

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.

systématique ⁽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 CIRD I 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, *Clunet*, 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 () BOUDAHRAIN 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*, economica, 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 *Aminoil* 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 texture 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.