, n° 4761 de 1984, *Clunet*, 1986, pp. 1137 et s., obs. S. JARVIN.
- Sentence CCI, n° 1581 de 1974, *Clunet*, 1974, p. 887, obs. Y DERAIS.
- Sentence CCI, affaire n°4862 en 1986, *Clunet*, 1986, pp. 1018-1027.

- Sentence CCI, affaire n° 8873 (1997), *Clunet*, 1998, pp.1017-1027, obs. D.H.
- Sentence CCI, affaire n° 8324 en 1995, *Clunet*, 1996, obs. D.H.
- Sentence CCI, affaire n° 7518 en 1994, *Clunet*, 1998, pp.1035-1041, obs. Y.D.
- Sentence CCI, affaire n° 6840/1991, *Clunet*, 1992, p. 1030, obs. Y DERAINS.
- Sentence CCI, affaire n° 5865, en 1989, *Bull. CCI*, vol. 1, no 2, 1990, p. 23.
- Sentence CCI, affaire n° 5030 de 1992, un État africain c./ une société allemande, *J.D.I.*, 1993, pp. 1008, obs. Y D.
- Sentence CCI, affaire n° 4761 en 1987, *Clunet*, 1987 pp. 1012-1018, Obs. S.J.
- Sentence CCI, affaire n° 4132 (1983), *Clunet*, 1983, p. 891, obs. Y Derains.
- Sentence CCI, affaire n° 3987 en 1983, *Clunet*, 1984, p. 943, observations Y D.
- Sentence CCI, affaire n° 2583 en 1976, *Clunet*, 1977, pp. 950 et s, note Yves DERAINS.
- Sentence CCI, affaire n° 2216 en 1974, *Clunet*, 1975, pp. 917-922.
- Sentence CCI, affaire n° 1782 de 1973, *Clunet*, 1975, p. 923 et s.
- Sentence CCI, affaire n° 1526 (1968), Lubelski c/ État du Burundi, *Clunet* 1974, p. 915.
- Sentence CCI, affaire n° 1512 (1971), *Clunet*, 1974, p. 904, obs. Y. DERAINS.
- Sentence CCI, affaire 5639 (1987), *Clunet*, 1987, pp. 1055-1061, note S.J.
- Sentence CCI, affaire 3896, SOFDIF c./ deux entreprises étatiques iraniennes, le 25 juillet 1985, *Clunet*, 1986, p. 158.
- Sentence CCI, affaire n° 5713 (1989), *Yearbook*, 1990, p. 70.
- Sentence CCI, affaire n° 1434 (1975), *Clunet*, 1975, p. 978, obs. Y. D.
- Sentence arbitrale, *Libyen American Oil Company (LIAMCO) c./ Gouvernement de la République arabe libyenne* », *Rev. Arb.*, 1980, pp. 132-191, MAHMASSENI S.
- Sentence arbitrale CCI, SPP c./ Égypte, affaire du Plateau des Pyramides, 11 mars 1983, *I.L.M.*, 1983, pp. 78 et s.

- Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Clunet*, 2001, n° 1, pp. 149 et s., obs.GAILLARD E.
- Sentence arbitrale du 31 mai 1990, Amco Asia c./ l'Indonésie, *Clunet*, 1991, pp. 173 et s., obs. E. GAILLARD.
- Sentence arbitrale AGIP/Congo, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1982, pp. 99 et s, note BATIFFOL H. ; *I.L.M.*, 1982, pp. 738-739.
- Décision du 3 mai 1985, Klöckner c./République du Cameroun, *Clunet*, 1987, p. 162, obs. GAILLARD E.
- Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, *Clunet*, 1999, pp., 272-297, obs. GAILLARD E.
- Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements ; sentence arbitrale du 20 mai 1992, Plateau des Pyramides, *Clunet* 1994, pp. 217 et s, obs. GAILLARD E.

- Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements : sentence du 4 et 9 février 1988, *SOABI c./ le Sénégal*, *Clunet*, 1990, pp. 191-218., obs. E. GAILLARD ; Extraits, in Documents, *Rev. Arb.*, 1994, n° 1, pp. 193 et s.
- Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements : sentence du 20 novembre 1984, *Amco-Asia c./ l'Indonésie*, *J.D.I.*, 1987, pp. 145-163, obs., JUIALLARD E.
- Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements : décision du Comité ad-hoc du 22 décembre 1989, *Clunet*, 1991, pp. 166 et s., obs. GAILLARD E.
- Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements , *Clunet*, 1990, pp. 121 et s., GAILLARD E.
- Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements : sentence du 31 mars 1986, *Liberian Easteran Timber Corporation (LITCO) c./ Gouvernement de la République du Libéria*, *Clunet*, 1988, pp. 167-188, obs. GAILLARD E.
- Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements : Décision du 16 mai 1986, *Amco Asia et autres c./ l'Indonésie*, *Clunet*, 1987, p. 175, obs. E. GAILLARD.
- Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements : sentence *KLOCKNER c./ Cameroun*, 21 octobre 1983, *Clunet*, 1984, p. 409 ; même revue, 1987, pp. 140-141 obs. E. GAILLARD .

