

PRES Université Lille Nord de France
Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé



Université Lille 2
Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

MARCELLE MBALA MBALA

Le 8 février 2012

CONTRATS D'ETAT ET DEVELOPPEMENT DURABLE

JURY

Directeur de thèse : Monsieur ERIC KERCKHOVE, Professeur à l'université Lille 2

Membres du jury :

Monsieur BERNARD DOLEZ, Professeur à l' université Paris 1, Panthéon-Sorbonne

Monsieur JULIAN FERNANDEZ, Professeur à l'université Lille 2

Monsieur SYMEON KARAGIANNIS, Professeur à l'université de Strasbourg (Rapporteur)

**Monsieur MAURICE KAMTO, Professeur des facultés de droit, ancien Doyen de la faculté
des sciences juridiques et politiques de l'université de Yaoundé II-Soa, Président de
la Commission du droit international des Nations Unies.**

**Monsieur PIERRE-YVES VERKINDT, Professeur à l'université Paris 1, Panthéon-Sorbonne
(Rapporteur)**

PRES Université Lille Nord de France
Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé



Université Lille 2
Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

MARCELLE MBALA MBALA

Le 8 février 2012

CONTRATS D'ETAT ET DEVELOPPEMENT DURABLE

JURY

Directeur de thèse : Monsieur ERIC KERCKHOVE, Professeur à l'université Lille 2

Membres du jury :

Monsieur BERNARD DOLEZ, Professeur à l' université Paris 1, Panthéon-Sorbonne

Monsieur JULIAN FERNANDEZ, Professeur à l'université Lille 2

Monsieur SYMEON KARAGIANNIS, Professeur à l'université de Strasbourg (Rapporteur)

**Monsieur MAURICE KAMTO, Professeur des facultés de droit, ancien Doyen de la faculté
des sciences juridiques et politiques de l'université de Yaoundé II-Soa, Président de
la Commission du droit international des Nations Unies.**

**Monsieur PIERRE-YVES VERKINDT, Professeur à l'université Paris 1, Panthéon-Sorbonne
(Rapporteur)**

A Papa

REMERCIEMENTS

Je remercie le professeur Eric Kerckhove pour m'avoir fait l'honneur de diriger ce travail de recherche, pour ses précieux conseils, pour la grande disponibilité dont il a toujours fait preuve ainsi que pour le modèle de rigueur et de perfectionnisme qu'il est pour moi.

Je remercie les professeurs qui me font l'honneur de juger ce travail.

*Cette thèse est dédiée à
Dieudonné MBALA MBALA
« Papa, merci de m'avoir donné des Racines et des Ailes ».*

*A Odilia MBALA MBALA
Pour l'exemple qu'elle est pour chacun de ses enfants, à la fois femme de cœur et femme incroyablement forte.*

Rien ne serait sans vous.

*Cette thèse est également l'occasion de célébrer l'amitié.
Celle, précieuse, de toutes ces personnes si chères à mon cœur qui ont été de façon indéfectible à mes côtés durant ces années. Je mesure la chance que j'ai. Rien n'aurait été possible sans elles.*

A Abla, l'unique, pour sa présence fidèle, qui m'a accompagnée de son amitié et de son dévouement durant toutes ces années, à travers les bons et les mauvais moments. Ces quelques lignes sont bien insipides car aucune parole, aucun écrit ne sera à la hauteur de ce que tu as toujours été pour moi. Merci pour les formidables leçons d'amitié que tu me donnes sans cesse. Merci pour tout.

A Edwige, qui, malgré les kilomètres qui nous séparent, a toujours été mon refuge et ma forteresse. Merci de m'avoir suivie tout au long de cette aventure, d'avoir veillé sur moi et de m'avoir tant soutenu. Merci pour l'amie exceptionnelle que tu es et pour ces qualités humaines qui suscitent toute mon admiration.

A Louise, mon amie d'enfance, qui a toujours été auprès de moi, sans compter, dans tous les moments où j'ai eu besoin d'elle et dans toutes les étapes importantes de ma vie. Merci.

A Ikpindi, mon autre d'outre-Atlantique, dont le calme, et la retenue m'ont toujours apaisée.

A Magniba, pour sa bonne humeur, son dynamisme, sa force et ses grandes qualités de cœur.

*A Aurélie, pour sa douceur, son empathie et sa confiance.
A toute la famille AUBRUN-GARNIER
A Gilles et Danielle GARNIER,
Mes familles de cœur.*

A Eurédie, ma complice, la fidèle confidente, l'omniprésente et l'âme sœur, celle qui ne m'a jamais fait défaut. Merci pour ton travail de relecture et pour toute l'aide que tu m'as apportée.

A Sébastien, la force tranquille, pour toutes ces discussions enrichissantes qui ont nourri mon âme et mon esprit, pour ton amitié infaillible.

A Alida, celle que l'optimisme ne quitte jamais et sur qui j'ai toujours pu compter.

A Claude, pour son grain de folie, sa générosité et sa vision de la vie.

A Sophie, pour sa constance amicale et son incroyable gentillesse. A cette union sacrée qui nous a tant portées.

A Sonia, pour toute sa sollicitude, ses paroles sages et ambitieuses.

A Vanessa, pour sa profondeur d'âme, ses attentions délicates et la place qu'elle m'a faite dans sa vie. A toute la famille CATOIRE.

A Lionel, l'ami dont la présence rassurante a été un véritable moteur pour moi.

A Romain, pour m'avoir tant fait rire de toute chose.

A Jean, pour avoir toujours été là pour moi.

A Gaëlle, véritable révélation amicale. Merci.

A Dimitri, pour l'ami qu'il est.

A Anas, pour tout son soutien,

A Gilles, pour son enthousiasme de la vie. Merci pour toutes tes gentilles paroles qui ont été pour moi d'un précieux réconfort.

Une pensée très spéciale pour celles qui ont consacré tant de temps à un important travail de relecture : Maman, Edwige, Magniba, Abla, ce travail est également le vôtre. Merci du fond du cœur.

A tous ceux qui ont été là à un moment ou un autre de ce parcours et qui par un éclat de rire provoqué, une parole sage, gentille, un encouragement, une présence, une aide quelconque, ont marqué une étape de ce chemin si particulier. Je sais d'ores et déjà qu'ils se reconnaîtront. Trouvez ici l'expression de ma profonde gratitude.

A ma famille, si grande et si complexe, dont je chéris chacun des membres et qui a toujours été une force pour moi. Merci à chacun de vous.

A Félicité, Nathalie et Bertrand.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	17
PREMIERE PARTIE : Les fondements d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat	43
TITRE 1 : Les origines des interactions entre contrats d'Etat et développement durable	45
CHAPITRE 1. Les germes de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable	47
CHAPITRE 2. L'évolution de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable	113
TITRE 2 : Les moyens des interactions entre contrats d'Etat et développement durable	171
CHAPITRE 1. L'existence d'un contexte normatif pluriel	173
CHAPITRE 2. La consécration du contrat d'Etat en tant qu'instrument normatif singulier	215
DEUXIEME PARTIE : Les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat	259
TITRE 1 : La recherche d'un ensemble de principes	261
CHAPITRE 1. La recherche de principes généraux s'imposant à la volonté des parties	263
CHAPITRE 2. La recherche de principes d'ordre public	315
TITRE 2 : La recherche d'un ensemble de pratiques	359
CHAPITRE 1. Quelques éléments de pratique contractuelle	361
CHAPITRE 2. L'importance de la pratique contractuelle	405
Conclusion générale	455

LISTE DES ABREVIATIONS ET DES SIGLES

A

ABI : Accords bilatéraux d'investissement
AJIL : American journal of international law
AJDA: L'actualité juridique Droit Administratif
AGNU : Assemblée générale des Nations Unies

C

CA : Cour d'appel
Cass. : Cour de cassation
CCI : Chambre de Commerce Internationale
CE : Conseil d'Etat
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
CEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
civ. : chambre civile de la Cour de cassation
CIJ : Cour internationale de justice
C.J.C.E. : Cour de Justice des Communautés européennes
CNUCED : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

D

D. : Recueil Dalloz
dir. : sous la direction de

I

Ibidem : au même endroit
ICC : International Chamber of Commerce
Idem : même chose
infra : ce qui vient après, ci-dessous
JDI : Journal de droit international
JORF : Journal Officiel de la République française
JOUE : Journal Officiel de l'Union européenne

L

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence
loc. cit. : loco citato, à l'endroit déjà cité

O

OIT : Organisation Internationale du Travail
ONU : Organisation des Nations Unies

op. cit. : opere citato, dans l'ouvrage cité

P

PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses Universitaires de France

PULIM : Presses Universitaires de Limoges

R

R.A. : Revue de l'arbitrage

RBDI : Revue belge de droit international

RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International

RDAI : Revue de Droit des Affaires Internationales

RDC : Revue des contrats

RDP : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

RGDIP : Revue générale de droit international public

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RJE : Revue juridique de l'environnement

RRJ : Revue de la recherche juridique - Droit prospectif

R.S.A : Revue des sentences arbitrales

RTDC : Revue Trimestrielle de Droit civil

RTD Com. : Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique

S

S. : Recueil Sirey

spéc. : spécialement

supra : ce qui vient avant, ci-dessus

T

TA : Tribunal administratif

Trav.Com.fr.dr.int.pr. : Travaux de la commission française de droit international privé

INTRODUCTION

L'idée de développement durable, telle que nous la connaissons aujourd'hui, apparaît en substance durant l'ère baroque allemande¹. Le contexte est alors celui d'une période de calme relatif, succédant à la guerre de Trente Ans qui a déchiré l'Europe de 1618 à 1648². L'activité économique reprend peu à peu. En Saxe, dans la ville de Freiberg, dans l'est de l'Allemagne actuelle, c'est un gisement d'argent qui assure la prospérité des habitants. Mais l'extraction de ce métal a des conséquences économiques catastrophiques dans le sens où de cette dernière résultent d'énormes besoins en bois et les montagnes situées aux alentours se retrouvent défrichées. On doit s'éloigner de plus en plus afin de se procurer cette ressource. Le bois, également nécessaire à d'autres activités et à la vie quotidienne, devient non seulement une denrée de plus en plus rare mais également de plus en plus chère. Les enjeux économiques et sociaux d'une hausse des prix sont alors considérables. Face à cet état de fait, Hans Carl von Carlowitz, un noble forestier travaillant à Freiberg autour de 1710, réfléchit alors à une gestion des forêts qui permettrait de toujours avoir du bois en quantité suffisante et à un prix raisonnable³. Il s'inspire alors de certains contemporains célèbres dont Jean-Baptiste Colbert et sa « grande réforme des forêts »⁴.

En 1713, le fruit de ses réflexions donne lieu à un ouvrage en deux parties intitulé « *Sylvicultura oeconomica oder haußwirthliche Nachricht und naturmäßige Anweisung zur Wilden Baum-Zucht* »⁵. Ce dernier forge alors le terme de « *Nachhaltigkeit* » que l'on pourrait traduire par « durabilité »⁶. Conscient des conséquences d'un déboisement excessif, il critique le gaspillage et propose d'améliorer ce qu'on appellerait aujourd'hui « l'efficacité énergétique » des foyers et l'isolation des maisons⁷. Il développe l'idée selon laquelle ménager la nature, en l'occurrence par la gestion des forêts, c'est servir l'économie qui, à son

¹BARTENSTEIN (K.), « Les origines du concept de développement durable », *RJE*, 2005, p. 289.

²*Ibidem*.

³*Ibidem*. Hans Carl von Carlowitz (1645-1714) est un noble qui a été nommé forestier en chef. A ce titre, il est l'un des hommes les plus puissants du duché d'Auguste le Fort, « roi-soleil de saxe ».

⁴En France, Colbert prend la direction des Eaux et forêts. Nous sommes en plein cœur d'une « crise forestière » qui nécessite de repenser la gestion de ces ressources. De 1661 à 1680, Colbert entreprend alors d'adapter cette gestion aux besoins du royaume. Voir à ce sujet DEVEZE (M.), « Une admirable réforme administrative, la grande réformation des forêts royales sous Colbert, 1661-1680 », *Annales de l'Ecole nationale des Eaux et Forêts*, Paris, 1962, et CORVOL (A.), *L'Homme et l'arbre sous l'Ancien Régime*, Economica, 1984, Introduction.

⁵1713.

⁶*Nachhaltig* désigne en allemand l'adjectif « durable ». D'après *Grand dictionnaire allemand Hachette & Langenscheidt*, « *Nachhaltig* », Berlin et Munich, Langenscheidt, Paris, Hachette, 2009.

⁷BARTENSTEIN (K.), « Les origines du concept de développement durable », *loc. cit.*

tour, assure le bien-être de la population. Il pose également le principe en vertu duquel « les générations présentes ont une responsabilité envers les générations futures qui leur interdit de les appauvrir par une surconsommation »⁸. En effet, pour ce dernier, il faut veiller à ce que la ressource puisse être utilisée de façon continue⁹. Hans Carl Von Carlowitz souligne enfin l'importance d'un partage des savoir-faire et des connaissances en la matière entre les nations et la nécessité d'une vision inscrite dans le long terme¹⁰. La « *Sylvicultura oeconomica* » semble être acceptée comme étant le premier ouvrage scientifique en foresterie¹¹. L'œuvre de von Carlowitz a traversé les frontières et les siècles¹² et son application a dépassé son cadre originel. Hans Carl von Carlowitz semble être le premier à avoir décrit théoriquement le terme de développement durable et lui avoir donné un nom¹³.

Nous retrouvons dans les définitions modernes du développement durable un consensus autour de quatre éléments fondamentaux qui sont le cœur des réflexions développées par von Carlowitz¹⁴. Le développement durable préconise un développement fondé sur un équilibre entre les trois pôles constitués par les intérêts économiques, environnementaux et sociaux (c'est l'idée d'intégration), dans l'objectif de promouvoir une plus grande justice dans la redistribution des richesses (c'est l'idée d'équité intragénérationnelle) et de préserver les ressources (il s'agit de la gestion durable des ressources) afin que les choix des générations futures ne soient pas compromis par les choix des générations présentes (il s'agit de l'équité intergénérationnelle)¹⁵. Selon ce consensus, le développement durable est un mode de développement qui cherche à concilier le progrès économique et social avec la préservation de l'environnement considéré comme un patrimoine à transmettre aux générations futures.

La notion apparaît dans son acception moderne dans la seconde moitié du 20^{ème} siècle. Une commission portant sur l'environnement et le développement est réunie sous l'égide des Nations Unies et présidée par Madame Gro Harlem Brundtland, femme d'Etat norvégienne¹⁶. Cette commission pose pour la première fois le terme de développement durable au sein d'un

⁸*Ibidem.*

⁹*Ibidem.*

¹⁰*Ibidem.*

¹¹*Ibidem.*

¹²*Ibidem.*

¹³*Ibidem.*

¹⁴*Ibidem.*

¹⁵*Ibidem.*

¹⁶Femme politique norvégienne. Elle a été présidente du parti travailliste norvégien de 1981 à 1992. Elle fût également premier ministre en 1981, puis de 1986 à 1989 et de 1990 à 1996. Elle a également dirigé l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), de 1998 à 2003.

rapport publié en 1987 en ces termes : « *Le développement durable*¹⁷ est un mode de développement qui répond aux besoins du présent, sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs »¹⁸. Ce rapport¹⁹ s'inscrit dans la préparation du Sommet de la terre qui a lieu à Rio de Janeiro du 3 au 14 juin 1992, également dans le cadre des Nations Unies. Le développement durable est consacré lors de ce Sommet qui a vocation à conférer au principe une assise politique et juridique. En effet, deux conventions internationales sont adoptées à Rio. L'une portant sur les changements climatiques planétaires²⁰ et l'autre sur la diversité biologique²¹. En outre, la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement adopte, le 13 juin 1992, la « Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement », contenant 27 principes consacrés à cette thématique. Une Déclaration de principe pour un « consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts » est également adoptée ainsi qu'un programme d'action appelé « Agenda 21 ». L'Agenda 21²² est un plan d'action ratifié par les 173 chefs d'Etat et de gouvernements présents à Rio²³. Sa réalisation, immédiate, est tournée vers le 21^{ème} siècle. Il se compose de 40 chapitres aux thématiques variées, destinés à la mise en œuvre du développement durable par les autorités nationales auxquelles doivent être associées toutes les parties prenantes telles que les organismes des Nations Unies. Parmi les destinataires de tous ces objectifs ainsi affirmés, les gouvernements des pays du Sud sont particulièrement concernés. En effet, le développement durable a notamment à vocation à intégrer pleinement les politiques de développement de ces Etats.

¹⁷Dans sa version anglaise, le rapport utilise le terme de « *sustainable development* », qui se traduit littéralement par « développement soutenable ». Ainsi, le substantif anglais est « *sustainability* », traduit par « soutenabilité ».

¹⁸Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, Montréal, Les éditions du fleuve, 1988.

¹⁹Il est important de souligner qu'au sein de ce rapport, ce sont d'abord les préoccupations écologiques qui s'imposent. Ainsi, selon un auteur, les ennemis majeurs de la planète qui y sont désignés n'ont pas grand-chose à voir avec les besoins des plus démunis ; il s'agit des changements climatiques imputés à l'accumulation des gaz dits à effet de serre, d'une part, des atteintes à la couche d'ozone attribuées aux produits fluoro-chlorés, d'autre part. Ainsi, le qualificatif de « durable » semble avoir la prééminence sur celui de développement. Il confère au terme de développement durable sa vocation écologique. Le développement durable serait alors perçu comme un concept englobant, « écolisant l'économie ». D'après BRUNEL (S.), *Le développement durable*, PUF, 2009, pp. 47-52.

²⁰La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), adoptée au siège des Nations Unies à New York, le 9 mai 1992. Elle a été ouverte à la signature à Rio de Janeiro du 4 au 14 juin 1992 et par la suite au siège des Nations Unies du 20 juin 1992 au 19 juin 1993. La Convention est entrée en vigueur le 21 mars 1994, <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convfr.pdf>, site de la Convention, consulté le 22 octobre 2011.

²¹La Convention sur la diversité biologique (CDB), ouverte à la signature le 5 juin 1992 et entrée en vigueur le 29 décembre 1993, <http://www.cbd.int/history/>, site de la Convention, consulté le 22 octobre 2011.

²²Ou encore « Action 21 »

²³<http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/french/action1.htm>, site des Nations Unies consulté le 19 avril 2011.

Ces politiques de développement sont pour une grande partie axées autour de grands contrats, conclus avec des sociétés privées étrangères. Ces contrats sont destinés à pourvoir le cocontractant public de tous les atouts nécessaires à son développement. Ils prennent la dénomination de contrats d'Etat. Les contrats d'Etat sont les moyens privilégiés de développement des Etats du Sud. Dès lors, les contrats d'Etat et le développement durable ont un facteur commun : le développement. Le développement durable est une vision politique spécifique du développement et les contrats d'Etat sont un moyen de parvenir à celui-ci.

Mais l'association entre développement durable et contrats d'Etat relève *a priori* du paradoxe. En effet, davantage fondés sur des impératifs économiques, les contrats d'Etat ont été les causes de graves atteintes sociales et environnementales dans les pays du Sud, dont certaines ont été révélées au sein de contentieux relativement récents²⁴. Ainsi, bien qu'ils se situent *a priori* aux antipodes l'un de l'autre, se posent logiquement des questionnements cruciaux, liés au développement durable en matière de contrats d'Etat. Mais le développement durable revêt avant tout un caractère politique et sa mise en œuvre est davantage une nécessité factuelle qu'un impératif juridique. Dès lors, se pose la question de savoir comment une telle notion peut intégrer la sphère juridique des contrats d'Etat. Y répondre nécessite au préalable une étude plus approfondie des éléments au cœur de notre réflexion.

Malgré l'existence d'un consensus autour de ses quatre éléments fondamentaux²⁵, la notion de développement durable est en réalité très complexe. La formulation d'une définition unique, à vocation universelle, se heurte à des obstacles intrinsèques, liés à ses multiples déclinaisons et acceptions, qui se conjuguent à l'infini. Ce manque de précision terminologique est la source d'un profond malaise chez le juriste qui peine à la circonscrire. L'imprécision du terme de développement durable se propage en droit puisque qu'il n'y fait l'objet d'aucune définition. De ce fait comment pourrait-il être appréhendé par les contrats d'Etat ? Il est vrai que le développement durable n'est pas *a priori* une notion juridique²⁶. En effet, il se présente comme un terme plus économique que juridique et davantage écologique qu'économique. En somme, le terme de développement durable est politique. Effectivement, il propose de mener une politique de développement tenant compte des limites écologiques de la planète en

²⁴Voir nos développements *infra*, cette introduction, p. 33.

²⁵Ces éléments fondamentaux sont, rappelons-le: les idées d'intégration, d'équité intragénérationnelle, de gestion durable des ressources et d'équité intergénérationnelle.

²⁶Même si selon des auteurs, cette notion a fini par pénétrer le vocabulaire juridique contemporain. Voir PIERATTI (G.), PRAT (J.-L.), « Droit, économie, écologie et développement durable : des relations nécessairement complémentaires mais inévitablement ambiguës », *RJE*, 2000, p. 421.

utilisant au mieux les ressources au service du développement²⁷. Les deux éléments centraux du développement durable sont donc de nature économique, le développement (1), et de nature écologique et environnementaliste, la durabilité (2)²⁸.

1. LA SIGNIFICATION DU TERME « DEVELOPPEMENT »

Selon des auteurs : « *L'idée de développement suppose l'existence d'un sens, d'une direction, d'un projet pour l'évolution de la société et la question du sens se pose tout particulièrement lorsque, dans leur cours historique, les sociétés sont confrontées à des situations insupportables pour elles-mêmes ou certaines catégories* »²⁹. En sciences économiques, le développement désigne l'amélioration qualitative d'une économie et de son fonctionnement. Le mot est souvent associé à celui de croissance, bien qu'il faille l'en distinguer. En effet, l'économiste français François Perroux³⁰ a opéré une distinction entre la « *croissance* »³¹ économique phénomène quantitatif et le « *développement* »³², phénomène qualitatif recouvrant l'ensemble des transformations économiques et sociales. Les termes de croissance et de développement sont souvent assimilés, il faut pourtant les différencier.

La croissance est définie comme l'augmentation soutenue pendant une ou plusieurs périodes longues (chacune de ces périodes comprenant plusieurs cycles quasi-décennaux) d'un indicateur de dimension : pour une nation, le produit global net en termes réels. Ce n'est pas l'augmentation du produit réel par habitant. Le concept présente également une autonomie dynamique. Car, sans épithète, la croissance est définie par l'accroissement durable d'une unité économique simple ou complexe, réalisé dans les changements de structure et éventuellement des systèmes, et accompagné de progrès économiques variables³³.

²⁷PIERATTI (G.), PRAT (J.-L.), « Droit, économie, écologie et développement durable : des relations nécessairement complémentaires mais inévitablement ambiguës », *op. cit.*, p. 423.

²⁸*Idem*, p. 421.

²⁹GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable : du développement au développement durable*, Odile Jacob, 2010, spéc. p. 17.

³⁰Economiste du développement.

³¹Pour différentes définitions de la notion de croissance, voir HERVE (J.-M.), *Croissance et progrès ?*, Mame, 1973.

³²PERROUX (F.), « Trois outils d'analyse pour l'étude du sous-développement », *Cahiers de l'ISEA*, série F, n°1, 1955, cité par DOCKES (B.), ROZIER (B.), *L'Histoire ambiguë, croissance et développement en question*, PUF, 1988, p. 252.

³³ALQUIER (C.), *Dictionnaire encyclopédique économique et social*, « Croissance », *Economica*, 1990, p. 123. L'auteur se réfère à la définition posée par l'économiste François Perroux, PERROUX (F.), *L'économie du XX^e siècle*, PUF, 1969. Voir également TEULON (F.) (dir.), *Dictionnaire d'histoire, économie, finance, géographie*, « Croissance économique », PUF, 2010, pp. 171-172.

En opposition, le développement est défini comme étant la combinaison des changements mentaux et sociaux d'une population qui la rendent apte à faire croître, cumulativement et durablement son produit réel global³⁴. Selon François Perroux, le développement soutient et englobe la croissance³⁵. En conclusion, le développement est une notion économique qui désigne des évolutions s'appréciant qualitativement. Le qualificatif de « durable » confère au terme de développement une dimension écologique et environnementale.

2. LA SIGNIFICATION DU TERME « DURABLE »

L'adjectif « durable », du latin *durabilis* désigne quelque chose capable de durer longtemps³⁶. Selon un auteur, tandis que le développement est perçu comme étant synonyme de croissance économique, (jugée jusque-là indispensable pour pouvoir permettre la satisfaction des besoins essentiels de chaque être humain), le développement durable introduit une nouvelle vision, écologiste et environnementaliste qui insiste sur le nécessaire respect des ressources limitées et non renouvelables de la planète³⁷. Le terme « planète » est, selon cet auteur, utilisé à dessein, car il insiste sur le fait que la terre est un système interdépendant et qu'il faut se préoccuper des effets à long terme des actions humaines car toute l'humanité est « *embarquée sur le même bateau* »³⁸. En conséquence, les agissements de chacun se répercutent sur les conditions de vie de tous.

Il faut cependant ajouter à cette définition le fait que si la durabilité s'analyse en une vision écologique et environnementale à long terme, tendant au respect des ressources de la planète, il est important d'identifier les « ressources » dont il est question. Le terme de « ressources » correspond à ce que les économistes qualifient de « capital »³⁹. Le « capital » dont disposent les sociétés humaines est l'ensemble des éléments naturels ou non, qui constituent le « *système-terre* »⁴⁰. En effet, ce dernier est composé de la lithosphère, de la biosphère, de la

³⁴ALQUIER (C.), *Dictionnaire encyclopédique économique et social*, « Développement », *loc. cit.* L'auteur se réfère également à la définition de François Perroux, PERROUX (F.), *L'économie du XX^e siècle*, PUF, 1969, *op. cit.*, p. 155. Voir également PERROUX (F.), « La croissance, le développement, les progrès, le progrès », *Revue Tiers-Monde*, avril-juin 1966. Voir également TEULON (F.) (dir.), *Dictionnaire d'histoire, économie, finance, géographie*, « Développement », PUF, 2010, p. 210.

³⁵ALQUIER (C.), *Dictionnaire encyclopédique économique et social*, « Développement », *loc. cit.*

³⁶*Le nouveau petit Littré*, « Durable », Garnier, 2009.

³⁷BRUNEL (S.), *Le développement durable*, PUF, 2009, pp. 17-18.

³⁸*Idem*, p. 18.

³⁹BRUNEL (S.), *Le développement durable*, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁰GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, Odile Jacob, 2010, p. 88.

technosphère et de la sociosphère. La lithosphère est la sphère principale du substrat⁴¹ planétaire. C'est une couche minérale non renouvelable alimentant les sociétés en matières premières⁴² : énergie⁴³, métaux⁴⁴, engrais⁴⁵, matériaux de construction⁴⁶. La biosphère est la sphère du vivant⁴⁷. Sa base est principalement constituée par les sols⁴⁸ qui sont la résultante de l'interaction entre le substrat (la lithosphère), le climat (l'atmosphère)⁴⁹ et l'ensemble du vivant, (plantes, champignons, microbes, animaux)⁵⁰. Elle peut donc être vue comme un tissu vivant planétaire. La sociosphère est l'ensemble des sociétés⁵¹ et la technosphère peut être définie comme un ensemble d'outils, de techniques et de machines, assurant la production, la reproduction et le maintien de l'organisme *sociétal*⁵². C'est au fond l'ensemble des technologies qui prend place dans la chaîne qui lie les ressources du substrat et la

⁴¹Le substrat se définit comme étant la base, le fondement, l'élément sur lequel repose quelque chose. Voir *Le nouveau petit Littré*, « Substrat », Garnier, 2009. Voir également *Le petit Larousse illustré 2012*, « Substrat », Larousse, 2011.

⁴²GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, op. cit., p. 89.

⁴³Nous pouvons citer de façon non exhaustive le pétrole, le charbon (carbone), l'uranium, l'hydrogène, les schistes bitumeux, le méthane du gaz naturel.

⁴⁴Par exemple le fer, l'aluminium, le cuir, le zinc, le platine, l'or, ou encore le mercure.

⁴⁵Comme le potassium, le phosphore, l'azote du gaz naturel, les oligoéléments.

⁴⁶Notamment le granit, le calcaire, les schistes, l'ardoisier, le gypse pour le plâtre.

⁴⁷GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, loc. cit. Elle se définit comme étant l'ensemble des écosystèmes de la planète comprenant tous les êtres vivants et leurs milieux. La biosphère correspond à la mince couche de 20 km maximum comprenant les portions de l'atmosphère, de l'hydrosphère et de la lithosphère où la vie est présente, *Le petit Larousse illustré 2012*, « Biosphère », Larousse, 2011. Nous pouvons ajouter à cette définition celle du mot « écosystème » qui désigne l'unité fondamentale d'étude de l'écologie formée par l'association d'une communauté d'espèces vivantes (biocénose) et d'un environnement physique (biotope) en constante interaction. Une forêt, un lac, une falaise, une plage, un champ cultivé peuvent être considérés comme des écosystèmes, *Le petit Larousse illustré 2012*, « Ecosystème », Larousse, 2011. L'hydrosphère est définie comme étant la totalité des eaux de la planète, comprenant les océans, les mers, les lacs, les cours d'eau, les eaux souterraines et les nuages, *Le petit Larousse illustré 2012*, « Hydrosphère », Larousse, 2011.

⁴⁸Ainsi que par le picoplancton marin qui est la source de la vie maritime.

⁴⁹L'atmosphère est la sphère du climat. Elle est constituée par l'ensemble des gaz, en particulier l'oxygène, l'hydrogène, l'azote et le gaz carbonique. Sa composition gazeuse a toujours évolué avec l'histoire géologique de la planète, GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, op. cit., p. 91.

⁵⁰Plus précisément, la photosynthèse réalisée par les plantes et algues vertes à partir de la lumière solaire et du gaz carbonique produit les molécules (la biomasse constituée de carbone, oxygène, hydrogène et azote) qui constituent la base alimentaire et énergétique de longues chaînes d'êtres vivants allant jusqu'aux sociétés humaines. L'ensemble des substrats biochimiques (biotopes) et des êtres vivants qui en vivent (biocénoses) constituent les écosystèmes ou l'écosystème ou l'écosystème global que l'on appelle biosphère. La biosphère ne recouvre cependant qu'une partie de la surface terrestre. Elle est absente des déserts, des zones froides et des sommets montagneux. Elle recouvre inégalement les sols vivants en fonction des climats. Les sols se décomposent également de façon différenciée en fonction des climats. Ils sont donc une ressource vivante planétaire, GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, op. cit., pp. 89-90.

⁵¹Nous incluons dans cette sociosphère le capital humain, le capital social des réseaux et des relations. Voir BRUNEL (S.), *Le développement durable*, op. cit., p. 59.

⁵²Selon l'expression utilisée par Monsieur Joël de Rosnay. DE ROSNAY (J.), 2020: *les scénarios du futur*, Des idées et des Hommes, 2007, p.292; GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable : du développement au développement durable*, op. cit., pp. 28-92.

consommation finale par les sociétés⁵³. Nous y incluons le capital physique des infrastructures et des biens produits⁵⁴. La technosphère repose sur la sphère de la connaissance⁵⁵, de la pensée, des idées, des concepts, de l'intelligence et des consciences. Ainsi, les ressources devant faire l'objet de la durabilité, sont nombreuses et diverses.

Au vu de ces divers éléments, nous pouvons affirmer que le qualificatif de « durable » renvoie plus largement à des préoccupations environnementales que strictement écologiques. Car « *l'environnement n'est pas une abstraction mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de vie et leur santé, y compris pour les générations à venir* »⁵⁶.

De ce fait, la notion d' « environnement » possède une portée plus large que celle d' « écologie » ou encore de « nature »⁵⁷. En effet, la référence à l' « environnement » comporte deux acceptions complémentaires. D'une part, elle désigne l'ensemble des éléments physiques, chimiques ou biologiques, naturels ou artificiels qui entourent un être humain⁵⁸. D'autre part, l'environnement est désigné comme l'ensemble des éléments objectifs et subjectifs qui constituent le cadre de vie d'un individu⁵⁹. Le terme « écologie » a une portée plus réduite dans le sens où il se définit en tant que science qui étudie les relations des êtres vivants avec leur milieu naturel⁶⁰. Alors que l'environnement désigne le milieu naturel et artificiel des êtres vivants en général, de l'homme en particulier, l'écologie a une portée scientifique et étudie les relations entretenues entre les êtres vivants et leur milieu naturel. La différence entre environnement et écologie ressort de façon générale et simplifiée des propos employés par le professeur Michel Prieur : « *Alors que l'environnement prend en considération l'homme dans son milieu artificiel ou naturel, l'écologie ne s'intéresse qu'aux végétaux ou aux animaux* »⁶¹. En conclusion, lorsque nous nous référerons au qualificatif

⁵³ GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, op. cit., p. 92.

⁵⁴ Voir BRUNEL (S.), *Le développement durable*, op. cit., p. 59.

⁵⁵ Appelée noosphère. D'après GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, Odile Jacob, 2010, p. 92.

⁵⁶ CIJ, avis du 8 juillet 1996 relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, *Recueil CIJ*, 1996, p. 241, § 29.

⁵⁷ En effet, la nature est définie comme l'ensemble de tout ce qui compose l'univers, le monde à l'exclusion de ce qui a été créé par l'homme. La nature est un ordre, un mécanisme, un fonctionnement établi. Elle est ce qui existe en dehors et au-delà de l'intervention humaine. Cela, même si l'homme a de plus en plus vocation à intervenir dans la « nature » ainsi désignée. Voir *Le petit Larousse illustré 2012*, « Nature », Larousse, 2011; *Le nouveau petit Littré*, « Nature », Garnier, 2009.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Le petit Larousse illustré 2012*, « Environnement », Larousse, 2011.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Science qui étudie les relations des êtres vivants avec leur environnement, *Le petit Larousse illustré 2012*, « Ecologie », Larousse, 2011. Le terme « environnement » est compris dans la définition proposée au sens de « milieu naturel ». L'écologie est en ce sens, une science qui a pour champ d'investigation la nature.

⁶¹ PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2004, p. 3.

« environnemental », ce sera pour se référer à la notion d'environnement, telle que nous l'avons circonscrite. Le qualificatif « durable » renvoie à ces préoccupations environnementales, mais il sous-tend également une vision tournée vers le long terme.

Afin de marquer cette perspective temporelle, le qualificatif de « soutenable », a parfois été jugé comme plus significatif et proche du sens originel⁶². Ainsi, dans un article consacré au développement durable en droit français, Madame Chantal Cans se réfère au professeur Raphaël Romi et souligne que ce dernier fait volontairement fi du vocabulaire adopté par le législateur⁶³ pour n'envisager que « *le développement soutenable* »⁶⁴. Cette traduction littérale de l'anglais lui semble davantage conforme à la dimension conceptuelle originelle du droit international⁶⁵. L'auteur critique ainsi la traduction qui a été faite par le législateur français de l'adjectif anglais « *sustainable* » et donc par la même occasion de façon générale la traduction française du terme. Le dictionnaire Littré⁶⁶ définit ce qui est soutenable en ces termes : « qui se peut endurer ». Cette définition se rapproche davantage du terme « supportable » ou « endurable ». Madame Chantal Cans souligne une différence réelle au-delà de la simple dissemblance terminologique. En effet, pour l'auteur, il existe des divergences entre les deux traductions. D'une part, le concept de développement « soutenable » suppose une vision à long terme, à caractère éminemment écologiste, qui vise à limiter l'exploitation des ressources naturelles au niveau auquel elles ont la capacité de se renouveler. Ce dernier se réfère ainsi au maintien intemporel de ces ressources. D'autre part, le développement « durable » vise le moyen terme et se réfère davantage à l'économie qu'à l'écologie⁶⁷. L'idée d'un développement soutenable renverrait à ce qui est possible et réalisable, dans une perspective à long terme.

Nous avons choisi pour notre part d'adopter le qualificatif « durable ». Nous pensons en effet qu'en réalité, la différence terminologique n'emporte pas une opposition substantielle. Tout est alors question d'acception. C'est ainsi qu'il nous apparaît que dans la définition proposée par le rapport Brundtland, le développement ne peut être durable s'il n'est pas supportable ou

⁶²CANS (C.), « Le développement durable en droit interne, apparence du droit et droit des apparences », *AJDA* 2003, p. 210.

⁶³*Idem*, p. 211. L'auteur cite le professeur Raphaël Romi, ROMI (R.), *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 4^{ème} édition, 2001.

⁶⁴*Ibidem*.

⁶⁵*Ibidem*.

⁶⁶*Le nouveau petit Littré*, « soutenable », Garnier, 2009.

⁶⁷CANS (C.), « Le développement durable en droit interne, apparence du droit et droit des apparences », *op. cit.*, pp. 211-212.

soutenable. La « soutenabilité » est une composante indispensable de la durabilité, car un développement non soutenable, donc non supportable n'a pas vocation à durer et ne peut en conséquence se faire dans une perspective d'équité intergénérationnelle ou intragénérationnelle. De ce point de vue, le critère temporel avancé par Madame Cans et qui participerait à la distinction entre développement « soutenable » et développement « durable » s'efface. En outre, nous l'avons vu, si le développement durable, comme le souligne Madame Cans, a un caractère éminemment écologiste, le développement durable a en réalité un caractère davantage « environnemental ». Le concept anglais de *sustainable development* n'a pas vocation à s'appliquer uniquement au problème de l'utilisation rationnelle des ressources en fonction de leur niveau de renouvellement. Son champ d'application est plus large. Nous avons déjà démontré que les ressources naturelles ne sont pas le seul objet du développement durable. En ce sens, au regard de l'argumentation défendue par Madame Cans, le développement durable a une portée plus large que le seul développement soutenable, tout en s'accordant avec sa substance fondamentale. D'ailleurs, dans un ouvrage consacré au droit international et européen de l'environnement, publié quelques années plus tard, s'il est vrai que le professeur Raphaël Romi utilise volontiers la notion de développement soutenable⁶⁸, ce dernier n'en rejette pas pour autant l'adjectif durable qu'il évoque et définit⁶⁹. On voit bien en définitive que ces deux qualificatifs sont utilisés sans distinction pour désigner la même réalité. Car au-delà de sa formulation terminologique, le développement durable est constitué en substance d'éléments fondamentaux qui font sa particularité.

3. LES ELEMENTS FONDAMENTAUX DU DEVELOPPEMENT DURABLE

Le développement se distingue de la croissance en ce qu'il a une portée plus large et traduit une évolution économique, sociale, culturelle et politique, qui serait avant tout qualitative. Le qualificatif de « durable » décrit le sens dans lequel cette maturation doit s'effectuer. Le terme de « développement » porte déjà en lui l'idée d'un bien-être social. L'adjectif « durable » aurait vocation à insister sur l'exigence de préservation de l'environnement humain dans une perspective à long terme. Il insisterait également sur la nécessité de l'association indéfectible entre trois piliers interdépendants. C'est vers une telle perspective que les pays du Sud sont appelés à se diriger dans la réalisation de leur développement, notamment à travers les

⁶⁸ROMI (R.), *Droit international et européen de l'environnement*, Montchrestien, 2005, p. 14.

⁶⁹*Idem*, pp. 2-3.

contrats d'Etat. Les contrats d'Etat ont vocation à porter et à véhiculer les idées de développement durable, comme celle, fondamentale, d'intégration.

L'idée d'intégration

Le développement durable préconise un développement basé sur un équilibre entre les trois pôles constitués par les intérêts économiques, environnementaux et sociaux. C'est l'idée d'intégration. En vertu de cette dernière, le développement durable est constitué de trois piliers indissociables.

Le pilier environnemental du développement durable est le pilier relatif à l'environnement, tel que nous l'avons défini et décrit précédemment⁷⁰. Il est considéré comme le « parent riche » du développement durable⁷¹. En effet, l'environnement est ce qui constitue le cadre de vie de l'Homme, que les éléments qui le composent soient subjectifs, objectifs, naturels ou artificiels. De cet environnement dépendent la vie et/ou la qualité de vie des êtres vivants au premier rang desquels, l'être humain. Certains des éléments de ce pilier peuvent également relever du pilier social du développement durable.

