

COLLECTION
DROIT DES AFFAIRES ET DE L'ENTREPRISE
dirigée par Yves Guyon

SERIE: ETUDES ET RECHERCHES

PHILIPPE LÉBOULANGER

**LES CONTRATS
ENTRE ÉTATS
ET ENTREPRISES
ÉTRANGÈRES**

Préface
de Berthold GOLDMAN

COLLECTION
DROIT DES AFFAIRES ET DE L'ENTREPRISE
dirigée par Yves Guyon

SERIE: ETUDES ET RECHERCHES

PHILIPPE LÉBOULANGER

Docteur en Droit
Diplômé de Droit comparé
Lauréat de la Faculté de Droit de Paris
Avocat au Barreau de Paris

**LES CONTRATS
ENTRE ÉTATS
ET ENTREPRISES
ÉTRANGÈRES**

Préface
de Berthold GOLDMAN

*Professeur émérite de l'Université de Droit, d'Économie
et de Sciences sociales de Paris*



ECONOMICA

49, rue Héricart, 75015 Paris

© Ed. ÉCONOMICA, 1985

Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation et d'exécution
réservés pour tous les pays.

PREFACE

Le sujet que Monsieur Philippe Leboulanger explore dans l'ouvrage qu'il nous est une joie de présenter aux lecteurs, est d'intérêt capital et d'évidente actualité. Il l'est, bien sûr, en raison du développement général, dans la plupart des pays, de la participation directe de l'Etat et des entreprises d'Etat (auxquelles l'auteur étend, à très juste titre, sa recherche) aux rapports économiques internationaux ; mais en outre, et surtout, de leur rôle exclusif en ce domaine dans les pays socialistes, et quasi-exclusif dans les pays en développement, lorsqu'il s'agit, pour ces derniers, d'activités de recherche et d'exploitation des ressources naturelles ou de coopération industrielle ayant, précisément, le développement pour objectif. Or, les contrats — ou les actes juridiques empruntant au contrat ses traits fondamentaux — sont les instruments nécessaires des relations que les Etats ou les entreprises d'Etat nouent avec des entreprises étrangères ; si bien que les étudier, c'est mettre en lumière la spécificité juridique, mais aussi politique de ces relations, dont on peut dire d'emblée qu'elle se situe, comme l'auteur le montre, au point de rencontre de la souveraineté de l'Etat et de la liberté contractuelle.

La recherche est méthodiquement menée en trois volets, qui nous présentent tour à tour une *analyse des contrats entre Etats et entreprises* étrangères, la détermination du *droit qui leur est applicable*, et les problèmes propres au *contentieux*, arbitral ou étatique, qu'ils peuvent faire naître.

L'*analyse* a le mérite — comme du reste l'ouvrage dans son ensemble — d'être conduite à partir d'exemples concrets, puisés dans la pratique contractuelle effective des Etats et des entreprises. Bien qu'insistant justement sur la grande variété du déroulement des négociations précontractuelles, comme de la formation et du contenu des contrats, et l'illustrant par des exemples, l'auteur parvient cependant à offrir, non seulement l'analyse qu'il annonce, mais aussi une synthèse de l'élaboration des contrats et des clauses qu'on y rencontre le plus souvent ; non point qu'il tente d'y découvrir artificiellement une unité de procédés de formation ou d'obligations assumées, mais en dégagant les problèmes qui confrontent les partenaires des relations économiques internationales pour parvenir à la rencontre des volontés, qui forme le contrat, à la définition des obligations qu'il engendre, et à la solution des difficultés que son exécution peut rencontrer.

On relèvera en particulier, dans cette recherche, ses objets les plus actuels, et les plus spécifiques aux contrats étudiés. Ainsi, dans la période pré-