c) Arbitrages mixtes, ad-hoc ou autres

- Première affaire de l'O.M.C., États-Unis/Corée, O.M.C. (Groupe spécial), 1^{er} mai 2000, *Chroniques*, *Clunet*, 2001, pp. 912 et s
- Sentence Ad hoc du 31 mai 1988, *ILM*, 4-1989, p. 800 et s
- Sentence ad hoc du 5 février 1988, affaire *Wuttershe c./ Qatar*, *Yearbook* 1990, pp. 30 et s.
- Sentence du 14 juillet 1987, *Mobil Oil Iran & Mobil Sales and Supply Corporation c./ NIOC-Iran*, *I-US-CTR*, 16-1987, 111, p. 5 et s
- Sentence du 14 avril 1986, *Société Atlantic Triton c./ la République de Guinée*, *Clunet*, 1988, p. 181.
- Sentence du 24 mars 1982, *Aminoil c./ Koweït*, *Clunet*, 1982, n° 4, pp. 895 et s ; *Rev. Arb.*, 1982, p. 873.
- Sentence arbitrale du 14 janvier 1982, *Elf Aquitaine Iran c./ la National Iranian Oil Company*, *Rev. Arb.*, 1984, p. 333, obs. Ph. FOUCHARD.
- Sentence du 23 août 1958, *Aramco c./ l'Arabie Saoudite*, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1963, pp. 272-363.
- Sentence du 10 juin 1955, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1956, pp. 278 et s, note BATIFFOL H.
- Sentence arbitrale du 22 décembre 1954, *I.C.L.Q.*, 1959, p. 320.
- Sentence *Amoco c./ gouvernement iranien*, *I.L.M.*, 1988, pp.1337 et s, n° 83.

- Sentence *British Petroleum Exploration Company c./ Gouvernement de la République arabe libyenne*, du 10 octobre 1973, *I.L.R.*, 1979, vol. 53, pp. 297-374 ; *Rev. Arb.*, 1980, pp. 117-131.
- Sentence *Liamco c./ le gouvernement Libyen*, *Clunet*, 1982, p. 895 ; *Rev. Arb.*, 1980, p. 157.
- Sentence rendue dans l'affaire *RCA c./ Tchecoslovaquie*, in *A.J.I.L.*, 1936, pp. 531-534.
- Sentence rendue par la 1^{ère} Ch. du Tribunal *Irano-américain* dans l'affaire *Amoco Int. Financing Corporation c./ NPC-NIOC-Irans*, le 14 juillet 1987, *ILM*, 1988, p. 1920.
- Sentence *Ruler of Qatar c./ International Marine Oil Company*, 1953, *I.L.R.*, 1953, V. 20, pp. 534 et s.
- Sentence *Sheik of Abu Dhabi c./ Petroleum Development*, *I C.L.Q.*, 1952, pp. 247 et s.
- Sentence *Texaco-Calasiatic c./ Le gouvernement libyen*, *Clunet*, 1977, pp. 336 et s.

V/ Divers

- Résolution de l'Institut de droit international, session de Saint-Jacques de Compostelle, 12 septembre 1989, in *Rev. Arb.*, 1990, p. 933.
- Résolution de l'Institut de Droit International, Session d'Athènes 1979, in *Rev. crit. Dr Int. Pr.* 1980, p. 427 ; *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session d'Athènes 1979, p. 192.
- The Arab Petroleum Congress Cairo, Mars du 16 au 23, 1965, *Doc. O.P.E.C.*, p. 5.
- Annuaire de l'Institut du Droit International, Vol. 57, t. II, p. 201.
- Règlement de la CNUDCI, art. 33, Annuaire de la *CNUDCI*, 1983, v. XIV, pp. 52-53.
- Annuaire de l'institut de droit international, 1992, vol 64, T. 1, 1991, p. 32, vol 64 II, 1992, pp. 131 et s.
- Doc. A/40/17, O.N.U., New York, 21 août 1985.
- L'Égypte aujourd'hui, 1992, n° 42, pp. 55-59 et 88 ; adde, 1991, pp. 10 et 11 ; 1986, p. 85.
- Avis de la Commission d'arbitrage pour le problème de la paix en Ex-Yougoslavie, 29 novembre 1991, *Rev. Gén. Dr. Int. Public*, 1992, p. 264.
- « *Débouchés sur les Marchés publics internationaux* », // [WWW market-gover-procurement-e.pdf](http://www.market-gover-procurement-e.pdf).
- « *La réforme du code des marchés publics 2004 : pour un achat public plus simple, plus efficace et plus transparent* », http://www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/marches_publics/code2004/decret2004-15.pdf