Le pilier social, au cœur duquel se trouve l'Homme, prend en compte les impératifs sociaux et culturels faisant de ses conditions de vie, des conditions satisfaisantes. Mais comment comprendre, dans notre perspective, le terme « social »⁷²? Faut-il l'entendre comme étant l'ensemble des questions qui concernent une collectivité humaine comme par exemple la répartition des richesses⁷³? Le qualificatif renvoie t-il à une dimension davantage protectrice des droits humains fondamentaux ? A des questions traitant spécifiquement de la question des travailleurs⁷⁴ ? Ou encore celles relatives à la place de l'individu dans son milieu socio-culturel, son cadre de vie, sa langue et sa civilisation ? En réalité, le pilier social du développement durable comprend toutes ces acceptions. C'est-à-dire toutes les préoccupations

⁷⁰Voir nos développements *supra*, p. 24.

⁷¹En référence à la formule utilisée par un auteur afin d'illustrer la pauvreté de la prise en compte du pilier social du développement durable, par rapport au pilier environnemental ; PETIT (B.), « La dimension sociale du développement durable, le parent pauvre du concept », *Petites affiches*, 16 janvier 2004, n°12, p. 8.

⁷²Se dit de ce qui concerne la société, le corps social. Se dit également des conditions qui, laissant en dehors la forme des gouvernements, se rapportent au développement intellectuel, moral et matériel des citoyens. *Le Nouveau Petit Littré*, « Social », Garnier, 2009.

⁷³PETIT (B.), « La dimension sociale du développement durable, le parent pauvre du concept », *Petites affiches*, 16 janvier 2004, n°12, p. 8, spéc. p. 12.

⁷⁴*Idem*.p. 8.

tenant aux conditions de vie des individus qui constituent un collectif social. Elles peuvent être liées au pilier économique du développement durable.

Le pilier économique du développement durable peut être considéré comme comprenant tous les éléments ayant trait à l'activité économique des acteurs sociaux. Cela s'entend de toute activité créatrice de richesse, d'un point de vue tant quantitatif que qualitatif. En effet, l'économie ne se résume pas seulement aux actions qui produisent de la valeur d'un point de vue financier. Ce pilier comprend la quasi-totalité de l'action humaine car toute action de l'homme est potentiellement économique, au même titre qu'elle est potentiellement juridique. Dans l'esprit du développement durable, elle se doit alors d'intégrer des préoccupations sociales et environnementales. L'objectif de l'intégration est de promouvoir une plus grande justice dans la redistribution des richesses et de préserver les ressources, afin que les choix des générations futures ne soient pas compromis par ceux des générations présentes. C'est l'idée d'équité générationnelle.

L'idée d'équité générationnelle

L'idée d'équité intragénérationnelle signifie qu'il doit exister un rapport juste entre les générations présentes. Celle d'équité intergénérationnelle désigne le même type de rapport avec les générations futures. Cette idée d'équité générationnelle souligne bien le caractère politique du développement durable. En effet, comment en l'occurrence conférer une portée juridique à une telle idée⁷⁵? La dimension politique du développement durable est encore et davantage mise en exergue, lorsqu'on la distingue du droit international de l'environnement.

4. LA DISTINCTION AVEC LE DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

Le droit de l'environnement, tant dans sa forme interne qu'internationale, est une branche nouvelle et relativement autonome du droit⁷⁶. Selon le professeur Michel Prieur, dans la mesure où l'environnement est l'expression des interactions et des relations des êtres vivants entre eux et avec leur milieu, il n'est pas surprenant que le droit de l'environnement soit un

⁷⁵Sur cette question, voir la thèse de Madame Emilie Gaillard, GAILLARD (E.), *Génération futures et droit privé. Vers un droit des générations futures*, L.G.D.J., 2011.

⁷⁶PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, op. cit., pp. 9 et 10. Le caractère relatif s'entend du fait que le droit interne et le droit international de l'environnement empruntent tout de même à des disciplines déjà existantes. Au droit public, notamment le droit administratif pour le droit français et au droit international public pour le droit international de l'environnement qui n'a pas l'exclusivité de ses sources de ses techniques. Il s'agit dans la grande majorité des cas du droit international appliqué à l'environnement. D'après LAVIEILLE (J.-M.), *Droit international de l'environnement*, Ellipses, 3^{ème} édition, 2010, p. 28.

droit de caractère horizontal recouvrant les différentes branches classiques du droit (public, privé et international)⁷⁷. Il n'est pas étonnant non plus que ce soit un droit d'interactions qui tend à pénétrer dans tous les secteurs du droit⁷⁸. Le droit de l'environnement est à vocation pluridisciplinaire. Il sous-tend également l'idée d'intégration contenue dans le développement durable car il tend à toucher tous les secteurs du droit afin d'y introduire des préoccupations environnementales⁷⁹. Cette dialectique développée par le professeur Michel Prieur dans une perspective de droit interne, tend également à s'appliquer au droit international de l'environnement. Ce dernier s'analyse en une série d'instruments internationaux variés tendant à préserver l'environnement. Il possède également un caractère pluridisciplinaire et horizontal. Ce droit à vocation à pénétrer les sphères juridiques internes des Etats. Cependant, cette pénétration relève de la souveraineté de ces derniers. Le droit international de l'environnement est un système de règles énoncées et appliquées au sein de la société internationale, organisant, au nom de certaines valeurs et à partir de certaines modalités, la protection de l'environnement⁸⁰. Il possède en conséquence une seule finalité qui est la protection internationale de l'environnement et un seul objet qui est l'environnement. Il est nécessaire d'insister sur le fait que l'environnement au sens du droit international de l'environnement se rapproche davantage d'une vision « écologiste », voire « écocentrique »⁸¹ que d'une vision « environnementaliste », en se référant à la distinction que nous avons pu opérer au préalable entre les deux termes⁸². Ainsi, l'environnement au sens du droit international de l'environnement désigne davantage le milieu naturel de l'homme⁸³. Dans une acception plus générale, il peut également comprendre « les biens qui composent l'héritage culturel et les aspects caractéristiques du paysage »⁸⁴. Tel n'est pas le cas du développement durable dont la portée est plus vaste. En effet, tout d'abord, la notion d'environnement au sens du développement durable est plus large comme nous avons pu l'exposer⁸⁵. En outre, le développement durable est un mode de développement, tendant à satisfaire équitablement les

⁷⁷PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 9.

⁷⁸*Ibidem.*

⁷⁹*Ibidem.*

⁸⁰LAVIEILLE (J.-M.), *Droit international de l'environnement, op. cit.*, p. 32.

⁸¹*Ibidem.*

⁸²Voir nos développements *supra*, cette introduction, p. 24.

⁸³*Ibidem.* Le professeur Jean-Marc Lavieille se réfère au principe 2 de la Déclaration de Stockholm de 1972 au sein duquel est énoncé : « Les ressources naturelles du globe, y compris l'air, l'eau, la terre, la flore et la faune, et particulièrement les échantillons représentatifs des écosystèmes naturels, doivent être préservés dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion selon que de besoin ».

⁸⁴LAVIEILLE (J.-M.), *Droit international de l'environnement, op. cit.*, pp. 32-33. Le professeur Lavieille se réfère ainsi à l'article 2 de la Convention de Lugano sur la responsabilité civile pour les dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement du 21 juin 1993.

⁸⁵Voir nos développements *supra*, cette introduction, p. 24.

besoins des générations présentes, de telle façon à ne pas compromettre celle des générations futures. Et ce mode de développement doit concilier les préoccupations économiques, sociales et environnementales dans une relation d'interdépendance. On le voit, le développement durable n'a pas pour seule finalité l'environnement. Son but est l'accès à un bien-être social généralisé et l'assurance de la pérennité de la planète et de l'humanité. Il s'inscrit dans une perspective générale de progression de la société et qui n'est pas seulement axée sur l'environnement mais également sur l'économie et le social. Dans cet objectif, la préservation de l'environnement n'est pas son unique composante⁸⁶. Il existe également l'équité sociale et la prospérité économique. En conséquence, le développement durable se caractérise par la multiplicité et la variété de ses objectifs, de ses buts ainsi que de ses champs d'application. Les finalités sont nombreuses et ne constituent pas un ensemble homogène et unifié, comme c'est le cas pour le droit international de l'environnement tendu vers un but particulier : la préservation de l'environnement. Mais la crainte a pu être exprimée de voir le développement durable remplacer le droit international de l'environnement au point de voir le premier dissoudre et anéantir le second en le vidant de toute substance et de toute consistance⁸⁷. Selon le professeur Stéphane Doumbé-Billé: « *Sous l'angle du droit international, il présenterait le risque d'affaiblir la spécificité du droit international de l'environnement en favorisant une confusion des genres entre ce corps de règles et celui, plus controversé, du droit international économique et du développement. De cette confusion, émergerait comme un champ de ruines, un nouveau corps de règles qu'une certaine propension à la nouveauté et à la facilité de langage peut-être, a tôt fait de qualifier de "droit du développement durable"* »⁸⁸.

Ces craintes seraient justifiées si le développement durable était un principe autonome, auto-suffisant, détaché de tout. Or, le développement durable ne s'oppose pas au droit international de l'environnement. Car le premier nécessite, entre autres, l'assise du second afin d'avoir une quelconque réalité et effectivité. Le développement durable est un principe d'intégration de nature politique, qui tendrait à concilier, à associer des matières qui existent dans leur propre autonomie dans un but de bien-être social et de pérennité, et non à les remplacer. Il a besoin,

⁸⁶Comme c'est le cas en droit français par exemple. Voir PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2004.

⁸⁷PALLEMAERTS (M.), « La Conférence de Rio, grandeur et décadence du droit international de l'environnement », *R. B. D. I.*, 1-1995, p. 175 ; PALLEMAERTS (M.), « La Conférence de Rio et l'avenir du droit international de l'environnement : critique du symbolisme politico-juridique en éco-géographie », *Cahiers internationaux du symbolisme*, mars 1992, p. 105 ; DOUMBE-BILLE (S.), « Droit international et développement durable », *Les hommes et l'environnement. Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison-Roche, 1998, p. 245, spéc. p. 246.

⁸⁸*Ibidem*.

pour exister du développement respectif de chacune des matières du droit sur lequel il s'appuie et par lequel il est mis en œuvre. Ces matières sont nombreuses et variées. Il s'agit, tant dans des perspectives de droit international que de droit interne du droit de l'environnement, des droits de l'homme, des droits relatifs au travail, à la sécurité sociale, à la santé, à l'éducation ou encore de droits socio-culturels. La liste n'est pas exhaustive. Elle tend à démontrer le caractère large du développement durable qui dépasse le cadre plus strict du droit international de l'environnement et s'en distingue de ce fait. Ce sont les raisons pour lesquelles nous pouvons affirmer que les nombreux questionnements qui se sont posés en matière de contrats d'Etat, relatifs aux droits de l'homme et aux droits du travail, aux droits socio-culturels ainsi qu'au droit de l'environnement et que nous allons exposer, relèvent au-delà de leurs stricts domaines respectifs, de problématiques plus larges de développement durable. C'est-à-dire de la politique de développement dans laquelle doivent s'inscrire ces instruments particuliers entre Etats d'accueil et sociétés multinationales.

5. LES CONTRATS D'ETAT

Afin d'atteindre le développement, les pays du Sud, concluent avec de grandes sociétés multinationales des contrats ayant vocation à les doter des infrastructures et des moyens nécessaires. Ce sont les contrats d'Etat. Au sens large du terme, les contrats d'Etat sont des contrats conclus par un Etat avec un autre Etat ou avec une personne privée. Dans une acception plus restreinte, qui sera la nôtre, ce sont les contrats conclus entre un Etat et une société privée étrangère en vue de la réalisation d'une opération économique d'une certaine importance, le plus souvent un investissement, et que les parties n'ont pas entendu rattacher purement et simplement au droit interne de l'Etat contractant⁸⁹.

Les contrats d'Etat concernés par notre étude sont des contrats « Nord-Sud », c'est-à-dire des conventions passées entre parties issues de pays d'inégal développement économique. Ils portent sur des projets d'importance liés à l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles, aux infrastructures industrielles, à la construction ou aux équipements de réseau⁹⁰.

⁸⁹SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, « Contrat d'Etat », Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 256-257.

⁹⁰HOTTE (S.), *La rupture du contrat international*, thèse, Defrénois, 2007, p. 7.

Au début du 19^{ème} siècle, époque durant laquelle les premiers contrats d'Etat ont été conclus sous forme de concessions pétrolières⁹¹, ces instruments étaient détachés de toute question relative au développement. Cependant, dans les années 1960-1970, fruits de profondes mutations sociales, les contrats d'Etat ont été considérés comme ayant pour but de participer au développement économique de l'Etat hôte. Ainsi, ils tendaient à associer les entreprises étrangères à un tel objectif, au moyen d'une coopération⁹² concertée. Ils étaient donc qualifiés d' « accords de développement économique ». L'expression « accords de développement économique » marque, sur le plan contractuel, la désignation expresse de la finalité des rapports poursuivis par l'Etat⁹³. Mais les accords de développement économique ne prennent pas toujours la forme de contrats d'Etat. En effet, ils peuvent par exemple être conclus entre Etats sous la forme d'accords de coopération⁹⁴. En outre, les contrats d'Etat ne sont pas tous des accords de développement économique. Cette dernière affirmation signifie que certains contrats conclus entre Etats et sociétés multinationales, peuvent porter sur des prestations de fourniture de marchandises. Ces contrats s'inscrivent alors dans une perspective à court terme. Ce sont de simples accords commerciaux ponctuels dont l'ambition n'est pas le développement économique de l'Etat contractant. Ils seront en l'occurrence exclus de nos propos. Les contrats d'Etat, conclus dans un but de développement économique, sont l'objet de notre étude. En conséquence, lorsque nous emploierons les termes d' « accords de développement économique », ce sera, sauf précision contraire expresse, en tant que synonyme des contrats que nous venons de définir et de circonscrire. Le but commun des contrats concernés par notre recherche est le développement de l'Etat hôte. Nous aurons clairement à l'esprit que les contrats dont nous souhaitons parler sont conclus pour une période relativement longue.

Les enjeux de ces accords sont d'importance et les projets s'inscrivent dans une orientation déterminée par les pouvoirs politiques. Mais pas seulement. En effet, à côté des pouvoirs politiques que sont les Etats, existent des pouvoirs économiques que sont les sociétés

⁹¹OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice, p. 31.

⁹²La coopération est un moyen de collaboration, l'action d'opérer conjointement avec quelqu'un. Elle désigne également l'ensemble des actions visant à apporter de l'aide en matière économique, scientifique, technique et culturelle aux pays en voie de développement. D'après *Le nouveau petit Littré*, « Coopération », Garnier, 2009.

⁹³AUDIT (B.), « Jurisprudence arbitrale et droit du développement », CASSAN (H.) (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, p. 115, spéc. p.116. L'auteur cite également LALIVE (J.-F.), « Contrat entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *RCADI*, volume 181, 1983, p. 9, spéc. p. 73 et s.

⁹⁴Ces accords de coopération peuvent être des contrats « Nord-Sud » ou « Sud-Sud ».

multinationales. Et les modalités des relations contractuelles entre Etats hôtes et sociétés privées ont longtemps été déterminées au large détriment des Etats contractants, en vertu de leur grande situation de dépendance. En effet, seules les grandes sociétés internationales disposent du financement et de la technologie nécessaires au développement des Etats d'accueil. Les difficultés économiques et sociales auxquels ces Etats font face depuis de nombreuses années⁹⁵, leur large dépendance à l'apport économique des sociétés multinationales, l'absence de législation en matière environnementale et sociale mais aussi le fait que les impératifs économiques⁹⁶ dominent au sein de ces contrats d'Etat⁹⁷ ont constitué la grande faiblesse de ces Etats, entraînant ainsi de nombreuses conséquences dommageables. Ainsi, par exemple, les pays du Sud ont longtemps constitué le « déversoir » naturel des sous-produits indésirables de l'industrialisation⁹⁸.

L'affaire du *Probo Koala* est en ce sens significative. Elle porte le nom d'un navire ayant déversé 500 tonnes de déchets toxiques autour de la ville d'Abidjan en Côte d'Ivoire en septembre 2006, après l'accord peu regardant des autorités compétentes. Cela a causé directement la mort de 17 personnes, des milliers d'intoxication et des dizaines de milliers d'autres victimes⁹⁹. De façon plus précise, les relations contractuelles entretenues par les Etats du Sud avec les grandes sociétés multinationales ont constitué le cadre de grandes catastrophes environnementales et sociales. En matière environnementale, tel a été le cas d'un contrat pétrolier conclu par la société américaine Chevron-Texaco avec le gouvernement équatorien au milieu des années 1960, donnant lieu à un contentieux amorcé au début des

⁹⁵La pauvreté, l'explosion démographique, les guerres civiles et ethniques, les affrontements pour le pouvoir et la corruption systémique rongent le cœur de ces sociétés. Les situations de crise et les faiblesses des Etats suscitent les comportements prédateurs, BRUNEL (S.), *Le développement durable*, PUF, 2009, p. 31.

⁹⁶C'est le cas par exemple en matière pétrolière. En effet, le pétrole est une ressource de plus en plus rare et de plus en plus chère. Il est cependant indispensable aux sociétés contemporaines. De ce fait, il constitue pour les pays riches de cette ressource une véritable opportunité car il est une arme économique, la principale source de leur développement et ces pays peuvent en augmenter le prix. Les pays consommateurs voient également dans le pétrole une opportunité. Cependant les intérêts sont antagonistes. En effet, ces derniers ont tout intérêt à se procurer cette ressource à des prix qui leur conviennent. Dès lors une véritable guerre économique autour du pétrole a lieu entre pays producteurs et pays consommateurs. Le contrat d'Etat en est un instrument. De ce fait, il est davantage un objet économique, politique, stratégique, voire diplomatique, mettant en jeu des intérêts économiques importants, souvent ceux du commerce international, OLOUMI (Z.), OLOUMI (Z.), *Les enjeux du contrat de production pétrolière offshore de Total avec l'Iran (13 juillet 1995)*, (Contribution à une étude du droit pétrolier comme enjeu du développement au Moyen-Orient), mémoire, université de Nice-Sophia Antipolis, IDPD, 1997.

⁹⁷Au premier rang de ces impératifs économiques, la volonté d'attirer des capitaux étrangers.

⁹⁸BRUNEL (S.), *Le développement durable*, PUF, *op. cit.*, p. 30.

⁹⁹HOPQUIN (B.), « L'odeur de l'argent », *Le Monde*, édition du 16 Octobre 2009. Voir également nos développements *infra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 1) La recherche de principes généraux s'imposant à la volonté des parties, p. 263.

années 1990¹⁰⁰. En effet, la société Chevron-Texaco, a été poursuivie pour rejet de déchets toxiques dans les forêts tropicales équatoriennes. On la soupçonne d'avoir sciemment déversé dès 1972, plus de 70 milliards de litres d'eaux polluées et d'avoir rejeté plus de 60 millions de litres de pétrole dans la forêt amazonienne. Les conséquences ont été nombreuses pour les victimes. Les substances déversées ont en effet pollué les rivières et les sols¹⁰¹, occasionnant cancers, dysenteries, fausses couches ainsi que de nombreuses malformations. Le 14 février 2011, à l'issue d'une longue procédure, un juge équatorien a condamné Chevron-Texaco à 8 milliards de dollars d'amende¹⁰². La société a interjeté appel de la décision¹⁰³.

Cette affaire illustre bien la manière dont les contrats d'Etat se sont développés ces dernières décennies et les problématiques dans lesquels ces derniers s'inscrivent. En outre, si c'est le cas en matière environnementale, en matière sociale, les contrats d'Etat ont également été le terrain propice à de nombreuses violations notamment au regard des droits de l'homme et du travail¹⁰⁴. En effet, les firmes multinationales ont souvent, dans le cadre des contrats d'Etat, été soupçonnées de participer à la violation de nombreux droits fondamentaux, en tant que complices d'Etats abusifs, auteurs d'actes graves comme le travail forcé. Cela a donné lieu à un contentieux très remarqué, datant du milieu des années 1990¹⁰⁵. L'affaire *Doe v. Unocal Corp.* en est une des plus célèbres illustrations. Au sein de ce conflit, la société Unocal, de nationalité américaine, faisait partie d'un consortium pour la mise en œuvre d'un projet d'envergure¹⁰⁶ en Birmanie. Des travailleurs birmans se sont plaints à cette occasion d'avoir

¹⁰⁰VITERI GUALINGUA (C.), « Le Pétrole coule, la forêt saigne », *courrier de l'UNESCO*, avril 1999 ; OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice, pp 538-539.

¹⁰¹Parmi les substances déversées, figuraient notamment du cadmium, du benzène, du toluène, de l'arsenic, du plomb ou encore du mercure.

¹⁰²« Un tribunal équatorien condamne le groupe Chevron à 8 milliards de dollars d'amende », LEMONDE.FR, consulté le 19 juin 2011.

¹⁰³*Ibidem*.

¹⁰⁴Voir nos développements *supra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 1) La recherche de principes généraux s'imposant à la volonté des parties, p. 263.

¹⁰⁵*Ibidem*.

¹⁰⁶Le projet « Yadana » qui intéresse à la fois la Birmanie et la Thaïlande. Il s'agit d'un important projet d'exploitation de gaz en Birmanie. et de transport du gaz vers la Thaïlande. Le champ de gaz de Yadana est situé en mer d'Andaman, à 60 km environ de la côte birmane la plus proche. Sa durée de vie est estimée à trente ans. Il s'agit d'un champ important, offrant plus de 5300 milliards de pieds cubes de réserves (150 milliards de mètres cube). Le gaz de Yadana couvre 15 à 20% des besoins de la Thaïlande. Le développement de ce champ a été réalisé dans le cadre d'un contrat de partage de production classique associant quatre investisseurs : Total, opérateur, avec 31,2%, une filiale d'Unocal, (aujourd'hui, le pétrolier américain Chevron, à la suite de son acquisition d'Unocal en 2005), avec 28,3%, Petroleum Authority of Thailand Exploration & Production (PTT-EP), avec 25,5%, MOGE (Myanmar) avec 15%. Dans le cadre du projet, les partenaires construisent des installations en mer pour produire le gaz. En outre, une société à laquelle participent des filiales de Total et d'UNOCAL ainsi que MOGE et PTT-EP (la Moattama Gas Transportation Company, MGTC) a réalisé un

été enrôlés de force par des militaires afin de participer à la construction d'un gazoduc. Ces derniers ont intenté en 1996 une procédure devant les tribunaux américains pour complicité dans la pratique du travail forcé. L'affaire a également eu un volet européen, car elle a été portée devant les juridictions françaises et belges. Cela s'est fait respectivement en raison de la présence de la société française Total au sein du consortium et sur le fondement de la loi belge de compétence universelle, selon son dispositif en vigueur à l'époque, qui visait à réprimer les infractions commises en violation des Conventions de Genève de 1949 et des deux protocoles additionnels de 1977¹⁰⁷. L'affaire a abouti à une transaction aux Etats-Unis, à une transaction et à un non-lieu en France. L'affaire n'a pas encore connu son épilogue en Belgique¹⁰⁸.

L'affaire *Doe v. Unocal Corp.* est le point de départ d'une longue série de contentieux ayant trait aux relations entre Etats et entreprises privées étrangères et à la violation des droits de l'homme et des droits du travail. Dans une telle perspective, la responsabilité de la société pétrolière Shell a été recherchée pour avoir fourni de l'aide et assistance aux autorités nigérianes dans la zone pétrolifère du delta du Niger. Selon les victimes, la société Shell avait été complice des autorités étatiques dans l'exécution de leurs représentants et dans la planification de la répression ayant suivi des manifestations contre l'exploitation du pétrole dans la région, en procurant au gouvernement assistance logistique et financière¹⁰⁹. A cette occasion, un militant nigérian, Ken Saro-Wiwa ainsi que d'autres membres du mouvement pour la survie du peuple *Ogoni*, minorité ethnique locale, avaient été tués. Il a été reproché à Shell des actes de complicité de crimes contre l'humanité et de graves violations des droits de

gazoduc sous-marin de 346 km, transportant le gaz jusqu'au rivage, prolongé par un gazoduc terrestre de 63 km, assorti d'unités de régulation et de mesure, pour l'acheminer jusqu'à la frontière avec la Thaïlande, qui achète l'essentiel de la production dans le cadre d'un contrat à long terme. La réalisation du projet s'est étalée de la fin 1995 au milieu de l'année 1998 et la production a démarré en juillet de cette même année, birmanie.total.com/, site de Total, consulté le 16 novembre 2011.

¹⁰⁷HENNEBEL (L.), « L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux Etats-Unis », CRIDOH (Cellule de Recherche interdisciplinaire en droits de l'Homme), Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Centre de Philosophie du droit,

<http://cridho.cpd.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2006.09.pdf>, document de travail, p. 16 ; KAHN (P.), « Investissements internationaux et droits de l'homme », HORCHANI (F.), (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, A. Pedone, 2006, p. 95.

¹⁰⁸Voir nos développements *supra* sur l'affaire, deuxième partie, titre 1, chapitre 1) La recherche de principes généraux s'imposant à la volonté des parties, p. 263.

¹⁰⁹LIBERTI (L.), « Investissements et droits de l'homme », KAHN (P.), WÄLDE (T.), (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, 2007, p. 791 ; *Wiwa v. Royal Dutch Shell*, Portail judiciaire de La Haye, <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/10/689.c2V0TGFuZz1GUiZMPUZS.html>, consulté le 14 juin 2011.

l'homme comme la torture, les traitements inhumains et dégradants, les arrestations et détentions arbitraires. Les parties ont finalement transigé durant l'été 2009¹¹⁰.

Dans une perspective similaire, se trouve l'affaire opposant la société Talisman Energy et la République du Soudan à l'église presbytérienne du Soudan¹¹¹. Dans ce contentieux, la société canadienne Talisman Energy, productrice de gaz et de pétrole a été poursuivie en 2001 devant les juridictions américaines¹¹² pour avoir apporté son appui aux forces armées soudanaises pendant la guerre civile au Soudan. Selon la plainte, l'activité de Talisman Energy aurait notamment mené à de larges déplacements de populations en raison de la situation de ces dernières sur des territoires à vaste potentiel pétrolier. Les charges étaient particulièrement graves pour ces actes de complicité : nettoyage ethnique, meurtres, déplacements forcés, confiscation ainsi que destruction de propriétés, viols et réduction en esclavage. La plainte a été définitivement rejetée par une décision datant d'octobre 2009¹¹³.

Nous pouvons déduire de ces éléments le fait que si les contrats d'Etat ont longtemps occulté certaines questions sociales et environnementales, ces dernières se sont rappelées à eux, par le biais d'un contentieux en pleine émergence. On le voit, au-delà d'un certain nombre de droits fondamentaux, des problèmes de développement durable se posent en matière de contrats d'Etat. En somme, le développement durable a vocation à intégrer les politiques de développement des Etats du Sud. Ces dernières se réalisent notamment à travers les contrats d'Etat. Mais les contrats d'Etat se sont développés en totale contradiction avec les préoccupations de développement durable. En effet, davantage mus par des intérêts économiques, ces contrats ont en réalité occulté tout autre questionnement et ont été la cause de nombreuses atteintes sociales et environnementales. Toutefois, la nécessité et l'urgence de remédier à une réalité insupportable s'affirment avec autant d'acuité montrant par là même que les contradictions apparentes entre contrats d'Etat et développement durable dissimulent en réalité une complémentarité nécessaire. En droit, cette complémentarité existe en

¹¹⁰*Ibidem*.

¹¹¹Affaire *Eglise Presbytérienne du Soudan c. Talisman Energy et la République du Soudan* ou *Talisman v. Presbyterian Church of Sudan*, portail judiciaire de La Haye, <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/11/092.c2V0TGFuZz1GUiZMPUZS.html>, consulté le 14 juin 2011.

¹¹²L'action a été introduite par l'Eglise presbytérienne du Soudan. La juridiction alors saisie se trouvait à New-York.

¹¹³Voir nos développements *infra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 1) La recherche de principes généraux s'imposant à la volonté des parties, p. 263.

soubassement. Elle est rendue possible grâce à une mécanique d'interaction entre développement durable et contrats d'Etat et qu'il importe de mettre en lumière.

Ce phénomène s'explique. En effet, les contrats d'Etat ne sont en réalité aucunement détachés du contexte au sein duquel ils évoluent. Ils ont constitué, durant de nombreuses années, le cadre juridique exclusif des relations entretenues entre sociétés privées étrangères et Etats d'accueil. A tel point qu'au début des années 1970, le professeur Prosper Weil constatait: « *Le recours au procédé contractuel pour assurer les investissements étrangers dont tant de pays ont besoin pour développer leur économie constitue, on le sait, l'un des phénomènes les plus originaux des relations économiques contemporaines* »¹¹⁴. Ce phénomène a fait du contrat d'Etat une source de droit à part entière et un instrument juridique autonome. Cependant, les contrats d'Etat ont toujours été affectés dans leur substance par le contexte politique, juridique, économique et social au sein duquel ils évoluaient. Ces facteurs extérieurs au contrat, qu'ils soient d'origine interne ou internationale, ont influencé les contrats d'Etat dans leur évolution. Ils constituent le « contexte extracontractuel » des contrats d'Etat. Ainsi, le cadre juridique aménageant les relations entre les sociétés privées et les Etats d'accueil n'a jamais été isolé des questions politiques, économiques et stratégiques soulevées par de tels contrats¹¹⁵. Le fait même que ces contrats soient qualifiés d'« accords de développement économique » est le résultat de mutations sociales¹¹⁶.

Le contexte politique, économique, social international entraîne des changements qui affectent les contrats d'Etat. Le « pouvoir économique », la société multinationale, dispose du financement et de la technologie indispensables à la mise en valeur des ressources du pays d'accueil. Mais ses intérêts sont purement économiques et financiers. Le pouvoir politique, l'Etat où se trouvent de telles ressources, s'inscrit quant à lui dans une orientation de développement déterminée. De ce fait, les contrats économiques transnationaux que sont les

¹¹⁴WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, A. Pedone, 1974, p. 301.

¹¹⁵En ce sens, l'exemple des contrats pétroliers est probant. Voir à cet effet OLOUMI (Z.), *Les enjeux du contrat de production pétrolière offshore de Total avec l'Iran (13 juillet 1995)*, (Contribution à une étude du droit pétrolier comme enjeu du développement au Moyen-Orient), mémoire université de Nice-Sophia Antipolis, IDPD, 1997.

¹¹⁶AUDIT (B.), « Jurisprudence arbitrale et droit du développement », CASSAN (H.) (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, p. 115, spéc. p.116. L'auteur cite également LALIVE (J.-F.), « Contrat entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *RCADI*, volume 181, 1983, p. 9.

contrats d'Etat apparaissent comme l'acte de la dualité¹¹⁷ et comme un compromis entre les intérêts poursuivis. L'aménagement des rapports contractuels est donc tributaire de la stratégie et du poids de chacune des parties. L'engagement de l'Etat dans le processus de contractualisation s'explique par le fait que la souveraineté économique est garante de la souveraineté politique dans un monde où l'économique conditionne tout : le développement social, juridique, voire intellectuel. C'est la raison pour laquelle ces contrats sont en réalité l'expression d'une politique déterminée. On le voit, ces contrats mettent en jeu divers intérêts : nationaux, internationaux, publics, privés, économiques et extra-économiques. Certains d'entre eux mettent en jeu les intérêts de l'économie mondiale. Ils sont indubitablement le reflet d'une orientation politique, économique, sociale, dans tous les cas stratégique, déterminée par le pays d'accueil de l'investissement, sous l'influence ou non des grands investisseurs internationaux ou des pays d'origine de l'investissement. Ils peuvent être le centre et l'objet de véritables enjeux diplomatiques¹¹⁸.

Le développement durable, phénomène politique, n'échappe pas à la règle. Il peut ainsi influencer sur les contrats d'Etat. Mais l'interaction entre développement durable et contrats d'Etat est complétée par le fait que les contrats d'Etat ont toujours contribué à la construction du contexte politique, économique et social ainsi exposé. En effet, les contrats d'Etat sont des instruments juridiques particuliers qui tendent à la construction juridique d'une politique déterminée, celle qu'ils sont destinés à servir. C'est de cette façon qu'il faut comprendre leur influence sur le développement durable. Ils peuvent conférer une assise juridique au développement durable. Le contrat d'Etat apparaît alors comme l'instrument de mise en œuvre d'une politique choisie.

Le développement durable peut conférer une orientation politique au contrat d'Etat qui lui donnerait en retour une assise juridique. De cette synergie, peuvent résulter des principes et des pratiques tendant à faire l'objet d'une application systématique et pouvant mener à l'émergence d'un véritable droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. Ce processus doit être mis en lumière.

¹¹⁷EL MEDHABI (M.), *Le droit transnational : contribution à l'étude d'une théorie des relations pétrolières*, thèse, Nice, 1982, p. 5.

¹¹⁸OLOUMI (Z.), *Les enjeux du contrat de production pétrolière offshore de Total avec l'Iran (13 juillet 1995)*, (Contribution à une étude du droit pétrolier comme enjeu du développement au Moyen-Orient), *op. cit.*, voir spécialement Section 2, §1: Les modalités d'aménagement des relations contractuelles.

La question qui se pose est celle de savoir comment cette interaction peut mener à l'émergence d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat ? Sa réponse appelle une démarche particulière qui tient compte de la spécificité des sources du droit du commerce international ainsi que des sources normatives en matière de développement durable. En conséquence, il sera constamment question de sources normatives au sein de notre recherche. Il faudra ainsi envisager dans une même dynamique et réciproquement, les influences du contexte extracontractuel, sur le contrat d'Etat et celles que le contrat d'Etat peut exercer sur son environnement juridique. Tel sera le sens de la dialectique que nous nous proposons d'exposer. Notre étude s'inscrit dans une démarche prospective. Elle s'accommode de la particularité des contrats d'Etat.

En effet, du fait de leur caractère délicat, dont nous avons pu souligner toute la réalité, les contrats d'Etat sont des instruments juridiques particulièrement marqués par le sceau du secret. Le secret est même parfois conservé au-delà de la période d'exécution de ces derniers. C'est la raison pour laquelle nous avons éprouvé de grandes difficultés à nous procurer de tels contrats et à en étudier les clauses de façon plus spécifique et approfondie. La littérature juridique relative au droit applicable au contrat d'Etat est pléthorique. Cela d'ailleurs particulièrement en France. Celle relative au contenu même de ces contrats l'est moins, pour ne pas dire qu'elle est quasi-inexistante. Les seuls contrats accessibles sont souvent des contrats-types, « basiques », existant notamment en matière pétrolière, gazière et minière¹¹⁹. Ainsi, les rares travaux ayant spécifiquement traité au contenu de ces contrats et sur lesquels nous nous sommes basés sont très peu nombreux au sein de notre recherche qui se mesure en termes d'enjeux et de perspectives.

¹¹⁹En la matière, les anglo-saxons ont une avance particulière. Ainsi, les textes des principales législations ainsi que des contrats-types de toutes les zones du monde sont notamment fournis par la librairie en ligne *Barrows Company* sur laquelle, sont accessibles, à des prix relativement élevés, les principaux textes légaux en matière pétrolière et minière, ainsi que ceux des contrats basiques de concession pétrolière. Voir <http://www.barrowscompany.com>.

6. LES ENJEUX ET PERSPECTIVES

Mais qu'entendons-nous alors par les termes d' « enjeux » et de « perspectives » ?

L'enjeu est dans une de ses nombreuses définitions, « tout ce qui peut être gagné ou perdu dans une entreprise¹²⁰ ». En somme, tout ce qui se joue. Parler notamment des enjeux du développement durable au sein des contrats d'Etat revient, d'une part, à mettre en exergue les apports, avantages, atouts ainsi que les succès pouvant découler d'une telle confrontation. D'autre part, cela consiste à mettre en lumière les aspects négatifs. Cela s'entend des risques, des difficultés, des défaillances ainsi que des éventuels échecs. Envisager les enjeux du développement durable en matière de contrats d'Etat revient à rechercher les fruits positifs ou négatifs d'une telle association.

Dans sa polysémie, le terme « **perspective** » désigne l'avenir. Des éléments que l'on contemple avec un certain éloignement¹²¹. Le terme « perspective » s'emploie afin de désigner un évènement lointain mais probable. Il est dans notre acception tourné vers l'avenir. Ainsi, analyser les perspectives du développement durable en matière de contrats d'Etat consiste à projeter les conséquences, les effets d'une telle confrontation à brève ou moins brève échéance.

Alors que les enjeux se situent dans une actualité hypothétique ou certaine, les perspectives désignent un futur probable ou incertain. C'est à travers ces deux éventualités que sera envisagée notre réflexion. Car soumettre les contrats d'Etat aux impératifs du développement durable présente de nombreuses implications. En effet, atteindre une destination déterminée nécessite la combinaison de deux facteurs fondamentaux : le mode de locomotion que l'on utilise et les éléments qui nous servent de guide. Nous pensons que c'est dans cette perspective de vont se dessiner les traits d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat.

C'est la raison pour laquelle nous partagerons notre réflexion en deux axes complémentaires : nous examinerons tout d'abord les fondements sur lesquels repose l'émergence d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. Ils sont fondés sur l'interaction entre

¹²⁰ *Le nouveau petit Littré*, « Enjeu », Garnier, 2009.

¹²¹ *Ibidem*

contrats d'Etat et développement durable. Cela s'entend par les raisons et les moyens de cette dialectique. Nous nous proposons tout d'abord d'en rechercher les germes, afin de démontrer qu'elle repose sur des mécanismes originaux dont le point de départ est la complémentarité juridique originelle entre contrats d'Etat et développement. Cette approche de départ s'explique par le rapport existant entre développement et développement durable. Une telle complémentarité nous permettra ensuite de justifier l'évolution des rapports entre contrats d'Etat et développement durable. Nous évoquerons ensuite les moyens juridiques par lesquels cette influence réciproque s'exprime. Nous verrons en effet que cette dialectique, une fois justifiée, s'appuie sur des moyens particuliers qui révèlent une évolution dans la perception et dans la construction du droit. Ces moyens tiennent tant à l'évolution du contexte normatif transnational qu'à celui de l'instrument contractuel. Ces réflexions nous permettront d'exposer les fondements d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat **(Première partie)**.

Il semble que de cette dialectique, peuvent également émerger les jalons d'un droit du développement durable, en matière de contrats d'Etat. Il s'agirait alors, à notre sens, d'un ensemble de principes et de pratiques tendant à se poser en référence. Il faudra, en conséquence, se poser la question de l'apparition possible de principes de développement durable en matière de contrats d'Etat. Ces principes pourraient être des principes généraux et des principes d'ordre public. Ils auraient vocation à orienter une pratique déterminée. En effet, il faudra ensuite se poser la question de l'existence de pratiques de développement durable en matière de contrats d'Etat. Ces pratiques seraient fondées sur des usages ainsi que sur des figures contractuelles récurrentes. L'ensemble de ces éléments permettraient de tracer les voies menant à l'émergence d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. Ils constitueraient les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat **(Deuxième partie)**.

Le développement durable est un concept original, aussi vaste qu'ambitieux. La tâche consistant à transformer les contrats d'Etat en instruments juridiques de développement est ardue. La confrontation des deux éléments au cœur de notre sujet constitue un travail novateur et qui nécessite, afin d'être mené à bien, que l'on ne se cantonne pas à une vision traditionnelle du droit.