contractuelle, la *lettre d'intention*, d'usage très répandu, qui engendre l'obligation de négocier de bonne foi, sanctionnée, sinon en droit français, du moins dans des systèmes juridiques étrangers, par une véritable responsabilité contractuelle ; l'obligation de l'entreprise étrangère à un « comportement loyal », propre à assurer « l'équilibre des avantages contractuels », qui conduit l'auteur à observer que l'égalité formelle entre un Etat en voie de développement et l'Etat industrialisé dont relève l'entreprise avec laquelle il contracte, a pour corollaire l'inégalité de fait (mais peut-être serait-il plus exact de dire que celle-là ne suffit pas à faire disparaître celle-ci), et à examiner la théorie des « *profits excessifs* », qui a connu un commencement d'application, en France, dans l'affaire de la nationalisation du cuivre chilien ; les clauses de *stabilisation* et d'*intangibilité* des contrats, point sensible de ce heurt entre force obligatoire du contrat et pouvoir souverain de l'Etat, qui est un *leit-motiv* de l'ouvrage ; plus techniquement, les « *garanties dites contractuelles* » qui se séparent du cautionnement, mais ne parviennent que difficilement, comme en témoigne la jurisprudence française la plus récente, à rompre totalement les liens entre l'obligation du garant et le contrat principal ; enfin, et cette fois en un domaine où les concepts juridiques s'adaptent pour prendre en compte les données économiques et politiques de l'environnement contractuel, la *force majeure*, dont l'examen, à travers des clauses rencontrées dans la pratique contractuelle, conduit l'auteur à conclure qu'« elle tend de plus en plus à être considérée comme une circonstance économique de nature à justifier une réadaptation » (et non une cessation) « du contrat ».

Mais c'est déjà — et l'observation vaut pour les autres clauses dont l'écllosion, ou à tout le moins le développement, ont trouvé leur terrain d'élection dans les contrats étudiés — une généralisation qui tend à élever les conventions particulières au rang d'usages des rapports économiques internationaux : ce mouvement, l'auteur le fera apparaître dans la recherche *du droit applicable aux contrats entre Etats et entreprises étrangères*.

D'entrée de jeu, Monsieur Leboulanger entreprend de décrire l'« environnement juridique » dans lequel il entend placer cette recherche. Il considère que le cadre juridique international de ces contrats est essentiellement formé par le Nouvel Ordre Economique International qu'institueraient les résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies sur la souveraineté permanente des Etats sur leurs ressources naturelles, sur ce nouvel ordre économique lui-même, et celle qui porte Charte des droits et devoirs économiques des Etats. L'auteur n'ignore pas que la portée de certaines de ces résolutions est pour le moins controversée, mais après une tentative de distinction entre leur caractère obligatoire et leur caractère exécutoire, il ne lui paraît pour conclure, « guère possible » de contester leur caractère *normatif* : la conclusion traduit sa tendance dominante, dont à tout le moins la générosité ne pourra pas être contestée, de renforcer la protection des pays en développement dans leurs rapports contractuels avec les entreprises des pays industrialisés.

Dans le cadre ainsi tracé — que complètent, à l'intérieur des pays en développement, les codes d'investissement — l'auteur montre que la plupart du temps, les contrats entre Etats et entreprises étrangères échappent, sinon totalement, en tout cas dans une large mesure, à l'application d'une loi étatique, et en particulier — car c'est d'elle qu'il pourrait le plus souvent

s'agir — de la loi de l'Etat contractant (ou dont dépend l'entreprise publique contractante).

Cette «évasion» peut prendre la forme soit d'une *internationalisation* du contrat, qui conduirait, dans sa conception extrême, à assimiler celui-ci à un traité international, et l'entreprise étrangère contractante à une personne de droit international public; soit d'une *dénationalisation* (ou *délocalisation*) du contrat, qui soumettrait celui-ci à un droit *transnational*, formé des principes généraux du droit et des règles coutumières progressivement élaborées du commerce international (la *lex mercatoria*), où le droit de l'Etat contractant ne trouverait sa place que dans la mesure où il n'en diverge pas.

A juste titre, croyons-nous, l'auteur écarte l'internationalisation, pour retenir la dénationalisation du contrat, qu'attestent plusieurs sentences arbitrales récentes, concernant des contrats de concession pétrolière. Encore remarque-t-il que la loi de l'Etat contractant se voit toujours assigner un certain rôle, notamment par la Convention de Washington de 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements.

La recherche du droit applicable a déjà fait apparaître la place prépondérante que l'arbitrage international occupe dans sa détermination. Cette anticipation sera pleinement confirmée par l'étude du *contentieux* des contrats entre Etats et entreprises étrangères, qui forme la IIIème et dernière partie de l'ouvrage.