INDEX

A

accord de Marrakech du 15 avril 1994	161
accord de volonté	155, 178, 328, 416
Accord Multilatéral sur l'Investissement.....	6
accord-cadre.....	170, 171, 435, 436
accords de développement.....	9, 15, 16, 21, 27, 31, 59, 62, 65, 97, 100, 122, 123, 132, 135, 140, 144, 163, 174, 313, 335, 336, 339, 340
accords de travaux publics.....	111, 254, 370
accords pétroliers.....	97, 98, 142, 252, 319, 352, 377, 449
accords transfrontaliers.....	276, 393, 412, 417
Agence Multilatérale de Garantie des Investissements	190
aléa administratif.....	449, 458, 461
aléa de puissance publique.....	449, 461, 462
aléa économique.....	449, 458, 461
aléa législatif.....	449, 461, 462
appels d'offre ou adjudications	203
arbitrage CIRDI.....	69, 70, 80, 117, 375, 479, 489, 494
arbitrages.....	20, 98, 100, 118, 239, 293, 295, 317, 414, 417, 432, 434, 440, 443, 448, 457, 458, 485, 496, 531, 532

B

Banque-Mondiale.....	18, 161, 187, 505
bilatéralisme.....	72, 79, 357

C

caractère administratif.....	11, 13, 31, 48, 89, 91, 111, 127, 202, 310, 320, 321, 323, 330, 331, 345, 350, 351, 353, 354, 355, 358, 364,
cautionnement.....	188, 206, 207, 211, 212, 214, 215, 217, 219, 220, 221, 229, 232, 233, 245, 264, 514, 522
Centre Régional d'Arbitrage du Caire	423
clause d'arbitrage	70, 133, 170, 205, 232, 240, 294, 296, 370, 478, 504
clause d'intangibilité.....	141, 446, 483, 484
clauses d'electio-juris.....	417, 421
clauses d'intangibilité et de stabilisation.....	135, 143, 481
clauses de stabilisation.....	9, 44, 83, 88, 122, 140, 141, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 151, 205, 301, 376, 390, 449, 461, 482, 483, 490
clauses exorbitantes.....	12, 13, 26, 87, 90, 91, 95, 127, 128, 129, 140, 143, 147, 151, 309, 310, 319, 320, 321, 335, 343, 358, 367
clauses F.I.D.I.C.....	167
Code Civil.....	6, 137, 189, 213, 214, 218, 221, 226, 230, 236, 242, 243, 247, 253, 254, 255, 359, 399, 422, 500
Code égyptien du Commerce	213, 217
Codes d'investissements	19, 103, 156, 183, 193, 195, 204
Codes des marchés publics	19