PREMIERE PARTIE : LES FONDEMENTS D'UN DROIT DU DEVELOPPEMENT DURABLE EN MATIERE DE CONTRATS D'ETAT

La construction d'un droit n'est pas une chose aisée. C'est un long processus d'élaboration, d'édification et de consolidation qui dépend de multiples facteurs. Dans tous les cas, elle repose sur des fondements qui en constituent l'appui, la base, le principal soutien¹²². L'émergence et la mise en œuvre d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat reposent à ce titre sur deux éléments fondamentaux. Il y'a tout d'abord les raisons pour lesquelles contrats d'Etat et développement durable existent dans une certaine complémentarité. Il y'a ensuite les moyens qui vont en définitive concrétiser cette interaction. Les fondements sur lesquels se fonde la dynamique entre contrats d'Etat et développement durable est particulière et spécifique dès l'origine. Elle est liée à une dialectique ayant toujours existé entre cet instrument contractuel particulier et la singularité du large contexte extracontractuel au sein duquel il est amené à évoluer. Cette relation spéciale met en lumière des mécanismes juridiques originaux qui conditionnent les moyens d'existence d'un droit particulier. Il est donc nécessaire de tenter de les comprendre, puis d'en appréhender l'évolution. La réflexion qui est la nôtre est alors vouée à mettre en exergue les particularités d'un droit qui s'est construit dès l'origine, du contexte extracontractuel à l'instrument contractuel, en dehors des jalons classiques de la conception et de l'appréhension de la norme. Au sein de ce droit, l'instrument contractuel, en tant que source normative à la fois complémentaire et autonome, prend de l'importance. A cela s'ajoute le fait que le développement durable a emporté dans son sillage, au-delà d'une conception évolutive du développement, le renforcement d'une conception évolutive du droit. C'est sur cette réalité juridique que reposent les fondements d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. Il importe alors d'étudier plus spécifiquement les mécanismes qui en sont le cœur. Ils existent d'une part dans les origines des interactions entre contrats d'Etat et développement durable (**Titre 1**), d'autre part dans les moyens de ces interactions (**Titre 2**).

¹²²*Le Nouveau Petit Littré*, « Fondement », Garnier, 2009.

TITRE 1 : LES ORIGINES DES INTERACTIONS ENTRE CONTRATS D'ETAT ET DEVELOPPEMENT DURABLE

L'interaction désigne une influence réciproque et simultanée entre deux éléments¹²³ et c'est à travers la référence à la notion de développement qu'existe à notre sens la complémentarité originelle entre contrats d'Etat et développement durable. Cela s'explique par le fait que le contrat d'Etat s'est imposé au fur et à mesure des décennies ayant suivi la fin de la Seconde guerre mondiale comme un instrument de développement et que le développement durable est une conception évolutive du développement. Il nous semble de ce fait que toute analyse des interactions entre les deux éléments ne peut faire l'économie de celle de leurs rapports originels car ils en constituent les germes. Et c'est selon nous à partir de ce rapport d'origine que pourront être compris et appréhendés les mécanismes actuels entre contrats d'Etat et développement durable. Ce rapport originel a connu une évolution significative qui est celle de la conception du développement. Ce dernier est en effet devenu durable. Cette métamorphose a-t-elle entraîné dans son sillage celle des interactions entre contrats d'Etat et développement durable ? Une telle évolution nous semble être un mal nécessaire. En effet, l'association originelle entre contrats d'Etat et développement, tendue vers la réalisation du développement des Etats du Sud appelle à un renouveau. Ce dernier existe-t-il à travers le développement durable ? Il est primordial, afin d'appréhender toute l'importance de ce questionnement et d'y répondre, d'exposer les germes de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable (**Chapitre 1**), puis l'évolution de cette interaction (**Chapitre 2**).

¹²³*Le petit Larousse illustré 2012*, « Interaction », Larousse, 2011 ; *Le Nouveau Petit Littré*, « Interagir », Garnier, 2009.

CHAPITRE 1. LES GERMES DE L'INTERACTION ENTRE CONTRATS D'ETAT ET DEVELOPPEMENT DURABLE

C'est autour de l'idée de développement, en tant que notion extra-juridique, et à travers l'acception juridique de ce terme qu'il convient de rechercher les germes de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable. En effet, la fin de la Seconde Guerre mondiale marque le début d'une période de profondes mutations dont le monde est le théâtre. Cristallisée autour de l'impératif de développement, l'époque est propice à la mise en place d'un nouvel ordre. Celui-ci sera politique et économique. Au cœur de ces profondes métamorphoses, les mouvements anticoloniaux sont l'expression pour les Etats du Sud, de la volonté de reconquérir la souveraineté sur leurs territoires. Le temps de l'indépendance venu, demeure la question pour ces Etats de leur évolution et de leur réorganisation, de leur construction et reconstruction. Depuis de nombreuses années, ces derniers entretiennent avec de grandes sociétés internationales des relations contractuelles particulières à travers lesquelles les ressources issues de leurs sols et sous-sols sont exploitées. Ce sont les contrats d'Etat et ils s'inscrivent au sein de ces changements et questionnements.

Ces pays s'attellent alors à revendiquer et à participer à l'instauration d'un monde nouveau et évolué, au sein duquel ils pourraient prendre toute leur place et compter. Emergent de ce fait des préoccupations relatives à un droit international tenant compte de la spécificité de ces Etats en développement et qualifié de droit du développement. En parallèle, un mouvement tendant pour ces mêmes Etats à revendiquer une totale souveraineté sur leurs territoires et leurs ressources s'élève également. Toutes ces évolutions portent en leur cœur les idées de développement et de souveraineté. C'est à travers ces dernières que les relations contractuelles entretenues de longue date entre les Etats du Sud et les firmes multinationales du Nord, vont connaître d'importants bouleversements, relayés par l'instrument contractuel.

Dans un même élan, les décennies qui succèdent à l'après-guerre vont voir la notion de développement évoluer peu à peu et se transformer. En effet, la question des ressources naturelles se fait prégnante et des préoccupations de développement durable apparaissent.

Il semble cependant que la profondeur de ces transformations n'ait pas eu un écho suffisant en droit. En effet, face à ces changements, le droit de l'investissement international se développe dans l'idée de préserver le cocontractant étranger contre ce qui est considéré comme étant les vicissitudes du partenaire étatique. Il s'oppose en cela aux fondements même du droit du

développement dont la juridicité est remise en question. Devant cet état du droit, le contrat d'Etat se pose en instrument juridique particulier en s'adaptant de façon indépendante aux changements amenés par les nécessités du développement et fait figure de palliatif doté d'une certaine autonomie. Ainsi, c'est dans les bouleversements du contexte économique et politique international (**Section 1**) et le manque d'instruments juridiques à la mesure du changement (**Section 2**), que résident les germes de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable.

SECTION 1. LES BOULEVERSEMENTS DU CONTEXTE ECONOMIQUE ET POLITIQUE INTERNATIONAL

L'émergence de préoccupations de développement (**Paragraphe 1**), puis de développement durable (**Paragraphe 2**), sont l'expression de transformations radicales que connaît la société internationale.

PARAGRAPHE 1. L'EMERGENCE DE PREOCCUPATIONS DE DEVELOPPEMENT

L'émergence de préoccupations de développement est caractérisée par l'avènement d'un droit international du développement (**A**) et s'inscrit dans la revendication d'un nouvel ordre économique international (**B**).

A. L'AVENEMENT D'UN DROIT INTERNATIONAL DU DEVELOPPEMENT

La naissance d'un droit international du développement a eu pour vocation de prendre en compte le cas particulier des Etats en situation de sous-développement et, en conséquence, de marquer les relations contractuelles entre les Etats d'accueil de l'investissement et les firmes multinationales. En effet, la révolution industrielle, marquée par de profondes évolutions techniques dans l'industrie textile anglaise, a constitué l'acte fondateur du développement dans les sociétés industrialisées¹²⁴. Les modèles de développement observés en Europe avant et après la guerre ont été exportés dans les pays colonisés. Ils ont ainsi largement influencé les

¹²⁴ GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable : du développement au développement durable*, Odile Jacob, 2010, p. 19.

pays du Sud¹²⁵. Une fois l'indépendance de ces Etats acquise, la question s'est posée de savoir quels seraient les modèles auxquels ils se réfèreraient. Ces choix se sont davantage articulés entre ceux dominants de l'Ouest ou de l'Est. En somme, ils se sont orientés entre deux conceptions du développement¹²⁶ : celui de l'économie de marché et celui de l'économie planifiée. En période de guerre froide, le choix a plutôt été entre capitalisme et socialisme ou encore entre transition douce avec les anciens colonisateurs (coopération) et rupture (association au bloc soviétique)¹²⁷. De ce fait, le terme de « développement », dans l'acception qui est la nôtre aujourd'hui, est apparu après la seconde guerre mondiale afin de désigner la transformation des « *sociétés non industrielles* », conçue comme une nécessité au regard de ce que certains appelaient un retard historique au plan économique et social¹²⁸. En effet, dès le début, le développement, qualifié d'économique et social, est considéré comme un rattrapage et une imitation des pays industrialisés¹²⁹. Le mot est donc souvent associé, quelle qu'en soit la manière, à l'idée de sous-développement¹³⁰, terme désignant l'état de certains pays du monde n'ayant pas accédé à un certain niveau de développement. L'expression est révélatrice. Elle sous-tend d'une part qu'il existe un modèle de développement, d'autre part que le développement est contenu en germe dans cette idée de sous-développement.

Ainsi, dans les deux décennies après la période des indépendances, le développement économique a surtout été conçu par les Etats comme un retard à combler et un choix concernant le degré d'insertion dans le commerce mondial. En même temps, tout au long des cinquante années ayant suivi la seconde guerre mondiale¹³¹, le sens du mot développement a profondément changé. D'abord partagée entre la reproduction ou le rattachement à deux modèles, la notion de développement a été progressivement attachée en grande partie à l'idée d'un bien-être des populations.

¹²⁵ *Idem*, p. 29.

¹²⁶ *Idem*, p. 30.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Idem*, p. 15.

¹²⁹ *Idem*, p. 31.

¹³⁰ Pour l'économiste français François Perroux, le sous-développement n'est pas une étape normale dans le développement, mais un phénomène historique et spécifique à certaines sociétés. Ce n'est pas un retard dans le développement. C'est un blocage de croissance : les économies développées ne transmettent pas leur croissance aux économies sous-développées, AZOULAY (G.), *Les théories du développement, du rattrapage des retards à l'explosion des inégalités*, Presses universitaires de Rennes, 2002, 103. La pensée ainsi développée illustre encore le fait que croissance et développement sont souvent liés par les auteurs, non seulement pour les associer, mais également pour les dissocier, voir DOCKES (B.), ROZIER (B.), *L'Histoire ambiguë, croissance et développement en question*, PUF, 1988.

¹³¹ *Idem*, p. 29.

La question du développement des Etats du Sud a résulté des indépendances. Elle a également profondément marqué les relations politiques et économiques internationales. En effet, les Etats nouvellement indépendants et tendant à travailler à leur développement ont tenu à ce que la spécificité de leurs situations soit prise en compte, notamment au sein des relations économiques internationales. Ils ont notamment voulu que leur « retard » de développement justifie des obligations différenciées. Cela mènera à l'émergence d'un droit international du développement, dans les années 1960¹³², tourné vers l'impératif pour les pays du Sud de rattraper le décalage historique constaté. D'abord révélé par la doctrine¹³³, le droit du développement a été consacré par l'ONU au sein de différentes résolutions tendues vers un tel objectif¹³⁴. Cet ensemble de règles juridiques originales a vocation à s'appliquer aux relations transnationales entre Etats d'accueil et firmes transnationales, donc aux contrats d'Etat. Il est cependant important d'affirmer que les nombreux actes voués par les Nations Unies au développement ont été une série de résolutions sans force exécutoire, cela malgré la volonté d'affirmer leur caractère contraignant et obligatoire. Le droit international du développement repose néanmoins sur une série de principes fondamentaux.

Les principes fondamentaux du droit international du développement sont ceux de souveraineté, d'égalité et de solidarité. Ces principes sont utilisés dans le sens traditionnel mais reçoivent en même temps une acception nouvelle. Ils sont notamment réinterprétés à la

¹³²FEUER (G.), « Le droit international du développement : une création de la pensée francophone », *Etat des savoirs sur le développement : trois décennies de sciences sociales en langue française*, Karthala, 1993, p. 87. Michel Virally est le premier auteur à avoir posé en doctrine les réflexions autour du droit international du développement. VIRALLY (M.), « Vers un droit international du développement », *Annuaire français de droit international*, volume 11, 1965, p. 3.

¹³³VIRALLY (M.), « Vers un droit international du développement », *Annuaire français de droit international*, volume 11, 1965, p. 3.

¹³⁴Parmi ces résolutions, nous pouvons citer la résolution 200 (III) de l'AGNU, « Assistance technique en vue du développement économique » du 4 décembre 1948; la résolution 626 (VII) de l'AGNU « Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles » du 21 décembre 1952; la résolution 1710 (XVI) de l'AGNU, « Décennie des Nations Unies pour le développement: programme de coopération économique internationale » du 19 décembre 1961; la résolution 1803 (VII) de l'AGNU, « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » du 14 décembre 1962, réaffirmant la résolution 626 (VII) de l'AGNU du 21 décembre 1952 « Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles »; la résolution 2542 (XXIV) de l'AGNU, du 11 décembre 1969, « Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social »; la résolution 2626 (XXV), « Stratégie internationale du développement pour la deuxième Décennie des Nations Unies pour le développement », du 24 octobre 1970; la résolution 3281 (XXIX) de l'AGNU, « Charte des droits et devoirs économiques des Etats », du 12 décembre 1974; la résolution 35/56 de l'AGNU, « Stratégie internationale du développement pour la troisième Décennie des Nations Unies pour le développement » du 5 décembre 1980; la résolution 45/199 de l'AGNU, « Stratégie internationale du développement pour la quatrième Décennie des Nations Unies pour le développement » du 21 décembre 1990; la résolution 51/240 de l'AGNU, « Agenda pour le développement », du 20 juin 1997. Pour consulter ces résolutions, voir le site officiel des Nations Unies, <http://www.un.org>, consulté le 14 juin 2011.

lumière de la notion d'équité¹³⁵. Alors qu'ils apparaissent en droit international classique comme relativement statiques et formels, ils bénéficient d'une dynamique certaine en droit du développement¹³⁶. Un moyen au service d'une fin qui veut ces principes concrets et progressistes.

Le principe de souveraineté en droit international du développement fait une large place à la souveraineté économique. Celle-ci a autant d'importance que la souveraineté politique qui est la vision de la souveraineté du droit international public classique¹³⁷. Il appelle à la non-ingérence qui s'adresse aux Etats étrangers mais aussi aux sociétés transnationales¹³⁸. Il emporte également le libre-choix d'un système politique et économique ainsi que la souveraineté sur les ressources naturelles.

En vertu du principe d'égalité, les Etats sont égaux devant le droit. Cependant, compte tenu de leur inégalité réelle, il s'avère que ce principe a un sens particulier car cette égalité se traduit juridiquement par l'instauration de règles originales adaptées à la situation des pays en développement. Ainsi, chacun des Etats, en fonction de son appartenance au Nord ou au Sud, se voit appliquer des règles différentes pour tendre vers une égalité¹³⁹. Le droit international du développement tend à révéler une acception plus affinée du principe d'égalité¹⁴⁰. En conséquence, il existe un corps de règles duales. En cela, l'une des finalités premières de ce droit a été d'imposer des principes de solidarité tout en reconnaissant la particularité des situations des Etats selon leur degré d'industrialisation et de développement.

¹³⁵FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Dalloz, 1991, p. 28. Attribué au latin *aequitas* (égalité-équité), *aequus* (égal), qui signifie égal, équitable, ou autrement au grec *epikeia* (équité), le mot équité dans notre acception, renvoie à l'idée de justice fondée sur l'égalité. Cette justice peut être commutative dans le sens où elle commande de traiter de façon égale des choses égales. Mais elle peut également être distributive. En ce sens, cela induit de traiter de façon inégale des choses inégales afin de rétablir l'égalité. D'après CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Equité », Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} édition, 2011 ; D'après JARROSSON (C.), TESTU (F.-X.), « Equité », ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 635.

¹³⁶FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, *op. cit.*, p. 28.

¹³⁷*Idem*, pp. 28-32.

¹³⁸Par exemple la résolution 3201(S-VI) du 1^{er} mai 1974 pose le principe de la réglementation et de la supervision des activités des sociétés multinationales par l'adoption de mesures propres à servir l'intérêt de l'économie nationale des pays où ces sociétés multinationales exercent leurs activités sur la base de la souveraineté entière de ces pays.

¹³⁹*Idem*, pp. 32-34.

¹⁴⁰*Idem*, p. 32.

Le principe de solidarité apparaît rarement tel quel dans les textes internationaux mais relève davantage de l'éthique¹⁴¹ et de la morale ainsi que des nécessités matérielles¹⁴². On s'est d'ailleurs rendu compte de la dépendance réciproque des pays en voie de développement et des pays développés¹⁴³, d'où l'idée renforcée de cette solidarité accrue, notamment au travers de la coopération.

En effet, le droit international du développement s'est cristallisé autour de la notion de coopération. Coopérer signifie préférer un résultat collectif à un gain individuel¹⁴⁴. Ainsi, au-delà de la volonté de la reconnaissance et de la prise en compte par la communauté des Etats de la spécificité de la situation des pays en voie de développement, s'est très vite posée l'idée d'une certaine coopération entre les pays du Nord et ceux du Sud. Cela a été le cas entre la Communauté européenne et les Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique au sein des conventions ACP, puis plus récemment, au cœur de l'Accord de Cotonou¹⁴⁵.

D'abord volontiers idéologique, le droit du développement a pris dans son évolution une signification plus technique qui s'est traduite par la mise au point de mécanismes juridiques particuliers¹⁴⁶. Ceux-ci ont été considérés comme susceptibles de conférer une effectivité plus immédiate à l'action pour le développement dans des domaines aussi variés que le transfert de technologie, l'assainissement financier et monétaire ou encore la stabilisation des recettes d'exportation et les préférences douanières¹⁴⁷. Le droit international du développement s'est

¹⁴¹L'éthique est la science de la morale. L'adjectif « éthique » désigne ce qui appartient à la morale, *Le nouveau petit Littré*, « Ethique », Garnier, 2009.

¹⁴²*Idem*, p. 34.

¹⁴³*Idem*, p. 35.

¹⁴⁴BROUSSEAU (E.), « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises », RAVIX (J.-L.) (dir.), *Coopération entre les entreprises et les organisations industrielles*, CNRS, édition 1996, p. 23 ; MENARD (C.), « Comportement rationnel et coopération : le dilemme organisationnel », *Cahiers d'économie politique*, n° 24-25, 1994, p. 184.

¹⁴⁵La convention de Lomé est un accord de coopération commerciale (on peut également parler de convention de coopération au développement), signé le 28 février 1975 entre la CEE et 46 pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (dits pays ACP), et renouvelé en 1979 (Lomé II, 57 pays), le 8 décembre 1984 (Lomé III, 66 pays), La Convention de Lomé IV a été signée le 15 décembre 1989 (70 pays). La Convention de Lomé IV bis, révisant Lomé IV a été signée le 4 novembre 1995. En 2000, la Convention de Lomé est remplacée par l'Accord de Cotonou (c'est un accord économique. Ce dernier a été révisé en juin 2005 et en juin 2010). Le sigle ACP désigne les Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, dont 79 sont aujourd'hui associés à 27 Etats de l'UE dans le cadre de cette convention de coopération au développement ; VIGNES (D.), « L'homme ACP, acteur et bénéficiaire principal du développement dans Lomé III et IV », *Humanité et droit international, Mélanges René-Jean Dupuy*, A. Pedone, 1991, p. 363.

¹⁴⁶FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Dalloz, 1991, p. 25.

¹⁴⁷*Ibidem*.

alors posé en droit de finalité¹⁴⁸, mais également en un droit orienté puisqu'il se définit par l'objectif qu'il poursuit, davantage que par le domaine qu'il régit¹⁴⁹.

Les nécessités de développement, les préoccupations et revendications de certains Etats, ont traversé les frontières nationales, troublant les relations contractuelles entretenues entre les Etats d'accueil de l'investissement et les grandes sociétés internationales, pourvoyeuses de l'investissement. Elles ont pénétré le droit international. En même temps, des droits nouveaux, des proclamations et revendications nouvelles sont apparus en droit international. Ils ont pénétré à leur tour les droits internes des Etats. Tel est le cas de la volonté d'un nouvel ordre économique international (NOEI).

B. LA REVENDICATION D'UN NOUVEL ORDRE ECONOMIQUE INTERNATIONAL

Au sein de la volonté de développement, le concept de souveraineté est exacerbé. Cela se matérialise, notamment, en droit international, par la volonté d'émergence d'un nouvel ordre économique international (NOEI), au sein duquel ces pays tiers revendiquent la reconquête de leur souveraineté. Cela implique le fait que leur souveraineté économique et sur leurs propres ressources naturelles soit reconnue. Les pays du tiers monde revendiquent de ce fait le droit de reconquérir leurs territoires et d'être les seuls maîtres de leur destin. Dans un même élan, se pose la question de l'évolution, donc du développement de ces Etats et du sens vers lequel ils tendent. S'affirme alors la nécessité de considérer leur particularité au sein de la société internationale et d'en tenir compte. Le nouvel ordre économique international se matérialise en droit par le biais d'une série de résolutions prises par l'ONU.

La résolution 1803 (XVII), adoptée le 14 décembre 1962 par l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁵⁰, réaffirme le principe de souveraineté des Etats sur les ressources naturelles,

¹⁴⁸Selon Le Professeur Brigitte Bollecker-Stern, *un droit est finalisé lorsque l'emportent les règles qui tendent à modifier la société telle qu'elle existe*; BOLLECKER-STERN (B.), « Le droit international du développement, un droit de finalité », *La Formation des normes en droit international du développement*, C.N.R.S., Paris et O.P.U. Alger, 1984, p. 43, spéc. p. 44. Ce qualificatif est également employé par les Professeurs Guy Feuer et Hervé Cassan, FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁹FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, *loc. cit.*

¹⁵⁰[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803\(XVII\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803(XVII)&Lang=F), site officiel des Nations Unies consulté le 1^{er} janvier 2011, voir annexe n°1.

déjà consacré au préalable dans le cadre des Nations Unies¹⁵¹ et considéré comme un élément fondamental du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La résolution 3171 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 17 décembre 1973, intitulée « souveraineté permanente sur les ressources naturelles », réaffirme, dans son article 1, les droits inaliénables des Etats à la souveraineté permanente sur toutes leurs ressources naturelles situées sur terre dans les limites de leurs frontières internationales, ainsi que sur celles du fond des mers et de leur sous-sol à l'intérieur des limites de leur juridiction nationale et dans les eaux sous-jacentes¹⁵².

La résolution 3201 (S-VI) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 1^{er} mai 1974¹⁵³ est intitulée « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international ». Cet instrument pose le principe en vertu duquel le nouvel ordre économique international doit notamment être fondé sur le plein respect du principe de *souveraineté permanente et intégrale* de chaque Etat sur ses ressources naturelles et sur ses activités économiques. Selon la résolution 3281 (XXIX) intitulée « Charte des droits et devoirs économiques des Etats » de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 1974¹⁵⁴: « *Chaque Etat détient et exerce librement une souveraineté permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit d'en disposer* ».

Autour de l'impératif de développement, le nouvel ordre économique international va avoir une telle influence en droit international qu'une confusion va être opérée avec ce mouvement et le droit international du développement, au sens où le premier va pleinement intégrer le second, au point d'être souvent assimilés. En effet, les revendications liées au NOEI tendent à organiser des relations économiques plus équitables pour favoriser le développement des pays du tiers monde. En conséquence, un régime tenant compte de l'inégalité de ces pays avec les

¹⁵¹Au sein des résolutions 523 (VI) du 12 janvier 1952 et 626 (VII) du 21 décembre 1952. La résolution 523 (VI) de l'Assemblée générale des Nations Unies est intitulée : « Développement économique intégré et accords commerciaux », [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/523\(VI\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/523(VI)&Lang=F), site officiel des Nations Unies, consulté le 1^{er} janvier 2010.

La résolution 626 (VII): « Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles », [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/626\(VII\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/626(VII)&Lang=F), site officiel des Nations Unies, consulté le 1^{er} janvier 2011.

¹⁵²[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3171\(XXVIII\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3171(XXVIII)&Lang=F), site officiel des Nations Unies consulté le 1^{er} janvier 2011.

¹⁵³[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3201\(S-VI\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3201(S-VI)), site officiel des Nations Unies consulté le 1^{er} janvier 2011, voir annexe n°2.

¹⁵⁴[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281\(XXIX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281(XXIX)&Lang=F), site officiel des Nations Unies consulté le 1^{er} janvier 2011., voir annexe n° 3.

pays industrialisés doit en résulter afin de leur permettre de se développer à leur tour. Dans le cadre du NOEI, les évolutions du droit sont regroupées autour du concept de « souveraineté » qui serait libéré.

La souveraineté de l'Etat sur son territoire se caractérise par un certain nombre de monopoles¹⁵⁵ : monopole de la fonction législative, de la fonction exécutive et de la fonction judiciaire. Dans les relations entre Etats et firmes internationales, l'affirmation du principe de souveraineté sur les ressources naturelles s'effectue au détriment de celui d'autonomie qui permettait aux investisseurs et à un Etat d'accueil de fixer librement le droit applicable aux contrats d'investissement. Par l'effet du mouvement relatif à l'instauration d'un nouvel ordre économique international, le seul droit interne de l'Etat qui exerce sa souveraineté sur ses ressources est applicable. Cela change de la variété des options connues au cours des décennies précédentes.

La résolution 1803 (XVII) adoptée le 14 décembre 1962 par l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁵⁶, relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, pose le principe en vertu duquel la prospection, la mise en valeur, la disposition des ressources naturelles ainsi que l'importation des capitaux étrangers nécessaires à ces fins doivent être conformes aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires et souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités. Dans les cas où une autorisation serait accordée, les capitaux importés et les revenus qui en proviennent seront régis par cette autorisation, par la loi nationale en vigueur et par le droit international. Selon un auteur, ce texte consacre la règle de l'autonomie de la volonté qui permet de faire régir le contrat par la double référence au droit interne et au droit international, non seulement en ce qui concerne le droit applicable mais aussi pour le règlement des différends relatifs à l'exercice du droit de nationaliser les ressources naturelles¹⁵⁷.

En réalité, l'idée et le projet de nouvel ordre économique international s'opposent un peu à cette conception en tendant à faire prévaloir les lois et juridictions nationales. Il nous semble que cela exprime davantage le fait que le choix du droit applicable soit à la libre disposition

¹⁵⁵BETTATI (M.), *Le nouvel ordre économique international*, PUF, 1985, pp. 16-17.

¹⁵⁶*Ibidem*.

¹⁵⁷*Idem*, p. 18.

de l'Etat d'accueil qui choisira en premier lieu le droit national. Le droit international n'étant à notre sens sollicité qu'en cas de défaillance ou d'incomplétude du droit interne. Ainsi, le principe d'autonomie de la volonté perd de sa force au sein des résolutions suivantes, comme c'est le cas au sein de la résolution 3281 (XXIX)¹⁵⁸.

Le nouvel ordre économique international pose également le droit de nationaliser. On retrouve notamment une telle affirmation au sein des résolutions 3281 (XXIX)¹⁵⁹ et 3171 (XXVIII)¹⁶⁰. Dans le cadre des relations économiques entre les Etats d'accueil de l'investissement et les firmes transnationales, les années 1950-1960 avaient déjà été, dans l'élan de ces évolutions historiques, l'époque de grandes vagues de nationalisations, entre autres en matière de grands contrats pétroliers. En effet, les régimes classiques de concessions pétrolières, qui sont les premiers grands accords de développement économique, étaient plutôt défavorables aux Etats en voie de développement. Trop peu rentables financièrement pour les Etats, ils ne leur permettaient pas de ce fait, de pouvoir assurer leur développement. Les superficies concernées étaient trop larges, obligeant souvent les Etats à abandonner la totale souveraineté sur une partie du territoire exploité et s'effaçant, pour des périodes jugées trop longues, derrière le cocontractant hôte.

L'avènement du droit du développement et du NOEI va entraîner dans son sillage d'autres mouvements de nationalisation et une nouvelle définition des relations contractuelles dont les contrats d'Etat vont être l'expression. Ainsi, les contrats d'Etat ont constitué le cadre d'une nouvelle lutte et redéfinition des pouvoirs entre les multinationales du pétrole et les pays en voie de développement, le tout fondé sur l'exigence d'un nouvel ordre international davantage tourné vers le développement et sur le désir de réappropriation par les Etats de leurs territoires. Les Etats du tiers monde ont non seulement voulu affirmer leur souveraineté

¹⁵⁸Selon la résolution 3281 (XXIX), Chapitre II, Article 2, §2, a) : « *Chaque Etat a le droit de régler les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun Etat ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à un investissement étranger* » ; b) « *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 se conforment à ces lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économiques et sociales* ».

¹⁵⁹Selon le chapitre II, Article 2, §2, c) de cette résolution: « *Chaque Etat 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* ».

¹⁶⁰ Selon le §3 de cette résolution: « *Affirme que l'application du principe de la nationalisation par les Etats, en tant qu'expression de leur souveraineté, pour sauvegarder leurs ressources naturelles, implique qu'il appartient à chaque Etat de fixer le montant des indemnités éventuelles ainsi que les modalités de leur versement et que tout différend qui pourrait surgir doit être réglé conformément au droit national de chaque Etat qui prend des mesures de cet ordre* ».

juridique sur les ressources naturelles, mais aussi leur souveraineté économique. Ils revendiquent également une acquisition de technologie adaptée aux possibilités et aux perspectives de développement de chaque pays concerné¹⁶¹. Les Etats s'arrogent également le droit absolu de contrôler et de réglementer l'activité des firmes transnationales opérant sur leurs territoires à la faveur des droits internes¹⁶².

Le nouvel ordre économique international influence également le droit international économique. Il a pour contexte les crises pétrolières de 1973 et 1979. En effet, jusqu'au début des années 1970, le marché mondial du pétrole est dominé par un petit groupe de sociétés pétrolières internationales qui fournissent aux pays industrialisés des quantités toujours plus importantes de pétrole à des prix toujours plus intéressants, particulièrement de 1950 à 1970¹⁶³. Cet accroissement des disponibilités en pétrole entraîne l'épuisement rapide de cette importante ressource naturelle alors que la demande est de plus en plus élevée¹⁶⁴.

Les chocs pétroliers révèlent aux pays en voie de développement ainsi qu'aux pays industrialisés leur forte dépendance à certaines ressources naturelles en même temps qu'ils prennent conscience de la rareté de ces dernières. Le fait que les pays producteurs de pétrole décident de limiter leur offre et fassent flamber les cours, amène au sein des pays occidentaux une prise de conscience de la rareté de certaines ressources et des conséquences que pourrait provoquer une pénurie en la matière. Les crises pétrolières ont influé sur les prix des matières premières : durant les deux ou trois premières années suivant le choc pétrolier de 1973, ces prix ont plus que doublé¹⁶⁵. Cette hausse a été attribuée à leur rareté potentielle, s'agissant de métaux ou de matières premières agricoles¹⁶⁶. « La hausse des cours des matières premières fossiles rappelle à quel point le développement est tributaire du substrat naturel de la

¹⁶¹BETTATI (M.), *Le nouvel ordre économique international*, op. cit., p. 47.

¹⁶²Selon le chapitre II, Article 2, §2, a) de la résolution 3281 (XXIX): « Chaque Etat 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 et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun Etat ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à un investissement étranger » ; b) « 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 se conforment à ces lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économiques et sociales. Les sociétés transnationales n'interviendront pas dans les affaires intérieures d'un Etat hôte. Chaque Etat devrait, compte dûment tenu de ses droits souverains, coopérer avec les autres Etats dans l'exercice du droit énoncé au présent alinéa ».

¹⁶³BETTATI (M.), *Le nouvel ordre économique international*, op. cit., pp. 64-65.

¹⁶⁴*Ibidem*.

¹⁶⁵GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable : du développement au développement durable*, Odile Jacob, 2010, p. 87.

¹⁶⁶*Ibidem*.

planète »¹⁶⁷. C'est dans ce contexte qu'émergent des préoccupations de développement durable.

PARAGRAPHE 2. L'EMERGENCE DE PREOCCUPATIONS DE DEVELOPPEMENT DURABLE

Davantage liée à des réalités économiques, la nécessité de tenir compte de la rareté des ressources s'est posée (A). L'impératif de développement a alors connu une évolution importante, sans perdre de sa substance originelle (B).

A. LA NECESSITE DE TENIR COMPTE DE LA RARETE DES RESSOURCES

C'est dans le contexte du droit du développement et des revendications liées au nouvel ordre économique international que se posent peu à peu des questionnements économiques particuliers relatifs à la gestion des ressources naturelles.

La prise en compte des problématiques énergétiques n'a pas d'abord été une priorité au sein de l'ONU avec l'avènement du nouvel ordre économique international. Elle a émergé au fur et à mesure qu'on se rendait compte que l'augmentation de la consommation d'énergie dans les pays en voie de développement non producteurs était plus rapide que l'accroissement du revenu national¹⁶⁸. Le fait que le secteur de l'énergie absorbait une part croissante des ressources dont disposaient les pays en voie de développement a également été constaté. L'ONU s'est alors inscrite dans une politique générale tendant à lutter contre le gaspillage avant de tendre vers un allègement de la dépendance des pays en voie de développement¹⁶⁹. Cette politique est fondée sur la diversification des sources, la régulation du marché, et le transfert de technologie énergétique¹⁷⁰. La volonté de lutte contre le gaspillage émane surtout des pays industrialisés réclamant la sécurité de leurs approvisionnements.

La stratégie internationale du développement adoptée à la fin des années 1980 est claire. Tous les pays, en particulier les pays développés, prendront immédiatement des mesures pour rationaliser la consommation d'énergie notamment par la conservation, par l'amélioration de

¹⁶⁷*Idem*, p. 86.

¹⁶⁸BETTATI (M.), *Le nouvel ordre économique international*, op. cit., p. 63.

¹⁶⁹*Ibidem*.

¹⁷⁰*Idem*, p. 65.

l'efficacité de leur système énergétique, surtout en ce qui concerne les hydrocarbures, par une meilleure gestion des ressources énergétiques et par un renforcement de la formation du personnel technique¹⁷¹. Dans le cadre de l'allégement de la dépendance des pays en voie de développement aux ressources énergétiques, en plus de la diversification des sources et du transfert de technologie, la régulation du marché est proposée par les Nations Unies¹⁷². Cette régulation doit être faite sur la base d'accords. Par ces accords, les Etats concernés s'engagent à assurer la régularité des approvisionnements de tous et à fournir des ressources pour l'exploitation des énergies nouvelles, particulièrement dans les pays en voie de développement. Ces accords constituent ainsi un des mécanismes permettant de réduire les pressions qu'une demande sans cesse exacerbée exerce sur les volumes disponibles. Ils permettent également de réduire le coût relativement élevé des énergies de rechange¹⁷³.

Quelques années plus tôt, en 1972, sous le titre « *The Limits to Growth* »¹⁷⁴, le club de Rome¹⁷⁵ publie le rapport « Meadows »¹⁷⁶ qui décrit un futur de rareté des matières premières mettant des limites fortes à la croissance. Le rapport insiste sur la nécessité de changer les modes de développement en optant pour davantage de sobriété sur la consommation. Peu à peu, l'idée selon laquelle les ressources sont limitées et les pollutions pourraient devenir insupportables a fait son chemin¹⁷⁷. L'acceptation du développement connaît alors une évolution.

¹⁷¹*Ibidem.*

¹⁷²*Ibidem.*

¹⁷³*Idem*, p. 67.

¹⁷⁴Dans sa version française, le rapport est intitulé « Halte à la croissance ? ».

¹⁷⁵Le Club de Rome est un groupe de réflexion (*think tank*) créé en 1968 et composé de chercheurs de différentes disciplines, de diplomates, d'industriels et de membres de la société civile. Les réflexions sont axées sur les problématiques auxquelles la société contemporaine internationale doit ou devra faire face. Site officiel du club de Rome: <http://www.clubofrome.org/eng/about/4/>.

¹⁷⁶Ce rapport a été réalisé par des scientifiques du *Massachusetts Institute of Technology (MIT)*, MEADOWS, (D.H), MEADOWS (D.L.), RANDERS (J.), BEHRENS III(W.W.), *The Limits to Growth*, New York, Universe Books, 1972 ; MEADOWS, (D. H), MEADOWS (D. L.), RANDERS (J.), BEHRENS III (W.W.), *Halte à la croissance ?*, Fayard, 1972.

¹⁷⁷GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, op. cit., p. 44.

B. LE DEVELOPPEMENT DURABLE : UNE CONCEPTION EVOLUTIVE DU DEVELOPPEMENT

Très vite, l'idée de développement devient indissociable de la question des ressources naturelles. De façon similaire, le développement industriel et technologique ne peut plus se concevoir sans les nombreuses pollutions éventuelles ou avérées, cela à différents degrés géographiques.

De cette époque, émergent les réflexions relatives à un développement technologique, économique et social, prenant en compte ces limites annoncées. L'environnement intègre pleinement le concept de développement. La Charte des droits et devoirs économiques des Etats pose sans le nommer le principe d'un développement durable axé autour du développement économique tenant compte des droits de l'homme¹⁷⁸ et de l'environnement¹⁷⁹. Il en va de même pour la Conférence de Stockholm de 1972. Le Sommet de la Terre de 1992 scelle et consacre l'idée de développement durable.

Il est important de garder à l'esprit le fait que la notion de développement ait d'abord existé dans le champ économique et social, faisant de la lutte contre la pauvreté l'un de ses objectifs principaux. Rappelons, dans cette conception, l'influence de nombreux mouvements comme ceux à caractère humaniste et chrétien qui se sont saisis, à partir des années 1950, du thème du développement¹⁸⁰. Ils ont donc situé celui-ci entre l'accroissement du bien-être et la réduction de la pauvreté. Dans cette perspective, le développement est d'abord l'action qui permet aux plus pauvres de sortir de leurs conditions. Le développement reste ainsi très marqué par l'élimination de la pauvreté et par l'idée de rattrapage des catégories sociales les plus défavorisées, mais aussi des classes moyennes, par rapport à un modèle de bien-être, originellement occidental, avec ses variations régionales et nationales¹⁸¹. La notion a

¹⁷⁸Préambule de la charte, k).

¹⁷⁹Préambule de la charte, f) ; article 30 de la Charte.

¹⁸⁰Le père Louis-Joseph Lebret représente bien cette tendance. C'est un dominicain promoteur de la solidarité avec les pauvres. Il a joué un rôle important dans l'église catholique et a inspiré de nombreux intellectuels et praticiens du développement comme l'économiste français François Perroux. Dès 1942, il crée un groupe de réflexion appelé « Economie et humanisme » ; Il crée en 1955 l'Institut de recherche et d'action sur la misère du monde qui deviendra l'IRAM (Institut de recherche et d'application des méthodes de développement). En 1958, il crée l'IRFED, Institut international de formation, éducation et développement. GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable : du développement au développement durable*, op. cit., p. 59.

¹⁸¹*Idem*, p. 92.

beaucoup évolué depuis 1950. Elle a ensuite été élargie à l'ensemble des relations entre les sociétés et leur substrat naturel¹⁸². Malgré cela, elle ne perd pas de sa substance originelle.

Cette vision de l'interaction des sociétés et de la nature donne à la notion de développement un sens nouveau, le développement apparaît comme une transformation adaptative pour conserver la viabilité des sociétés et de leur base, transformation dans laquelle la technologie et la manière de gouverner les sociétés sont cruciales. Il y a là tous les thèmes du développement durable¹⁸³ qui a vocation, à notre sens, à redéfinir les relations entre les firmes internationales et les grands Etats d'accueil de l'investissement, tout comme l'a été le nouvel ordre économique international.

Mais en droit international, le NOEI a été remis en cause. Ce mouvement est notamment craint par les firmes internationales qui voient à travers cette conception de la souveraineté, la mise en danger des investissements effectués au sein des pays en voie de développement. Ces réflexions auront cependant marqué leur époque puisqu'elles auront permis d'influer sur les rapports entretenus entre les Etats d'accueil et firmes multinationales qui ne seront plus jamais les mêmes. Au sein des grands contrats de concession pétrolière, une évolution se manifeste : celle à travers laquelle les Etats d'accueil tendent à réorganiser les rapports économiques avec le cocontractant étranger autour d'un partenariat. C'est la fin de l'idée d'une totale soumission. De nouveaux modèles contractuels apparaissent alors¹⁸⁴. Les Etats veulent s'affirmer dans la maîtrise et la construction de leur propre développement.

Ce développement se construit de plus en plus sur un modèle d'ouverture libérale à l'économie mondiale. C'est dans ce contexte particulier que s'ouvre la décennie 1990¹⁸⁵. Avec le phénomène de mondialisation, la notion de développement s'applique maintenant au contexte international. La prise de conscience de raretés éventuelles en matière d'énergie, de métaux, d'alimentation, la situe dans un cadre de viabilité économique, sociale et écologique. L'expression de développement durable s'appliquerait au cadre mondial¹⁸⁶.