On y constate en effet que le règlement des litiges relatifs à ces contrats est dans la plupart des cas confié à l'arbitrage, souvent dans le cadre de la Chambre de Commerce Internationale, et progressivement, à l'époque la plus récente, dans celui du Centre créé par la Convention de Washington (CIRDI).

Constamment préoccupé par la prise en compte de l'évolution des circonstances politiques et économiques qui accompagnent le contrat tout au long de son exécution, Monsieur Leboulanger va jusqu'à suggérer que l'*adaptation* des contrats serait une des fonctions de l'arbitrage, alors qu'elle ne l'est, semble-t-il, que dans des cas particuliers, voire exceptionnels; et constamment préoccupé, aussi, par le souci de ne pas laisser s'effacer entièrement la souveraineté de l'Etat, il assortit de quelques réserves la généralisation, pourtant manifeste, de l'aptitude de l'Etat à compromettre et de l'impossibilité pour lui de revenir sur une convention d'arbitrage régulièrement conclue, concernant un contrat international.

C'est en revanche sans regret apparent que passant à l'intervention des juridictions étatiques dans des litiges relatifs aux contrats entre Etats et entreprises étrangères, l'auteur expose, en droit français, mais aussi en droit américain, anglais et dans divers systèmes de l'Europe continentale, l'évolution qui a conduit à exclure l'immunité de juridiction des Etats, et dans une moindre mesure l'immunité d'exécution, lorsque c'est leur activité «commerciale» qui est en cause.

*
**

Ce rapide survol aura à peine suffi à montrer la richesse de la contribution que l'ouvrage apporte à l'appréhension et à la compréhension d'ensemble de son sujet.

Mais on ne voudrait pas l'achever sans souligner aussi la prise de position

doctrinale de l'auteur, que quelques-unes des remarques qui précèdent auront peut-être fait pressentir.

Se plaçant en face d'une sorte de dialectique entre la « publicisation » et la « privatisation » des contrats entre Etats et entreprises étrangères, Monsieur Leboulanger affirme que c'est la seconde qui l'emporte, alors qu'il a été courant de dire, pour un temps, que l'intervention croissante de l'Etat dans l'activité économique entraînait la « publicisation » du droit privé et de ses institutions.

On peut admettre cette analyse, à condition de bien voir que par privatisation, l'auteur entend la restriction — et à la limite, la disparition — des pouvoirs souverains de l'Etat devant l'exigence du respect — sinon du caractère « sacro-saint » — des contrats, que présentent à l'Etat, et à l'en croire, lui imposent, les entreprises étrangères; encore faudrait-il tenir compte de l'évolution, peu discutable, qui a renforcé les pouvoirs des Etats dans la négociation, dans l'exécution et aussi dans la cessation des contrats.

Il n'empêche: Monsieur Leboulanger trouve que cette évolution est encore insuffisante, et l'on se demande, à vrai dire, s'il en admet l'existence. N'écrit-il pas, en effet, dans la Conclusion de l'ouvrage, que « tant la structure que le régime juridique des contrats entre Etats et entreprises étrangères, sont le produit du développement et de la suprématie des entreprises privées, qui n'ont pu se réaliser qu'avec l'accord des Etats industrialisés dont le système économique et juridique repose sur la propriété privée et le contrat » ?

Que « en rejetant toute manifestation de la puissance publique des Etats contractants, à l'intérieur même de leurs territoires, les arbitres et les juges s'accordent à leur imposer un régime juridique qui n'est que le reflet des conceptions de l'économie libérale, et que les Etats ne peuvent, à l'heure actuelle, qu'accepter ou rejeter en bloc, mais sur lequel ils ne peuvent guère peser » ?

Que « en évinçant les droits nationaux dont les fondements seraient opposés à ceux de l'économie libérale, et en favorisant la croissance d'un droit « transnational privatisé, qui n'est en fait qu'un système en trompe-l'œil, ces théories » (de l'internationalisation ou de la délocalisation des contrats) « permettent aux opérateurs et aux Etats occidentaux de conserver la maîtrise de ce droit dont la souplesse est le meilleur gage de sa durée » ? Et, enfin, que « l'arbitrage international, auquel, *volens nolens*, la totalité des pays socialistes et la plupart des pays en voie de développement ont été amenés à consentir, permet le maintien d'un déséquilibre en faveur de ces opérateurs « et de ces Etats » ?

Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette description, et cette appréciation fort sévère. On voudrait en revanche faire une dernière citation: Monsieur Leboulanger écrit que « l'on peut souhaiter l'élaboration d'un droit international économique qui reconnaîtrait à l'Etat un ensemble de droits et d'obligations lui permettant de mieux satisfaire l'intérêt général ». On partagera ce souhait, si l'on considère que tel qu'il est, le droit international économique actuel ne permet pas d'atteindre cet objectif; on voudrait seulement préciser que si, par son évolution, le droit international économique doit prendre en compte cette exigence, c'est à condition qu'il reste du droit, c'est-à-dire qu'il conserve, de cet instrument d'organisation des rapports humains, la sécurité et la prévisibilité.

Par la synthèse globale qu'il offre du régime juridique actuel des contrats entre Etats et entreprises étrangères et par la réflexion que cette synthèse suscite, l'ouvrage de Philippe Leboulanger peut être parmi ceux qui ouvrent la voie à une telle évolution : ce n'est pas là son moindre mérite.

Berthold GOLDMAN

TABLE DES ABBREVIATIONS

- AFDI: *Annuaire Français de Droit International*
AJDA: *Actualité Juridique — Droit Administratif*
AJIL: *American Journal of International Law*
Am. Journ. Comp. L.: *American Journal of Comparative Law*
Am. Soc. Int. L.: *American Society of International Law*
Ann. Suisse dr. int.: *Annuaire Suisse de droit international*
Arb. Journ.: *The Arbitration Journal*
Arch. Philo. Droit: *Archives de Philosophie du Droit*
BIRD: *Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement*
Bull. Civ.: *Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation — Chambres Civiles*
BYBIL: *British Yearbook of International Law*
CCI: *Chambre de Commerce Internationale*
CIRDI: *Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements*
Clunet: *Journal du Droit International*
CNUCED: *Commission des Nations Unies pour le Commerce et le Développement*
Columbia Journ. Transnat. L.: *Columbia Journal of Transnational Law*
Columbia L. Rev.: *Columbia Law Review*
Com. fr. dr. int. pr.: *Comité français de droit international privé*
Cornell L. Rev.: *Cornell Law Review*
CPJI: *Cour Permanente de Justice Internationale*
D: *Recueil Dalloz*
DH: *Recueil Dalloz Hebdomadaire*
DPCI: *Droit et Pratique du Commerce International*
DS: *Recueil Dalloz Sirey*
Dr. Soc.: *Droit Social*
EDCE: *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*
Gaz. Pal.: *Gazette du Palais*
Harvard Int. L. Journ.: *Harvard International Law Journal*
ICLQ: *International and Comparative Law Quarterly*
IDI: *Institut de Droit International*
IHEI: *Institut des Hautes Etudes Internationales*
ILA: *International Law Association*
ILM: *International Legal Materials*

- Indian Journ. Int. L. : *Indian Journal of International Law*
Int. Bus. Law : *International Business Lawyer*
Int. Law. : *The International Lawyer*
JCP : *Jurisclasseur périodique*
JWTL : *Journal of World Trade Law*
Lebon : *Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat*
NYU Journ. Int. L. & Pol. : *New York University Journal of International Law and Politics*
PGA : *Pétrole et Gaz Arabes*
RCADI : *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*
Rev. arb. : *Revue de l'arbitrage*
Rev. belge dr. int. : *Revue belge de droit international*
Rev. crit. : *Revue critique de droit international privé*
Riv. dir. int. : *Rivista di diritto internazionale*
Riv. dir. int. priv. e proc. : *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*
Rev. dr. int. et dr. comp. : *Revue de droit international et de droit comparé*
Rev. dr. pub. sc. pol. : *Revue de droit public et de science politique*
Rev. égypt. dr. int. : *Revue égyptienne de droit international*
Rev. fr. sc. pol. : *Revue française de science politique*
RIDC : *Revue Internationale de Droit Comparé*
Rev. jur. com. : *Revue de jurisprudence commerciale*
Rev. jur. pol. : *Revue juridique et politique — Indépendance et coopération*
Rev. soc. : *Revue des Sociétés*
Rev. Roumaine sc. soc. : *Revue Roumaine des sciences sociales*
Rev. trim. dr. civ. : *Revue trimestrielle de droit civil*
Rev. trim. dr. com. : *Revue trimestrielle de droit commercial*
SFDI : *Société Française pour le Droit International*