collectivités territoriales 22, 28, 29, 30, 31, 47, 48, 53, 61, 78, 85, 93, 105, 111, 115, 116, 137, 160, 276, 287, 297, 305, 314, 334,
 Compagnie Interarabe de Garantie des Investissements 189
 concessions pétrolières..... 22, 58, 98, 122, 297, 309, 310, 311, 315, 320, 349, 361, 378, 513
 concurrence 18, 50, 61, 62, 66, 78, 88, 106, 109, 112, 152, 153, 157, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 167, 192, 200, 205, 211, 234, 2
 conflits de lois de droit public 412
 Conseil d'État 8, 10, 11, 12, 13, 16, 26, 27, 49, 63, 68, 90, 96, 97, 106, 109, 110, 127, 130, 132, 135, 136, 137, 138, 147, 154, 158
 342, 349, 350, 353, 354, 357, 358, 362, 363, 364, 365, 366, 371, 372, 404, 405, 407,
 413, 419, 420, 430, 450, 451, 456, 457, 461, 463, 464, 467, 490, 497, 512, 514, 517,
 524, 531, 533, 536, 537
 contrat administratif international 18, 37, 311, 312, 313, 326, 327, 376, 382
 contrat d'État 20, 27, 28, 35, 45, 59, 88, 102, 126, 135, 141, 142, 189, 193, 274, 276, 277, 278, 284, 285, 288, 291, 292, 294, 296,
 contrat international 60, 136, 267, 286, 306, 321, 335, 345, 346, 347, 348, 349, 364, 365, 370, 373, 374, 418, 420, 465, 512, 516, :
 contrats clé en main 22, 62, 87, 105, 111, 112, 113, 115, 169, 206, 528, 532, 533
 contrats de travaux publics 26, 312
 Convention de Rome 189, 231, 353, 354, 355, 416, 422, 423
 coopération industrielle 22, 117, 511
 Cour d'Appel 12, 32, 40, 49, 53, 106, 131, 135, 136, 139, 181, 206, 208, 225, 227, 244, 246, 251, 257, 264, 265, 269, 275, 286, 3
 Cour d'Appel de Paris 136, 244, 347, 368
 Cour d'Appel du Caire 368, 369, 441
 Cour de Cassation 6, 12, 31, 42, 43, 68, 130, 135, 182, 188, 206, 209, 215, 216, 217, 220, 223, 225, 226, 227, 228, 231, 253, 285,
 Cour Permanente de Justice Internationale 6, 33, 361
 crédits-acheteurs 186
 crédits-fournisseurs 119, 186
D
 décolonisation 14, 143, 144, 192, 280, 373, 393
 délocalisation 5, 18, 20, 184, 278, 280, 282, 283, 287, 288, 292, 294, 302, 305, 380, 382, 388, 399, 420
 déni de justice 72, 487, 488, 489
 dépeçage du contrat 426
 dépeçage du droit applicable 229, 428
 détournement de pouvoir 182, 390, 445, 447, 477, 486, 487, 489, 490, 491, 492, 495
 Directives communautaires 10
 droit administratif 7, 8, 10, 11, 13, 21, 29, 33, 35, 38, 52, 56, 58, 61, 78, 87, 89, 90, 91, 93, 94, 99, 110, 122, 127, 135, 137, 139, 1
 356, 357, 360, 364, 368, 371, 375, 376, 378, 382, 383, 384, 390, 405, 410, 412, 436,
 441, 444, 446, 450, 452, 456, 461, 479, 489, 492, 504, 506, 507, 508, 511, 512, 515,
 517, 520, 521, 525, 533
 droit applicable 28, 114, 140, 141, 147, 164, 169, 171, 172, 176, 188, 189, 205, 222, 229, 231, 233, 269, 272, 275, 276, 278, 284,
 421, 422, 423, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 433, 434, 435, 436, 440, 442, 443,
 444, 445, 457, 461, 472, 479, 488, 490, 496, 500, 504, 513, 514, 516, 517, 518, 519,
 524, 525, 528, 530
 droit commun 13, 33, 35, 50, 55, 115, 140, 148, 192, 193, 201, 221, 242, 253, 271, 310, 316, 318, 319, 321, 325, 326, 329, 335, 3
 droit communautaire 14, 110, 160, 167, 312
 Droit des gens 13, 15, 18, 19, 27, 31, 33, 34, 35, 44, 47, 58, 65, 81, 86, 135, 190, 197, 260, 270, 275, 278, 282, 283, 284, 287, 289
 460, 485, 486, 496, 497, 533
 Droit égyptien 40, 46, 54, 195, 376, 392, 465, 525
 droit international 7, 9, 13, 15, 16, 18, 19, 22, 23, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 42, 43, 45, 46, 52, 53, 58, 60, 71, 7
 304, 305, 306, 307, 308, 309, 312, 314, 316, 322, 326, 328, 329, 335, 336, 338, 339,
 346, 349, 352, 359, 373, 375, 376, 377, 379, 382, 384, 387, 388, 389, 391, 392, 396,
 399, 401, 402, 403, 404, 405, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 414, 415, 416, 418, 419,
 420, 421, 422, 423, 425, 428, 430, 431, 432, 433, 434, 436, 437, 439, 441, 442, 443,
 445, 453, 459, 461, 465, 466, 478, 482, 483, 484, 488, 491, 494, 497, 499, 510, 511,

512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 522, 525, 526, 528, 529, 530, 532, 533, 541

Droit international 7, 10, 19, 22, 33, 58, 59, 65, 66, 74, 75, 83, 84, 102, 108, 117, 119, 147, 189, 236, 274, 277, 283, 293, 295, 297, 466, 488, 490, 493, 506, 509, 510, 511, 512, 513, 516, 521, 523, 525, 527, 528, 529, 530, 531, 533

droit international privé 10, 23, 323, 339, 349, 384, 392, 405, 412, 422, 463

Droit musulman 338, 339, 377, 530

E

embargo 100, 191, 259, 262, 264, 464, 473, 474

équation financière 206, 258, 315

établissements publics 11, 31, 47, 48, 53, 137, 138, 157, 160, 322, 351

État contractant 8, 30, 31, 32, 33, 34, 42, 43, 45, 46, 69, 70, 81, 85, 102, 104, 108, 118, 143, 145, 146, 199, 229, 275, 280, 281, 294, 431, 433, 434, 436, 438, 442, 444, 446, 452, 460, 461, 467, 483, 486, 494, 508, 518, 523