¹⁸²*Idem*, p. 94.

¹⁸³*Idem*, p. 96.

¹⁸⁴OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice, 2002 ; LALIVE (J.-F.), « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées : « développements récents », *RCADI*, volume 181, 1983, p. 9.

¹⁸⁵GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable : du développement au développement durable*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁸⁶*Idem*, p. 47.

En 1992, le Secrétaire général de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement demande à Ignacy Sachs¹⁸⁷ de rédiger un texte pour le Sommet de la terre à Rio. Ignacy Sachs est un économiste, pionnier de l'écodéveloppement. L'écodéveloppement est présenté par cet auteur comme étant composé de 5 dimensions : la durabilité sociale qui pose l'idée d'une conception du développement davantage axée sur l'idée de partage afin de faciliter l'accès aux richesses et de réduire l'écart de vie entre riches et pauvres. La deuxième dimension est la durabilité économique qui dépend d'une répartition des ressources plus efficace et d'un flux constant d'investissements publics et privés¹⁸⁸. La durabilité écologique peut être renforcée à l'aide de plusieurs leviers tendant respectivement à augmenter la capacité de la terre à faire face aux besoins en intensifiant la mise en valeur de ses ressources potentielles à des fins socialement utiles, tout en minimisant les atteintes portées au système naturel dont dépend la vie sur la planète¹⁸⁹. Un autre levier est la limitation des combustibles fossiles et des autres ressources nuisibles pour l'environnement en les remplaçant par d'autres ressources renouvelables et/ou abondantes et sans nuisances, l'intensification de la recherche de produits propres et efficaces tendant à exploiter les ressources naturelles pour le développement rural, urbain et industriel. La durabilité spatiale est la quatrième dimension. Elle est destinée à un équilibre ville-campagne et une meilleure répartition des activités économiques et des établissements humains¹⁹⁰. La durabilité et la culture tendent à intégrer les modèles modernes de production dans chaque communauté culturelle dans la continuité de celle-ci. L'écodéveloppement s'analyserait ainsi en une pluralité de solutions locales, propres à chaque écosystème, à chaque contexte culturel, à chaque site¹⁹¹. La notion d'écodéveloppement insiste d'abord sur la satisfaction des besoins fondamentaux des populations pauvres dans les pays en voie de développement, sur l'adaptabilité des technologies, des modes de vie aux potentialités et contraintes spécifiques de chaque écozone¹⁹².

¹⁸⁷Ignacy Sachs est un économiste français né en 1927, père du concept d'écodéveloppement, auquel on assimile le développement durable. Il se définit en tant que « écosocioéconomiste » du développement. Le concept d'écodéveloppement met en relation la politique sociale, les préoccupations environnementales et le développement économique. Voir SACHS (I.), *L'Écodéveloppement, stratégies de transition vers le XXI^e siècle*, Syros, 1993.

¹⁸⁸GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, op. cit., pp. 99-100.

¹⁸⁹*Idem*, p. 100; SACHS (I.), *L'Écodéveloppement, stratégies de transition vers le XXI^e siècle*, Syros, 1993.

¹⁹⁰*Ibidem*.

¹⁹¹*Ibidem*.

¹⁹²GODARD (O.), « Le développement durable: paysage intellectuel ». *Natures-Sciences-Sociétés*, volume 2, n°4, 1994, p. 309.

En droit international, l'évolution du contexte idéologique, politique, économique et géopolitique s'est traduite par la naissance du droit du développement, l'affirmation puis la remise en cause du NOEI. Le nouvel ordre économique international n'a pas été un succès dans le sens où il s'est heurté à de nombreuses contestations de la part des pays du Nord et n'a pas survécu en tant que tel à la peur exprimée par les firmes transnationales d'investir dans des Etats ayant une telle volonté de maîtrise de leurs territoires. Cependant, ce mouvement a profondément marqué le contexte économique international. Il a notamment contribué à l'évolution de la perception du développement et de la souveraineté. Il a également influé sur les contrats d'Etat en permettant la redéfinition des relations contractuelles entre Etats et firmes multinationales. Malgré cela, les instruments relatifs à la mise en œuvre d'un droit du développement cristallisent toutes les difficultés et semblent ne pas convenir aux enjeux du développement durable.

SECTION 2. LE MANQUE D'INSTRUMENTS JURIDIQUES A LA MESURE DU CHANGEMENT

Les changements juridiques n'ont pas été à la hauteur des évolutions politiques et économiques. Le développement durable est apparu au sein d'un droit international du développement qui peinait au préalable à exister sous la dynamique de l'impératif de développement. D'ailleurs, au lieu d'en renforcer la construction, il en a finalement peut être sonné le glas. Quelle est alors la place des contrats d'Etat au sein d'un tel processus? Et de quelle façon ont-ils été marqués par lui? Il apparaît que l'investissement international, imperméable aux impératifs de développement, n'a pas intégré les nécessités du développement durable. Les problématiques relatives aux droits de l'homme et aux droits sociaux fondamentaux ont été dans le meilleur des cas, insuffisamment mis en exergue et consacrés. Et pourtant, les firmes internationales sont au cœur du développement. En effet, l'économiste Joseph Schumpeter voit les entrepreneurs comme un moteur de développement¹⁹³. Ces derniers sont considérés comme étant les principaux acteurs des transformations économiques et sociales¹⁹⁴, il ne peut y avoir de développement sans leur impulsion. Pourtant, le droit de l'investissement international s'avère détaché du droit du développement, tandis que le droit du développement même est remis en question. Mais il est

¹⁹³SCHUMPETER (J.A), *Capitalisme, socialisme et démocratie*, 1942, www.classiques.uqac.ca.

¹⁹⁴*Ibidem*.

important de remarquer que dans un cas comme dans l'autre, de ces carences, le contrat d'Etat émerge en tant qu'instrument juridique singulier. Face à un droit de l'investissement détaché du droit du développement (**Paragraphe 1**), les contrats d'Etat, rattachés à la catégorie des contrats d'investissement, ont connu leur propre évolution (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1. UN DROIT DE L'INVESTISSEMENT DETACHE DU DROIT DU DEVELOPPEMENT

Les mutations du contexte économique et politique constatées ces dernières décennies ont eu pour conséquence de voir le droit de l'investissement se transformer en réaction. D'une part, ce dernier s'est mué en un droit protecteur, tourné vers les intérêts du contractant étranger, d'autre part, il a évolué en un droit non contraignant, dont les obligations en matière de développement durable sont laissées à la discrétion des destinataires de la norme. Le droit du développement a connu, au fur et à mesure de ces nombreuses transformations, de profonds questionnements. Ainsi, la difficile conciliation entre investissement et développement durable (**A**) a été accentuée par cet état du droit (**B**).

A. LA DIFFICILE CONCILIATION ENTRE INVESTISSEMENT ET DEVELOPPEMENT DURABLE

Il convient au préalable d'appréhender juridiquement la notion d'investissement (**1**) avant de faire état d'évolutions opposées entre droit de l'investissement et droit du développement face aux impératifs de développement durable (**2**). Cela nous mènera à conclure que le droit de l'investissement s'avère être un droit conventionnel particulièrement tourné vers la protection du contractant étranger (**3**). L'équilibre est de ce fait difficile entre intérêts publics et privés, entre développement durable et investissement (**4**). A cela s'ajoute la question de la responsabilité des firmes transnationales (**5**) et la nécessité de lier investissement et développement durable (**6**).

1) La complexe acception juridique de l'investissement

En droit, l'investissement international est soumis à des règles particulières. Il importe donc en la matière, de définir la notion. Le régime de l'investissement international a vocation à

s'appliquer aux contrats d'Etat, souvent dilués dans cet ensemble plus général que constitue le droit international de l'investissement.

La notion d'investissement est avant tout économique¹⁹⁵. Elle est liée à celle de capital¹⁹⁶. L'investissement est un flux qui permet d'accroître ou de renouveler un stock de capital¹⁹⁷. Investir, c'est, pour une entreprise ou un pays, augmenter le stock des moyens de production, machines, équipements de tous types, et développer les infrastructures, l'acquisition de connaissances et la formation des hommes¹⁹⁸. Même si on peut donc prendre en compte l'investissement immatériel, le terme « investissement » concerne le plus souvent le seul capital fixe : investir, c'est alors créer ou acquérir des biens de production ou d'équipement¹⁹⁹. Le droit international de l'investissement concerne pour une part importante l'investissement direct étranger, distinct de l'investissement de portefeuille. En économie, l'investissement direct étranger peut se définir comme une opération par laquelle un investisseur, établi dans un pays (pays d'origine), acquiert un actif dans un autre pays (pays d'accueil), avec l'intention de le gérer²⁰⁰. Cet investissement recouvre trois formes d'opérations qui sont tout d'abord la participation au capital (par fusion, acquisition de nouvelles installations) à un niveau suffisant pour pouvoir exercer un contrôle. Il y a ensuite le réinvestissement sur place des bénéfices d'une filiale implantée à l'étranger. Il y a enfin les prêts à court ou à long terme réalisés entre une société mère et sa filiale²⁰¹. La Banque de France, conformément aux décisions du Fonds monétaire international (FMI), considère qu'il y a investissement direct lorsque l'investisseur contrôle 10% ou plus du capital de l'entreprise dont il a acquis les actions. Le seuil de contrôle n'est pas aisé à définir²⁰².

Pour le Fonds Monétaire International, est considéré en tant qu'investissement direct étranger, celui « *réalisé dans le but d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise exerçant son activité sur le territoire d'une économie autre que celle de l'investisseur, l'objectif de ce*

¹⁹⁵AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *Jurisclasseur Droit international*, fascicule 572-50, spéc. § 9 et s.

¹⁹⁶ECHAUDEMAISON (C.-D.) (dir.), « Investissement », *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, 8^{ème} édition, Nathan, 2009.

¹⁹⁷BEITONE (A.), CAZORLA (A.), DOLLO (C.), DRAI (A.-M.), « Investissement », *Dictionnaire de Science économique*, Armand Colin, 2010.

¹⁹⁸*Ibidem.*

¹⁹⁹*Ibidem.*

²⁰⁰BEITONE (A.), CAZORLA (A.), DOLLO (C.), DRAI (A.-M.), « Investissement direct étranger », *Dictionnaire de Science économique*, Armand Colin, 2010.

²⁰¹*Ibidem.*

²⁰²*Ibidem.*

dernier étant d'avoir un pouvoir de décision effectif dans la gestion de l'entreprise »²⁰³. Le FMI retient le seuil de 10% de participation afin qu'un investissement direct soit qualifié en tant que tel.

Selon l'OCDE, l'investissement direct est un type d'investissement transnational effectué par le résident d'une économie (« *l'investisseur direct* ») afin d'établir un intérêt durable dans une entreprise (« *l'entreprise d'investissement direct* ») qui est résidente d'une autre économie que celle de l'investisseur direct. L'investisseur est motivé par la volonté d'établir avec l'entreprise une relation stratégique durable dans le but d'exercer une influence significative sur sa gestion. L'existence d'un « intérêt durable » est établie dès lors que l'investisseur direct détient au moins 10 % des droits de vote de l'entreprise d'investissement direct. Pour l'OCDE, l'investissement direct se distingue de l'investissement de portefeuille en ce sens qu'il n'a pas les mêmes finalités : l'investisseur de portefeuille ne cherchant généralement pas à influencer sur la gestion de l'entreprise²⁰⁴. En dessous de 10%, la Banque de France considère également qu'il s'agit d'un investissement de portefeuille²⁰⁵.

La notion d'investissement direct étranger nécessite l'existence de liens durables grâce auxquels l'investisseur doit être en mesure d'exercer une influence sur l'entreprise investie. La définition de ce qui est entendu par « liens durables » n'est pas donnée. Elle tend cependant à différencier les investissements directs des simples investissements de portefeuille.

Il est important de noter que, malgré cette précision et cette référence expresse à la notion « d'investissement direct étranger », les textes internationaux se réfèrent souvent simplement à la notion d'investissement. Ainsi on parle de traités bilatéraux d'investissement ou encore d'accords internationaux sur l'investissement. On parle d'ailleurs du droit des investissements au lieu du droit de l'investissement direct étranger. Il semble alors que l'investissement direct étranger soit en réalité dilué au sein d'un contexte qui semble plus large et qui est celui de l'investissement, tant et si bien que l'on se pose la question de savoir pourquoi il est encore opéré une telle distinction et pourquoi l'investissement direct étranger possède une définition propre qui semble avoir pour but de la distinguer de l'investissement en général.

²⁰³FMI, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale*, 6^{ème} édition, Washington D.C., 2009.

²⁰⁴OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, quatrième édition 2008, <http://www.oecd.org/dataoecd/39/45/40632182.pdf>, p. 17, consulté le 2 janvier 2011.

²⁰⁵« Investissements directs », <http://www.banque-france.fr/fr/statistiques/economie/economie-balance/investissements-directs.htm>, consulté le 2 janvier 2011.

L'acception juridique de l'investissement est plus large que la définition économique qui en est faite. En droit international, la notion fait l'objet de nombreuses conceptions parfois divergentes²⁰⁶. Selon le professeur Mathias Audit : « *Tout d'abord, on constate que l'investissement international au sens qu'en retient tel ou tel texte juridique est fréquemment bien plus large que la définition économique retenue par les grandes institutions économiques internationales. En règle générale, la définition juridique de l'investissement international dépasse les seuls investissements directs étrangers, même en y associant les investissements de portefeuille. Ensuite, on observe également que la notion d'investissement international est parfois si extensive qu'elle en vient à recouvrir des opérations qui, sous d'autres cieux, seraient plutôt considérées comme de simples transactions commerciales internationales* »²⁰⁷.

Pour l'auteur, en ne posant aucune définition de l'investissement, l'article 25²⁰⁸ de la convention de Washington du 18 mars 1965²⁰⁹, s'est en réalité tenu à une conception

²⁰⁶SALMON (J.), (dir.), « Investissement », *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001 ; AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *loc. cit.* ; BENCHENEB (A.), « Sur l'évolution de la notion d'investissement », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 180 ; JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, volume 250, 1994, VI, p. 9 ; KAHN (P.), « Les définitions de l'investissement international », SOREL (J.-M.) (eds.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, A. Pedone, 2009, p. 11 ; GAILLARD (E.), « Reconnaître ou définir ? Réflexion sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », SOREL (J.-M.) (eds.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, *op. cit.*, p. 17 ; HORCHANI (F.), « Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissement », SOREL (J.-M.) (eds.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, *op. cit.*, p. 49 ; GEIGER (R.), « Investissement et développement : une approche multilatérale », SOREL (J.-M.) (eds.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, *op. cit.*, p. 33 ; YALA (F.), « La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires *Salini*, *SGS* et *Mihaly*) », LEBEN (C.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 281 ; MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres États. Trente années d'activités du CIRDI*, thèse, Litec, 2005, pp. 43-102 ; POULAIN (B.), « L'investissement international, définition ou définitions », *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, KAHN (P.), WALDE (T. W.), (dir.), Académie de droit international de La Haye (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 123.

²⁰⁷AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *op. cit.*, §13.

²⁰⁸Extrait de l'article 25 : Article 25. (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

²⁰⁹Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Cette Convention a créé le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf, site du CIRDI, consulté le 18 novembre 2011.

subjective de cette notion²¹⁰. Ainsi, il n'a pas été jugé nécessaire de la définir, compte tenu du fait que, par leur choix de soumettre leur différend au CIRDI à la faveur d'une clause compromissoire, les parties à un contrat d'Etat manifestent également leur volonté de qualifier l'opération projetée en investissement étranger²¹¹.

Cette conception subjective a suffi, tant que le CIRDI n'avait à connaître que des litiges reposant sur un lien contractuel direct entre l'investisseur étranger et l'Etat d'accueil²¹². La reconnaissance et la généralisation du consentement dissocié à l'arbitrage opérées à partir des années 1990 ont révélé les limites de cette conception subjective de la notion d'investissement²¹³. A partir du moment où le consentement à l'arbitrage CIRDI imputable à l'Etat ne dépendait plus nécessairement d'un lien contractuel direct avec l'investisseur étranger, mais qu'il pouvait être induit d'une loi nationale ou d'un traité bilatéral d'investissement (TBI), un tri devait être opéré afin de déterminer les opérations susceptibles de bénéficier d'un tel consentement²¹⁴. Or, dans ce nouveau contexte, une conception subjective de la notion d'investissement est dépourvue de pertinence²¹⁵. Elle doit être appréhendée de manière objective²¹⁶. A cette fin, trois critères sont traditionnellement retenus²¹⁷.

En effet, la notion objective d'investissement est traditionnellement considérée comme nécessitant la réunion de trois éléments : un apport par l'investisseur en espèces voire en nature, une opération qui doit nécessairement s'inscrire dans la durée et l'existence pour l'investisseur d'un aléa²¹⁸. L'investissement international a ainsi été caractérisé en premier lieu par un apport, provenant d'un Etat étranger vers l'Etat d'accueil²¹⁹. Il se manifeste en

²¹⁰AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *op. cit.*, §14.

²¹¹*Ibidem* ; STERN (B.), « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 223.

²¹²AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *loc. cit.*

²¹³*Ibidem* ; Aux termes du principe du consentement dissocié à l'arbitrage, un Etat est réputé présenter dans un texte à portée générale une offre d'arbitrage aux investisseurs étrangers venant opérer sur son territoire. En cas de contentieux, il leur suffit alors d'accepter ladite offre pour enclencher valablement la procédure arbitrale, AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *op. cit.*, §37.

²¹⁴AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *op. cit.*, §14.

²¹⁵*Ibidem*.

²¹⁶*Ibidem*.

²¹⁷*Ibidem*.

²¹⁸*Idem*, §15.

²¹⁹*Ibidem*.

principe par un mouvement international de capitaux²²⁰. En revanche, la qualification d'investissements internationaux a été discutée pour les apports opérés en nature ou en industrie²²¹.

L'apport doit également s'inscrire dans la durée²²². Ceci explique que sont en principe exclues de la notion d'investissement international les opérations à exécution immédiate, comme une vente par exemple²²³. On retrouve ici le critère de la prise d'un intérêt durable retenu dans la conception économique de l'investissement direct étranger²²⁴. Mais la durée exacte de cette prise d'intérêt n'est pas réellement fixée²²⁵. En conséquence, ce critère de la durée est donc affecté d'une certaine relativité²²⁶.

Enfin, l'opération doit impliquer pour l'investisseur un risque économique ou commercial²²⁷. En d'autres termes, le profit recherché doit être affecté d'un aléa²²⁸. Cependant, ce type de risque inhérent à la notion d'investissement international doit être distingué du risque juridique que représente la violation par le partenaire local de ses obligations contractuelles ou conventionnelles vis-à-vis de l'investisseur²²⁹.

Outre un apport par l'investisseur, une opération devant nécessairement s'inscrire dans la durée et l'existence pour l'investisseur d'un aléa, un critère supplémentaire est parfois retenu : il s'agit de la contribution de l'opération en cause au développement économique de l'Etat d'accueil²³⁰. Pour le professeur Mathias Audit, il est vrai que si ces Etats acceptent d'octroyer, notamment par voie de traités, un régime de protection aux investisseurs étrangers, c'est parce qu'ils espèrent tirer un bénéfice des fonds injectés à cette occasion dans leurs économies nationales²³¹. A plus ou moins long terme, on attend de l'investissement provenant de l'étranger un surplus de croissance et donc de développement

²²⁰*Ibidem.*

²²¹JUILLARD (P.), « Chronique de droit international économique », *Annuaire français de droit international*, 1984, XXX, p. 773, spéc. p. 777.

²²²AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *loc. cit.*

²²³*Ibidem.*

²²⁴*Ibidem.*

²²⁵*Ibidem.*

²²⁶*Ibidem.*

²²⁷*Ibidem.*

²²⁸*Ibidem.*

²²⁹POULAIN (B.), « L'investissement international, définition ou définitions », *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, *loc. cit.*

²³⁰AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *op. cit.*, §16 ; BEN HAMIDA (W.), « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, 2008, p. 999.

²³¹AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *loc. cit.*

économique pour le territoire de l'Etat d'accueil²³². Dans une sentence *Fedax*, rendue sous les auspices du CIRDI, le tribunal arbitral a effectivement paru retenir ce critère supplémentaire²³³. Il a été repris dans une affaire postérieure²³⁴. Cependant, d'autres tribunaux arbitraux ont jugé que ce nouveau critère s'inférait en réalité de la réunion des trois éléments traditionnels²³⁵. Cette dernière position présente l'avantage de ne pas laisser prospérer au cours de la procédure arbitrale des débats complexes sur les conséquences macroéconomiques de l'opération d'investissement pour l'Etat d'accueil, dont l'issue sera toujours affectée d'une certaine incertitude²³⁶.

En matière d'investissement, la différenciation entre investissement direct et investissement de portefeuille perdure, mais on se pose parfois la question de son opportunité tant la conception de la notion d'investissement évolue en pratique, les techniques et moyens de réalisation des investissements également. A titre d'illustration, selon un auteur, si l'investissement emprunte le plus souvent à la technique sociétaire, il s'avère progressivement que cette dernière ne soit plus la seule car le recours à la technique contractuelle est de plus en plus usité²³⁷. D'ailleurs, cette dernière a-t-elle déjà été exclue du domaine des investissements directs étrangers ? Nous ne le pensons pas. Au début des années 1980, pour le professeur Patrick Juillard²³⁸, la notion d'investissement ne prenait en compte que les apports (en espèces ou en nature) d'origine privée et constitués aux risques et périls de l'investisseur qui en récoltait les bénéfices ou en subissait les pertes. En d'autres termes, l'investissement consistait essentiellement en la constitution de nouvelles sociétés dont le capital social était fourni par l'investisseur étranger ou dont le capital était partagé entre des investisseurs locaux et des investisseurs étrangers. Il pouvait résider dans la prise de participation au sein d'une

²³²*Ibidem*.

²³³*Ibidem* ; CIRDI, *Fedax c. Venezuela* (Aff. n° ARB/96/3), 11 juillet 1997, Aff. n° ARB/96/3, § 43 (compétence), *ICSID Rep.*, 2002, p. 186 ; *JDI*, 1999, p. 276.

²³⁴AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *loc. cit.* ; CIRDI, *Salini Costruttori et Italstrade c. Maroc* (Aff. n° ARB/00/4), 23 juillet 2001, § 52 (compétence), *ICSID Rep.*, 2004, p. 400 ; *JDI*, 2002, p. 196.

²³⁵AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *loc. cit.* ; CIRDI, *Consorzio Groupement LESI-DIPENTA c. Algérie* (Aff. n° ARB/03/8), 10 janvier 2005, § 13, *ICSID Rev.-FILJ*, 2004, p. 426 ; CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation Président Aliende c. Chili* (Aff. n° ARB/98/2), 8 mai 2008, § 374 et 375.

²³⁶AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *loc. cit.*

²³⁷BENCHENEB (A.), « Sur l'évolution de la notion d'investissement », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 180, spéc. p. 190.

²³⁸LEBEN (C.), « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement. Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986) », *JDI*, 1986, II., p. 895, spéc. p. 942 ; JUILLARD (P.), « Chronique de droit international économique. Définition de l'investissement », *Annuaire français de droit international*, xxx, 1984, p. 773, spéc. p. 777.

société déjà existante, par le rachat de ce capital ou par une augmentation de capital. D'autres auteurs, comme le professeur Philippe Kahn²³⁹, prenaient déjà en considération l'importance revêtue par les relations purement contractuelles pour le développement économique des Etats et considéraient que ces dernières pouvaient constituer des investissements au même titre que l'« apport en propriété » par constitution d'un capital social ou par participation à ce dernier. Un autre auteur écrivait d'ailleurs à cet effet : « *Il importe de prendre en compte la diversité des techniques utilisées et la croissance des formes mixtes d'investissements, qui associent des techniques contractuelles et des prises de participation, selon un ample éventail*²⁴⁰ ». Monsieur Philippe Leboulanger a également reconnu l'essor de nouvelles formes d'investissements se traduisant principalement par un recours accru à des mécanismes contractuels²⁴¹. Ces réflexions avaient été confirmées en leur temps par des conventions bilatérales de protection et de promotion de l'investissement donnant des définitions de plus en plus larges de la notion d'investissement. Cela a aussi été le cas des codes d'investissements de différents Etats. Ainsi, selon l'auteur, d'une façon générale, on entend par investissement, au sens des codes, tout apport de capitaux, de biens, de services, de brevets et de techniques de fabrication. Certaines législations donnent une définition synthétique selon laquelle les droits liés à une telle notion sont applicables à la création d'une entreprise nouvelle ou d'un établissement nouveau de caractère industriel ou agricole, quelle que soit sa forme²⁴². D'autres textes donnent une énumération détaillée des droits, biens et services, qui peuvent faire l'objet d'un investissement²⁴³. Quelle que soit la formule retenue, la définition de l'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 nécessite à la fois un apport en capitaux, en nature et en industrie, ainsi que la fourniture de prestations de caractère intellectuel, (contrats d'études, *engineering*), la cession de brevets, de licences, de *know-how* et très souvent des engagements de formation professionnelle²⁴⁴.

²³⁹KAHN (P.), « L'extension de la notion d'investissement », BOURRINET (J.), *Les investissements français dans le Tiers- Monde*, Economica, 1984, p. 111; LEBEN (C.), « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement. Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986) », *JDI*, 1986, II., p. 895, spéc. p. 942; DELAUME (G.-R.), « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *JDI*, 1982, p. 800.

²⁴⁰LAVIEC (J.-P.), *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique*, PUF, 1985, spéc. p. 35.

²⁴¹LEBOULANGER (P.), *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Economica, 1985, p. 1.

²⁴²*Idem*, p. 191.

²⁴³*Ibidem*.

²⁴⁴*Ibidem*.

Dans un autre aspect des techniques utilisées pour permettre l'investissement, une autre évolution est à souligner. Il n'est plus exigé que les apports soient de façon exclusive ou non des apports en numéraire. Les mouvements de fonds ne singularisent plus l'investissement, ce qui vaut reconnaissance du capital intellectuel que peut représenter l'investisseur. En outre, on ne distingue pas ou plus entre les différentes catégories d'actions. Le nombre de titres est indifférent, la détention directe d'un titre tend de plus en plus à perdre de sa pertinence. Cela résulte notamment de l'évolution des techniques sociétaires internationales, de l'existence de groupes de sociétés et, au-delà de cette réalité, d'un phénomène important et de techniques de concentration des sociétés. De ce fait : « *La dissociation entre investissements directs impliquant un contrôle par l'investisseur sur la gestion de l'entreprises et investissement de portefeuille s'est estompée* »²⁴⁵. Cela explique sans doute le fait que ces investissements soient regroupés de façon plus générale sous le terme d'investissement. En conséquence, la majorité des contrats d'Etat est susceptible d'appartenir à la catégorie des investissements internationaux. Parfois, la confusion est opérée entre contrats d'Etat et contrats d'investissement, bien que tous les contrats d'Etat n'appartiennent pas aux investissements internationaux. En effet, de simples contrats commerciaux ponctuels, de fourniture de biens ou de services sont susceptibles d'échapper à une telle catégorisation. En outre, tous les investissements internationaux ne se réalisent pas sous la forme de contrats d'Etat car ils peuvent exister sous forme de relations entre sociétés privées par exemple. Il importe cependant, au regard de l'appartenance de principe des contrats d'Etat à la catégorie des investissements internationaux, de rechercher les liens entretenus entre le droit de l'investissement et celui du développement. Ce lien apparaît à première vue difficile, au regard des transformations du droit de l'investissement international.

2) L'état d'évolutions opposées

Du fait notamment du NOEI et des grandes vagues de nationalisation des années 1950, les sociétés transnationales ont développé la crainte d'être soumises à la seule volonté et à l'arbitraire d'un Etat d'accueil qui serait tout puissant. C'est la raison pour laquelle ils ont tenté de faire échapper le contrat d'Etat à l'ordre juridique interne de l'Etat d'accueil. Des théories relatives au droit applicable aux contrats d'Etat se sont alors développées, tendant à

²⁴⁵BENCHENEB (A.), « Sur l'évolution de la notion d'investissement », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle: A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, loc. cit.*, p. 180, spéc. p. 191.

faire échapper ce contrat au droit national afin de l'internationaliser. La technique contractuelle a également été sollicitée à cet effet, soit au moyen de clauses de droit applicable, de clauses compromissoires ou de clauses attributives de juridiction, soit au moyen de clauses de stabilisation. Le contrat d'Etat étant rattaché à la catégorie juridique plus large des contrats d'investissement, le droit de l'investissement a été adapté à ces mutations extracontractuelles en devenant un droit tendu vers la protection de l'investisseur étranger.

Le développement durable est né dans le contexte d'existence du droit international du développement. La question qui se pose est celle de savoir si ce droit a connu des mutations lui permettant de faire face aux changements afin notamment de s'adapter à ces préoccupations. Mais les cinq dernières décennies consacrées au développement font l'objet d'un constat mitigé. Tout d'abord, on ne peut affirmer de façon péremptoire que les grands accords de développement économique conclus sous la forme de contrats d'Etat ont réellement participé au développement des Etats d'accueil. On ne peut cependant avancer le contraire sur le même ton. Nous pouvons cependant constater qu'un grand nombre de ces accords ont enrichi une partie infime et profité aux sociétés transnationales. Bien que cela ait été l'un des objectifs du droit du développement, la concordance entre ce dernier et le droit de l'investissement a été fortement limitée. Il semble que les deux matières, qui auraient dû être liées en théorie, aient en pratique évolué aux antipodes l'une de l'autre, alors que les perspectives de développement résident en majeure partie, à tort ou à raison, dans l'investissement international. S'il a pu être considéré dans le droit international du développement, que les pays du Nord avaient l'obligation de participer au développement des Etats du Sud ou au moins de tenir compte de la particularité de la situation de ces dernières, cette obligation, qui n'est pas retranscrite au sein de l'investissement international, n'a jamais incombé directement aux sociétés transnationales, principaux acteurs, pourvoyeurs de l'investissement international.

Les Etats ont tenté à de nombreuses reprises d'élaborer un Accord multilatéral sur les investissements mais leurs efforts en ce sens ont échoué. L'idée d'une espèce de consensus mondial en matière d'investissements internationaux est bien présente au sein de la communauté internationale bien que ses modalités fassent défaut. Plus difficile encore est la prise en compte au sein de cet Accord potentiel de problématiques économiques, sociales et environnementales liées au développement durable. Mais de nombreux accords régionaux ou bilatéraux de promotion de l'investissement existent. La question que l'on peut se poser est

celle de savoir si ces derniers sont réellement adaptés aux enjeux du développement durable. Il semble cependant que le droit de l'investissement ait occulté toute préoccupation autre que celle de la protection du cocontractant étranger.

3) Le droit de l'investissement : un droit conventionnel tourné vers la protection de l'investisseur étranger

L'évolution du droit international de l'investissement s'est notamment cristallisée autour d'une multiplicité d'accords internationaux d'investissement (AII)²⁴⁶. Depuis l'avènement, puis la remise en cause du mouvement de NOEI, le droit international des contrats d'Etat s'est analysé en une série de traités multilatéraux et bilatéraux de protection et de promotion de l'investissement. Même si ces derniers n'offrent pas au contrat d'Etat un corps de règles substantielles suffisantes et nécessaires à l'objet du contrat, on se rend compte que l'évolution de ce qui peut être spécifiquement désigné comme étant un droit international de l'investissement s'est davantage faite autour de la protection du cocontractant étranger et de ses avoirs, contre l'éventuel arbitraire de l'Etat d'accueil. Selon la CNUCED²⁴⁷, on assiste à « *une expansion rapide du réseau mondial des AII* ». En dix ans, le nombre d'accords internationaux d'investissement s'est accru : en 1998, on dénombrait moins de 3400 AII, à la fin de 2007, leur nombre dépasse 5500²⁴⁸. Le système des AII devient de plus en plus complexe, atomisé et hétérogène. Il est composé d'accords relatifs à l'investissement existant à différents niveaux : bilatéral, sous-régional, régional, interrégional, sectoriel, plurilatéral et multilatéral, qui peuvent coexister. Selon le même rapport, l'univers des AII est multiforme en ce sens qu'il régit des questions plus centrales, que l'on retrouve au cœur de la plupart des traités de protection et de promotion de l'investissement, qui sont tournées vers la protection de l'investissement étranger. Cependant, ces traités peuvent également s'étendre à des questions considérées comme « *connexes* » et qui auraient trait au commerce, aux services, à la propriété intellectuelle, aux politiques industrielles, au droit du travail, aux mouvements de

²⁴⁶Les AII comprennent un grand nombre d'accords relatifs à l'investissement, parmi lesquels les traités bilatéraux de promotion et de protection de l'investissement, les accords de libre-échange, les accords de coopération économique, les accords régionaux, sectoriels, plurilatéraux ou multilatéraux ; CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*. Etudes de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, Nations Unies, New York et Genève, 2008. Etude consultée le 11 janvier 2011, http://www.unctad.org/fr/docs/iteit20073_fr.pdf, spéc. p. 66.

²⁴⁷Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

²⁴⁸Dont plus de 2600 ABI (Accords bilatéraux d'investissement) et plus de 2700 conventions tendant à éliminer la double imposition (CDI). CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, op. cit., p. 1.

main-d'œuvre ainsi qu'aux questions d'environnement par exemple²⁴⁹. C'est ce que la CNUCED considère comme une homogénéité du centre et une hétérogénéité de la périphérie. La prolifération de tels traités pose des problèmes de cohérence pour les pays en voie de développement. En outre, du fait de cette multiplication, ces derniers risquent également de perdre une certaine flexibilité réglementaire nécessaire pour gérer l'investissement direct étranger en grande conformité avec les intérêts nationaux²⁵⁰. La question se pose alors de trouver au sein de ces accords le juste équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés.

4) Le difficile équilibre entre intérêts publics et privés, entre développement et investissement

Selon la CNUCED, certains pays en voie de développement ont réagi en explicitant le texte des dispositions de chaque traité et en y insérant un certain nombre de clauses d'exception en lien avec des préoccupations publiques impératives telles que l'environnement, la santé ou encore la sécurité nationale. A la question de savoir comment les investissements internationaux peuvent contribuer à la réalisation du développement, la réponse demeure largement, en droit international des investissements, celle de l'attractivité du territoire et à la meilleure façon d'attirer l'investissement international par des normes de protection particulières. Mais le fait d'attirer l'investissement étranger, aussi important soit-il, permet-il pour autant d'atteindre des objectifs de développement auxquels les pays en voie de développement ont la volonté de parvenir ? Aussi longtemps que les AII seront aussi atomisés, demeureront des déficiences intrinsèques de l'univers des AII avec des freins pour la croissance et le développement.

Ainsi, par exemple, les ABI²⁵¹ signés entre 1959 et 1969 sont tournés vers la garantie du traitement national, du traitement de la nation la plus favorisée, du traitement juste et équitable ainsi que du traitement conforme au droit international coutumier. Une garantie d'indemnisation rapide en cas d'expropriation, la liberté de transfert des paiements liés aux investissements et des dispositions régissant le règlement des différends entre investisseurs et Etats et entre Etats²⁵².

²⁴⁹*Ibidem.*

²⁵⁰*Ibidem.*

²⁵¹Les accords bilatéraux d'investissement.

²⁵²CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, *op. cit.*, p. 9.

La plupart des AII établissent principalement des obligations passives dans le sens où l'ensemble des engagements se résume souvent au fait de s'abstenir d'adopter un comportement défavorable à l'investissement dont il est question. Ainsi, les accords n'imposent que dans des cas limités aux Etats l'obligation d'agir dans un sens déterminé, par exemple contre certains comportements. Les mesures prises par certains pays d'origine, telles que la promotion active du transfert de technologie par exemple, constituent des exceptions au sein des AII²⁵³. La majorité des AII ne s'intéresse pas spécifiquement à des questions de développement. L'objectif de ces accords réside dans leur intitulé, ce sont des accords de promotion et de protection de l'investissement étranger. Ce ne sont pas des accords de développement économique. Cette dernière question peut être soulevée dans le préambule qui n'est pas juridiquement contraignant. L'objectif de développement économique s'analyse alors en un objectif politique qui n'est pas seulement tourné vers l'Etat d'accueil mais plutôt vers celui de toutes les parties contractantes, quelles qu'elles soient. « *Mis à part ce qui est énoncé dans le préambule, les AII poursuivent l'objectif de développement d'une manière essentiellement indirecte, c'est-à-dire par le biais de la protection de l'investissement étranger dans le pays d'accueil* »²⁵⁴.

La CNUCED soulève également le fait qu'il est important que se développe une certaine cohérence entre les AII et les politiques de développement locales. Ainsi, les engagements souscrits doivent en principe augmenter la probabilité de réalisation des objectifs de développement économique du pays considéré. Des difficultés peuvent, par exemple, se poser du fait que certains engagements souscrits dans le cadre d'AII empiètent sur le pouvoir discrétionnaire des pays d'accueil, s'agissant de prendre de futures décisions aux fins de l'exécution de sa politique de développement²⁵⁵. Des difficultés se posent également quant aux capacités des pays d'accueil de faire face aux défis en matière de développement. C'est par exemple le cas en matière de transfert de technologie. Le renforcement de bases technologiques peut nécessiter des mesures complexes, notamment en droit du travail, en droit commercial et en droit de la propriété intellectuelle.

La recherche d'un équilibre doit être le cœur principal des questionnements relatifs à l'évolution du droit international de l'investissement. La problématique fondamentale consiste

²⁵³*Ibidem.*

²⁵⁴*Idem*, p. 38.

²⁵⁵*Idem*, p. 45.

à trouver un juste milieu entre les droits et les intérêts du pays d'accueil et ceux des investisseurs étrangers. En droit, les conflits d'intérêts potentiels trouvent leur solution entre les liens réciproques existant entre les AII et les législations internes des pays d'accueil. Alors que les AII visent à protéger les intérêts légitimes des investisseurs étrangers, la législation d'un pays d'accueil s'attache au respect des normes en vigueur sur le territoire d'accueil de l'investissement²⁵⁶. Selon la CNUCED, la plupart des AII accordent des droits aux investisseurs mais ne dit rien des devoirs de ces derniers²⁵⁷. Cela signifie que les pays d'accueil continuent de réglementer l'investissement étranger au moyen de leur législation intérieure et non en imposant directement des engagements aux investisseurs étrangers dans les AII. C'est le cas, par exemple au regard de la thématique de la responsabilité sociale des firmes transnationales.

5) Les questionnements liés à la responsabilité des firmes transnationales

La question de la responsabilité sociale des sociétés multinationales se pose de plus en plus au cœur de celle de l'élaboration de règles relatives à l'investissement international²⁵⁸. Selon la CNUCED : « *Voilà des années que les pays en développement tentent en vain d'imposer des obligations plus importantes aux investisseurs étrangers dans les AII. Pour nombre d'entre eux, il reste difficile de garantir une contribution adéquate des entreprises au développement* »²⁵⁹. Il a ainsi été reproché aux accords internationaux d'investissement de ne pas assez préserver l'intérêt général et de ne pas avoir à cœur le développement de l'Etat d'accueil des investissements. La CNUCED a souligné le fait de limiter ce risque en développant et en accentuant de façon accrue la responsabilité sociale des entreprises. Cette question est majeure. En matière d'AII, l'interrogation a été soulevée, de savoir si ces accords bilatéraux devaient prévoir des obligations à la charge des investisseurs étrangers, en échange des droits que leur accordaient les accords sur les investissements. Selon la CNUCED, ces obligations pourraient être passives dans le sens où les investisseurs pourraient s'abstenir de certaines activités, telles que celles portant atteinte aux droits de l'homme, aux droits du travail ou encore à l'environnement par exemple²⁶⁰. Ces obligations pourraient également être actives dans le sens où elles leur imposeraient d'apporter une contribution au développement.

²⁵⁶ *Idem*, p. 57.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ *Idem*, p. 1.

²⁵⁹ *Idem*, p. 37.

²⁶⁰ *Idem*, pp. 61-62.