A ma famille
A Brigitte, Clémence, Camille MARGAUX

INTRODUCTION

1 - S'il paraît que notre époque est marquée par un certain dépérissement de la notion de contrat en droit interne¹, force est de constater qu'il n'en est pas de même en droit international. Le contrat semble en effet y être en constant essor, tant il est vrai qu'il est le support juridique nécessaire de nombre d'échanges économiques internationaux. La multitude et la complexité de ces échanges entraînent une pléthore de relations contractuelles, qu'il est souvent difficile au théoricien du droit de saisir, et parfois même, tout simplement, de connaître.

Le contrat est donc bien vivant et il se développe dans tous les domaines. Il n'est pas exagéré de soutenir qu'il est devenu l'un des fondements de l'économie internationale. On savait déjà qu'il l'était pour l'économie dite libérale ; on apprit par la suite qu'il l'était aussi dans les systèmes d'économie étatisée ; on découvre peu à peu qu'il constitue la charnière entre ces deux types d'économie, et qu'il est également l'un des instruments juridiques du développement économique.

2 - Parmi les nombreux contrats qui constituent l'armature juridique des échanges internationaux, il en est d'un type particulier, qui mettent en cause des parties dont l'une est une personne ou une entreprise privée, et l'autre l'Etat ou une entreprise publique. Ces contrats, il est vrai, ne sont pas très nouveaux, puisqu'on peut en faire remonter l'origine aux accords conclus entre de puissantes sociétés occidentales, comme la Compagnie des Indes par exemple, avec des Gouvernements étrangers, mais, depuis le début du siècle, et surtout depuis la fin de la seconde guerre mondiale, ils ont pris une importance grandissante. A cela deux raisons principales. Tout d'abord, l'apparition de nouveaux Etats issus de la décolonisation, et dont les gouvernements sont désireux de réaliser le développement industriel et social. Sans aller jusqu'à l'étatisation de leur économie, ces Etats entendent prendre en mains les secteurs clés de leur économie. Ensuite, l'ouverture des pays de l'Est vers le monde occidental a suscité de nombreuses relations contractuelles auxquelles les entreprises étatiques sont parties, en raison du monopole de l'Etat sur le Commerce Extérieur.

1. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936, pp. 311 s. ; adde. «Le déclin du contrat», *Archives de Philosophie du droit*.

3 - Si l'on considère la géographie des échanges internationaux, l'on distingue trois grands flux de capitaux et de technologies. L'un va des Etats-Unis et de l'Europe vers les pays en voie de développement, l'autre a la même source et se dirige vers les pays de l'Est²; le troisième, enfin, part des pays de l'Est vers les pays en voie de développement. Cet aspect géographique impose une première constatation: la demande de capitaux et de technologies est motivée par un souci de développement, ainsi que par une avance certaine de la technologie occidentale.

La nécessité du commerce, lato sensu, — donc le caractère peu viable de l'autarcie — pourrait suffire à susciter des relations constructuelles d'échange; mais, à la fin du XX^e siècle, on peut s'interroger sur l'existence de nouveaux fondements à ce droit économique international, qui constitue en quelque sorte une excroissance naturelle, commune au droit privé et au droit public³. Au delà du simple aspect « commercial », il nous semble y voir un besoin, sinon un esprit, de coopération; transposition au commerce de cette coexistence improprement dite « pacifique » qui caractérise notre temps.

4 - En matière économique, l'Etat n'intervient pas toujours avec le même degré d'intensité. Celui-ci varie en fonction du régime politique adopté. Mais quel que soit ce régime, et hormis le cas de l'étatisation complète qui est généralement la règle dans les démocraties orientales, l'action de l'Etat se manifeste principalement dans un certain nombre de domaines qui sont considérés comme relevant de l'autorité exclusive de la puissance publique. Il en est ainsi, par exemple, de la recherche et de l'exploitation des ressources naturelles, qui, si elles sont effectuées par des entreprises étrangères, n'emportent plus aujourd'hui « concession » de la propriété du sol et du sous-sol, sauf quelques survivances.