État souverain 30, 32, 33, 34, 35, 38, 42, 44, 45, 85, 106, 148, 196, 201, 244, 270, 276, 277, 282, 288, 293, 296, 312, 322, 386, 390

État-Administration 31, 33, 35, 37, 43, 397

États en développement 9, 15, 30, 32, 46, 61, 76, 120, 138, 151, 175, 203, 237, 243, 280, 293, 317, 366, 393, 395, 465, 501, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533

F

fait du prince 13, 170, 259, 445, 447, 449, 450, 451, 456, 458, 459, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 473, 474, 496

flux d'investissements 15, 17, 29, 72, 73, 151, 186, 193, 195, 504

Fond Monétaire International 18, 74, 76

force majeure 132, 206, 216, 247, 254, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 268, 269, 384, 438, 464, 465, 468, 470, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533

G

garantie autonome 207, 212, 214, 215, 218, 219, 225, 227, 231, 232, 233, 474

groupe de contrats 105, 106, 125, 426

H

hardship 249, 265, 266, 267, 268, 465, 526, 530

I

imprévision 245, 251, 254, 255, 256, 257, 259, 261, 447, 459, 460, 461, 462, 463, 465, 498, 507, 516, 528, 530

indemnisation 39, 70, 83, 84, 86, 172, 174, 178, 269, 303, 342, 345, 362, 366, 407, 433, 438, 447, 450, 457, 462, 463, 464, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533

intérêt général 11, 13, 21, 44, 48, 49, 51, 78, 87, 89, 90, 93, 95, 96, 99, 119, 121, 126, 147, 150, 156, 157, 159, 183, 184, 202, 253

intérêts du commerce international 347, 348, 349, 366

internationalisation 5, 14, 22, 35, 42, 51, 76, 115, 192, 246, 280, 282, 287, 290, 292, 293, 294, 295, 296, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533

investisseurs étrangers 15, 16, 72, 75, 81, 85, 108, 127, 131, 140, 141, 148, 151, 153, 157, 184, 185, 187, 193, 194, 195, 197, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533

J

joint-venture 64, 235, 236, 237, 238, 270, 316

L

l'Accord Multilatéral sur l'Investissement 76, 191

lettre d'intention 170, 171, 203

lettre de garanties? 217

lex mercatoria 9, 266, 283, 284, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 306, 343, 384, 416, 421, 427, 432, 434, 437, 442, 518, 526

Lex mercatoria 124, 211, 287, 288, 289, 518

M

marchés publics internationaux 5, 15, 18, 21, 23, 24, 25, 28, 30, 72, 77, 89, 105, 116, 117, 127, 131, 134, 140, 154, 169, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533

mondialisation . 29, 30, 47, 58, 72, 75, 76, 105, 151, 191, 200, 204, 274, 325, 387, 504, 509

N

nationalisations 16, 18, 49, 58, 73, 75, 100, 132, 156, 206, 274, 282, 295, 308, 310, 374, 431, 432, 447, 449, 453, 463, 495, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533