La question se pose de savoir si ne pourraient être insérées au sein des AII des obligations spécifiques pour les investisseurs qui seraient contraignantes. Cette idée fait actuellement l'objet de demandes persistantes²⁶¹. L'idée, soulevée par la CNUCED, de mettre en place un instrument imposant des obligations à l'investisseur, pouvant permettre au pays d'accueil d'avoir recours aux mécanismes d'arbitrage est pour nous d'un grand intérêt. La question posée est donc de savoir s'il ne serait pas utile, par exemple, d'élaborer des principes traitant spécifiquement de la contribution des entreprises au développement économique des Etats d'accueil de l'investissement. Selon la CNUCED²⁶², cette question prend toute son importance, s'il est tenu compte du recours accru au partenariat public-privé en tant que moyen d'atteindre des objectifs de développement en exploitant et en investissant dans les pays en voie de développement. Par ce biais, un investisseur s'impliquerait dans la prestation de services publics et la mise en place d'infrastructures²⁶³. L'idée est également soulevée, dans la négociation de futurs accords internationaux d'investissement, de savoir s'il devrait être fait référence aux instruments internationaux relatifs à la responsabilité des investisseurs.

Le paradoxe de ces interrogations liées aux obligations des investisseurs et à la responsabilité sociale des firmes réside dans le fait que l'existence d'obligations internationales positives pour l'investisseur étranger peut avoir pour effet pervers de freiner cet investissement.

6) La nécessité de lier investissement et développement durable

Selon la CNUCED, les accords sont de plus en plus nombreux, tendant à mettre vigoureusement l'accent sur le fait que la protection de l'investissement ne doit pas se faire au détriment d'autres préoccupations publiques légitimes. Ainsi, de plus en plus d'accords tendent à exclure de leur champ d'action (entièrement ou partiellement) les mesures adoptées par les Etats d'accueil dans des domaines aussi divers que l'ordre public, la protection de la santé, la sûreté et les ressources naturelles, par exemple²⁶⁴. La protection de l'investissement serait subordonnée à ces objectifs importants. On parle ainsi d'exceptions générales. Il est important de préciser que si ces exceptions doivent exister, elles ne peuvent être suivies

²⁶¹*Idem*, p. 62.

²⁶²*Ibidem*.

²⁶³*Ibidem*.

²⁶⁴*Ibidem*.

d'effets concrets, que dans la mesure où les législations internes des Etats d'accueil sont suffisamment élaborées au regard de ces impératifs.

Dans un autre sens, certains AII contiennent des dispositions invitant les pays d'accueil à ne pas déroger aux normes internationalement admises dans le domaine du travail et de l'environnement lorsqu'ils cherchent à attirer l'investissement étranger. Cependant, ces dispositions sont rarement contraignantes²⁶⁵. Elles diffèrent des exceptions générales en ce qu'elles visent réellement à limiter le pouvoir discrétionnaire en matière de réglementation, même si c'est au nom de la défense de l'intérêt général, dans des domaines tels que la protection de l'environnement et le droit du travail.

La question se pose de savoir comment incorporer au sein des AII des objectifs de développement durable. Selon la CNUCED, la grande majorité des AII ne traitent pas de façon spécifique des questions de développement ou ne le font que d'une façon marginale²⁶⁶. Il existe cependant des mécanismes actuels conçus pour prendre en compte les questions de développement : ce sont les réserves, les exceptions, les dérogations temporaires, les arrangements transitoires et les mécanismes de suivi et de consultation institutionnalisés. Mais l'objectif de développement est davantage politique que juridique. Il apparaît que de nombreux AII contiennent des dispositions permettant d'opérer un découpage par secteurs à partir d'obligations prévues dans les accords ou qui énoncent des exceptions générales concernant par exemple la sécurité nationale, la santé publique, la sûreté ou l'environnement²⁶⁷. Ces exceptions et réserves peuvent être appliquées à toutes les dispositions de fond et être utilisées à des fins de développement. Toutefois, tel n'est pas leur principal objectif. Il est donc proposé que chaque disposition d'un accord puisse éventuellement intégrer des considérations relatives au développement en étant spécialement adaptée aux besoins des parties. Le développement ne figure pas au premier rang des préoccupations en matière d'investissement international, il n'est même pas au cœur des préoccupations dans l'action entreprise pour fixer des règles en matière d'investissement²⁶⁸. Si ce développement est abordé, il ne l'est que dans un « *mode défensif* »²⁶⁹.

²⁶⁵ *Idem*, p. 60.

²⁶⁶ *Idem*, p. 64.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ *Idem*, p. 65.

²⁶⁹ *Ibidem*.

En conséquence, l'absence de considérations liées au développement durable au cœur de l'investissement international accentue encore le défaut d'effectivité d'un droit du développement dépourvu d'une certaine portée juridique.

B. UN DROIT DU DEVELOPPEMENT EN QUESTIONNEMENT

Le droit du développement a donné lieu à de nombreuses controverses, quant à ses raisons d'être, sa légitimité, son existence, sa juridicité et son effectivité. Droit d'une nature complexe (1), son existence a été fortement contestée (2), à tel point qu'on peut se poser la question de savoir s'il ne s'est pas mué en droit au développement (3) ou s'il n'a pas disparu (4).

1) Un droit de nature complexe

Révéler par la doctrine et affirmé dans le cadre des Nations Unies²⁷⁰, le droit du développement est un droit de nature complexe. A la différence de nombreuses disciplines juridiques, il ne forme pas un ensemble homogène de normes systématisées et unifiées²⁷¹. En effet, Selon les professeurs Guy Feuer et Hervé Cassan : « *Il se présente à première vue comme une mosaïque d'éléments disparates, c'est-à-dire de règles relevant d'ordres juridiques différents ou de branches du droit généralement considérées comme distinctes* »²⁷². Son contenu ne se limite pas à telle ou telle branche d'activité particulière mais est susceptible de comprendre toutes les matières que les Etats, à un moment ou à un autre, décident d'inclure dans le processus et les impératifs du développement²⁷³. On y trouve des règles de droit public à proprement parler, tels que des traités et accords internationaux, mais également des règles de droit interne (tels que les codes des investissements par exemple) et des règles de droit transnational²⁷⁴. Ainsi, il apparaît que dans la réalité, peu de matières relèvent exclusivement de ce droit²⁷⁵.

²⁷⁰Voir nos développements *supra*, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, A) L'avènement d'un droit international du développement, p. 48.

²⁷¹FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Dalloz, 1991, p. 25.

²⁷²*Ibidem*.

²⁷³*Idem*, p. 45. Les auteurs citent à titre d'exemple l'alimentation et l'agriculture, l'industrie, le commerce, les finances, la culture, les transports, également l'exploitation de la mer et l'espace extra-atmosphérique.

²⁷⁴FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement, op. cit.*, pp. 25-26. Selon les auteurs, on englobe sous cette appellation, le droit applicable à certains contrats conclus entre des pays en développement et des entreprises privées étrangères ou entre deux entreprises dont l'une au moins relève d'un pays en voie de développement. Ces derniers citent à titre d'exemple les contrats d'investissement, de transfert de technologie ou de fourniture de services ;

²⁷⁵*Idem*, p. 26.

Selon des auteurs, le droit international du développement est constitué de règles prospectives. A ce titre, c'est un droit d'anticipation dans le sens où ce dernier tend à se projeter vers le futur²⁷⁶. Il est également constitué de règles positives. La relation entre ces deux corps de règles serait subtile²⁷⁷. D'une part, on peut observer un glissement de l'ordre prospectif à l'ordre positif. En effet, le droit international du développement étant un droit en formation, (*in statu nascendi*), il arrive que par un processus d'incarnation progressive, une règle de conduite formulée au départ par une simple recommandation ou mise en œuvre unilatéralement par un Etat, recueille l'assentiment de la communauté internationale jusqu'à être considérée en tant que coutume ou consacrée au sein d'un traité. Elle pénètre ainsi le droit positif²⁷⁸. C'est le cas par exemple du principe de souveraineté sur les ressources naturelles. D'autre part, toujours selon ces auteurs, règles prospectives et règles positives se développent indépendamment les unes des autres, selon des logiques différentes et propres à chacune. Ces développements parallèles peuvent alors engendrer des incohérences dans le sens où les pays peuvent se référer à des normes différentes pour régler le même problème²⁷⁹.

Le droit du développement transcende les ordres juridiques au travers d'un mouvement perpétuel entre l'ordre international et l'ordre interne²⁸⁰. Cela tend à lui conférer une certaine originalité. Malgré cela, il demeure un droit contesté, à la juridicité limitée.

2) Un droit contesté

Dès son émergence, le fondement et la raison d'être d'un droit du développement ont été contestés²⁸¹. Selon le professeur Robert Charvin, le Nord (le plus puissant) et le Sud (majoritaire) ont conclu un compromis. Il est alors apparu un droit international « dualiste », un corps de normes, le droit du développement, concernant essentiellement les Etats du Sud, tandis que le corps des normes classiques concerne essentiellement le Nord. Au lieu de refonder un nouveau droit international général (englobant le politique et l'économique), le Sud s'est fourvoyé dans la promotion d'une espèce de « droit international des pauvres »,

²⁷⁶ *Idem*, p. 24.

²⁷⁷ *Idem*, p. 27.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ BLANC (G.), « Peut-on encore parler d'un droit du développement ? », *JDI*, 1991, p. 903; FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Dalloz, 1991, spéc. p. 2.

essentiellement souple et flou, qui n'atteindra jamais le stade de l'effectivité. C'est ainsi, par exemple, que coexistent un droit international de l'investissement ultra protecteur, qui ne se préoccupe pas de développement et le développement, droit de l'homme sans consistance réelle²⁸². Le professeur Charvin redoute en réalité un droit unilatéral hégémonique imposé en partie par les firmes transnationales qui trouvent leur compte dans ce droit mou et flou²⁸³. Dans la mesure où c'est un droit voulu par les pays du tiers monde, le « droit du développement » s'est heurté à la réticence des pays du Nord qui en ont redouté les nombreuses conséquences dont un important interventionnisme dans la vie économique internationale à laquelle s'oppose leur vision davantage libérale²⁸⁴. Il est également important de souligner que les conséquences de ces mouvements pour les entreprises transnationales issues des pays du Nord, participent également au rejet d'un tel droit. Le professeur Gérard Blanc, a contesté le fait que le droit du développement puisse constituer une nouvelle discipline juridique ou une branche autonome du droit²⁸⁵. En effet, ce dernier s'analyse davantage en une série de principes tendant à différencier certaines obligations incombant aux Etats, en fonction de leur situation. Ainsi, les obligations communes mais différenciées sont l'un des fondements de ce qui a pu être considéré comme étant du droit du développement. La question s'est posée de savoir si cela était suffisant pour que ce droit constitue une discipline à part entière, d'autant que le droit du développement se pose finalement en droit à la juridicité limitée. Le droit international du développement est de la *soft law*²⁸⁶ aux sources très disparates: sources internationales ayant une juridicité discutable, sources nationales marquées par la fragilité, mais également des sources jurisprudentielles presque indifférentes aux impératifs du développement²⁸⁷. Telles en sont les limites.

C'est ainsi au sein de cette schizophrénie juridique qu'il faut inscrire l'évolution du droit du développement. Ce dernier s'est situé en son temps au cœur d'interrogations fondamentales qui en affectaient la substance et l'évolution positive. A tel point qu'on peut se demander si le droit du développement ne s'est simplement pas mué en droit de l'homme.

²⁸²CHARVIN (R.), « Régulation juridique et mondialisation néolibérale. "Droit mou", "droit flou" et non-droit », *Actualité et droit international*, janvier 2002, <http://www.ridi.org/adi/articles/2002/200201chr.pdf>, consulté le 25 octobre 2010, p. 3.

²⁸³*Idem*, p. 4.

²⁸⁴FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, *op. cit.*, p. 26.

²⁸⁵BLANC (G.), « Peut-on encore parler d'un droit du développement ? », *loc. cit.*

²⁸⁶*Idem*, p. 929.

²⁸⁷*Idem*, p. 926.

3) Un droit de l'homme ?

Le droit au développement a été considéré comme entrant dans la troisième génération des droits de l'homme et s'est défini, entre autres, par le droit à la vie, le droit à un niveau minimal d'alimentation, d'habillement, de logement et de soins médicaux. A partir des travaux de la commission des droits de l'homme de 1977 et d'un rapport du Secrétaire général de 1978, ce droit a notamment fait l'objet de la résolution 34/46 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 23 novembre 1979²⁸⁸, selon laquelle « *le droit au développement est un droit de l'homme* » et « *l'égalité des chances en matière de développement est une prérogative des nations aussi bien que des individus qui les composent* ». Les droits de l'homme eux-mêmes sont devenus une composante du droit au développement à travers des notions comme celles de développement humain ou de sécurité humaine. Les textes de référence des Nations Unies sur le droit au développement y incluent le droit international des droits de l'homme, depuis la déclaration de 1986 sur le droit au développement qui définit ce dernier comme : « *un droit individuel et collectif* ». La résolution 36/133 de l'Assemblée générale du 14 décembre 1981²⁸⁹ pose le principe en vertu duquel il s'agit d'un droit « *inaliénable* ».

Il semble aujourd'hui qu'entre droit à la fois proclamé et contesté, invoqué et rejeté, existant et inexistant, non-droit ou droit mou, droit positif ou droit prospectif, le droit du développement soit en plein questionnement. A moins qu'il n'ait complètement disparu et que l'impératif de développement ait finalement mené à l'émergence d'un droit au développement qui semble être aujourd'hui plus réel que le droit du développement. Cela ne nous semble pas souhaitable.

²⁸⁸ « Autres méthodes et moyens qui s'offrent dans le cadre des organismes des Nations Unies pour mieux assurer la jouissance effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales », http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/34/46&Lang=F, site officiel des Nations Unies consulté le 11 janvier 2011.

²⁸⁹ « Autres méthodes et moyens qui s'offrent dans le cadre des organismes des Nations Unies pour mieux assurer la jouissance effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales », http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/36/133, site officiels des Nations Unies consulté le 11 janvier 2011.

4) Un droit disparu?

Il est vrai qu'on ne parle plus aujourd'hui, de façon formelle, d'un droit du développement. D'ailleurs, les derniers manuels consacrés à la présentation d'un tel droit datent du début des années 1990²⁹⁰. En effet, on évoque davantage le droit au développement et le développement durable. La question qui peut être posée est celle de savoir si l'un ou l'autre ont vocation à remplacer le droit du développement. Car nous pensons que si le droit international du développement a pu être considéré comme un pis-aller juridique aux nombreuses défaillances, il a au moins eu le mérite d'exister. Aujourd'hui, l'investissement international est totalement débridé et aucun rempart juridique ne se dresse afin de lui poser des limites. Le droit du développement possède cette qualité de la finalité qu'il poursuit. Certes, son caractère de droit mou, ses complexités, son manque d'acceptation juridique précise en ont constitué les principales lacunes. Mais le défaut de ce droit est-il tant d'exister que d'être mal construit ? Le droit au développement est considéré aujourd'hui comme un droit de l'homme de la troisième génération et en ce sens, obéit au régime juridique relevant de sa catégorie. Cette catégorisation juridique suffit-elle à correspondre à tous les enjeux et les nécessités du développement ? Nous ne le pensons pas. Réduire le droit du développement à un droit au développement qui ne serait en définitive qu'un droit de l'homme, c'est limiter l'impératif de développement dans sa construction. Il ne peut se limiter à un droit de l'homme. Au contraire, il doit exister un corps de règles suffisantes et satisfaisantes dont le droit au développement en tant que droit de l'homme ferait partie. En conséquence, le droit du développement ne peut être remplacé par le droit au développement : le second doit constituer un pan du premier. Dans cette perspective, le développement durable a-t-il vocation à remplacer le droit du développement ? En d'autres termes, peut-on dire : « Le droit du développement est mort, vive le droit du développement durable » ? Cela ne serait possible à notre avis que si ce droit du développement durable prenait appui sur les bases du droit du développement et si on avait bien conscience des fondements d'un tel droit qui serait tourné vers les nécessités du développement. Nous pensons alors que le droit du développement durable n'a de sens que s'il est une résurgence bien que sous d'autres formes du droit du développement. Une façon évoluée et adaptée de repenser ce droit et de le reconstruire, adapté aux circonstances

²⁹⁰Sous la plume des professeurs Guy Feuer et Hervé Cassan, FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Dalloz, 1991. La publication du professeur Guy Feuer en collaboration avec la fédération internationale des universités catholiques, paru en 2008, atteste bien du fait que le droit du développement ne soit pas complètement tombé en désuétude, FEUER (G.), Fédération internationale des universités catholiques, *Reconstruire un droit international pour le développement*, Fédération internationale des universités catholiques, 2008.

actuelles. Le droit du développement durable, bien que bâti autrement, s'appuierait sur les mêmes fondements, notamment sur l'impératif incontournable de développement. Cependant, à l'instar de la peur que droit de l'environnement et droit du développement durable soient confondus car le second risquerait de causer la perte du premier²⁹¹, cette confusion n'est pas souhaitable. En effet, le risque est de voir le développement durable à forte connotation environnementale, absorber et annihiler la substance et le fondement mêmes du droit du développement. Il nous semble que le droit du développement devrait demeurer en s'enrichissant de préoccupations de développement durable. Le droit du développement durable aurait vocation à enrichir le droit du développement.

Il est certain qu'en l'état actuel de la formation du droit international, les critiques faites à l'encontre du droit international du développement peuvent également en certains points s'appliquer au droit international classique. Et peut-être au droit du développement durable. Au premier rang de ces reproches, le fait que de nombreuses règles ne sont pas contraignantes et qu'elles se posent en conséquence avec une juridicité limitée. C'est de cet état du droit que la complémentarité avec les contrats d'Etat est affirmée.

PARAGRAPHE 2. L'EVOLUTION DES CONTRATS D'ETAT FACE AUX CARENCES DU DROIT

La première particularité des contrats d'Etat réside à notre sens dans le fait qu'ils sont régis par un droit transnational, fait de règles d'origines diverses. Au sein de cet instrument international, la volonté est source de droit. Cela fonde les interactions entre contrats d'Etat et développement durable. En effet, en l'état actuel du droit, la mise en œuvre du développement durable n'est possible que relayée par cet instrument contractuel. De plus, le contrat d'Etat s'est développé dans un contexte de vide et de carences juridiques. Il s'est de ce fait doté d'une autonomie propre tout en participant à la construction du droit. La question du droit applicable au contrat d'Etat (**A**) permet de justifier les évolutions des contrats d'Etat (**B**).

²⁹¹DOUMBE-BILLE (S.), « Droit international et développement durable », *Les hommes et l'environnement. Etudes en hommage à Alexandre Kiss, Frison-Roche*, 1998, p. 245, spéc. p. 246.

A. LES DEBATS RELATIFS AU DROIT APPLICABLE AU CONTRAT D'ETAT

Nos développements seront consacrés aux diverses théories tendant à soumettre les contrats d'Etat à un droit ou à un autre. A un ordre juridique ou à un autre. Il sera successivement question de la théorie de l'ordre juridique de base (1), puis de l'hypothèse du droit international public (2). Nous nous poserons ensuite la question de la place du droit interne de l'Etat contractant (3) et de celle de l'autonomie de la volonté (4). Nous démontrerons enfin la réalité d'un droit transnational (5).

1) La théorie de l'ordre juridique de base

La théorie de l'ordre juridique de base (ou *Grundlegung*) a été révélée sous la plume du Professeur Prosper Weil²⁹² et consacrée dans la sentence *Texaco-Calasiatic contre gouvernement Libyen*²⁹³. Selon cette théorie, certains contrats montrent à l'analyse leur appartenance objective à un ordre juridique, que ce soit l'ordre juridique de l'Etat contractant ou l'ordre juridique international²⁹⁴. Sans passer par la théorie du conflit de lois, cette appartenance se révèle sous le sceau de l'immédiateté, en fonction des caractéristiques présentées par le contrat. En fonction de ces dernières, tel contrat d'Etat sera enraciné dans l'ordre juridique de l'Etat contractant ou alors dans l'ordre juridique international (auquel cas il pourra être qualifié de contrat international). Ainsi, un contrat dont l'ordre juridique de base est l'ordre juridique international est un acte juridique international. Les parties y puisent alors le droit de choisir les règles qui constitueront la loi du contrat. En revanche, si l'ordre juridique de base est celui de l'Etat partie au contrat, les parties pourront, si ce droit le leur permet, choisir d'autres règles, y compris le droit international en tant que loi du contrat²⁹⁵.

Mais si un contrat est enraciné dans l'ordre juridique de base, pourquoi alors chercher d'autres règles applicables à ce dernier ? Cet ordre juridique de base ne pourrait-il pas se suffire à lui-même ? La fonction de l'ordre juridique de base serait assez limitée dans le sens où elle aurait juste pour but, soit de conférer sa force obligatoire au contrat, soit de vérifier que cet ordre comporte une règle de conflit permettant aux parties de désigner le droit applicable au contrat.

²⁹²WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, A. Pedone, 1974, p. 301.

²⁹³COHEN-JONATHAN (G.). « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen »; décision au fond du 19 janvier 1977, *Annuaire français de droit international*, volume 23, 1977, p. 452.

²⁹⁴JACQUET (J.-M.), « Contrat d'Etat », *Jurisclasser Droit international*, fascicule 565-50, spéc. p. 8, n°33.

²⁹⁵*Ibidem*.

En réalité, une telle théorie n'aurait-elle pas pour unique effet de réduire et de restreindre la portée du principe d'autonomie ? Parmi les autres hypothèses relatives à l'enracinement *de jure* du contrat d'Etat à un ordre particulier, se trouve celle qui fait du contrat d'Etat un contrat soumis au droit international public.

2) L'internationalisation du contrat d'Etat au sens du droit international public

Parmi les partisans de cette théorie, nous pouvons citer le professeur Charles Leben qui considère que les contrats d'Etat sont des contrats internationalisés, au sens du droit international public²⁹⁶.

Le débat sur l'internationalisation des contrats d'Etat a vu s'opposer les partisans et les adversaires d'une telle théorie. Le professeur Leben a ainsi soutenu l'hypothèse d'un contrat régi par le droit international public. Parmi les nombreux arguments que cet auteur avance à cette faveur, apparaît l'idée de l'Etat en tant que sujet de droit international public. Ainsi, pour lui : « *Seul l'ordre juridique international connaît de cet être spécial qu'est l'Etat souverain et seul il est susceptible de produire un régime juridique qui puisse régir les contrats conclus par cet être avec des personnes privées* »²⁹⁷.

Pour l'auteur, les contrats d'Etat sont une nouvelle catégorie d'actes juridiques internationaux régis à ce titre par le droit international selon des modalités diverses. La plus courante réside selon lui dans la deuxième phrase de l'article 42§1 de la Convention de Washington du 18 mars 1965²⁹⁸ créant le CIRDI (Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement) qui énonce que les règles applicables sont celles du droit de l'Etat contractant combinées avec les principes du droit international en la matière²⁹⁹. Le contrat d'Etat ne peut se situer qu'au sein de l'ordre juridique du droit international public.

²⁹⁶LEBEN (C.), « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *L'évolution du droit international. Mélanges offerts à Hubert Thierry*, A. Pedone, 1998, p. 247.

²⁹⁷LEBEN (C.), « Quelques Réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 119, spéc. p. 128.

²⁹⁸http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf, site du CIRDI, consulté le 18 novembre 2011.

²⁹⁹LEBEN (C.), « Quelques Réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat », *op. cit.*, p. 119.

La conséquence de cette conception réside, selon le professeur Leben, dans le fait que les personnes privées ont acquis une capacité internationale limitée³⁰⁰. Celle-ci résulte du fait que ces personnes sont titulaires de droits mais également créancières d'obligations leur étant conférées par un acte international. Parmi les actes internationaux que le Professeur Leben énonce, ce dernier cite le contrat d'Etat au même titre qu'un traité bilatéral ou multilatéral de promotion des investissements. De ce fait, les personnes morales de droit privé peuvent par exemple, dans un domaine précis, entrer en litige directement avec un Etat. Elles peuvent (sous réserve) ainsi attirer cet Etat devant une juridiction internationale ou être attirées par lui³⁰¹. Cette réalité confère au contrat d'Etat, selon le professeur Leben, la caractéristique d'acte international et participe à faire de l'individu un sujet à capacité limitée du droit international. Les contrats d'Etat constitueraient ainsi une nouvelle catégorie d'actes juridiques internationaux vis-à-vis desquels les individus seraient à la fois sujets de droit international et « *communautés juridiques* », aptes à créer du droit par la voie conventionnelle, contractuelle, au-delà de leur fonction judiciaire³⁰². Ces personnes privées contractantes appartiendraient à des « *communautés juridiques* ». Ces dernières sont des entités qui, au cours de l'évolution du droit des gens, ont obtenu à côté des Etats la capacité de créer du droit international³⁰³. L'auteur voit également dans la troisième source du droit international public, la source subsidiaire du droit des gens, une possibilité de rétrécir le domaine réservé à la compétence nationale³⁰⁴.

Dans sa thèse consacrée aux contrats d'Etat à l'épreuve du droit international public³⁰⁵, Madame Leila Lankarani El-Zein s'est posée la question de savoir si l'ordre juridique international était apte à encadrer et juridiciser en son sein les contrats d'Etat. L'auteur défend le postulat selon lequel les contrats d'Etat ne peuvent relever d'autorité de la sphère du droit international public et y être enracinés en tant que tels. En effet, au regard de l'internationalité objective de ces contrats, elle réfute le fait qu'ils trouvent directement leur place en droit international public.

Ainsi, selon Madame Lankarani El-Zein, les contrats d'Etat ainsi que les litiges portant sur ces contrats relèvent du domaine réservé des Etats. L'examen des sources du droit

³⁰⁰*Ibidem.*

³⁰¹*Ibidem.*

³⁰²*Ibidem.*

³⁰³LEBEN (C.), « Quelques Réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat », *op. cit.*, p. 119, spéc. p. 134.

³⁰⁴*Ibidem.*

³⁰⁵LANKARANI EL-ZEIN (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, thèse, Bruylant, 2001.

international public et notamment de la troisième source, à savoir les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » figurant à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, révèle une absence de règles normatives attirant définitivement et d'autorité les contrats d'Etat dans la sphère du droit international public. Car si les contrats d'Etat étaient directement attirés dans la sphère du droit international public, cela ne pourrait être en l'état actuel par le biais des deux premières sources du droit international public, mais par celui de la troisième source. L'étude de cette troisième source empêche tout constat dans le sens d'une internationalité médiate des contrats d'Etat. Les nombreuses sentences arbitrales rendues dans le sens d'un immédiat ancrage du contrat d'Etat dans la sphère du droit international public ne suffisent pas non plus à fonder ce constat. Cela tient au fait tout d'abord que ces arbitres ne sont pas considérés par Madame Lankarani El-Zein comme « faisant partie du système du droit international »³⁰⁶. De par leur caractéristique même, on ne peut considérer que les sentences de l'arbitre peuvent faire règle en droit international³⁰⁷. Les sentences ne peuvent être théorisées ou alors hiérarchisées dans le sens d'une norme de droit international public. Selon l'auteur, la systématisation n'est pas la fonction de l'arbitrage. Dès lors, on ne peut déduire des différentes sentences arbitrales rendues, un corps de règles automatisées et normatives tendant pour ce qui nous intéresse à consacrer la théorie de l'immédiateté directe des contrats d'Etat en droit international public³⁰⁸.

Pour Madame Lankarani El-Zein, les contrats d'Etat pourraient finalement être rattachés au régime juridique des contrats d'investissement. C'est par cette appartenance plus générale que l'internationalité immédiate de ces contrats pourrait se faire, si tant est que l'on tende réellement vers cette internationalité, cela par le recours à la convention interétatique et à la coutume, en somme par le recours à des moyens plus ordinaires. L'auteur précise cependant que le droit international des investissements ne semble pas encore englober un droit international général des contrats. D'une part, en raison majoritairement de difficultés d'homogénéisation et de systématisation des normes, d'autre part, en raison des sources du droit international de l'investissement qui semblent se résumer aux conventions bilatérales ou régionales dans l'état actuel des choses. En outre, le contenu actuel du droit international général de l'investissement se résume à quelques règles coutumières et réglementaires, par

³⁰⁶ *Idem*, pp. 498-502.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ *Ibidem*.

ailleurs controversées³⁰⁹. Selon le même auteur, l'internationalisation peut avoir lieu lorsqu'un contrat d'Etat se trouve soumis à un traité bilatéral de protection ou de promotion de l'investissement ou bien, lorsque, notamment en vertu de la Convention de Washington du 18 mars 1965, la protection de l'investissement privé dans ses rapports avec un Etat étranger se trouve exhaussée au niveau de l'ordre juridique international. Mais que signifie l'internationalisation du contrat d'Etat au sens de droit international public ? Le contrat d'Etat relèverait du droit international. Le droit applicable au contrat d'Etat serait le droit international public. Les traités de protection de l'investissement et l'arbitrage signifient juste que certaines normes conventionnelles trouvent à s'appliquer aux contrats d'Etat. Mais les TBI³¹⁰ peuvent-ils suffire en tant que loi applicable au fond du contrat ?

En outre, la deuxième phrase de l'article 42§1 de la Convention de Washington créant le CIRDI³¹¹ qui énonce que les règles applicables sont celles du droit de l'Etat contractant combinées avec les principes du droit international en la matière, ne peut suffire à voir le contrat d'Etat comme relevant d'emblée du droit international public. En effet, il est évident que les règles énoncées ne sont pas applicables automatiquement et ne le sont qu'en cas d'absence d'un choix précis des parties. Elles s'appliqueraient à défaut et non de façon prépondérante et automatique. En ce sens, on ne peut de ce simple énoncé, conclure que le contrat d'Etat relève du droit international public. Exclure l'application du droit interne est-il simplement possible en matière de contrats d'Etat ayant pour vocation le développement économique d'un Etat d'accueil ?

3) L'omniprésence du droit interne de l'Etat contractant

Il nous apparaît bien au contraire que la spécificité des contrats d'Etat ne permet pas d'exclure le droit national qui demeure prépondérant en matière de contrats d'accords de développements économiques conclus sous la forme de contrats d'Etat. La force du principe de territorialité de l'ordre juridique de l'Etat demeure. Les Etats d'accueil des pays du Sud ont revendiqué à plusieurs reprises leur souveraineté. Il importe de préciser que les contrats d'Etat dont il est question sont conclus dans un but particulier et spécifique, notamment à l'Etat d'accueil et à ses besoins en matière d'évolution. Le contrat d'Etat doit tout d'abord être

³⁰⁹LANKARANI EL-ZEIN (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, op. cit., p. 526.

³¹⁰Les traités bilatéraux d'investissement ou encore les traités bilatéraux de promotion et de protection de l'investissement.

³¹¹Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement.

conforme à la législation de l'Etat d'accueil afin qu'un investissement puisse pénétrer son territoire. Il existe ensuite un dispositif impératif au sein de l'ordre interne auquel le contrat ne peut déroger. De nombreuses législations nationales demeurent applicables en matière de contrats d'Etat. C'est le cas en matière minière pour les pays d'Afrique subsaharienne. En matière d'hydrocarbures également. Le Code pétrolier de la République de Côte d'Ivoire, dans son nouveau texte (version du 31 mai 1996), dispose dans son article 83 : « *Les titulaires de contrats pétroliers et d'autorisations de reconnaissance sont soumis aux lois et règlements de la République de Côte d'Ivoire* »³¹².

En matière pétrolière, la loi camerounaise n°99/013 du 22 décembre 1999 prévoit dans son article 113 que : « *Les titulaires de Contrats Pétroliers et d'Autorisations sont soumis aux lois et règlements de la République du Cameroun* »³¹³. Ainsi, l'omniprésence du droit interne est une modalité d'expression de la souveraineté. A cet effet d'ailleurs, il est intéressant de faire une comparaison avec le droit français qui est finalement le seul applicable en matière d'investissements internationaux sur le territoire français. A l'exclusion de certaines exceptions, notamment en matière de défense et de sécurité intérieure, les investissements internationaux sur le territoire français ne bénéficient d'aucune spécificité quelconque tirée du droit international. Ils sont soumis à un régime de droit commun. Il est de ce fait difficile d'affirmer et de soutenir que le contrat d'Etat est un contrat qui d'emblée relève du droit international public tant la part des droits internes y est prépondérante, malgré le caractère international de ce dernier. Il nous paraît important de préciser que même si le recours à l'arbitrage est de plus en plus usité au sein des contrats d'Etat, cela ne signifie pas pour autant que le droit applicable soit le droit international.

Le Code pétrolier de la République de Côte d'Ivoire dispose, dans son article 85 : « *Les tribunaux ivoiriens sont compétents pour connaître des délits ou infractions dont se rendraient coupables les titulaires de contrats pétroliers. Ou leurs sous-traitants, ainsi que leurs préposés ou employés.*

Toutefois, le contrat pétrolier peut comporter une clause prévoyant une procédure de conciliation ou d'arbitrage en vue du règlement de tout différend éventuel entre l'Etat et le

³¹²Voir annexe n°5.

³¹³Portail du gouvernement du Cameroun, services du premier ministre, consulté le 16 décembre 2010, http://www.spm.gov.cm/fr/documentation/textes-lois/textes-legislatifs-et-reglementaires/article/loi-n-99013-du-22-decembre-1999-portant-code-petrolier.html?no_cache=1&tx_ttnews%5BsViewPointer%5D=7.

titulaire étranger du contrat pétrolier concernant l'interprétation ou l'application de ce dernier ».

L'article 115 de la loi camerounaise n°99/013 du 22 décembre 1999³¹⁴ dispose : « (1) Toutes les violations aux dispositions du présent Code et textes pris pour son application relèvent des tribunaux camerounais. (2) Toutefois, sous réserve des dispositions réglementaires en vigueur relatives à la résolution des différends de nature technique, le Contrat Pétrolier peut comporter une clause prévoyant une procédure de conciliation et d'arbitrage en vue du règlement de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application dudit Contrat, qui pourrait survenir entre l'Etat et le Titulaire ».

Ainsi, les clauses attributives de juridiction en faveur de l'Etat contractant n'ont pas complètement disparu et demeurent prégnantes dans les Etats du Sud. C'est également le cas de la loi nationale applicable au fond du contrat d'Etat. Telle est la réalité de nombreux Etats d'Afrique subsaharienne, d'Asie, d'Amérique latine et du Moyen-Orient. Les contrats d'Etat oscillent de ce fait entre expression de la souveraineté, liberté contractuelle et protection de l'investisseur étranger. Malgré le fait que l'arbitrage soit un mode de règlement des conflits de plus en plus usité en matière d'investissements internationaux en général et de contrats d'Etat en particulier, cela n'entraîne pas automatiquement le fait que le droit applicable au fond par les juridictions désignées soit le droit international. Les arbitres feront application de la loi librement choisie par les parties. En conséquence, l'arbitrage ne nous paraît pas suffisant pour « internationaliser » le contrat d'Etat. Il permet juste au contentieux de relever de la compétence d'un « juge » autre qu'un juge étatique, notamment un arbitre international. Mais cela n'emporte pas le fait que le contrat soit internationalisé. Si certaines juridictions internationales sont compétentes, elles n'appliquent pas systématiquement le droit international public, elles pourront appliquer la loi de l'Etat hôte. Il n'y a donc pas internationalisation au sens du contrat soumis au droit international public. Dans tous les cas, ces juridictions feront application de la loi choisie par les parties.

³¹⁴Voir annexe n°4.

4) L'importance de l'autonomie de la volonté

Le fait que la loi applicable soit le droit national et que les tribunaux compétents soient les juridictions nationales n'empêche pas le fait que la propre loi du contrat puisse produire tous ses effets. Dans une autre acception, rien ne semble empêcher les parties contractantes de fixer elles-mêmes les règles qu'elles veulent voir régir le contrat. Pour l'Etat contractant, l'autonomie de la volonté se pose en une manifestation de la souveraineté qui lui permet de déterminer par lui-même le droit applicable au fond du contrat. Pour le professeur Jean-Michel Jacquet³¹⁵, la consécration de cette affirmation apparaît au sein de l'article 42 de la Convention de Washington qui dispose: « *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties* ». Encore selon cet auteur: « *Le principe d'autonomie se présente en définitive comme la première et, sans doute, la meilleure solution en matière de détermination du droit applicable d'Etat. Toutes les autres solutions présentent un caractère subsidiaire par rapport à elle* »³¹⁶. Cela signifie que les parties peuvent en toute liberté désigner le système de droit applicable au fond du contrat, que ce soit le droit international ou par exemple le droit national. Elles peuvent aussi désigner d'autres types de règles spécifiques à la matière concernée par le contrat d'Etat. Par le jeu de l'autonomie de la volonté, le rapport juridique n'est pas seulement censé trouver sa réglementation dans une application distributive des règles des ordres juridiques en conflit, il peut appeler des règles différentes, nouvelles, qui tiennent compte, à leur niveau, de la spécificité des problématiques posées.

Le « droit des contrats d'Etat » n'est pas totalement absorbable par le droit international. Car en effet, sous le manteau du contrat d'Etat, se manifeste un contrat particulier, permettant d'atteindre et de réaliser un projet commun poursuivi par les parties. Ainsi, le droit international n'offre pas à lui seul les normes nécessaires aux opérations spécifiques par lesquelles le contrat d'Etat est concerné. Il ne peut, appliqué au contrat d'Etat, suffire à offrir à cet instrument juridique particulier un corps de règles suffisantes en l'état actuel de son évolution.

³¹⁵JACQUET (J.-M.), « Contrat d'Etat », *Jurisclasseur Droit international*, fascicule 565-50, spéc. pp. 9-10, n° 37 et s.

³¹⁶*Idem*, p. 9, n° 37.

Pour monsieur Leboulanger, la force obligatoire du contrat dérive de la volonté des parties, auxquelles le droit international privé reconnaît la faculté de choisir le droit qu'elles entendent voir régir leurs relations³¹⁷. Ainsi, selon l'auteur, si l'on admet le fait que le droit international privé ne soit pas constitué uniquement de règles de conflit mais qu'il comporte également des règles matérielles, le principe d'autonomie de la volonté doit être conçu comme une règle matérielle d'un droit international privé commun aux diverses nations, au même titre que l'aptitude à compromettre dont elle est un corollaire³¹⁸.

La pratique contractuelle fait une application constante de la règle de l'autonomie de la volonté. Celle-ci peut aussi bien s'exercer pour rattacher le contrat à une loi nationale que pour l'en extraire en le soumettant à d'autres règles de droit. Le professeur René-Jean Dupuy relève dans la sentence *Texaco-Calasiatic*: « *Lorsqu'aujourd'hui le droit national se trouve à régir le contrat, c'est en vertu de l'accord des parties et non plus du fait d'une application privilégiée et en quelque sorte mécanique, comme on a, un temps, pu le croire. Sous la poussée des besoins du commerce international, le principe de l'autonomie de la volonté apparaît aujourd'hui comme beaucoup plus lourd de sens qu'à la fin des années 1920* »³¹⁹. L'arbitre se réfère à l'arrêt *Hecht* en vertu duquel le rattachement d'un contrat à une loi nationale ne s'impose que « *pour ce que les parties ne décident pas expressément* »³²⁰. Le principe d'autonomie s'applique de façon semblable pour l'Etat comme le partenaire privé étranger. Ainsi, hormis une disposition nationale impérative, l'Etat n'est pas tenu d'appliquer à la relation contractuelle entretenue avec le partenaire privé étranger son propre droit³²¹. Liée à l'omniprésence de l'autonomie de la volonté au sein des relations contractuelles entre Etats et investisseurs étrangers, il nous apparaît surtout, dans une vision quelque peu pragmatique, que le droit applicable au contrat d'Etat est en réalité un droit « mixte » que nous qualifierons de « transnational ».

³¹⁷LEBOULANGER (P.), *Les Contrats entre États et entreprises étrangères*, Economica, 1985, p. 231.

³¹⁸*Idem*, p. 232.

³¹⁹*Texaco-Calasiatic c. Libye*, sentence arbitrale du 19 janvier 1977, *JDI*, 1977, p. 350, spéc. p. 355.

³²⁰Cass., Civ., *Hecht*, 4 juillet 1972, *Revue critique de droit international privé*, 1974, p. 82, note Level ; *JDI*, 1972, p. 843, note de Bruno Oppetit et Phocion Francescakis, R.A., 1974, p. 67.

; LEBOULANGER (P.), *Les Contrats entre États et entreprises étrangères*, *op. cit.*, p. 201 ;

³²¹*Ibidem*.