5 - Mais l'Etat intervient également lorsqu'il entend réaliser son infrastructure, en confiant à des groupes étrangers, détenteurs de capitaux et de technologie, la construction de routes, de ponts, de ports, d'aéroports, d'hôpitaux, d'écoles, etc. Cette intervention de l'Etat se rencontre dans la quasi totalité des pays du monde, car le but poursuivi est du ressort de la puissance publique, illustration du passage de l'Etat-gendarme à l'Etat-providence. Le dirigisme étatique, qu'il soit souple ou ferme, existe pratiquement partout. Si certains pays se dispensent de recourir à des entreprises étrangères, ce n'est pas parce qu'ils exercent une emprise totale sur leur économie, mais simplement parce qu'ils ont atteint un niveau de développement élevé dans tous les secteurs, leur permettant de satisfaire leurs propres besoins.

6 - Il est donc peu de cas où l'Etat n'intervienne pas. Mais cette intervention est la règle lorsqu'il s'agit d'accueillir des capitaux ou des technologies étrangères. Même les pays les plus favorables aux investissements étrangers

2. D. Bonavia, Développement des contrats d'investissements occidentaux en URSS, in *Problèmes économiques*, 1976, n° 1195, pp. 6 s.

3. P. Reuter: « Nous sommes ici dans le milieu excitant et fécondant pour l'esprit qui se situe entre les catégories habituelles », in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Paris, Pédone, 1969, p. 4.

exercent néanmoins un contrôle sur ces investissements. L'Etat ne peut se désintéresser de cet aspect du commerce extérieur. De la simple déclaration à l'accord contractuel, en passant par le contrôle dirigiste, toutes les nuances de l'intervention de l'Etat sont représentées.

7 - La civilisation industrielle a engendré le phénomène que d'éminents auteurs ont qualifié de «*publicisation*» du droit⁴. Ce mouvement, qui n'est sans doute pas encore achevé, marque l'emprise croissante de l'Etat dans la régulation de l'activité des individus. Il serait légitime de supposer que les contrats par lesquels un Etat s'assure le concours d'une entreprise étrangère sont, a priori, empreints d'une importante manifestation de puissance publique. Or, c'est un phénomène inverse que l'on observe dans les relations économiques internationales qui se nouent entre des Etats, ou des organismes en dépendant, et des particuliers ou personnes morales de droit privé. Ici, c'est plutôt le droit public qui s'efface très sensiblement au profit d'un ordre juridique dont les traits dominants relèvent beaucoup plus largement du droit privé. On assiste ainsi à un phénomène de privatisation de l'activité économique internationale de l'Etat par le processus contractuel.

8 - Paradoxalement, cette privatisation semble être dans certains cas la résultante d'une publicisation préalable. En effet, les Etats en voie de développement ont d'abord dû reconquérir l'exercice de leurs droits régaliens face à leurs cocontractants privés⁵. Par là même, c'est donc un mouvement préalable d'affirmation du droit public qui s'est produit. Mais, une fois cette reconquête opérée, les relations contractuelles qui se sont établies entre Etats et entreprises étrangères se sont trouvées très fortement empreintes de règles, générales ou spécifiques, elles-mêmes largement issues du droit privé, tant en ce qui concerne le contenu des contrats que leur régime juridique. L'arbitrage commercial, notamment, joue à cet égard un rôle déterminant dans ce mouvement de privatisation, que l'on dénomme également transnationalisation. Cette expression marque bien le dépassement des systèmes juridiques nationaux, c'est-à-dire le rattachement des contrats entre Etats et entreprises étrangères à un ordre juridique détaché de ces systèmes, mais largement inspiré des principes fondamentaux qui en composent l'armature.

Ces contrats, que l'intervention de l'Etat contribue à revêtir d'une nature complexe, procèdent ainsi d'une épure qui tend à estomper les manifestations de la puissance publique à l'intérieur du domaine contractuel, fondé sur les principes d'autonomie et de liberté.