Nations Unies 6, 10, 74, 133, 160, 164, 415, 515

non-discrimination 74, 78, 153, 159, 161, 162, 271, 345, 403, 486, 504, 522

O

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire.....	5
Abréviations.....	6
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	8
PREMIÈRE PARTIE.....	24
contrats administratifs et marchés publics internationaux : autonomie ou proximité.....	24
TITRE I.....	26
CRITÈRES DE PUBLICISATION ET D'INTERNATIONALISATION.....	26
CHAPITRE I.....	29
CRITÈRE SUBJECTIF : QUALITÉ DES CONTRACTANTS.....	29
Section I.....	31
État souverain ou État Administration.....	31
Sous-section I.....	32
L'État stricto sensu « contractant » et ses concepts théoriques.....	32
I / De l'identification entre État souverain et État-Administration.....	33
A) La théorie et ses objections.....	33
B) Unité de l'État et multiplicité de sa représentation.....	37
II / De l'assimilation entre l'État et ses contractants.....	42
Sous-section II.....	47
L'État « lato sensu » et capacité contractuelle de ses personnes publiques.....	47
I / Formes institutionnelles et contrôle de tutelle.....	48
II / Compétence et capacité contractuelle.....	53
Section II.....	58
L'extranéité juridique et ses particularités.....	58
Sous-section I.....	59
Identité de l'élément d'extranéité.....	59
I / Présentation juridique.....	60
II / Désignation de la nationalité.....	65
Sous-section II.....	71
Environnement international et aménagement de la souveraineté nationale.....	71
I / Mondialisation et coopération multilatérale.....	73
II / Régionalisme et conventions bilatérales.....	77
A) Le régionalisme, un soutien de la souveraineté au-delà du groupement.....	77
B) Le bilatéralisme, une atténuation de la souveraineté pour une meilleure protection.....	79
a) Faible aménagement de la souveraineté en matière d'admission et de traitement d'investissement étranger.....	81
b) Atténuation poussée de la souveraineté étatique en matière de protection d'investissement.....	82
Conclusion.....	85
CHAPITRE II.....	87
CRITÈRE OBJECTIF : SERVICE PUBLIC ET EXTRANÉITÉ ÉCONOMIQUE D'INVESTISSEMENTS.....	87
Section I.....	89
Objet des contrats et objectifs des contractants.....	89
Sous-section I.....	89

Service public et intérêt général	89
I / Exécution ou participation à l'exécution du service public	91
II / Service public et ressources naturelles.....	96
Sous-section II	101
Investissements étrangers et exigence du développement	101
I / Concept d'investissement étranger	102
A) Nouveaux marchés publics internationaux et investissements étrangers.....	105
a) Typologies inédites des marchés publics internationaux.....	105
1) Groupes de contrats et marchés Build Operate Transfer (B.O.T.).....	105
2) Contrats de grandes installations et actions extérieures des collectivités territoriales	111
b) Intégration des nouveaux marchés publics internationaux au concept d'investissements étrangers.....	117
B) Commerce et investissements	119
II : Recherche de rentabilité et objectif de développement	121
Section II	127
Clauses exorbitantes et engagements de protection	127
Sous-section I.....	127
Clauses exorbitantes : définition et identification	127
Sous-section II	131
Clauses de protection et leur qualification	131
I / Neutralisation du pouvoir judiciaire : le recours à l'arbitrage	133
II / Clauses d'intangibilité et de stabilisation	140
A) Définition et classement	140
B) Nature juridique de clauses de protection	142
a) Souveraineté et mécanisme de stabilisation	143
b) Caractère exorbitant des clauses de stabilisation.....	146
Conclusion du Titre I.....	149
TITRE II	152
MAÎTRISE ÉTATIQUE DES MODES DE PASSATION ET D'EXÉCUTION	152
CHAPITRE I	155
ACCÈS AUX MARCHÉS PUBLICS INTERNATIONAUX ET OCTROI DES PRIVILÈGES EXCEPTIONNELS	155
Section I.....	156
Marchés publics internationaux et réglementation de leurs modes d'accès	156
Sous-section 1	158
Aménagements des règles d'appels d'offre et d'adjudication.....	158
I / Ampleur et ses acteurs d'aménagement du droit administratif.....	159
A) Incursions d'ordre communautaire	159
B) Aménagements commandés par les bailleurs de fonds	162
II / Effectivité et valeur juridique des directives internationales.....	165
Sous-section II	168
Entrée en vigueur et pouvoir discrétionnaire d'agrément.....	168
I / Aspects juridiques des négociations	168
II / Pouvoir d'agrément.....	173
A) Portée du pouvoir d'agrément	174
B) Solutions du droit administratif aux problèmes des procédures d'agrément	177
Section II	183