5) La réalité d'un droit transnational

Le terme « *transnational* » désigne ce qui appartient à plusieurs nations³²². Selon le professeur Marcel Merle³²³, dans le langage scientifique, les mots n'ont pas tous la même portée. Certains servent à désigner des concepts mûrement élaborés et font l'objet d'un accord unanime de la part des spécialistes, même s'il arrive à ces derniers de ne pas s'accorder sur l'interprétation qu'il convient de leur attribuer. L'auteur cite à titre d'exemple le mot « *Etat* », porteur d'une signification claire et univoque, même s'il existe des partisans et des adversaires de l'Etat ou encore si on peut débattre de la validité de l'application du vocable à tel ou tel type de société politique. D'autres termes ne sont pas dotés des mêmes propriétés dans les sens où ces derniers évoquent de façon plus symbolique des phénomènes aux contours plus flous et au contenu incertain. Il en va ainsi, selon l'auteur, de termes comme « *nation* », « *peuple* », « *humanité* ». Enfin, il existe, à côté de ces mots, ce que le professeur Merle évoque en tant que « *néologisme dont la fonction est sensiblement différente* »³²⁴. Selon l'auteur, l'invention d'un vocable a le plus souvent pour objet d'émettre un signe destiné à attirer l'attention des chercheurs sur un aspect nouveau de l'ordonnement juridique ou social. Le caractère provocateur de ces néologismes en fait à la fois tout l'intérêt et toute la fragilité. Pour que l'intérêt l'emporte sur la fragilité, il faut non seulement que le terme soit bien choisi mais aussi qu'il évoque un phénomène ou un ensemble de phénomènes susceptibles d'être repérés et identifiés. C'est au regard de ces critères qu'il faut évaluer la pertinence du mot « *transnationalité* » et dévoiler, s'il y'a lieu, l'intérêt du concept qu'il recouvre³²⁵.

Selon l'auteur, l'« *international* » qualifierait ainsi des rapports entre des unités closes sur elles-mêmes et communiquant par l'entremise de représentants ou de mandataires qualifiés³²⁶. Le « *transnational* » qualifierait les échanges partant d'initiatives privées et s'exerçant à travers les frontières des sociétés étatiques³²⁷. Le « *supranational* » évoquerait le dépassement du stade des rapports interétatiques et le transfert de souveraineté à des organes décisionnels.

³²² *Le nouveau petit Littré*, « Transnational », Garnier, 2009.

³²³ MERLE (M.), « Le concept de transnationalité », *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Editions A. Pedone, 1991, p. 223.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ MERLE (M.), « Le concept de transnationalité », *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, op. cit., p. 225.

³²⁷ *Ibidem*.

Il ne devrait jamais être confondu avec le « *transnational* »³²⁸. Le concept de « *transnationalité* » inviterait donc à prêter attention aux phénomènes internationaux qui mettent en présence des acteurs non étatiques et à évaluer la place que ce réseau de relations occupe par rapport à celui qui s'établit entre les Etats³²⁹.

Pour le professeur Merle, le système international englobe aussi bien les relations transnationales que les relations interétatiques³³⁰. Il faut ainsi « *renoncer à confondre le système international avec le système interétatique et intégrer dans l'analyse du premier le fait transnational* »³³¹. Mais comme l'a rappelé cet auteur, le terme « *transnational* » est polysémique. En effet, le dictionnaire de droit international public qualifie d'arbitrage « *transnational* », l'arbitrage conclu entre un Etat et une personne privée étrangère, souvent un investisseur³³². En conséquence, au-delà de la conception tendant à caractériser de « *transnationale* », la relation purement privée de personnes de nationalité différentes³³³, pouvant ainsi qualifier les règles spécifiques dont se dotent ces acteurs (c'est le cas de la *lex mercatoria*), cet adjectif peut également désigner les relations juridiques entre sujets de droit international et personnes privées étrangères, en matière économique³³⁴. Pour un auteur, cette définition est d'ailleurs très discutable en ce sens qu'elle peut laisser entendre que le droit « *transnational* » constitue un corps de règles à la disposition des arbitres alors que la pratique montre que le choix oscille entre l'application du droit interne et celui du droit international, ou encore dans celle des deux, quitte à articuler les deux types de normes de façon originale³³⁵.

Philip Jessup proposait de parler de « *droit transnational* » afin de désigner les règles applicables à toute situation juridique comportant un élément d'extranéité³³⁶. Dans la

³²⁸*Ibidem.*

³²⁹*Ibidem.*

³³⁰MERLE (M.), « Le concept de transnationalité », *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy, op. cit.*, p. 230.

³³¹*Idem.* p. 231.

³³²SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, « Arbitrage transnational », Bruylant, 2001, p. 78.

³³³L'adjectif « *transnational* » peut également désigner les règles purement privées propres aux secteurs économique, sportif, religieux même.

³³⁴SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, « Droit transnational », *op. cit.*, pp. 394-395 ; LATTY (F.), « Arbitrage transnational et droit international général », *Chronique, Annuaire français de droit international*, 2008, p.467, spéc. pp. 472-473.

³³⁵*Idem.*, p. 472, note 46.

³³⁶JESSUP (P.), *Transnational Law*, New Haven, Yale UP, 1956, p. 2. Attribuée à Philip Jessup, il semblerait que cette expression soit en réalité due à Ernst Rabel, VERHOEVEN (J.), « Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, Travaux des 7^{ème} Journées d'études

conception de cet auteur, la qualification de « *transnational law* » désignait sans s'y limiter les relations mixtes entre Etats d'accueil et cocontractants étranger³³⁷. Cette conception avait pour but de dépasser les clivages traditionnels entre droit international et droit interne, droit public et droit privé³³⁸.

C'est cette dernière acception du droit transnational que nous utiliserons dans notre recherche. En effet, celle-ci fait utilement état du caractère hybride et mixte des relations juridiques entre les Etats et les cocontractants privés étrangers ainsi que du droit applicable à ces relations. Au-delà de l'appartenance directe à un ordre juridique de base, à l'enracinement *de jure* au droit international public, à la soumission aux droits locaux, il nous apparaît que le contrat d'Etat se situe en réalité au carrefour de plusieurs influences juridiques et normatives et en est fortement empreint. Le contrat d'Etat nous semble en définitive être le fruit d'une multiplicité de sources.

Et pour cause, les contrats d'Etat ne peuvent se détacher du droit international public. Cela s'explique notamment par l'influence que ce droit exerce indirectement sur ces contrats au travers des engagements auxquels l'Etat d'accueil de l'investissement a souscrit en droit international. C'est le cas des différents accords relatifs à l'investissement international. Le contrat d'Etat ne peut se détacher des droits locaux, expression non seulement de la souveraineté de l'Etat contractant mais aussi du principe de territorialité de l'investissement. Il est difficile de concevoir comment un investissement ayant lieu sur le territoire d'un Etat d'accueil peut complètement échapper au droit de cet Etat, notamment à son dispositif impératif. L'objectif de développement appelle en lui-même la collaboration du droit interne et du droit international³³⁹. Au regard de la technique juridique, cela implique le fait que le droit du développement ne peut se contenter de régler des rapports juridiques se situant dans l'ordre international. Il suscite également l'intervention des droits internes des pays concernés³⁴⁰, pays développés et pays en voie de développement afin d'atteindre les objectifs qu'il détermine. Pour ce faire, le droit du développement procède de deux manières. La première est qu'il élabore des concepts susceptibles d'être repris dans l'ordre interne des

juridiques Jean Dabin organisées à Louvain-La-Meuse les 22-23 novembre 1973, Bruylant, A. Pedone, 1975. p. 115, spéc. p. 143.

³³⁷*Ibidem*.

³³⁸*Ibidem*; LATTY (F.), « Arbitrage transnational et droit international général », *op. cit.*, p. 472, note 39.

³³⁹FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Dalloz, 1991, p. 159.

³⁴⁰*Ibidem*.

Etats. C'est le cas par exemple du principe de souveraineté sur les ressources naturelles³⁴¹. La seconde est qu'il énonce des recommandations qui n'entreront dans le droit positif que si elles sont prises en compte dans le droit interne des Etats concernés³⁴². Mais le contrat d'Etat ne peut se départir des normes spécifiques régissant la matière à laquelle il s'applique. Ainsi, en matière d'hydrocarbures, il existe des standards, des pratiques, des usages et des normes spécifiques, auxquels se réfèrent les professionnels de la matière et qui ont toute leur place au sein des contrats d'Etat. Car en effet, sous la dénomination de contrats d'Etat, se cachent des opérations et des montages contractuels plus ou moins complexes, tendant à organiser des activités particulières. En ce sens, les normes spécifiques en la matière trouvent à s'appliquer au contrat. En conséquence, la pratique contribue à l'élaboration d'un droit substantiel des contrats d'Etat pour le secteur déterminé. C'est la pratique qui a permis le remplacement des contrats de concession classiques par d'autres types d'aménagements contractuels plus favorables à l'idée de partenariat. La pratique des contrats d'Etat contribue à l'élaboration de règles substantielles en la matière. Elle est alors celle d'un secteur déterminé, que l'origine de cette dernière soit étatique ou privée. Ainsi, le contrat d'Etat trouve ses sources dans le droit international, le droit national, la pratique inhérente à un secteur donné³⁴³, mais également dans des sources d'origine privée. L'acceptation que nous avons choisi d'adopter à travers la référence à l'adjectif transnational nous permettra de nous poser la question de savoir puis de vérifier s'il existe en effet un droit substantiel des contrats d'Etat qui serait donc transnational, la réponse à cette question nécessite au préalable de montrer que le contrat d'Etat est un instrument juridique particulier.

B. LE CONTRAT D'ETAT INSTRUMENT JURIDIQUE PARTICULIER

Malgré leur qualification d'« accords de développement économique », les arbitres du commerce international ont statué différemment sur l'existence au sein de la relation contractuelle Etat-investisseur d'un impératif de développement, dont découlerait un régime spécifique. En conséquence, en ce sens, aucune systématisation n'est possible (1) et les contrats d'Etat se construisent avec une certaine autonomie (2).

³⁴¹*Ibidem.*

³⁴²*Ibidem.*

³⁴³Cette pratique proviendrait autant des Etats que des personnes privées.

1) L'inégale prise en compte de l'impératif de développement au sein des contrats d'Etat

La qualification d' « accords de développement économique » sous-tendrait, en premier lieu, à l'examen de sa dénomination, qu'un certain nombre d'obligations incombe aux entreprises privées étrangères puisqu'elles participent au développement de l'Etat d'accueil. Les accords de développement économique ont pour but le développement de l'Etat par lequel ils sont concernés. En droit international, on a pu penser que des obligations spécifiques incombaient aux investisseurs étrangers lorsque ces derniers intervenaient au sein de grands accords de développement économique³⁴⁴. Une certaine unicité a ainsi été recherchée dans cette multiplicité de contrats³⁴⁵. Les arbitres du commerce international ont rejeté l'existence d'un impératif de développement donnant lieu à un régime unifié (a). La prise en compte de cet impératif s'est toutefois avérée exceptionnelle (b) et peut être indirecte (c).

a) Le rejet d'un impératif de développement

Les arbitres ont refusé d'admettre qu'il existait une espèce de régime « unifié » des contrats d'Etat qui s'appliquerait et qui résiderait dans des principes applicables spécifiquement à des opérations concernant le développement économique et social d'un pays. Tel est le cas au sein de l'affaire *Klöckner contre Cameroun*³⁴⁶.

En 1971, la société allemande Klöckner conclut un contrat avec le gouvernement camerounais prévoyant l'installation par la société d'une usine d'engrais clés en main sur la base d'une étude de rentabilité et de faisabilité effectuée par la société Klöckner. La société s'engage à assurer le financement et à gérer l'affaire pendant une certaine période. Le Cameroun doit garantir les crédits. L'usine achevée n'a jamais atteint le seuil de rentabilité garanti. Le matériel utilisé ne résistait pas aux conditions climatiques du Cameroun. L'entité n'a produit qu'à un faible pourcentage de sa capacité et a finalement été fermée après quelques années de rendement bien inférieur à celui annoncé par les études. Les contrats prévoyaient une obligation inconditionnelle de paiement renforcée par l'émission de billets à ordre.

³⁴⁴RAMBAUD (P.), « Deux arbitrages CIRDI », *Annuaire français de droit international*, 1984, p. 396; KNIEPER (R.), « Transfert de techniques juridiques aux questions de l'endettement des pays du Tiers Monde », *Tiers-Monde*, tome 25, n°99, p.669, spéc. p. 671, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/tiers_0040-7356_1984_num_25_99_3423, consulté le 8 janvier 2011.

³⁴⁵*Ibidem*.

³⁴⁶CIRDI, *Klöckner et al. c. République du Cameroun*, sentence du 21 octobre 1983, *JDI*, 1984, p. 409 (extraits) ; RAMBAUD (P.), « Deux arbitrages CIRDI », *Annuaire français de droit international*, volume 30, 1984, p. 389.

Devant cette situation il était demandé aux arbitres de décider s'il existait une obligation de paiement de la part du Cameroun, au regard des crédits garantis. Les arbitres ont explicitement refusé de se prononcer sur la mauvaise foi, la corruption, l'intention frauduleuse éventuelle. Ils ont également refusé d'appliquer des principes juridiques nouveaux ou exceptionnels à des opérations clés en mains uniquement parce qu'ils concernent des projets qui affectent le développement économique et social d'un pays déterminé. Au contraire ils ont basé leur décision sur certaines notions générales et classiques du droit civil et commercial. En appliquant ces principes, les arbitres sont arrivés à leur décision selon laquelle le Cameroun n'était pas obligé de rembourser les dettes. Afin de fonder cette décision, la majorité des arbitres a constaté que Klöckner s'était engagé à livrer une usine « prête à fonctionner » et non pas un ensemble de machines, tuyaux et autres matériels. Ce que Klöckner a fourni n'a jamais fonctionné comme les accords le prévoyaient. Le plus important, dans l'esprit des arbitres, pour l'attribution de la responsabilité était le fait que la société allemande n'avait pas traité avec son partenaire avec la franchise voulue dans les relations particulières entre les deux contractants, ayant promis à son partenaire, sinon une garantie inconditionnelle de rentabilité de l'usine en tout temps, du moins une franchise et une loyauté très prononcées. La société avait ainsi failli à ses obligations, non pas par intention frauduleuse, mais par manque de franchise et de clarté. Ce manque s'était concrétisé à travers une étude de faisabilité prouvant la rentabilité de l'opération qui ne tenait pas compte des réalités du marché. L'évolution du marché était clairement contradictoire avec un comportement franc entre partenaires. C'était cette défaillance qui a privé, selon les arbitres, le gouvernement de la possibilité de changer d'avis sur la réalisation du projet. Sur la base des doctrines du droit civil, ils ont conclu que l'absence d'exécution partielle était assez grave pour que l'équilibre synallagmatique soit rompu dans une mesure qui affranchissait le Cameroun de la totalité de ses obligations.

En ce qui concerne les billets à ordre (qui en principe constituaient une cause juridique distincte), les arbitres ont tenu compte de l'unité du rapport synallagmatique et en ont déduit qu'il apparaissait que le défendeur n'avait assumé des obligations tellement onéreuses que pour obtenir une usine capable de produire ce qu'on pouvait raisonnablement et légitimement espérer tirer des contrats. L'égalité des parties serait nettement rompue si la société allemande pouvait maintenant réclamer le paiement des billets à ordre en cause. Il y aurait ainsi une

rupture évidente de l'équilibre contractuel³⁴⁷. La République du Cameroun n'ayant pas reçu la contre-prestation promise, son engagement est devenu sans cause³⁴⁸. La prise en compte au sein des contrats d'impératifs de développement a été constatée de façon isolée au sein de la sentence *Aminoil contre Koweït*.

b) La prise en compte exceptionnelle d'un impératif de développement au sein des contrats d'Etat

Dans la sentence *Aminoil contre Koweït*, du 24 mars 1982, le tribunal arbitral n'a pas rejeté la validité de principe d'une clause de stabilisation. Selon un auteur, il a cependant implicitement considéré que, dans un accord de développement économique, l'engagement tendant à interdire toute nationalisation doit être *exprès*³⁴⁹. En effet, les objectifs de développement poursuivis par l'Etat sont tels que l'on ne peut se contenter d'une clause de stabilisation ordinaire. La portée de la clause dans la sentence *Aminoil* est liée à la nature du contrat dans lequel elle s'insère. Dans un contrat de développement, la clause, sans être privée d'effet, ne doit pas dénaturer le contrat. Ce qui se produirait si on omettait de tenir compte du rôle de l'Etat³⁵⁰. Selon cet auteur, la prévisibilité juridique est certes un peu négligée, mais n'est-ce pas un moyen de prendre en compte tous les intérêts en présence, notamment ceux du pays en développement³⁵¹? Les arbitres ont estimé au cœur de cette sentence que les limitations de souveraineté ne se présument pas et devaient être limitées et qu'une clause de stabilisation du droit trop générale était insatisfaisante. Ils ont également conclu que la mesure de nationalisation était valable nonobstant l'existence de clauses de stabilisation en raison des

³⁴⁷KNIEPER (R.), « Transfert de techniques juridiques aux questions de l'endettement des pays du Tiers Monde », *loc. cit.*

³⁴⁸Il est important de préciser que la sentence *Klöckner* fut annulée par la suite au motif que le tribunal arbitral n'avait pas recouru au droit camerounais, donc au droit français applicable en l'espèce. Il a été reproché aux arbitres de statuer *ex aequo et bono*, c'est-à-dire en amiable compositeur. L'arbitre aurait, selon le comité d'annulation, fait application d'un vague principe général, de valeur prétendument universelle et qui ne serait au mieux qu'un principe général au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ. Il aurait ainsi méconnu les règles de l'article 42§1 du CIRDI lui faisant l'obligation de n'appliquer ces principes qu'après ceux applicables de l'Etat partie. Le Comité souligne bien qu'il ne lui appartient pas de décider si les règles appliquées sont bonnes ou mauvaises, en l'espèce les principes invoqués par les arbitres. Il lui appartient seulement de vérifier si les juges ont au préalable établi en droit français l'existence d'une telle obligation. Le comité soutient qu'il ne lui appartenait pas non plus de vérifier si cette règle existait. Une décision du 3 mai 1985 a en conséquence annulé cette sentence. Voir RAMBAUD (P.), « L'annulation des sentences *Klöckner* et *Amco* », *Annuaire français de droit international*, volume 32, 1986, p. 259, se référer expressément à la note 3 ; *Foreign Investment Law Journal*, volume 1, 1986, p. 89.

³⁴⁹BLANC (G.), « Peut-on encore parler d'un droit du développement ? », *JDI*, 1991, p. 903.

³⁵⁰*Idem*, p. 921.

³⁵¹*Idem*, p. 922.

changements au regard des termes des concessions pétrolières, notamment au Moyen-Orient dès 1973.

L'évolution des relations contractuelles entre les parties, due à ces changements, a pour conséquence le fait que les contrats de concession sont devenus ces contrats d'une nature particulière. Au sein de ces contrats, dans la plupart des systèmes juridiques, l'Etat, tout en demeurant contraint au respect de l'équilibre contractuel, dispose de prérogatives particulières³⁵². Selon un auteur, la sentence *Aminoil* se situe dans la perspective de l'existence d'un droit au développement³⁵³. Ainsi, il s'agit de ne pas priver l'Etat d'un instrument fondamental de sa politique de développement, tout en prévoyant une indemnisation adéquate de son partenaire. Il importe de préciser que cette sentence est restée isolée³⁵⁴. Peut-on alors penser que l'obligation d'information en matière de contrat d'Etat peut-être analysée en tant que s'inscrivant dans la prise en compte de la particularité de contrat qualifié de développement économique ?

c) La prise en compte indirecte d'un impératif de développement au sein des contrats d'Etat ?

Il apparaît que s'érigent au cœur de la jurisprudence CIRDI certains principes tendant à protéger l'Etat hôte des agissements du contractant privé. Ainsi, cette protection de l'Etat s'affirme dans la nécessité d'une information précontractuelle³⁵⁵.

Dans l'affaire *Klöckner contre l'Etat du Cameroun*, est posée pour la première fois l'obligation pour le partenaire étranger d'informer efficacement le cocontractant étranger afin que ce dernier puisse se déterminer en toute connaissance de cause. « *Klöckner était dans une obligation particulièrement forte de tenir le Cameroun informé de tout fait susceptible d'influer de façon cruciale la décision du gouvernement de procéder et de continuer à procéder aux engagements financiers très onéreux que Klöckner cherche maintenant à faire*

³⁵²JACQUET (J.-M.), « L'Etat, opérateur du commerce international », *JDI* 1989, p. 621, spéc. p. 650. Voir le texte de la sentence du 24 mars 1982. *JDI* 1982, p. 869, commentaire de Philippe Kahn, *op. cit.*, p. 852.

³⁵³BLANC (G.), « Peut-on encore parler d'un droit du développement ? », *op. cit.*, p. 922.

³⁵⁴Voir les sentences du CIRDI, *AGIP c. République Populaire du Congo*, 30 novembre 1979, *Revue critique de droit international privé*, 1982, p. 82, note Batiffol ; CIRDI, *LETCO c. République du Liberia*, sentence du 31 mars 1986, *JDI*, 1988, p. 166, observations Emmanuel. Gaillard. Même si les circonstances sont différentes, ces deux sentences se sont montrées favorables à la clause de stabilisation.

³⁵⁵http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb256/256_cir.htm, site du ministère des finances, *Le centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement*, 2003, consulté le 10 janvier 2011.

valoir »³⁵⁶. Cette obligation d'information se double de l'impossibilité pour le contractant d'avoir recours à des manœuvres précontractuelles illicites en s'abstenant sciemment de lui fournir toute information déterminante. Ainsi, il est dû à l'Etat contractant une certaine franchise ainsi qu'une certaine loyauté.

La sentence rendue par un tribunal CIRDI dans le cadre d'une affaire dénommée *Atlantic Triton contre Guinée* présente également un certain intérêt. Elle porte sur un contrat conclu entre une société de droit norvégien et le gouvernement guinéen. En effet, le 12 août 1981, le Ministère de l'Elevage et de la Pêche de la République populaire révolutionnaire de Guinée³⁵⁷ conclut un « accord de gestion » avec la société Atlantic Triton. Cet accord porte sur la conversion, l'équipement et la gestion de trois navires de pêches norvégiens achetés d'occasion pour trois millions de dollars. L'exploitation des navires ne permet pas d'atteindre les résultats escomptés et est arrêtée en août 1982, c'est-à-dire neuf mois après leur arrivée en Guinée. Les parties imputent cet échec tantôt à l'insuffisance de l'infrastructure du port de Conakry, tantôt à l'inaptitude des navires et de leurs équipements à effectuer des opérations de pêche dans les eaux guinéennes. Soucieuses d'y remédier, elles chargent un expert de faire un rapport sur les mesures de redressements techniques nécessaires. Celui-ci conclut à la nécessité d'exécuter certains travaux sur les navires. Sollicitée pour le financement des travaux, la FAO³⁵⁸ établit un rapport mettant en cause l'inaptitude des navires à fonctionner dans les eaux guinéennes, la gestion de la société exploitant les navires et les équipements du port de Conakry. Malgré cela, les parties décident de procéder à la réparation des navires.

Le 5 avril 1983, la société Atlantic Triton résilie l'accord de gestion, invoquant le refus de la Guinée de s'acquitter de ses obligations financières. Elle saisit le CIRDI d'une requête d'arbitrage le 6 janvier 1984. Elle sollicite par ce biais la condamnation de la Guinée au paiement de diverses sommes représentant la rémunération des travaux de réparation, le paiement de ses honoraires de gestion ainsi que le paiement de dommages et intérêts qui lui seraient dus en réparation du préjudice matériel et moral subi.

³⁵⁶http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb256/256_cir.htm, site du ministère des finances, *Le centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement*, 2003, consulté le 10 janvier 2011.

³⁵⁷Aujourd'hui République de Guinée.

³⁵⁸*Food and Agriculture Organization of the United Nations*, Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture.

Le Tribunal, statuant en amiable compositeur, admet le bien-fondé de la demande de paiement d'une partie de la somme réclamée en rémunération de certains travaux. Quant aux honoraires de gestion, il les reconnaît dus mais les limite en considération de l'importance et de la nature des prestations fournies par Atlantic Triton dans la dernière phase de fonctionnement du contrat. Il motive sa décision en ces termes qui reviennent à reconnaître un devoir de conseil de la part de la société de droit norvégien à la Guinée : « *Il apparaît au Tribunal arbitral que Atlantic Triton n'a pas fait preuve de toute la diligence nécessaire dans l'exploitation des navires ; qu'en particulier, s'étant présentée comme un professionnel spécialiste de la pêche en eaux tropicales, elle aurait certainement dû étudier avec le plus grand sérieux les conditions d'exploitation des navires en Guinée afin de prendre en compte les circonstances locales et l'état des infrastructures portuaires dont elle pourrait disposer. Si une telle étude avait été effectuée, il est probable que les résultats de l'exploitation auraient pu être améliorés ou, en tout cas, que les dépenses d'exploitation proprement dites auraient pu être mieux ajustées aux recettes envisageables* »³⁵⁹. De ce fait la somme allouée par le Tribunal au titre des frais de gestion a été réduite à un montant forfaitaire.

De son côté, la Guinée avait formé plusieurs demandes reconventionnelles. Elle reprochait notamment à la société contractante des lacunes dans la conception de son projet de création d'une industrie de pêche côtière et le caractère insuffisant, voire inapproprié, des informations que lui avait prodiguées l'investisseur, à propos de choix techniques nécessaires à la réalisation du projet³⁶⁰.

L'une de ces demandes reconventionnelles consistait également à critiquer le choix par l'investisseur étranger de navires inadaptés à l'usage auquel les parties le destinaient. Elle est rejetée par le Tribunal au double motif de l'obligation de se renseigner de la Guinée et de l'incompétence du Tribunal pour connaître d'une demande ne relevant pas de l'accord de gestion du 12 août 1981 qui, seul, contenait la clause compromissoire dont les arbitres tenaient leur pouvoir.

³⁵⁹CIRDI, *Atlantic Triton c. Guinée*, (Aff. n°ARB/84/1), sentence du 21 avril 1986, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, pp. 219-224 (sentence), pp. 224-227 (observations) ; GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume II), A. Pedone, 2010, p. 43 (*Joy Mining*).

³⁶⁰*Ibidem*.

Sur l'obligation de se renseigner sur laquelle le Tribunal a tenu à se prononcer à titre surabondant, la sentence relève que : « *Si, comme la Guinée le soutient aujourd'hui, des caractéristiques aussi évidentes que la taille des navires ou leur type (seneur/chalutier) n'étaient pas compatibles avec une exploitation dans les eaux guinéennes, la mission guinéenne, même si elle n'était pas composée d'experts très qualifiés, aurait pu s'en rendre compte dès l'origine et le signaler à Atlantic Triton* »³⁶¹.

La demande tendant à l'obtention de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par la Guinée en raison des fautes qu'aurait commises Atlantic Triton dans la gestion des navires a également été rejetée au motif que : « *S'il est certain que l'opération dans son ensemble a été un échec, la preuve n'est pas rapportée que celui-ci soit dû à une mauvaise gestion d'Atlantic Triton plutôt qu'à un manque de moyens financiers et matériels et à une insuffisance des investissements initiaux tant en équipements qu'en infrastructures* ».

Le Tribunal admet l'existence d'un équilibre prudent entre la reconnaissance d'une obligation de conseil dû par le professionnel à l'égard du client étatique et l'obligation pour ce client de se renseigner lui-même. Il reconnaît une obligation de conseil de la part de l'investisseur étranger, très proche de l'obligation de renseignement qui était en cause dans la sentence *Klöckner*. Il en a déduit qu'Atlantic Triton, spécialiste de la pêche dans les eaux tropicales, devait supporter une partie des conséquences financières de la faillite d'une opération mal conçue, faute d'avoir étudié les conditions d'exploitation des navires et d'en avoir averti son cocontractant. Le Tribunal refuse cependant d'entrer dans la voie qui consisterait à reconnaître à l'Etat d'accueil le droit d'adopter une attitude totalement passive. Il refuse ainsi d'admettre que la Guinée puisse rejeter l'entière responsabilité de la faillite du projet sur l'investisseur étranger. Il est cependant difficile de tirer de cette sentence des enseignements généraux. En effet, le pouvoir d'amiable compositeur des arbitres la relègue au cas d'espèce. C'est ainsi qu'on peut également parler d'une sentence isolée bien que présentant un grand intérêt au regard de l'obligation d'information du partenaire étatique. Il est impossible de conclure à la prise en compte indirecte de l'impératif de développement. Nous pensons que cela a davantage trait à la bonne foi des partenaires ainsi qu'à une obligation de diligence.

³⁶¹ *Ibidem*.

De l'analyse de la jurisprudence CIRDI, s'érige également l'obligation d'une information contractuelle suffisante. Ainsi, dans l'affaire *Holiday Inns contre Maroc* du 23 septembre 1974³⁶², le tribunal arbitral a estimé qu'« en dehors d'une stipulation expresse de l'accord de base, on doit considérer, sur un plan général, la communication des informations nécessaires pour constater, une fois les travaux réalisés, qu'ils sont bien conformes aux obligations conventionnelles. Il va de soi que toute partie à un contrat doit être mise en état de s'assurer que les obligations souscrites à son égard ont été correctement exécutées ». Il s'agit ici d'une obligation d'information aux fins de contrôle par l'État de l'exécution des dispositions contractuelles³⁶³. Une telle obligation n'a été énoncée que dans cette seule sentence CIRDI.

Dans l'affaire *Klöckner*, la question s'est posée de savoir s'il existait une obligation d'information pesant sur le cocontractant étranger en cas de perte de rentabilité de l'investissement durant la phase contractuelle³⁶⁴. En d'autres termes, l'investisseur peut-il échapper à l'exécution de ses obligations relatives à l'opération d'investissement devenue déficitaire ? Il semble également que la réponse à cette question se mesure à l'aune de l'obligation de franchise et de loyauté.

Face à ces obligations relatives au contrat d'Etat, la problématique est la suivante : ces dernières ne procèdent-elles pas davantage de la nature contractuelle (ou précontractuelle) de la relation que de la spécificité du contrat qui peut s'analyser en contrat de développement économique ? Ainsi, l'obligation d'information, celle de loyauté, le contrôle du respect des obligations contractuelles ne sont pas spécifiques aux contrats de développement économique. Bien au contraire. En droit français, comme en droit international, ces principes dérivent de celui de bonne foi. Ainsi, ce n'est pas parce que l'objet de cette sentence est un accord de

³⁶²CIRDI, *Holiday Inns c. Maroc*, (Aff. n° ARB/72/1), sentence du 23 septembre 1974. GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 2, p. 29 (*Amco*), p. 51, pp. 54-55, pp. 63-64, pp. 202-203 (*LETCO*), p. 210, p. 394 (*Vacuum Salt*), p. 461, p. 638 ; décision du 2 juillet 1972 sur les mesures provisoires : GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p.1021 ; décision du 1^{er} juillet 1973 sur la compétence : GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 14, p. 42, p. 49, pp. 63-64, pp. 406-408 ; décision supplémentaire du 12 mai 1974 sur la compétence et l'admissibilité des demandes : GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 14, p. 42, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume II), A. Pedone, 2010, p. 342 ; décision du 23 septembre 1974 sur l'existence et l'étendue de certaines responsabilités des parties découlant de leurs relations contractuelles, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 1021 ; ordonnance du 17 octobre 1978 constatant le désistement : GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 1021

³⁶³http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb256/256_cir.htm, site du ministère des finances, *Le centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement*, 2003, consulté le 10 janvier 2011.

³⁶⁴http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb256/256_cir.htm, site du ministère des finances, *Le centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement*, 2003, consulté le 10 janvier 2011.

développement économique qu'il faut nécessairement tirer de telles conséquences. Il semble que de telles obligations existent parce qu'il s'agit avant tout d'un contrat et non d'un contrat de développement économique. Il appartient donc aux parties d'insérer cet impératif au sein de l'instrument contractuel. Cela au moyen d'une stratégie, comme cela a été le cas dans l'évolution des partenariats en matière d'exploitation d'hydrocarbures, dont découleraient des mécanismes juridiques, touchant au fond et à la forme et s'inscrivant dans une perspective de développement.

Les mutations extracontractuelles constatées impliquent nécessairement une évolution en conséquence des relations contractuelles entre Etats d'accueil de l'investissement et investisseurs. C'est plus particulièrement dans le développement autonome des contrats d'Etat que les moyens de ces mutations doivent être recherchés.

2) La construction d'un instrument juridique autonome

C'est à l'origine le contrat d'Etat qui a constitué le cadre juridique exclusif des relations entretenues par les Etats hôtes et les sociétés internationales³⁶⁵. En effet, dans la première moitié du 20^{ème} siècle, la plupart des opérations d'exploration et de production pétrolière au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, en Extrême-Orient, puis en Amérique latine, sont menées par de grandes compagnies occidentales appelées les « Sept Sœurs »³⁶⁶ ou les « *Majors* »³⁶⁷. Ces sociétés exploitent alors les ressources issues des sols et des sous-sols de ces Etats. Ce sont les premières manifestations modernes des contrats d'Etat. Ces rapports particuliers sont alors régis par un droit exclusivement issu du contrat, tant cette activité n'est aucunement réglementée par ailleurs. C'est selon ce schéma que les contrats d'Etat se sont développés ces dernières décennies. En effet, en l'absence d'un *corpus* juridique précis de règles de référence, les contrats d'Etat ont acquis une certaine autonomie dont a résulté un droit propre à chacun de ces instruments contractuels, à tel point que l'originalité de ce

³⁶⁵ Voir nos développements *supra*, Introduction, 5) Les contrats d'Etat, p. 31.

³⁶⁶ Il s'agit de la Standard Oil of New Jersey (Esso), qui est devenue Exxon, puis ExxonMobil. C'est une société américaine. Il y a aussi la Standard Oil of California (SOCAL), qui est devenue Chevron par la suite. Il y a également Texaco, qui fusionnera ensuite avec Chevron. Il y a la Standard Oil of New York (SOCONY), société américaine, devenue Mobil, puis ExxonMobil. Enfin, au titre des sociétés américaines, la Gulf Oil, absorbée plus tard par Chevron. Figurent également parmi les sept sœurs, l'Anglo-Persian Oil Company qui deviendra BP (British Petroleum), lorsque le gouvernement britannique deviendra actionnaire majoritaire. Il y a enfin la Royal Dutch Shell qui est une compagnie britannique et néerlandaise.

³⁶⁷ OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice, 2002, p. 32.

phénomène a été soulevée par le professeur Prosper Weil³⁶⁸. L'exemple des grands contrats pétroliers est significatif de l'évolution d'un certain processus à travers lequel le contrat incarne le droit et le marque.

En effet, depuis l'émergence de l'industrie pétrolière au tournant du siècle dernier, l'exploitation et la production dans les pays en développement ont été davantage contrôlés par les grandes compagnies que par les Etats producteurs eux-mêmes. Ces derniers, en effet, manquaient de capitaux ainsi que de la maîtrise technologique nécessaires à l'extraction de telles ressources. Les rapports entre les protagonistes se sont alors inscrits dans le cadre de grands accords de développement économique opposant des entités publiques et privées autour d'intérêts antagonistes. En matière pétrolière, à côté des pouvoirs politiques classiques constitués par les Etats, sont nés des pouvoirs économiques, les entreprises multinationales³⁶⁹. Une compagnie pétrolière internationale dispose du financement et de la technologie indispensables à la mise en valeur des ressources du pays d'accueil. Mais ses intérêts sont purement économiques et financiers. Le pouvoir politique, l'Etat, lui se soucie peut-être davantage du développement de son territoire. La convention est par essence un instrument destiné à traduire juridiquement les relations économiques³⁷⁰. Dans le domaine pétrolier, les rapports entre les acteurs ont été d'emblée déterminés par le contrat. Le droit international pétrolier s'est ainsi développé avec les contrats de concession mettant en présence une partie privée et une partie étatique. Aujourd'hui, malgré la naissance et l'apparition de codes de l'investissement et de codes pétroliers, le droit pétrolier demeure toujours essentiellement contractuel.

A la fin de la Seconde Guerre mondiale, avec l'incidence des mouvements de décolonisation, l'avènement d'un nouvel ordre économique, les pays producteurs ont compris l'importance de se réappropriier tout pouvoir sur leurs ressources naturelles. Les rapports contractuels entre investisseurs et pays d'accueil ont évolué d'autant, lors de la prise de conscience de la rareté et du caractère non renouvelable des ressources pétrolières.

³⁶⁸WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, A. Pedone, 1974, p. 301.

³⁶⁹EL MEDHABI (M.), *Le droit transnational : contribution à l'étude d'une théorie des relations pétrolières*, thèse, Nice, 1982.

³⁷⁰BALLANDRAS-ROZET (C.), *Les techniques conventionnelles de lutte contre les pollutions et les nuisances et de prévention des risques technologiques*, thèse, Lyon, 2005, p. 72.

L'aménagement des relations entre les deux parties est passé de la soumission de l'Etat aux exigences des pétroliers, avec le régime traditionnel des concessions, à une participation plus active du premier à la gestion des opérations pétrolières, évoluant par la suite vers un partage plus équitable des profits. Des formes diversifiées de partenariat ont donc évolué³⁷¹, c'est le cas des contrats modernes de concession pétrolière³⁷². La pratique s'est également orientée vers des contrats de partage de production³⁷³. Ainsi, les Etats se sont alors mués en partenaires à part entière, dans la mise en valeur de leurs propres ressources. Cette idée de partenariat est d'ailleurs à l'origine de la création d'entreprises pétrolières nationales dans les pays producteurs.

Les contrats ont alors évolué vers la recherche d'un juste équilibre. sur le fond et la forme. En effet, les nouvelles formes contractuelles se sont accompagnées de nouvelles stipulations tournées vers le développement de l'Etat d'accueil. C'est le cas de la *domestic market obligation* qui est l'obligation d'approvisionner le marché national. Nous pouvons encore citer les clauses relatives à l'embauche, la formation du personnel local. Les partages des profits ont également évolué vers l'attribution d'une part plus importante aux Etats d'accueil de l'investissement³⁷⁴. L'aménagement des rapports contractuels a donc été tributaire d'une certaine stratégie.

Les Etats ont conscience du fait que la souveraineté économique est garante de la souveraineté politique dans un monde où l'économie conditionne tout, notamment le développement. Et face à des contractants privés dont le pouvoir économique est important, seul un Etat peut se poser en contrepoids. Cette logique a d'ailleurs été posée à l'origine des mouvements de nationalisation dans les années 1950. Il existe aujourd'hui une interdépendance entre les Etats producteurs de pétrole qui ont besoin des compagnies pétrolières du fait de la dépendance de leurs économies à l'égard des recettes engendrées par

³⁷¹OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice, 2002 ; LALIVE (J.-F.), « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées : « développements récents », *RCADI*, volume 181, 1983, p. 9.

³⁷²*Ibidem*.

³⁷³Le contrat de partage de production est une convention par laquelle les droits d'exploration et d'exploitation d'hydrocarbures sont attribués par l'Etat à une société. En cas de production commerciale, les dépenses effectuées par la société contractante en matière de travaux de recherche et de développement sont remboursés sur une partie de la production réalisée. La société se rémunère sur une partie de la fraction restante, l'autre revenant à l'Etat, « Partage de Production (contrat de) », lexicque, <http://www.total.com/fr/lexique-900438.html&letter=P>, site de Total, consulté le 18 novembre 2011.

³⁷⁴OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, *loc. cit.*

cette matière et les compagnies pétrolières transnationales qui ont besoin de la même matière afin d'assurer les approvisionnements mondiaux. Cet état de fait est la cause d'une lutte des pouvoirs dont les contrats d'Etat sont à la fois le théâtre et l'expression. Ainsi, les contrats pétroliers ont constitué et constituent toujours un enjeu stratégique placé au cœur du financement du développement économique. Au fur et à mesure des décennies, les relations entre les cocontractants se sont transformées. Elles ont davantage évolué vers un partenariat et une coopération mutuelle, caractérisés par de nouveaux procédés contractuels de collaboration. Le contrat d'Etat a été le mode d'expression de ces profondes mutations. Il s'est posé en un instrument particulièrement autonome et de finalité. Le droit applicable au contrat d'Etat lui confère ce caractère spécial et permet une telle construction. Selon un auteur, les contrats d'Etat dépassent les clivages entre droit international public et *lex mercatoria*³⁷⁵. En réalité, ils ne relèvent ni exclusivement de l'un, ni exclusivement de l'autre. Ainsi, le contrat d'Etat est la résultante d'une certaine autonomie contractuelle, bien que sa construction soit marquée par le contexte au sein duquel il est conclu. Au sein de ces contrats d'Etat et par ces contrats, afin d'aménager les relations entre les deux pouvoirs et d'atteindre au mieux les objectifs de chacun, ont émergé des normes juridiques présentant les trois caractéristiques suivantes: un droit économique, voire de nature politique, un droit autonome, un droit en création continue et donc à contenu variable. Ce droit s'est construit autour du contrat et par lui.