9 - Les très nombreuses études qui, depuis quelques décennies, ont été consacrées à ces contrats, ont surtout abordé la question dans une double perspective; d'abord celle de la protection des investissements privés à l'étranger, puis celle du droit applicable d'ailleurs étroitement liée à la première. Dans les deux cas, l'accent est mis essentiellement sur les moyens de limiter les prérogatives de la puissance publique lorsque celle-ci est

4. Jossierand, «La publicisation du contrat», *Mélanges Lambert*, Tome III, pp. 143 s.

5. Notamment en matière de recherche et d'exploitation des ressources naturelles. Dans les premières concessions pétrolières, par exemple, l'Etat était presque entièrement dépourvu de ses prérogatives de puissance publique.

directement ou indirectement partie aux contrats, donnant ainsi une vision sinon tronquée, du moins très incomplète, de ces relations contractuelles d'un type particulier. Les difficultés de la recherche d'un corps de règles propres et pouvant doter ces contrats d'un régime juridique harmonieux sinon unitaire, se traduisent clairement dans la terminologie elle-même. Diverses tentatives ont été faites à cet égard dont aucune n'est pleinement satisfaisante et n'a rallié des suffrages unanimes : on a ainsi proposé, notamment, de qualifier ces relations contractuelles d'accords assimilés aux traités internationaux (*quasi-international agreements* ou *uneigentliche völkerrechtliche Verträge*), contrats de droit public (*public law contracts*), contrats administratifs ou contrats d'Etat (*State Contracts*), accords de développement économiques, accords soumis au droit international de façon limitée (*beschränkt völkerrechtliche Verträge*), ou encore contrats sui generis. A ces expressions, qui ne traduisent qu'imparfaitement la matière dans la mesure où elle ne mettent l'accent que sur tel ou tel aspect particulier, nous préférons celle, plus neutre et plus générique, de contrats entre Etats et entreprises étrangères.

10 - La matière est très vaste et il ne saurait être question de la traiter ici de manière exhaustive. Nous limiterons volontairement les développements qui suivent aux contrats eux-mêmes. Nous n'envisagerons donc pas la question de la responsabilité internationale de l'Etat qui, si elle trouve son origine dans les contrats, relève plus particulièrement du domaine du droit international public.

11 - L'un des auteurs ayant le plus contribué à enrichir la théorie des contrats entre Etats et entreprises étrangères a écrit que «les difficultés inhérentes à la matière expliquent sans doute la constatation, apparemment paradoxale, qu'il y a sur les problèmes de droit relatifs aux contrats passés entre un Etat et une personne privée étrangère, une littérature à la fois surabondante et insuffisante. Les études foisonnent sur certains aspects particuliers, mais aucun accord n'existe 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; et de ce fantastique carrousel d'idées divergentes et contradictoires se dégage l'impression d'un grand vide»⁶.

12 - C'est ce vide que nous voudrions tenter de partiellement combler en menant cette étude en trois parties. Nous analyserons, dans une première partie, le contenu des contrats en nous attachant à mettre en lumière leurs particularismes mais aussi leurs ressemblances avec les contrats de pur droit privé; dans une seconde partie, nous nous efforcerons de démontrer en quoi le droit applicable à ces contrats contribue à leur privatisation. Le contentieux international, qui est sans doute le domaine où ce phénomène est le plus marquant, sera l'objet d'une troisième partie. Il convient, cependant, à titre liminaire, de délimiter le cadre matériel de cette étude, en précisant la notion de contrat entre Etats et entreprises étrangères.

6. P. Weil, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, RCADI 1969, T. III, Vol. 128 p. 102.

Chapitre préliminaire :

LA NOTION DE CONTRATS ENTRE ETATS ET ENTREPRISES ETRANGERES

Première partie :

ANALYSE DES CONTRATS ENTRE ETATS ET ENTREPRISES ETRANGERES

Deuxième partie :

LE DROIT APPLICABLE AUX CONTRATS ENTRE ETATS ET ENTREPRISES
ETRANGERES

Troisième partie :

LE CONTENTIEUX DES CONTRATS ENTRE ETATS ET ENTREPRISES ETRAN-
GERES