Les marchés publics internationaux et les Codes d'investissement	183
Sous-section I.....	183
Financements extérieurs et assurance contre les risques d'investissements.....	183
I / Subventions étatiques et financements des bailleurs de fonds.....	184
II : Garanties étatiques d'investissement	187
A) Cautions de paiement	187
B) Garanties contre les risques politiques d'investissement	189
Sous-section II	192
Codes d'investissement et concept du régime exorbitant	192
I / Schéma des Codes d'investissement	193
A) Promotion et protection des investissements	193
B) Procédures d'attribution	197
II / Caractère exorbitant des privilèges et des concessions.....	198
Conclusion.....	202
CHAPITRE II.....	204
TRAITEMENT JURIDIQUE DES ENGAGEMENTS CONTRACTUELS	204
Section I.....	205
Garanties autonomes	205
Sous-section I.....	206
Aspects juridiques des garanties autonomes.....	206
I / Distinction des garanties autonomes et leur réglementation.....	206
A) Liens juridiques et modes de classement	207
B) Traitement interne et international	209
II / Nature juridique des garanties autonomes	213
A) Originalité et causalité	213
B) Qualification.....	217
Sous-section II	221
Mise en œuvre des garanties de bonne exécution.....	221
I / Appels abusifs et mesures provisoires	221
A) La fraude et l'abus en matière de garanties autonomes.....	222
B) Saisies-arrêts et saisies-conservatoires	224
a) Mesures provisoires en Droit français	224
b) Mesures provisoires en droit égyptien	226
II / Droit applicable et clause arbitrale.....	228
Section II	233
Exécution des engagements des contractants.....	233
Sous-section I.....	235
Modes d'exécution	235
I / La co-traitance et ses qualifications	235
II / Sous-traitance interne et internationale.....	241
A) Formation et réglementation	241
B) Conflits de lois et de juridiction	244
Sous-section II	248
Pouvoirs de sanction et problèmes d'exécution.....	248
II / Pouvoir de direction, de modification et de résiliation	248
II / Mécanismes de réadaptation	253
A) Équation financière, force majeure et imprévision	254
B) Effets des événements exonérateurs	261
a) Suspension et prorogation	261
b) Hardship et renégociation	265

Conclusion de la première partie	269
DEUXIÈME PARTIE.....	272
Les contrats administratifs dans les marchés publics internationaux : qualification et règlement des différends	272
TITRE I.....	279
Désaccord sur la qualification : localisation ou délocalisation	279
CHAPITRE I.....	281
ÉCHEC DE LA DÉLOCALISATION ET REJET DE LA PUBLICISATION.....	281
Section I.....	281
Perspective critique de la délocalisation	281
Sous-section I.....	282
Théories de transnationalisation	282
I / Un contrat sans loi : inacceptable en doctrine et indiscutable en milieu arbitral	283
II : Le Tiers-Ordre et ses approches doctrinales.....	286
A) Définition et sources juridiques	286
B) Approches critiques	289
Sous-section II	291
Question de l'internationalisation.....	291
I / Internationalisation : raison d'être et arguments	292
II / internationalisation impossible.....	296
A) Rejet de l'internationalisation par le Droit des gens	296
a) Non-assimilation aux traités et méconnaissance d'une personnalité internationale limitée	296
b) Arguments vidés de leurs substitutions.....	300
B) Internationalisation aléatoire et contradictoire.....	302
Section II	307
Doctrines de la Publicisation	307
Sous-Section I.....	308
Théories de la Publicisation.....	308
I / Incorporation des M.P.I. dans la théorie des contrats administratifs	308
II / Exploration de la théorie des contrats administratifs	310
A) Le contrat administratif, un modèle de référence	310
B) Concept du contrat administratif international	311
Sous-section II	314
Doctrines opposées à la Publicisation	314
I / Rejet des critères des contrats administratifs : critères introuvables.....	315
II / Inadéquation de la publicisation	320
A) La publicisation, une qualification utilisée hors de son champ d'application.....	321
B) Incompatibilité entre « internationalité » et « publicisation ».....	323
a) Inadéquation des enseignements de la publicisation	323
1) La publicisation, une menace pour la sécurité du commerce international et un handicap pour son développement	323
2) Méconnaissance internationale des contrats administratifs	325
b) Un contrat administratif international, parent pauvre d'un juge compétent	326
CHAPITRE II	327
INTERNATIONALITÉ ET PUBLICISATION : OPPOSABILITÉ OU COHABITATION	327

Section I.....	330
Évaluation théorique : coexistence entre internationalité et publicisation	330
Sous-section I.....	330
Persistence de la publicisation et rejet de ses objections : les M.P.I. contrats à caractère administratif.....	330
I / Présence des critères du contrat administratif	330
II / Mythe de l'inadéquation du régime du contrat administratif	335
A) Connaissance internationale du contrat administratif	336
B) Non-entrave de la sécurité du commerce international	339
a) Banalité de la critique liée à l'inégalité	339
b) Non-sacrifice des intérêts privés.....	341
c) Une justice spécialisée n'est pas un préalable obligé	343
Sous-section II	344
Influence de l'internationalité des marchés publics sur leur caractère administratif.....	344
I / Les M.P.I., contrats à caractère international	345
.....	350
II / Conséquence de la coexistence entre caractères public et international	350
A) Déclin de la publicisation subjective et législative.....	350
B) Neutralisation de la publicisation objective	355
a) Éclatement mutuel du bilatéralisme et de l'unilatéralisme	355
b) La qualification comme un devoir et non pas une obligation	358
Section II	360
Évaluation de la positivité de la publicisation	360
Sous-section I.....	361
Le juge étatique et la publicisation.....	361
I / La position du juge de l'Administration	361
A) Conseil d'État français	361
B) Conseils d'État étrangers.....	363
II / Juges ordinaires et publicisation.....	365
Sous-section II	371
L'arbitrage face à la publicisation	371
I / Recours intensif à la publicisation	371
II / Abandon progressif de la publicisation	373
A) Le recours à la publicisation à titre d'exception	373
B) Mise à l'écart de la publicisation	376
a) Discussion en vaine de la publicisation.....	376
1) Affaire de l'Aramco	376
2) Affaires Texaco-Calasiatic et Liamco	377
b) Déclin de la publicisation sans véritable discussion	380
1) Sentence CCI de l'affaire n° 5030 de 1992	380
2) Sentence arbitrale du Caire 1995.....	382
Conclusion.....	385
TITRE II	388
L'ORDRE JURIDIQUE DE L'ÉTAT HÔTE DANS LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS.....	388
CHAPITRE I.....	390
LA LOI DE L'ÉTAT DANS LE CONCERT D'ORDRES CONCURRENTS.....	390
Section I	391
Applicabilité de la loi de l'État contractant.....	391