Nous l'avons vu, au cours du siècle dernier, les contrats d'Etat ont originellement constitué le seul cadre juridique des relations contractuelles entre Etats et investisseurs. Cet état du droit a été le résultat d'un manque d'instruments juridiques venant régir ces rapports particuliers. Puis, marqué dans ses diverses évolutions par les mutations des contextes économiques et politiques, le contrat d'Etat a connu de profonds changements. Si le droit n'a pas donné un écho suffisant aux nombreuses transformations sociales, ce contrat a développé une certaine autonomie. En tant qu'instrument juridique à part entière, il a contribué à leur conférer une résonance et une assise juridiques. C'est dans ce processus particulier que reposent les germes de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable.

³⁷⁵« 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-il donc pas, en ce qui les concerne, et pour tous les contrats d'Etat, de dépasser le clivage entre droit international public et *lex mercatoria* pour parvenir à l'élaboration d'un ordre juridique propre aux relations entre Etats et entreprises privées? Tel était déjà le vœu de Jessup ». RANOUIL (V.), « Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement », CASSAN (H.) (dir.), *contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, p. 37, spéc., p. 48.

CONCLUSION

Les bouleversements politiques et économiques ayant marqué l'après-guerre sont à l'origine d'une redéfinition des relations contractuelles existant entre les Etats d'accueil de l'investissement et les sociétés privées étrangères sous la forme de contrats d'Etat. En effet, les nouveaux rapports contractuels sont marqués en leur sein par une nouvelle acception de la souveraineté et l'impératif de développement. Ce dernier, affirmé en nécessité juridique va ensuite évoluer en développement durable.

Il apparaît cependant que les instruments juridiques accompagnant les mutations ont montré leurs limites et insuffisances. Effectivement, le droit de l'investissement s'est construit aux antipodes des préoccupations de l'époque. Confronté au développement prôné comme impératif, il s'est mué en un droit de protection de l'investisseur étranger. C'est imperméable aux préoccupations de développement puis de développement durable qu'il existe aujourd'hui. Le droit du développement, fruit des mouvements d'après-guerre est un droit original et complexe, dont l'utilité, la juridicité, et l'existence même ont été questionnées.

Face à cela, dotés d'une autonomie originelle, les contrats d'Etat se sont développés dans la création d'un droit propre, d'origine contractuelle, s'adaptant aux circonstances et aux changements, se posant alors en tant que palliatif ou complément des défaillances des règles juridiques considérées comme classiques. Ce droit s'est bâti à mi-chemin entre le contexte extracontractuel et le droit commun. C'est ainsi que les contrats d'Etats ont été déterminés dans leur construction par le cadre économique et politique et se sont inscrits dans les mêmes perspectives juridiques que le droit du développement malgré les incomplétudes de cette norme. Les germes de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable résident dans cette réalité ambiguë et complexe mêlant le droit, les contrats d'Etat et les contextes économiques et politiques.

Il est cependant important de remarquer que c'est à l'aune de l'impératif de développement que les relations entre contrats d'Etat et développement durable se sont construites et se construisent encore. C'est en conséquence sous le prisme d'un droit du développement que ces relations ont été étudiées puisque c'est au sein de ce contexte singulier qu'ont émergé des préoccupations de développement durable. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir

si l'évolution des interactions entre contrats d'Etat et développement durable s'inscrit dans la perspective originelle ou tient compte des particularités de ce mode de développement.

CHAPITRE 2. L'EVOLUTION DE L'INTERACTION ENTRE CONTRATS D'ETAT ET DEVELOPPEMENT DURABLE

En droit, les germes de l'interaction entre développement durable et contrats d'Etat se situent dans une interdépendance originelle et originale entre le contexte extracontractuel et ces instruments juridiques particuliers. Le droit international en vigueur au moment de l'émergence du développement durable a montré ses lacunes et limites. En effet, la dernière décennie du 20^{ème} siècle s'ouvre avec un nouveau paradigme que le droit « classique » est alors inapte à juridiciser et qui ne s'accompagne pas d'un corps de règles juridiques dédiées. En conséquence, les fondements d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat reposent toujours sur la même dynamique. Cette dernière doit cependant connaître des évolutions car elle nécessite d'être adaptée aux défis et enjeux du moment.

Cela implique que la recherche d'une assise juridique pour le développement durable soit poursuivie. Ce processus passe à notre sens par l'identification du terme en tant que principe. D'un point de vue juridique, cette qualification n'est pas neutre et emporte certaines conséquences. L'évolution de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable se situe et pourrait se pérenniser dans cette nouvelle catégorisation. Celle-ci ne s'accompagne pas d'une révolution dans les mécanismes « classiques » du droit mais induit d'importants changements au regard de son acception en matière de contrats d'Etat. En effet, pour être mis en œuvre, le développement durable retenu comme principe issu du droit international, doit également être décliné en tant que principe à l'échelle contractuelle. Cela lui permet d'accéder à une juridicité de principe aux sens propre et figuré (**Section 1**). Cependant, un tel procédé est lui-même problématique dans le sens où il nécessite pour exister que soient précisées les règles juridiques découlant du principe de développement durable. Ces normes, issues du droit international classique, présentent intrinsèquement de nombreuses défaillances de fond et de forme qu'il convient de souligner (**Section 2**). Ainsi, même si le recours direct à l'instrument contractuel présente également certaines limites qui seront de ce fait mises en lumière, cet état du droit renforce l'idée des contrats d'Etat en tant que palliatifs et compléments de la norme considérée comme classique. Il met en exergue l'évolution de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable.

SECTION 1. UNE JURIDICITE DE PRINCIPE

L'examen des diverses qualifications du développement durable (**Paragraphe 1**) nous mène à la conclusion qu'il pourrait s'agir d'un principe de valeur normative (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1. LES DIVERSES QUALIFICATIONS DE LA NOTION DE DEVELOPPEMENT DURABLE

La recherche d'une juridicité pour le développement durable (**A**) permet de mettre en lumière une identification située entre le concept et le principe (**B**).

A. LA RECHERCHE D'UNE JURIDICITE POUR LE DEVELOPPEMENT DURABLE

Le développement durable, tel qu'actuellement consacré, trouve ses origines en droit international public. En effet, depuis 1992, la référence à un tel mode de développement est présente au sein des traités internationaux. C'est ainsi de prime abord et tout naturellement, qu'il faut aller chercher sa qualification juridique au sein du droit international public. De cette catégorisation peut dépendre la juridicité du développement durable au regard des contrats d'Etat.

En droit international, la responsabilité est définie comme l'obligation de répondre d'un acte, d'un fait, d'une abstention, d'en supporter la charge, les conséquences, d'en assumer le redressement envers autrui³⁷⁶. Au sein de cette matière, la mise en œuvre de la responsabilité d'un Etat est conditionnée par la conjonction d'un fait illicite imputable à un sujet de droit international et d'un préjudice subi par un autre sujet de droit international. Ces deux éléments doivent être liés par une causalité directe, c'est-à-dire nécessairement découler de l'acte illicite. Cette mise en œuvre emporte pour conséquences diverses obligations comme celle de réparer, d'indemniser ou encore de restituer. La question qui se pose est celle de savoir s'il peut exister, par le biais de la référence au développement durable, des obligations qui s'imposent aux Etats et à travers eux aux personnes privées étrangères et qui, en conséquence,

³⁷⁶BASDEVANT (J.), « Responsabilité », *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960.

doivent être ou sont des éléments juridiques fondamentaux des contrats d'Etat. Nous répondons à cette question par l'affirmative.

En droit international public, les références au développement durable apparaissent dans des textes à vocation internationale et régionale³⁷⁷. Ces instruments, de nature et de portée juridiques diverses ne nous permettent pas de nous accorder de façon unanime sur la juridicité du développement durable. Mais existe-t-il seulement une juridicité de principe du développement durable qui imposerait de façon impérative sa présence au sein de nombreux instruments, notamment au sein des contrats d'Etat ? D'emblée, le juriste est en proie à un profond malaise car le terme soulève de nombreuses interrogations au regard de son acception juridique. En premier lieu, se pose la question de sa catégorisation juridique et tenter de répondre à cette question nécessite un détour par certaines qualifications dont il a fait l'objet en droit français³⁷⁸.

Au sein de ce droit interne, le développement durable est-il conçu en tant qu' « objectif »³⁷⁹, comme le législateur a pu le définir³⁸⁰? Est-il davantage un concept ? Un principe ? Une valeur ? Une norme ? La promotion du développement durable prend une valeur constitutionnelle lorsqu'elle est mentionnée au sein de la Charte de l'environnement³⁸¹. Cet état de fait amène d'autres questions. La question du « droit au développement durable » en tant que droit fondamental pourrait-elle un jour être posée comme cela est déjà le cas en matière de droit à l'environnement³⁸² ? En France, la pluridisciplinarité du contenu du développement durable a permis à la doctrine de l'identifier parfois en tant que « notion

³⁷⁷Pour un exemple, voir MORAGA SARIEGO (P.), *Le développement durable et le commerce international : les perspectives offertes dans le cadre des accords conclus avec le Chili*, thèse, Lille, 2005.

³⁷⁸Pour ces différentes qualifications, voir CANS (C.), « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 10 février 2003, p. 210.

³⁷⁹De façon intrinsèque, l'« objectif » n'a aucune valeur juridique.

³⁸⁰Loi n°95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF* n°31 du 5 février 1995, p. 1973. Voir également l'article L. 110-1 du Code de l'environnement.

³⁸¹Le développement durable figure dans le préambule de la Charte ainsi que dans son article 6 en ces termes : « Article 6. - Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». Cette Charte est issue de la loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF* du 2 mars 2005, p. 3697. Selon un auteur, Madame Christelle Ballandras-Rozet, une telle consécration confère au « principe » une valeur constitutionnelle. Voir BALLANDRAS-ROZET (C.), *Les techniques conventionnelles de lutte contre les pollutions et les nuisances et de prévention des risques technologiques*, thèse, Lyon, 2005, p. 101.

³⁸²Voir notamment sur cette question, CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Droit à la protection de l'environnement et droits fondamentaux », CHAMPEIL-DESPLATS (V.), GHEZALI (M.), KARAGIANNIS (S.), (dir.), *Environnement et renouveau des droits de l'Homme*, actes du colloque de Boulogne-sur-Mer des 20-21 novembre 2003, travaux de la CEDECE, La documentation française, 2006, p. 17.

intégrée »³⁸³. L'intégration consisterait en la protection simultanée de plusieurs objectifs³⁸⁴. En droit communautaire, le développement durable a également été analysé comme étant un principe d'interdépendance et donc d'intégration du progrès économique et de préservation de l'environnement³⁸⁵.

En droit international public, dans son arrêt *Gabcikovo-Nagymaros*, la CIJ fait référence à la notion de « développement durable » en ces termes : « *Le concept de développement durable traduit cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement* »³⁸⁶. La Cour considère ainsi le développement durable en tant que concept. En revanche, le juge Weeramantry, dans son opinion séparée concernant cette affaire, considère qu'il s'agit d'un « *principe de valeur normative* »³⁸⁷. Le développement durable peut-il être un concept? Est-il à la fois concept et principe ? S'agit-il enfin d'un principe de valeur normative? Il convient de le vérifier.

B. LE DÉVELOPPEMENT DURABLE ENTRE CONCEPT ET PRINCIPE

Dans son acception extra-juridique, le développement durable a été identifié en tant que concept particulier. Mais cette catégorisation se double de celle de « principe » et induit une certaine valeur juridique.

Le concept, au sens où nous l'entendons, est un terme philosophique qui peut se définir comme étant le résultat d'une création de l'esprit³⁸⁸. De façon intrinsèque, il est dépourvu de toute valeur juridique. Dans sa thèse consacrée aux techniques conventionnelles de lutte contre les pollutions et les nuisances et de prévention des risques technologiques en droit français³⁸⁹, Madame Christelle Ballandras-Rozet voit le développement durable en tant que

³⁸³ CAUDAL-SIZARET(S.), *La protection intégrée de l'environnement en droit public français*, thèse, Lyon, 1993, p. 19.

³⁸⁴ *Ibidem*.

³⁸⁵ ALVES (C.-M.), *La protection intégrée de l'environnement en droit communautaire*, thèse, Bordeaux, 2002, p. 453.

³⁸⁶ CIJ, *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, 25 septembre 1997, Recueil CIJ, 1997, p. 7, spéc. § 140, p. 78.

³⁸⁷ CIJ, opinion individuelle de Monsieur Weeramantry, vice-président, relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, 25 septembre 1997, Recueil CIJ, 1997, p. 88.

³⁸⁸ *Le Nouveau Petit Littré*, « Concept », « Conception », Garnier, 2009.

³⁸⁹ BALLANDRAS-ROZET (C.), *Les techniques conventionnelles de lutte contre les pollutions et les nuisances et de prévention des risques technologiques*, thèse, Lyon, 2005.

principe et concept³⁹⁰. Pour ce dernier, elle s'inspire de la définition du professeur Michel Troper en vertu de laquelle un concept est une idée, un instrument intellectuel, permettant de décrire ou d'expliquer une réalité³⁹¹. Pour Madame Ballandras-Rozet, le concept de développement durable succède à celui de protection intégrée³⁹². Selon elle, les objectifs d'intégration, prônés de façon tangible en faveur d'outils juridiques spécifiques, vont se généraliser et tendre à devenir les véritables soubassements des politiques publiques déterminées par l'Etat. Ainsi, ils s'affichent comme des principes guidant les actions étatiques³⁹³. Si on se réfère à cette idée, le développement durable sous-tend l'intégration de considérations liées à l'environnement et au développement au cœur de chaque activité étatique. Dans cette perspective, ces objectifs d'intégration nécessitent d'être réalisés par le biais d'outils juridiques dédiés et vont devenir, à force de généralisation, de véritables « principes » guidant les actions de l'Etat. En conséquence, le développement durable serait un concept, si ce n'est un principe, qui induirait des règles particulières de mise en œuvre.

Pour le professeur Pierre-Marie Dupuy, le développement durable serait un nouveau principe du droit international de l'environnement³⁹⁴, si ce n'est finalement un concept³⁹⁵? En effet, au-delà du fait que ce dernier se réfère à un « *droit international du développement durable* » qu'il cite, entouré de guillemets, il évoque la notion de développement durable en tant que « *principe* »³⁹⁶. Il nuance cependant: « *Il faut prendre cette notion non comme un principe univoque mais comme une matrice conceptuelle, définissant la perspective générale dans laquelle les principes déjà établis de bonne gestion de l'environnement doivent être resitués* »³⁹⁷. Puis il affirme, recourant encore à la notion de « principe » : « *Un principe*

³⁹⁰ *Idem*, p. 87.

³⁹¹ TROPER (M.), « Libre administration et théorie générale du droit : le concept de libre administration », MOREAU (J.), DARCY (G.), (dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, Economica-PUAM, 1984, p. 55, spéc. p. 56. Sur la distinction entre « notion et « concept », voir QUINTANE (G.), « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », TUSSEAU (G.) (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 5. Voir également BIOY (X.), « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », TUSSEAU (G.) (dir.), *Les notions juridiques, op. cit.*, p. 21.

³⁹² BALLANDRAS-ROZET (C.), *Les techniques conventionnelles de lutte contre les pollutions et les nuisances et de prévention des risques technologiques, op. cit.*, p. 101.

³⁹³ *Idem*, p. 102.

³⁹⁴ Si l'analyse du professeur Pierre-Marie Dupuy présente un grand intérêt, nous tenons à apporter une nuance à la qualification juridique que ce dernier fait du développement durable. En effet, selon l'auteur, le développement durable est un principe du droit international de l'environnement. Nous ajoutons à cette affirmation l'atténuation suivante : si le développement durable peut être un principe du droit international de l'environnement, il ne se limite pas à cette catégorisation car le développement durable se distingue du droit international de l'environnement. Nous avons déjà démontré cette dernière affirmation dans notre introduction.

³⁹⁵ DUPUY (P.-M.), « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, 1997-4, p. 873, spéc. pp. 886-888.

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ *Idem*, p. 886.

énonçant de façon aussi générale l'orientation d'ensemble et les objectifs majeurs d'une politique de développement doit recevoir cas par cas un contenu circonstancié. La constance du renvoi à ce principe finalisé dans les instruments de tous ordres relatifs à la protection internationale de l'environnement manifeste en effet clairement l'universalité d'une "opinio juris" dont la pratique corrélatrice se concrétise au fil du temps³⁹⁸». Le professeur Dupuy évoque au même titre que le développement durable³⁹⁹ en tant que principe, les « principes de mise en œuvre de ce principe »⁴⁰⁰. Il cite de ce fait le principe d'intégration de l'environnement et du développement qui est à la base du « concept » de développement durable selon ses termes. Il cite également le principe de « préoccupation commune à l'humanité » en tant qu'écho à la logique du patrimoine commun de l'humanité⁴⁰¹. Il désigne le principe de souveraineté et de responsabilité de l'Etat, le principe de responsabilités communes mais différenciées, celui de partenariat global et de coopération, celui du pollueur-payeur, enfin celui de décision participative⁴⁰².

L'analyse opérée par le professeur Dupuy est d'un grand intérêt. En effet, ce dernier identifie le développement durable en tant que concept et principe, plus précisément en tant que « matrice conceptuelle »⁴⁰³ déterminant la perspective dans laquelle doivent s'inscrire d'autres principes. En d'autres termes, un principe intellectuel qui induirait des principes juridiques de mise en œuvre. Cette vision n'est en définitive guère éloignée de celle partagée par Madame Ballandras-Rozet. Cette conception s'oppose-t-elle à l'analyse opérée par le juge Weeramantry dans le cadre de l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*⁴⁰⁴, qui identifie le développement durable en tant que principe de valeur normative?

³⁹⁸ *Idem*, p. 887.

³⁹⁹ Selon l'auteur, le développement durable dissimulerait en son sein, d'authentiques règles à vocation coutumière dont les Etats doivent avoir pleinement conscience. Voir DUPUY (P.-M.), « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *op. cit.*, p. 892.

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 891.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² *Ibidem*.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ CIJ, *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, 25 septembre 1997, Recueil CIJ, 1997, p. 7, spéc. § 140, p. 78.

PARAGRAPHE 2. L'IDENTIFICATION DU DÉVELOPPEMENT DURABLE EN TANT QUE PRINCIPE DE VALEUR NORMATIVE

Le juge Weeramantry a vu dans le développement durable un « *principe de valeur normative* »⁴⁰⁵. Que serait alors un tel principe? Il est intéressant à notre sens, afin de tenter de répondre à cette question, de suivre la démonstration menée par un auteur, en matière de droit international de l'environnement⁴⁰⁶. Cela nous permettra d'identifier le développement durable en tant que principe de droit international (A). Nous nous poserons ensuite la question de la valeur et de la portée d'une telle qualification au regard des contrats d'Etat (B).

A. L'EMERGENCE D'UN NOUVEAU PRINCIPE EN DROIT INTERNATIONAL

1) L'identification d'un principe

Dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le développement durable n'est plus un objectif mais un principe⁴⁰⁷. Pour le professeur Maurice Kamto, il faut s'accorder sur la teneur et la portée de ce terme. Par exemple, en droit de l'environnement, on l'utiliserait de façon immodérée et sans précision. On mélangerait sous cette appellation un constat d'évidence, les conclusions d'une analyse, des normes non juridiques ou des règles juridiques obligatoires⁴⁰⁸. L'auteur revient ainsi sur le sens juridique du mot « principe ». En effet, selon lui, comment distinguer le « principe », qui n'est en réalité qu'un simple constat, du principe qui aurait une vocation, une acception juridique ? Comment alors distinguer les « principes » constituant des énoncés normatifs ?

Selon sa démonstration, dans la science du droit, un principe pourrait être :

- soit une règle ou une norme générale de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques. Ainsi en est-il du principe de la souveraineté de l'Etat ou du principe de coopération par exemple.

⁴⁰⁵ CIJ, opinion individuelle de Monsieur Weeramantry, vice-président, relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, 25 septembre 1997, Recueil *CIJ*, 1997, p. 88.

⁴⁰⁶ KAMTO (M.), « Les nouveaux principes du droit international de l'environnement », *RJE*, 1-1993, p. 11.

⁴⁰⁷ Article 37. Charte des droits fondamentaux, *JOUE* n° C 83 du 30 mars 2010.

⁴⁰⁸ KAMTO (M.), « Les nouveaux principes du droit international de l'environnement », *loc. cit.*

- Soit une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux, destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une efficacité supérieure. Le terme principe renvoie donc au « principe positif du droit », c'est-à-dire une norme explicitement formulée dans le texte du droit positif, à savoir, soit une disposition légale, soit une norme construite à partir des éléments contenus dans ces dispositions.
- On parlera enfin de principe à propos d'une maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte (à l'exemple des principes généraux du droit, ou à propos d'une règle générale qui, à défaut de texte spécial, régit une sorte de cas, par opposition à une exception).

Le professeur Kamto⁴⁰⁹ arrive à la conclusion que, quelle que soit sa valeur juridique, ou plus exactement qu'il ait une valeur juridique ou non, un principe doit donc avoir nécessairement un caractère normatif⁴¹⁰. Ainsi, par exemple, alors que le principe de souveraineté et de coopération n'aurait pas en lui-même un caractère juridique, il induit une obligation de ne rien entreprendre contre la volonté d'un Etat ou sans son accord⁴¹¹.

Le développement durable est une conception particulière du développement. En ce sens, c'est une notion extra-juridique. Dans l'analyse opérée par le professeur Kamto et au regard de la démonstration faite par les auteurs que nous avons évoqués, en droit international, le développement durable serait une règle ou une norme générale de caractère non juridique dont doivent être déduites des règles juridiques de mise en œuvre. Cela correspondrait à la première hypothèse présentée par l'auteur. Ainsi, le développement durable, érigé au rang de principe, aurait alors nécessairement une normativité *a priori*. Sa dénomination de « principe » signifierait en soubassement un principe de valeur normative.

⁴⁰⁹KAMTO (M.), « Les nouveaux principes du droit international de l'environnement », *loc. cit.*

⁴¹⁰L'adjectif « normatif » désigne ce qui se rapporte à une norme. D'après *Le nouveau Petit Littré*, « normatif », Garnier, 2009. En droit, le mot norme est défini en ces termes: « *norme, du latin norma : équerre, mesure, règle. Terme scientifique employé parfois dans une acception générale comme équivalent de règle de droit (proposition abstraite et générale), qui évoque non pas l'idée de normalité (comme par exemple en biologie), ni celle de rationalité, ou de type convenu (standardisation), mais spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite, et qui offre l'avantage de viser d'une manière générale toutes les règles présentant ce caractère, quels qu'en soient la source (loi, traité, règle de Droit naturel) ou l'objet (règle de conflit, Droit substantiel, etc.)* », CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Norme », Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} édition, 2011.

⁴¹¹KAMTO (M.), « Les nouveaux principes du droit international de l'environnement », *loc. cit.*

2) La valeur normative d'un tel principe

Eriger le développement durable au rang de principe sous-tendrait qu'il s'agit d'un principe de valeur normative. Cela signifie que l'énoncer en tant que tel au sein d'un texte aurait des conséquences juridiques et induirait sa mise en œuvre à travers d'autres instruments juridiques, notamment des principes liés, d'une part, à l'environnement et, d'autre part, au développement⁴¹². Un auteur cite en tant que principes de mise en œuvre du développement durable celui de participation, de pollueur-payeur ou encore de précaution⁴¹³. Le principe de développement durable, considéré en tant que tel, implique l'application d'une pléthore d'éléments disparates, c'est-à-dire de règles relevant d'ordres juridiques différents ou de branches distinctes du droit. Il importe de rappeler que le développement durable est un principe d'intégration. En d'autres termes, il sous-tend l'intégration de préoccupations liées à l'environnement et au développement au sein de toute activité considérée, à travers ses trois piliers. La question se pose alors des conséquences d'une telle qualification au regard des contrats d'Etat.

B. LA VALEUR ET LA PORTEE D'UNE TELLE QUALIFICATION AU REGARD DES CONTRATS D'ETAT

L'identification d'un tel principe en droit international présente un certain intérêt. Cependant, sa mise en œuvre est conditionnée par la volonté des Etats. Ainsi, il n'y aurait aucune conséquence directe au regard des contrats d'Etat à moins que, selon les mêmes caractéristiques⁴¹⁴, le développement durable ne soit catégorisé en tant que principe au sein même de l'instrument contractuel. Cela lui conférerait une valeur et une portée juridiques plus fortes. Effectivement, les obligations issues d'un tel principe seraient directes pour les parties au contrat. Elles seraient également plus précises, circonscrites et spécifiques à l'activité considérée. Elles lieraient et engageraient à la fois l'Etat hôte et l'investisseur. Au regard des possibilités de mise en œuvre, cela présente des avantages en comparaison du droit international même si des difficultés communes à ce droit existent. En effet, une telle qualification nécessite que soient appréhendées en droit les règles de mise en œuvre du

⁴¹²Haidarlis (M.), « Durabilité, développement durable et droit hellénique », *RJE* 3-2002, p. 417 ; Pieratti (G.), Prati (J.-L.), « Droit, économie, écologie, et développement durable : des relations nécessairement complémentaires mais inévitablement ambiguës », *RJE*, 3-2000, p. 423.

⁴¹³*Ibidem*.

⁴¹⁴Il y serait un principe d'intégration de valeur normative.

développement durable. La question de la précision et de la juridicité de ces dernières se posent également. Ces problèmes sont intrinsèques au droit international et rejaillissent en matière de contrats d'Etat. Ils sont l'expression plus générale de la peine qu'éprouve la communauté internationale à bâtir un droit nouveau dans un ordre juridique ancien et profondément défaillant.

SECTION 2. UNE JURIDICITÉ LIMITÉE

Le professeur Alexandre-Charles Kiss a évoqué, en droit international, l'éventualité d'un « *texte-cadre* »⁴¹⁵ qui viendrait « *coiffer* »⁴¹⁶ le dispositif de mise en œuvre du développement durable. Cet instrument obligatoire serait une sorte de « *convention-chapeau* »⁴¹⁷ qui, sans opérer une quelconque codification, constituerait un « *réseau de normes essentielles* », *pouvant servir de fondement à la conscience juridique généralisée* »⁴¹⁸. Cela démontre que les mécanismes classiques du droit international sont, tant du point de vue du fond que celui de la forme, inadaptés aux enjeux du développement durable et limitent fortement la portée du principe même au regard des contrats d'Etat. La nécessité de pallier les insuffisances des règles de fond se fait sentir (**Paragraphe 1**), celle de remédier aux insuffisances des règles de forme également (**Paragraphe 2**). Nous verrons alors que chaque obstacle mène en réalité à un autre.

PARAGRAPHE 1. LES INSUFFISANCES DES REGLES DE FOND

La nécessité d'un renouveau juridique en droit international public, comme en matière de contrats d'Etat passe tout d'abord par celle de rendre les règles de mise en œuvre du développement durable plus précises et plus appréhendables juridiquement (**A**), car de telles lacunes ajoutent à l'échec constaté des mécanismes de sanction (**B**).

⁴¹⁵KISS (A.- C.), « Trois années de droit international de l'environnement (1993-1995) », *RJE*, 1996/1-2, p. 83.

⁴¹⁶*Ibidem.*

⁴¹⁷*Ibidem.*

⁴¹⁸*Ibidem.*

A. LA NECESSITE DE PRINCIPES DE DEVELOPPEMENT DURABLE PLUS PRECIS ET PLUS APPREHENDABLES JURIDIQUEMENT

En droit international public, malgré son caractère de « principe », le développement durable ne peut se suffire à lui-même. Il doit être mis en œuvre à travers d'autres règles qui constituent ses nombreuses figures juridiques. Ces dernières sont diverses et variées, leurs valeurs et portées diffèrent. Elles relèvent d'une pléthore de disciplines et existent sans être parfois spécifiques au développement durable, dans une espèce de pêle-mêle juridique. Le fait qu'on les rencontre dans des branches du droit distinctes, indépendamment du développement durable, les soumet à leur propre régime juridique. Il est important de déterminer les « principales figures juridiques du développement durable ». Cette identification est importante au regard des contrats d'Etat. Elle a pour but de rendre le principe de développement durable plus précis et plus appréhendable afin de permettre sa mise en œuvre. Notre quête n'est pas celle de l'exhaustivité, tant les expressions du développement durable peuvent être conjuguées à l'infini. Nous avons vocation à énoncer des principes suffisamment représentatifs afin que notre propos soit circonstancié. Nous distinguerons ainsi respectivement les principes relatifs au pilier environnemental du développement durable (1), au pilier social (2), puis au pilier économique (3).

1) Les principes relatifs au pilier environnemental du développement durable

Le qualificatif « durable » a vocation, entre autres, à renvoyer à la coloration environnementale du développement durable. Nous évoquerons successivement le droit à l'environnement (a), le principe de prévention (b), le principe de précaution (c), le principe d'utilisation non dommageable du territoire (d) et le principe de pollueur-payeur (e).

a) Le droit à l'environnement

Plusieurs « générations de droits de l'homme » se sont succédées. La troisième consacre le droit de l'homme à l'environnement. Il est à cet effet important de rappeler que ce qu'on appelle première génération des droits de l'homme, consiste en une série de droits inhérents à l'homme du fait de sa seule appartenance au genre humain. La première génération des droits de l'homme est donc cette catégorie de droits qui sont uniquement reconnus, constatés et déclarés. La seconde génération des droits de l'homme, sans remettre en cause la première,

bien au contraire, consiste à reconnaître que la catégorie des droits formels ne peut avoir d'utilité que si ces droits peuvent être mis en œuvre, donc invoqués. Cette seconde catégorie de droits résulte d'une longue évolution historique et sociale. Elle est le fruit de nombreux changements sociaux comme ceux apportés par la révolution industrielle, par l'émergence de l'Etat-Nation⁴¹⁹ ou le passage de l'Etat-gendarme à l'Etat-Providence⁴²⁰. Les droits économiques et sociaux dénommés droits réels ou droits-créance visent à « la réalisation concrète des facultés incluses dans les droits classiques⁴²¹ ». Ces droits de seconde génération sont le droit au travail, à la liberté syndicale, le droit des travailleurs migrants, le droit de grève, le droit à la sécurité sociale et à la protection de la famille, le droit à la santé et le droit à l'éducation⁴²². Mais on a assisté, dès l'émergence des mouvements de décolonisation, à l'apparition d'une troisième génération des droits de l'homme, davantage collectifs et tournés vers la solidarité⁴²³. Ce n'est plus l'Homme qui est placé au centre des préoccupations mais l'humanité toute entière. Le droit à la paix, le droit à l'environnement, le droit au développement ou encore le droit au patrimoine commun de l'humanité s'inscrivent dans une telle perspective. La question s'est posée de savoir si le droit de l'homme à l'environnement était un droit fondamental.

Aux termes du principe 1 de la Déclaration de Stockholm: « *L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité, à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures* ». Selon le principe 1 de la Déclaration de Rio: « *Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature* ».

⁴¹⁹BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Editions Thémis, 2008, p. 129.

⁴²⁰*Ibidem*.

⁴²¹BURDEAU (G.), *Les libertés publiques*, L.G.D.J., 4^{ème} édition, 1972, pp. 4-8.

⁴²²BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 129, voir plus précisément la note de bas de page 390.

⁴²³BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 129 ; ROBERT (J.), DUFFAR (J.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien-Lextenso éditions, 8^{ème} édition, 2009, p. 62.

En droit international, des instruments régionaux tels que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁴²⁴ ou encore le Protocole additionnel à la Convention américaine des droits de l'homme consacrent le droit de l'homme à l'environnement⁴²⁵.

Bien qu'un tel droit ne soit pas consacré par la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que l'environnement est un dessein légitime conforme à l'intérêt général⁴²⁶. Elle a également qualifié le droit de jouir d'une eau non polluée comme un droit de caractère civil auquel s'applique l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, reconnaissant ainsi à un propriétaire un droit subjectif à un environnement sain⁴²⁷. La Cour a enfin considéré qu'une nuisance grave constituait une ingérence dans la vie privée, violant l'article 8 de la Convention⁴²⁸ et qu'une atteinte à l'environnement pouvait attenter au droit à la vie consacré par l'article 2 de la CEDH⁴²⁹. Dans l'arrêt *Lopez-Ostra*⁴³⁰ du 9 décembre 1994, la Cour européenne des droits de l'homme décide que des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé de celle-ci. Ainsi, il existe de par l'atteinte à

⁴²⁴La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi au Kenya, à l'occasion de la dix-huitième Conférence des Chefs d'Etats et de gouvernements. Elle est entrée en vigueur le 21 octobre 1986 après sa ratification par 25 Etats. Selon l'article 24 de celle-ci : « *Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement* ».

⁴²⁵Le Protocole de San Salvador, Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux, culturels, a été adopté le 17 novembre 1988 et est entré en vigueur le 16 novembre 1999. Selon l'article 11-1 de celui-ci : « *Toute personne a le droit de vivre dans un environnement salubre (...)* ».

⁴²⁶CEDH, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, 29 novembre 1991, A, n°222, *Revue universelle des droits de l'homme*, 1992, p. 9, chronique de Frédéric Sudre ; voir également SUDRE (F.), « La protection du droit à l'environnement par la Convention européenne des droits de l'homme », *La Communauté européenne et l'environnement*, La documentation française, 1997, p. 209.

⁴²⁷CEDH, *Zander c. Suède*, 25 novembre 1993, A, n° 279 B, § 27, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, p. 799, note Philippe Frümer.

⁴²⁸CEDH, *Lopez-Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, A, n°303-C ; *JDI*, 1995, p. 798, observations de Paul Tavernier ; *Revue universelle des droits de l'homme*, 1995, p. 112, chronique de Frédéric Sudre ; *RTDC*, 1996, p. 507, chronique de Jean-Pierre Marguénaud ; SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} édition, 2011, p. 30 et s.

⁴²⁹CEDH, *Oneryildiz, c. Turquie*, 18 juin 2002, requête n° 48939/99, <http://www.echr.coe.int/>, site de la cour européenne des droits de l'homme, consulté le 30 avril 2011 ; dans cet arrêt en date du 18 juin 2002, la CEDH affirme le principe en vertu duquel des questions environnementales peuvent intervenir en matière de violation du droit à la vie, MARGUENAUD (J.-P.), « Inventaire raisonné des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à l'environnement », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998, n°1, p. 5 ; WINISDOERFFER (Y.), « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement », *RJE*, 2-2003, p. 213 ; BODAERT (I.), « La protection de l'environnement par le biais du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile », *Aménagement et environnement*, 2003, n°4, p. 211, Kluwer, Belgique.

⁴³⁰CEDH, *Lopez-Ostra c. Espagne*, *loc. cit.*

l'environnement, celle au droit à une vie privée et familiale. L'atteinte à l'environnement n'est pas sanctionnée directement en tant que fin et en tant que droit à la protection de l'environnement, mais en tant que moyen. Elle est une modalité de l'atteinte au droit à la vie privée et familiale. Cette décision peut-elle suffire à faire du droit à la protection à l'environnement un droit fondamental? Nous répondons à cette question par l'affirmative, en précisant bien que c'est de manière indirecte. En effet, l'environnement a été indirectement protégé en recourant à la CEDH, à travers les garanties accordées pour le respect de la vie privée, de la vie familiale et du domicile⁴³¹ ou encore en ce qui concerne le droit à la vie⁴³².

Selon le professeur Michel Prieur : « *Il est frappant de constater que dans pratiquement tous les pays du monde, lorsque depuis 1970, la Constitution a été révisée ou remplacée, on a éprouvé le besoin d'y insérer le nouveau droit de l'homme à l'environnement. La consécration constitutionnelle du droit de l'homme à l'environnement a été effectuée dans les pays communistes dès les années 1970, puis dans les constitutions d'après 1989. Les démocraties occidentales ont également admis ce nouveau principe* »⁴³³. En effet, de nombreuses constitutions dans le monde reconnaissent le droit à un environnement sain.

Sur le continent européen⁴³⁴, c'est notamment le cas de la Grèce⁴³⁵, du Portugal⁴³⁶, de l'Allemagne⁴³⁷, de la Belgique⁴³⁸, de la Finlande⁴³⁹. Plus d'une dizaine d'Etats de l'Union

⁴³¹CEDH, *Lopez-Ostra c. Espagne*, loc. cit. ; CEDH, *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998, p. 315, note de Jean-Pierre Marguénaud : « Le droit à l'information supplanté par le droit au respect de la vie privée et familiale des voisins d'usines chimiques », p. 319 ; CEDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 2 octobre 2001, requête n°36022/97, <http://www.echr.coe.int/>, site de la cour européenne des droits de l'homme, consulté le 30 avril 2011. Un autre arrêt du même intitulé a été rendu le 8 juillet 2003, puisque l'affaire avait été renvoyée devant la Grande Chambre sur la demande du Royaume-Uni, SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTENNOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 5^{ème} édition, 2009, pp. 506-508. Voir également SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTENNOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 6^{ème} édition, 2011, pp. 539, 542.

⁴³²CEDH, *Oneryildiz c. Turquie*, loc. cit.

⁴³³PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2004, p. 60.

⁴³⁴VERDUSSEN (M.), « Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des Etats européens », *Annuaire international des droits de l'homme*, 2006, p. 327.

⁴³⁵Depuis 2001, selon l'article 24 de la Constitution grecque du 9 juin 1975 : « *La protection de l'environnement naturel et culturel constitue une obligation de l'Etat. L'Etat est tenu de prendre des mesures spéciales, préventives ou répressives, dans le but de sa conservation* ». cité par PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 60 ; SIOUTIS (G.), « Le droit de l'homme à l'environnement en Grèce », *RJE*, 4-1994, p. 329.

⁴³⁶Selon l'article 66 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 : « *Chacun a droit à un environnement humain sain et écologiquement équilibré en même temps qu'il a le devoir de le défendre* ». La constitution prévoit en outre « *le détails des mesures à prendre pour mettre en œuvre ce principe et les droits des citoyens pour le faire respecter* », cité par PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 60.

⁴³⁷PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 60.

⁴³⁸*Idem*, p. 61.

⁴³⁹*Ibidem*.

européenne confèrent une valeur constitutionnelle à l'environnement⁴⁴⁰. En France, la loi du 2 février 1995 a posé le principe du droit pour chacun à un environnement sain⁴⁴¹ et depuis 2005, le droit à l'environnement est consacré par la constitution⁴⁴².

Aux termes de l'article 225 de la Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 : « *Tous ont le droit à un environnement écologiquement équilibré en tant que chose commune au peuple et en tant qu'élément essentiel à une saine qualité de vie ; les pouvoirs publics et la "société civile" ont le devoir de le défendre et de le préserver pour les générations présentes et futures* »⁴⁴³. L'article 23 de la Constitution équatorienne du 5 juin 1998 reconnaît le droit de vivre dans un environnement sain, écologiquement équilibré et non pollué⁴⁴⁴. De nombreux Etats d'Afrique subsaharienne ont également consacré constitutionnellement le droit de l'homme à l'environnement⁴⁴⁵.

Le caractère « fondamental » confère inexorablement à ce droit une perspective normative, emportant la nécessité d'obtenir la reconnaissance juridique du droit en question. En droit international, il existe de nombreuses difficultés à considérer le droit à la protection de l'environnement comme étant un droit fondamental. Ainsi, tandis que divers dispositifs internes tendent à conférer une telle valeur à un tel droit, d'autres instruments internationaux « s'en rapprochent »⁴⁴⁶, mais sans lui conférer expressément une telle valeur explicite. Cependant, pour certains auteurs, le droit à l'environnement constitue bien un droit fondamental⁴⁴⁷. En droit international public, pour le professeur Véronique Champeil-

⁴⁴⁰Pour la Constitution espagnole du 28 octobre 1978, voir RAMON FERNANDEZ (T.), « La constitution espagnole de 1978 et l'environnement », *RJE*, n°3, 1984, p. 3.