Sous-section I.....	392
Effectivité de la loi de l'État contractant.....	392
I / Une loi lacunaire à des règles spécifiques	392
II / Son application heurte la logique	395
A) Défaut d'hétéronomie et besoin de neutralisation	396
B) Rejet de cette acception	398
Sous-section II	400
Droit public et conflits de lois.....	400
I / Inopposabilité du Droit public aux règles de conflits.....	400
A) Inflexibilité du concept classique de territorialité.....	401
B) Dissociation entre la compétence et le fond	404
II / Soumission du droit public aux règles de conflit	407
A) Existence du conflit des lois en droit public	407
B) Règlement du conflit des lois du droit public	409
Section II.....	413
Application de la loi de l'État.....	413
Sous-section I.....	414
Modalités du recours à la loi de l'État.....	414
I / Choix de la loi de l'État et ses consécutions.....	415
II / Désignation de la loi de l'État par le juge ou l'arbitre	421
Sous-section II	426
Entrée en force du Droit des gens	426
I / Rôle impératif	427
II / Rôle supplétif	430
A) Difficultés d'application de l'Article 42/2 de la convention du CIRDI.....	434
a) Sentence SPP/Égypte devant le CIRDI	434
b) Affaire AAPL c./ Sri Lanka	437
B) Annulation des arbitrages portant atteinte à la volonté des contractants	439
Conclusion.....	444
CHAPITRE II	445
DROIT PUBLIC ET PROBLÈME DU RECOURS AU POUVOIR EXORBITANT	445
Section I	446
Existence du pouvoir exorbitant	446
Sous-section II	448
Aléas politiques et leur enracinement juridique	448
I / Aspects quantitatifs du pouvoir exorbitant	449
A) Pouvoir de modification	449
B) Pouvoir de résiliation	454
II / Aspects qualitatifs du pouvoir exorbitant : de l'identification entre aléas à caractère interne et aléas à caractère international	456
Sous-section II	463
Enracinement du pouvoir exorbitant : le fait du prince.....	463
I / Fait du prince national.....	464
II / Le fait du prince étranger.....	470
A) Le fait du prince unilatéral	470
B) Le Fait du prince régional ou multinational	472
Section II	474
Exercice du pouvoir exorbitant.....	474

Sous-section I.....	476
Préalables essentiels	476
I / Obligation de comportement loyal	476
A) Obligation de mise en demeure ou de notification	476
B) Respect de l'intangibilité et de la stabilisation.....	480
II / Détournement de pouvoir et détournement procédural	485
A) De l'inexactitude du déni de justice	486
B) De l'effectivité du détournement de pouvoir et son adéquation	488
Sous-section II	491
Conciliation entre intérêt privé et intérêt général	491
I / Motif d'intérêt général.....	492
II / Conséquences financières de l'intervention unilatérale	494
Conclusion générale.....	503
Bibliographie	509
I / Ouvrages généraux et spéciaux	509
II / Monographies, Cours et Thèses.....	514
III / Articles, Chroniques, débats et communications.....	520
IV/ Pratiques judiciaires et arbitrales	533
A) Justices ordinaire et administrative	533
B) Justice Internationale et sentences arbitrales	537
a) Arrêts de la C. P. J. I. et de la C. I. J.	537
b) Arbitrages CCI et CIRDI.....	537
c) Arbitrages mixtes, ad-hoc ou autres	539
V/ Divers.....	540
INDEX.....	541
TABLE DES MATIÈRES.....	546