⁴⁴¹Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, article 1^{er}, *JORF* n°29 du 3 février 1995, p. 1840.

⁴⁴²Par l'effet de la constitutionnalisation de la Charte de l'environnement de 2004. Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005, relative à la Charte de l'environnement, *JORF du 2 mars 2005*, p. 3697.

⁴⁴³Voir « Constitution de la République fédérale du Brésil promulguée le 5 octobre 1988 », *RJE*, 2-1989, p. 213.

⁴⁴⁴CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Droit à la protection de l'environnement et droits fondamentaux », CHAMPEIL-DESPLATS (V.), GHEZALI (M.), KARAGIANNIS (S.), (dir.), *Environnement et renouveau des droits de l'Homme*, actes du colloque de Boulogne-sur-Mer des 20-21 novembre 2003, travaux de la CEDECE, La documentation française 2006, p. 17, spéc. p. 18.

⁴⁴⁵PRIEUR (M.) (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003.

⁴⁴⁶Outre le fait que le caractère « fondamental » ne soit pas spécifié de façon expresse dans certains instruments. Les juges de la CIJ ont affirmé : « *L'environnement n'est pas une abstraction mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir* », CIJ, avis du 8 juillet 1996 relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, *Recueil CIJ*, 1996, p. 241, § 29.

⁴⁴⁷KISS (A-C.), « un droit à l'environnement, un droit fondamental, dans l'Union européenne », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2001, n° 4, p. 381 ; SMETS (H.), « Charte des droits fondamentaux sans droit à l'environnement », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2001, n° 4, p. 383.

Desplats, le droit à la protection de l'environnement est fondamental s'il est reconnu dans un texte international ou par la jurisprudence d'une Cour internationale sans que le qualificatif de « *fondamental* »⁴⁴⁸ n'apparaisse forcément⁴⁴⁹. Ainsi, le droit à la protection de l'environnement est consacré dans la Convention de Rio, la Déclaration de Stockholm, la Convention d'Aarhus⁴⁵⁰, la Charte africaine du 28 juin 1981⁴⁵¹, le Protocole additionnel de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 17 novembre 1988⁴⁵². Demeure, selon l'auteur, le débat relatif à la juridicité de ces normes à partir du moment où l'instrument international en question n'a aucune force contraignante ou qu'il n'existe, selon ses propres termes, *aucun mécanisme précis de garantie* »⁴⁵³.

Il n'en demeure pas moins que cet état du droit permet d'identifier la force du principe de droit à l'environnement. En ce sens, un tel principe peut être qualifié comme étant en droit international un principe juridique de mise en œuvre du développement durable, quel que soit en définitive l'issue des débats relatifs à son caractère fondamental. A ce titre, le droit à l'environnement est une figure juridique du développement durable en tant que principe de mise en œuvre de ce principe. Cette dernière assertion a vocation à s'appliquer aux contrats d'Etat. En d'autres termes, la référence au principe de développement durable au sein de cet instrument juridique aurait vocation à induire le principe du droit à l'environnement qui pourrait en outre recevoir un contenu circonstancié. Ce constat s'applique également au principe de prévention, ainsi qu'aux autres principes « fondamentaux » du droit de l'environnement, dont il sera successivement question.

b) Le principe de prévention

Selon le professeur Michel Prieur : « *La prévention consiste à empêcher la survenance d'atteintes à l'environnement par des mesures appropriées dites préventives avant*

⁴⁴⁸CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Droit à la protection de l'environnement et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 17.

⁴⁴⁹*Ibidem.*

⁴⁵⁰Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 25 juin 1998, Aarhus, site de la Commission économique pour l'Europe de Nations Unies, <http://www.unece.org>.

⁴⁵¹Cette Charte énonce dans son article 24 : « *Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement* ».

⁴⁵²Aux termes de l'article 11 de ce Protocole additionnel : « *Toute personne a le droit de vivre dans un environnement sain, salubre et de bénéficier des équipements collectifs essentiels* ».

⁴⁵³CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Droit à la protection de l'environnement et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 24.

*l'élaboration d'un plan ou la réalisation d'un ouvrage ou d'une activité. L'action préventive est une action anticipatrice et a priori qui, depuis fort longtemps, est préférée aux mesures a posteriori du type réparation, restauration ou répression qui interviennent après une atteinte avérée à l'environnement»⁴⁵⁴. En effet, il semble qu'en droit de l'environnement, les mesures préventives sont bien plus salvatrices que les mesures curatives qui n'interviennent qu'une fois le dommage survenu, celui-ci entraînant des conséquences irrémédiables et parfois irréparables, malgré les tentatives en ce sens. Les catastrophes de l'*Erika* du 12 décembre 1999⁴⁵⁵, du *Probo Koala* à la fin de l'été 2006⁴⁵⁶, plus récemment de BP⁴⁵⁷ en Louisiane⁴⁵⁸*

⁴⁵⁴PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2004, p. 59.

⁴⁵⁵Le 12 décembre 1999, le pétrolier Erika, battant pavillon maltais, sombre au large des côtes bretonnes. Se déversent alors 20 000 tonnes de fioul, souillant plus de 400 kilomètres de côte et mazoutant plus de 150 000 oiseaux. A ce titre, ont comparu en première instance, la société Total SA (répondant à la dénomination de TotalFina au moment des faits), ayant affrété le pétrolier, la société italienne de classification Rina, ayant délivré les certificats de navigation, le propriétaire du pétrolier et son gestionnaire, le capitaine du pétrolier, deux filiales de Total (le propriétaire de la cargaison était une filiale de Total, basée à Panama) ainsi que certains organismes publics et parapublics, chargés du secours (il s'agissait notamment du CROSS de Brest, qui est le centre opérationnel de la surveillance et des secours de Brest, de l'AEM qui est la division action de l'Etat en Mer, chargée de la gestion des moyens nautiques et aériens dans le cadre des opérations de surveillance et de secours et enfin du COM qui est le centre opérationnel de la marine marchande). La société Total SA était poursuivie pour pollution maritime et mise en danger de la vie d'autrui. Les secours, le capitaine du pétrolier ainsi que les deux filiales de Total SA ont été relaxés. Le parquet a interjeté appel de la décision de relaxe des deux filiales. Le tribunal correctionnel de Paris a condamné, le 16 janvier 2008, Total SA, solidairement avec la société Rina, ainsi que le propriétaire du pétrolier et son gestionnaire, à 375 000 euros d'amende, la sanction maximale pour pollution maritime. Le tribunal ordonne également le paiement de 192 millions d'euros à titre de réparation pour la centaine de parties civiles : Etat français, collectivités publiques, associations. Le tribunal correctionnel de Paris reconnaît le préjudice écologique pour certaines parties civiles (pour le Morbihan et la ligue de Protection des oiseaux) et met en filigrane, à la charge des sociétés pétrolières des obligations fortes de diligence et de prudence en matière d'affrètement des navires, alors que toute responsabilité de l'affréteur était jusqu'ici écartée. Alors même que la société Total SA interjette appel de sa condamnation, cette dernière propose de verser immédiatement les 192 millions d'euros auxquels elle a été condamnée pour les parties civiles à la condition que ces dernières renoncent à interjeter appel. Il semblerait, selon la société, qu'un accord ait été passé avec 37 parties civiles pour un montant total de 170 millions d'euros dont 153,8 millions pour l'Etat français. La société Total SA avait déjà versé 200 millions d'Euros pour les opérations de nettoyage. Voir « Le Procès en appel de l'Erika s'est ouvert ce lundi », NOUVELOBS.com, consulté le 6 octobre 2009.

⁴⁵⁶Voir nos développements *supra*, Introduction, p. 33.

⁴⁵⁷ Le 20 avril 2010, la plate-forme pétrolière Deep Water Horizon située à environ 70 km des côtes de la Louisiane a connu une explosion et un incendie dus à une pièce défectueuse. Parmi les 126 personnes se trouvant sur la plate-forme, on a dénombré 115 rescapés et 11 disparus. Deux jours plus tard, l'édifice contenant 2,6 millions de litres de pétrole et extrayant 8000 barils de pétrole par jour a sombré dans les fonds marins du golfe du Mexique. Des fuites ont été détectées à 1,5 km de profondeur, libérant près de 5000 barils de pétrole par jour, soit environ 800 000 litres et provoquant une importante marée noire, consistant en une nappe de pétrole de 9000 km². Au total, ce sont 780 millions de litres qui se sont échappés du puits, PERUCCA (B.), « Une plate-forme pétrolière sombre au large de la Louisiane après une explosion » *Le Monde*, 24 avril 2010 ; Marée noire : Les Etats-Unis en état d'urgence-780 millions de litres se sont échappés du puits, *Le Parisien*, le 3 août 2010. Jeudi 2 septembre 2010, une autre plate-forme pétrolière de la société Mariner Energy a connu un incendie dans le golfe du Mexique, provoquant une petite nappe pétrolière d'1,5 kilomètres de long et de 3 mètres de large, « Du pétrole repéré près d'une plate-forme en feu dans le golfe du Mexique », *lemonde.fr*, 2 septembre 2010, consulté le 28 août 2011.

⁴⁵⁸Concernant la catastrophe dans laquelle est impliquée la société BP dans le golfe du Mexique depuis le 20 avril 2010, le manque de prévention résiderait dans le fait que la société ait ignoré les signes tendant à montrer la fragilité de la plate-forme à l'origine des dommages. Au mois de juin 2010, BP avait déjà perdu plus du tiers de sa capitalisation boursière. Ainsi, un tel manque de prévention peut avoir des conséquences financières importantes pour la société concernée. La société a engagé plusieurs milliards dans la tentative de colmatage de

et de Fukushima⁴⁵⁹ font partie des illustrations les plus tristement célèbres de cette affirmation et nous rappellent par le même biais l'importance de la prévention.

Le principe de prévention est l'expression juridique de la prudence, un principe universellement reconnu. En droit communautaire, le principe d'action préventive a été consacré par le Traité de Maastricht en son article 130-R-2⁴⁶⁰. Ce principe a également été introduit en droit français par la loi du 2 février 1995. Il figure dorénavant à l'article L.110-1-II du Code de l'environnement. Il pose l'obligation de prendre toutes les mesures destinées à se prémunir de tous les risques potentiels d'une activité. En France, selon l'article 3 de la Charte constitutionnelle de 2004⁴⁶¹, il incombe à toute personne, dans le cadre de la loi, de prévenir ou à défaut de limiter les atteintes susceptibles d'être portées à l'environnement. On retrouve ce principe dans le point 8 du préambule de la convention de Rio sur la diversité biologique⁴⁶². Il est présent dans l'esprit de la déclaration de Stockholm de 1972. L'originalité du principe de prévention réside dans le fait que son caractère impératif soit essentiellement tiré des grandes catastrophes passées et récentes. Il porte en lui des enjeux de grande importance au regard des répercussions de certaines activités puisque les conséquences de certaines actions de l'homme sont telles qu'il est préférable de les prévenir que de les guérir. Le principe de prévention ou d'action préventive est à ce titre un principe du droit international de l'environnement. Il doit cependant, en fonction de l'activité considérée, faire l'objet d'une application circonstanciée. Au regard des contrats d'Etat, il peut être qualifié de principe de mise en œuvre du développement durable. Le principe de précaution est souvent confondu avec celui de prévention. Il s'en distingue cependant.

c) Le principe de précaution

L'état et le degré des incertitudes scientifiques du moment sont au cœur de la distinction entre la précaution et la prévention. En effet, le principe de précaution diffère de celui de prévention

la fuite. Toutes ces sommes ont ainsi été dépensées bien avant que sa responsabilité ne soit engagée devant les tribunaux. Voir l'article: « Marée noire, retour sur une catastrophe écologique hors norme », lemonde.fr, 15 juin 2010, consulté le 2 mai 2011.

⁴⁵⁹ Depuis les événements du 11 mars 2011.

⁴⁶⁰ Il s'agit de l'article 174-2 du traité d'Amsterdam.

⁴⁶¹ Article 3. - *Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.*

⁴⁶² Convention sur la diversité biologique de 1992 (CDB). Selon le point 8 de la Convention : « *Notant qu'il importe au plus haut point d'anticiper et de prévenir les causes de la réduction ou de la perte sensible de la diversité biologique à la source et de s'y attaquer* ».

en ce qu'il a une portée plus restreinte. Cela est dû au fait que l'on parle de précaution lorsque des risques sont incertains en l'état des connaissances scientifiques de l'époque, lorsque des doutes existent sur des technologies ou des produits. « *Le principe de prévention aurait quant à lui une portée plus large. Le degré d'incertitude ne serait pas le même* »⁴⁶³.

Le professeur Prieur résume en ces termes le principe de précaution : « *Face à l'irréversibilité de certaines atteintes à l'environnement et à l'incertitude scientifique qui affecte des dossiers complexes (diminution de la couche d'ozone, centrale nucléaire et déchets radioactifs, utilisation d'organismes génétiquement modifiés), une nouvelle forme de prévention a été imaginée pour protéger la société contre les risques encore inconnus ou incertains. L'ignorance quant aux conséquences exactes à court ou à long terme de certaines actions ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures visant à prévenir la dégradation de l'environnement. Autrement dit, face à l'incertitude ou à la controverse scientifique actuelle, il vaut mieux prendre des mesures de protection sévères à titre de précaution que de ne rien faire* »⁴⁶⁴.

L'histoire du 20^{ème} siècle a montré quelles pouvaient être les conséquences lorsque l'on ignorait les impacts que pouvaient avoir certaines innovations sur l'environnement⁴⁶⁵. Cela a par exemple été le cas de l'amiante⁴⁶⁶ au regard des risques et des dommages provoqués sur les individus ayant été exposés. Ainsi, de nombreux ouvriers travaillant en contact avec cette substance en ont subi les méfaits.

⁴⁶³LEPAGE (C.), « Le principe de précaution », *Conférences de Printemps de la Société des Sciences, de l'Agriculture et des Arts de Lille et de l'Université de Lille Nord de France*, Amphithéâtre René Cassin de la faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille 2, Lille, 2 juin 2010.

⁴⁶⁴PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, op. cit., p.154.

⁴⁶⁵http://www.eea.europa.eu/fr/publications#c9=all&b_start=0&c13=LE+PRINCIPE+DE+précaution, site de l'Agence européenne pour l'environnement : consulté le 29 juin 2010. Publication de l'Agence européenne pour l'environnement : *Signaux précoces et leçons tardives : le principe de précaution 1996-2000*.

⁴⁶⁶Ainsi, le document de l'Agence européenne pour l'environnement démontre qu'il a fallu attendre plus d'un siècle avant que des mesures tendant à interdire l'amianté soient prises. C'est en 1896 que pour la première fois, des femmes inspecteurs du travail en Grande-Bretagne se rendent compte du fait que les ouvriers travaillent dans des usines, exposés à des fibres « plus coupantes que du verre ». Entre 1898 et 1902, deux rapports sont rendus, soulignant les dangers de l'amianté. En 1917, le Conseil d'Etat considère que l'Etat a commis une faute lourde, donc d'une particulière gravité, en se gardant d'interdire l'amianté. En 1919, les compagnies d'assurance anglaises et américaines décident de ne plus assurer les entreprises qui travaillent avec l'amianté. Entre 1919 et 1939, un certain nombre de scientifiques commencent à mettre en exergue les dangers de l'amianté, sans être réellement pris au sérieux. En 1939, la première manifestation contre l'asbestose a lieu aux Etats-Unis. Il faudra cependant attendre le début des années 1960 avant que soit amorcé un mouvement tendant à l'interdiction de l'amianté. En France, en 1996, l'amianté a fait entre 3000 et 3500 morts. Il y'a également de nombreuses morts dans toute l'Europe. Voir publication de l'Agence européenne pour l'environnement : *Signaux précoces et leçons tardives : le principe de précaution 1996-2000*. Site de l'Agence européenne pour l'environnement : http://www.eea.europa.eu/fr/publications#c9=all&b_start=0&c13=LE+PRINCIPE+DE+précaution, consulté le 29 juin 2010.

En France, le principe de précaution figure dans la loi du 2 février 1995 qui dispose: « *L'absence de certitude, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées, visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ». Il s'agit de l'article L.110-1-II-1° du Code de l'environnement. Le principe de précaution est également consacré par la charte de l'environnement. En effet, la charte constitutionnelle consacre ce principe à l'article 5, en le présentant comme un mécanisme de prévention des dommages graves et irréversibles pouvant affecter l'environnement⁴⁶⁷.

Dans l'ordre international, le principe 15 de la Déclaration de Rio consacre l'obligation de précaution: « *Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* ». De nombreuses conventions internationales, à l'instar de la Convention de Rio sur la diversité biologique, celle sur les changements climatiques ainsi que la Convention relative à la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux⁴⁶⁸, posent également ce principe⁴⁶⁹. A l'échelle communautaire, il est consacré par l'article 174-2 du Traité d'Amsterdam. Le principe de précaution est en ce sens un principe du droit international de l'environnement. Il s'insère dans une politique d'évaluation et de gestion des risques. Il tend à garantir l'intégrité de l'environnement et par extension, l'intégrité physique du citoyen, face à l'incertitude scientifique résultant de l'utilisation de certaines substances ou matériaux. Il est un principe de mise en œuvre du principe de développement durable, en droit international comme en matière de contrats d'Etat. Cela est également le cas du principe d'utilisation non dommageable du territoire.

⁴⁶⁷Selon l'article 5 de la charte de l'environnement de 2004 : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

⁴⁶⁸Convention d'Helsinki du 17 mars 1992.

⁴⁶⁹PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 154.

d) Le principe de l'utilisation non dommageable du territoire

Le principe de l'utilisation non dommageable du territoire, énoncé par les principes 2 de la Déclaration de Rio⁴⁷⁰ et 21 de la Déclaration de Stockholm⁴⁷¹, a été consacré par le juge international, à l'occasion de la célèbre affaire de la fonderie de Trail. En effet, dans le contexte international, les Etats sont soumis à un certain nombre de règles qui, non respectées, peuvent entraîner la mise en œuvre de leur responsabilité. Ainsi, l'affaire de *la fonderie de Trail* en est une illustration significative. Cette affaire oppose le Canada et les Etats-Unis. En 1930, une usine canadienne provoque des pollutions sur le territoire transfrontalier américain (l'Etat de Washington). Il s'agit d'une fonderie de zinc et de plomb située en Colombie-Britannique, près de la ville de Trail. Les activités de la fonderie génèrent des émissions toxiques, faisant subir des dommages aux agriculteurs américains frontaliers. Il est important de préciser que l'affaire est soumise à un arbitrage de droit international public. Le tribunal arbitral prend une décision en ces termes : « *Aucun Etat ne peut utiliser ou permettre l'utilisation sur son territoire des activités qui pourraient causer des dommages par des fumées nocives à des personnes ou des biens se trouvant sur le territoire d'un autre Etat* »⁴⁷². Cette affaire a donné naissance à un principe fondamental du droit international de l'environnement qui est celui de l'utilisation non dommageable du territoire. Dans le cadre de l'affaire du détroit de Corfou, en 1949, le principe posant l'obligation pour tout Etat de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux intérêts d'autres Etats a été affirmé⁴⁷³.

Dans son article 3, la Convention de Rio sur la diversité biologique pose l'exigence pour les Etats membres de s'assurer que les activités sur leurs territoires ne portent pas préjudice à l'environnement d'autres pays. En conséquence, le principe d'utilisation non dommageable

⁴⁷⁰Le principe 2 de la Déclaration de Rio énonce : « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale ». Ce principe consacre finalement une jurisprudence préexistante, celle relative à l'affaire de la fonderie de Trail que nous avons évoquée.

⁴⁷¹L'énoncé du principe 21 de la Déclaration de Stockholm est similaire en tous points à celui du principe 2 de la déclaration de Rio.

⁴⁷²Tribunal arbitral, Affaire *La fonderie de Trail*, Trib. Arb., 11 mars 1941, R.S.A., vol. III., p.1938 ; A.J.I.L., 1941, n°3, p. 1905.

⁴⁷³Affaire *détroit de Corfou*, C.I.J., Recueil 1949, p. 22. Dans le même sens, l'affaire du *Lac Lanoux*, R.S.A. vol. XII, p. 281.

du territoire est un principe du droit international de l'environnement. Il a vocation à prendre une place importante au sein du contrat d'Etat. Il en est de même pour le principe de pollueur-payeur.

e) Le principe de pollueur-payeur

Un tel énoncé pose l'obligation en vertu de laquelle la réparation de tout dommage résultant d'une pollution incombe à son auteur. « *Cela conduit à entraîner un mécanisme de responsabilité pour dommage écologique couvrant tous les effets d'une pollution non seulement sur les biens et les personnes mais aussi sur la nature elle-même* »⁴⁷⁴. Celui-ci figure au principe 16⁴⁷⁵ de la Déclaration de Rio. Le principe de pollueur-payeur doit bien sûr s'appliquer en cas de pollution transfrontière⁴⁷⁶. Ainsi, il semble logique que le responsable d'une pollution prenne les mesures nécessaires pour la réparer, peu importe la faute qu'il a commise. « *Ce principe est inspiré par la théorie économique selon laquelle les coûts sociaux externes qui accompagnent la production industrielle (dont le coût résultant de la production) doivent être internalisés, c'est-à-dire pris en compte par les agents économiques dans leurs coûts de production* »⁴⁷⁷. En droit communautaire, depuis l'Acte unique européen, le principe pollueur-payeur est devenu une norme juridique directement opposable à tous puisqu'il est inséré dans le traité à l'article 174-2⁴⁷⁸. Le principe pollueur-payeur est un principe de droit international de l'environnement.

Les principes de mise en œuvre du développement durable ne se limitent pas au droit de l'environnement. Bien que moins riches et moins souvent évoqués, il existe également des principes relatifs au pilier social du développement durable, dont nous nous proposons d'exposer les principales figures.

⁴⁷⁴PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 145.

⁴⁷⁵« *Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement* ».

⁴⁷⁶PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 146.

⁴⁷⁷*Idem*, p. 145.

⁴⁷⁸*Idem*, p. 147 ; SMETS (H.), « Les exceptions admises au principe pollueur-payeur », *La Communauté européenne et l'environnement, colloque d'Angers*, CEDECE, La documentation française, 1997, p. 635.

2) Les principes relatifs au pilier social du développement durable

Ce pilier du développement durable comprend un ensemble de principes relatifs aux droits de l'homme (a), aux droits sociaux (b) ainsi qu'aux droits culturels et patrimoniaux (c).

a) Les principes relatifs aux droits de l'homme

Liés à l'idée de développement, les droits de l'homme sont une composante essentielle du développement durable tout comme le sont les droits sociaux, culturels et patrimoniaux. Leur respect influe sur le cadre et la qualité de vie des individus. Ils procèdent d'une idée très ancienne ayant notamment ses fondements dans le jusnaturalisme⁴⁷⁹ développé dans les théories de Platon et d'Aristote. Il est important de rappeler que la première génération des droits de l'homme consiste en une série de droits inhérents à l'homme du fait de sa seule appartenance au genre humain. La seconde consiste à reconnaître que la catégorie des droits formels ne peut avoir d'utilité que s'ils peuvent être mis en œuvre, donc invoqués. Le droit à la paix, le droit à l'environnement, le droit au développement ou encore le droit au patrimoine commun de l'humanité appartiennent à la troisième génération qui est un ensemble de droits plus collectifs et de solidarité.

Après la Seconde Guerre mondiale, est notamment adoptée la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948. Cet instrument est considéré par certains auteurs comme le premier texte internationalisant les droits de l'homme⁴⁸⁰. Le texte de la Déclaration est constitué de trente principes fondamentaux qui entrent pleinement dans la conception et la perspective du développement. Parmi ces derniers, la reconnaissance de la dignité⁴⁸¹, le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté⁴⁸². Y figurent également l'interdiction de l'esclavage et de la réduction en servitude⁴⁸³, de la torture ainsi que des traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴⁸⁴. La

⁴⁷⁹SERIAUX (A.), *Le droit naturel*, PUF, 1993.

⁴⁸⁰René Cassin, Gérard Cohen-Jonathan, voir COHEN-JONATHAN (G.), « Rapport introductif général », COHEN-JONATHAN (G.), FLAUSS (J.-F.), (dir.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Némésis, 2004, pp. 12 et 13.

⁴⁸¹Préambule et article premier.

⁴⁸²Article 3.

⁴⁸³Article 4.

⁴⁸⁴Article 5.

prohibition de toute forme de discrimination⁴⁸⁵, le droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux reconnus par la constitution ou par la loi⁴⁸⁶, la proscription du caractère arbitraire de toute détention, arrestation ou exil⁴⁸⁷ sont consacrés ainsi que le droit à un procès équitable⁴⁸⁸, à la protection de la vie privée⁴⁸⁹ et le droit à la propriété⁴⁹⁰. Le texte énonce aussi la liberté de pensée, de conscience et de religion⁴⁹¹, le droit à la liberté d'opinion et d'expression⁴⁹², le droit à la liberté de réunion et d'association⁴⁹³. Leur succèdent le droit à la sécurité sociale, à la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à la dignité et au libre développement de la personnalité⁴⁹⁴. En matière sociale, sont désignés le droit au travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail, la non-discrimination en matière salariale, le droit à une rémunération équitable et satisfaisante conforme à la dignité humaine, de même que le droit de fonder et/ou de s'affilier à des syndicats⁴⁹⁵. Ensuite, le droit au repos et aux loisirs, à la limitation raisonnable de la durée du travail et aux congés payés⁴⁹⁶, le droit à un niveau de vie suffisant permettant d'assurer son bien-être et celui de sa famille, notamment en matière d'alimentation, d'habillement, de logement, de soins médicaux. Enfin le droit à la sécurité notamment en cas d'accidents de la vie⁴⁹⁷ et le droit à l'éducation⁴⁹⁸. Ces principes peuvent être qualifiés de principes internationaux de droits de l'homme. A ce titre, ils relèvent du pilier social du développement durable et constituent des principes de mise en œuvre de ce principe. Ils s'analysent en réalité en un ensemble de règles à respecter.

Cet exposé des droits énoncés par la DUDH de 1948 est indispensable car il nous permet de comprendre ce qui est en jeu à travers le pilier social du développement durable par la référence à la notion de développement puis de développement durable. Il est important de rappeler que le droit au développement et le droit à l'environnement sont venus rejoindre la catégorie des droits de l'homme. Le simple énoncé de ces droits, dans un tel mouvement

⁴⁸⁵ Article 7.

⁴⁸⁶ Article 8.

⁴⁸⁷ Article 9.

⁴⁸⁸ Article 10.

⁴⁸⁹ Article 12.

⁴⁹⁰ Article 17.

⁴⁹¹ Article 18.

⁴⁹² Article 19.

⁴⁹³ Article 20.

⁴⁹⁴ Article 22.

⁴⁹⁵ Article 23.

⁴⁹⁶ Article 24.

⁴⁹⁷ Article 25.

⁴⁹⁸ Article 26.

successif, permet à lui seul de souligner et de représenter toute les difficultés que le juriste éprouvera à leur conférer une possible efficacité en matière de développement durable et au regard de la problématique des contrats d'Etat. En droit international, la question de l'effectivité et de l'efficacité de ces normes se pose. Ces problèmes sont liés de façon particulière à la juridicité intrinsèque de ces principes et de façon générale à la juridicité des droits de l'homme. En outre, que les droits de l'homme existent directement au cœur des contrats d'Etat à travers la référence au développement durable, puisqu'ils peuvent être considérés comme un système de normes tendant à la mise en œuvre de ce principe, mène également à des résultats incertains car se posent de nombreuses questions. En effet, des interrogations affleurent concernant leur consistance précise (quels sont-ils ? En quoi consistent-ils exactement ?), leur énoncé et réalisation concrets, leur applicabilité, leur portée et au-delà, leur caractère réaliste. La question des droits de l'homme pose en conséquence des difficultés de mise en œuvre que la référence au développement durable cristallise, mais *a priori* sans les résoudre. Ainsi, s'il est nécessaire de déterminer de façon plus précise les figures juridiques du développement durable, notamment au regard des contrats d'Etat, cela ne résout pas pour autant toutes les difficultés. Le même constat s'applique aux droits sociaux.

b) Les principes relatifs aux droits sociaux

Sous le vocable de « droits sociaux », nous entendons les droits touchant à la vie du travailleur. Il s'avère que ces droits se confondent souvent avec les droits de l'homme. En la matière, à l'échelle internationale, l'Organisation internationale du travail (l'OIT) est un organisme des Nations Unies, chargé d'élaborer et de superviser les normes internationales du travail. Elle est le seul organisme des Nations Unies fonctionnant sur un mode tripartite, dont les membres sont des représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs. La dimension sociale de la mondialisation appartient à l'OIT. A défaut de normes communes en la matière, le Bureau international du travail (BIT), secrétariat permanent de l'Organisation, a tout d'abord adopté, le 16 novembre 1977, la Déclaration de principes tripartite de l'OIT, sur les entreprises multinationales et la politique sociale. L'objectif principal de cette Déclaration est, selon son paragraphe 2 : « *Encourager les entreprises multinationales à contribuer positivement au progrès économique et social, ainsi qu'à minimiser et à résoudre les difficultés que leurs diverses opérations peuvent soulever, compte tenu des résolutions des Nations Unies préconisant l'instauration d'un nouvel ordre économique international* ». En

principe, les déclarations de l'OIT sont des instruments d'ordre symbolique, qui affirment et réaffirment des principes ainsi que la nécessité de leur mise en œuvre dans le droit⁴⁹⁹. La Déclaration tripartite ainsi citée est faite d'un ensemble de principes assez généraux et vagues, censés constituer le bâton de pèlerin d'une bonne attitude à adopter en matière de droits sociaux. Il s'agit davantage, à notre sens, d'un énoncé de politique sociale générale que de principes précis⁵⁰⁰. Il n'en demeure pas moins que la Déclaration relative aux principes et aux droits fondamentaux du travail, adoptée par la Conférence internationale du travail à sa 86^{ème} session à Genève le 18 juin 1998, marque la volonté pour l'OIT d'identifier les droits du travail les plus affectés par la libéralisation des échanges⁵⁰¹. Il s'agit notamment de la liberté syndicale, de la négociation collective, de l'interdiction du travail forcé, de l'interdiction du travail des enfants et de la non-discrimination. Ce texte est un instrument majeur en matière de droits sociaux internationaux. D'ailleurs, la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable s'y réfère en son point 28⁵⁰². Un tel texte nous permet de distinguer certains principes. L'élimination du travail forcé et obligatoire, la réduction en esclavage, la prohibition du travail des enfants⁵⁰³, l'interdiction des discriminations et l'affirmation de la liberté d'association peuvent être considérées comme des principes internationaux du droit social et du droit du travail. Ils constituent également des principes de mise en œuvre du développement durable en matière de contrats d'Etat.

En 2000, la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale est modifiée en vue de prendre en compte les acquis de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux du travail. Le 10 juin 2008, l'OIT adopte

⁴⁹⁹Commission nationale consultative des droits de l'homme, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, La documentation française, 2009, p. 109.

⁵⁰⁰Le texte de cette Déclaration peut être consulté à partir du site de l'OIT. http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1977/77B09_1239_fren.pdf

⁵⁰¹BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 371-372.

⁵⁰²Selon le point 28 : « Nous convenons en outre de prendre des mesures visant à multiplier les activités génératrices de revenus, dans le respect de la Déclaration de l'Organisation internationale du Travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail ».

⁵⁰³Nous avons cependant conscience des difficultés socio-économiques relatives au problème de l'interdiction du travail des enfants. Ces dernières sont notamment liées à l'âge auquel on est et à celui à partir duquel on cesse d'être un « enfant ». Elles tiennent également aux causes et conséquences d'un tel phénomène. En matière de normes communes minimales, il est important de préciser que les gouvernements des pays du Sud craignent une ingérence des pays du Nord dans des questions qui ne leur appartiendraient pas. Ces derniers sont hostiles à tout standard minimum en matière sociale, synonyme également d'obstacles et de protectionnisme déguisés, provenant de pays du Nord qui leur imposeraient leurs standards, contraignants. Pour leur part, les gouvernements des pays du Nord voient dans le manque de normes sociales strictes en vigueur dans les pays du Sud, autant d'opportunités de concurrence défavorable. ARNAUD (E.), BERGER (A.), DE PERTHUIS (C.), *Le développement durable*, Nathan, 2008, p. 98.

à l'unanimité son troisième grand énoncé de principes et de politiques depuis sa constitution: la Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable⁵⁰⁴. Cette Déclaration s'inspire, entre autres, de celle de 1998. Ces principes sont à la fois précis et d'une grande généralité. Il en est de même pour ceux relatifs aux droits socioculturels.

c) Les principes relatifs aux droits socioculturels

Selon le principe 10 de la Déclaration de Rio : « *La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours doit être assuré* ». Selon le principe 22 : « *Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les Etats devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable* ». Ainsi, le cadre de vie des individus, leur identité et leur culture, leur participation à la vie collective sont des éléments de ce pilier du développement durable. La Déclaration de Rio met en exergue le principe de participation, conditionné par celui d'information des populations. Elle souligne également l'idée d'un cadre de vie ainsi qu'un patrimoine culturel, qu'il importe de préserver.

La question de la préservation du patrimoine culturel commun de l'humanité s'est posée dans la célèbre affaire du « plateau des pyramides ». En 1974, un contrat est conclu entre l'Etat égyptien, un organisme public égyptien, l'*Egyptian General Organization for Tourism and Hotels* (EGOTH) d'une part, une société de Hong-Kong, la *Southern Pacific Properties* (SPP) et sa filiale, la SPP-ME, d'autre part. Le contrat porte sur la construction d'un complexe

⁵⁰⁴Commission nationale consultative des droits de l'homme, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, op. cit., p. 112.

hôtelier et touristique aux abords du sphinx et des pyramides de Kheops, de Khephren et de Mykérinos. Suite à la rupture du contrat par l'Etat égyptien, au motif de la préservation du patrimoine culturel commun de l'humanité, son cocontractant saisit un tribunal arbitral CCI. Le tribunal condamne l'Etat égyptien au versement de dommages et intérêts en raison de la rupture du contrat⁵⁰⁵. Cette sentence est cependant annulée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 12 juillet 1984 pour incompétence⁵⁰⁶. L'arrêt est confirmé par la Cour de cassation le 6 janvier 1987⁵⁰⁷. Suite à cela, l'investisseur a saisi le CIRDI le 24 août 1984⁵⁰⁸. Le 20 mai 1992, une autre sentence est rendue par un tribunal CIRDI⁵⁰⁹. L'Etat égyptien s'était défendu en s'appuyant sur l'argument suivant : il avait mis fin au contrat en application de la Convention de l'UNESCO de 1972, entrée en vigueur en Egypte en 1975. Le plateau des pyramides avait été considéré comme faisant partie de l'inventaire des sites à protéger par la Convention de l'UNESCO de 1972. Les juges ont, lors de cette instance, décidé de la licéité de l'expropriation aux motifs que l'Egypte en tant qu'Etat souverain a le devoir de prendre en compte les vœux culturels de ses citoyens. Cependant, cela n'empêche pas l'indemnisation du cocontractant.

Le 20 mai 1992, le tribunal CIRDI a statué en consacrant la légalité au regard du droit international de la décision d'annuler le projet, décision prise dans un but d'intérêt public, à savoir la préservation des antiquités⁵¹⁰. L'investisseur devait cependant être indemnisé⁵¹¹. Ainsi, la préservation du patrimoine culturel commun peut être érigée en un principe international. C'est également un principe de développement durable. Le patrimoine culturel commun de l'humanité appartient à un concept plus large qui est celui de patrimoine commun de l'humanité⁵¹². Le droit au patrimoine commun de l'humanité fait partie de la troisième

⁵⁰⁵SPP c. Egypte, 16 février 1983, sentence publiée in *ILM*, 1983 p. 752, extraits publiés en français in R. A., 1986, p. 105. Le tribunal avait été saisi d'une demande d'indemnisation en vertu d'une clause compromissoire insérée dans l'un des contrats conclus pour la réalisation du projet. D'après RAMBAUD (P.), « L'affaire des "Pyramides" : suite et fin », *Annuaire français de droit international*, volume 39, 1993, p. 567.

⁵⁰⁶CA Paris, 12 juillet 1984, *JDI*, 1985, p.125, note Berthold Goldman.

⁵⁰⁷Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1987, *JDI*, 1987, p. 638, note Berthold Goldman.

⁵⁰⁸Sur la base d'un engagement unilatéral de l'Etat égyptien. D'après RAMBAUD (P.), « L'affaire des "Pyramides" : suite et fin », *loc. cit.*

⁵⁰⁹CIRDI, SPP c. Egypte, 20 mai 1992, GAILLARD (E.), *La jurisprudence CIRDI*, (volume I), A. Pedone, 2004, p. 363.

⁵¹⁰SPP c. Egypte, sentence CIRDI du 20 mai 1992, GAILLARD (E.), *La jurisprudence CIRDI*, *loc. cit.*

⁵¹¹Il est à noter qu'à la suite de cette décision, un ultime recours a été introduit le 27 mai 1992. Une transaction est intervenue entre les parties le 8 janvier 1993. D'après RAMBAUD (P.), « L'affaire des "Pyramides" : suite et fin », *loc. cit.*

⁵¹²SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, « Patrimoine commun de l'humanité », « Patrimoine culturel mondial » et « Patrimoine naturel », Bruylant, 2001, respectivement pp. 810-811, pp. 811-812 et p. 812; Sur la notion de patrimoine commun de l'humanité, voir également KISS (A.-C.), « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, tome II, volume 175, 1982, p. 99 ; AUDRERIE (D.), SOUCHIER

génération des droits de l'homme. Il se conjugue en une multitude d'acceptions et d'applications. Tel est également le cas du pilier économique du développement durable.

3) Les principes relatifs au pilier économique du développement durable

Le pilier économique du développement durable peut être considéré comme comprenant tous les éléments ayant trait à l'activité économique des acteurs sociaux. Cela s'entend ainsi de ces actions créatrices de richesses, d'un point de vue tant quantitatif que qualitatif. La quête de principes exhaustifs en la matière serait bien évidemment vaine et doit être circonscrite. A ce titre, les déclarations de Stockholm de 1972 et de Johannesburg sur le développement durable présentent un intérêt majeur. En effet, selon le principe 8 de la déclaration de Stockholm : « *Le développement économique et social est indispensable si l'on veut assurer un environnement propice à l'existence et au travail de l'homme et créer sur la terre des conditions nécessaires à l'amélioration de la qualité de la vie* ». Il est suivi du principe 9 en vertu duquel les déficiences de l'environnement imputables à des conditions de sous-développement et à des catastrophes naturelles posent des problèmes graves, et le meilleur moyen d'y remédier est d'accélérer le développement par le transfert d'une aide financière et technique substantielle pour compléter l'effort national des pays en voie de développement et l'assistance fournie en tant que de besoin. Le principe 10 de la Déclaration énonce : « *Pour les pays en voie de développement, la stabilité des prix et une rémunération adéquate pour les produits de base et les matières premières sont essentielles pour la gestion de l'environnement, les facteurs économiques devant être retenus au même titre que les processus écologiques* ». Enfin, en vertu du principe 18 du même texte: « *Il convient de recourir à la science et à la technique, dans le cadre de leur contribution au développement économique et social, pour déceler, éviter ou limiter les dangers qui menacent l'environnement et résoudre les problèmes qu'il pose, et d'une manière générale pour le bien de l'humanité* ».

L'énoncé du point 28 de la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable est le suivant : « *Nous nous félicitons que le Sommet de Johannesburg ait été axé sur l'indivisibilité de la dignité humaine et nous sommes résolus à accroître rapidement, en prenant des*

(R.), VILAR (L.), *Le patrimoine mondial*, PUF, 1998, BASLAR (K.), *The concept of the common heritage of mankind in international law*, Martinus Nijhoff publishers, 1998 ; PAQUEROT (S.), *Le statut des ressources vitales en droit international. Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Bruylant, 2002.

décisions sur les objectifs, les calendriers et les partenariats, l'accès à des biens ou services aussi élémentaires qu'une eau salubre, des systèmes d'assainissement, un logement convenable, l'énergie, les soins de santé la sécurité alimentaire et la protection de la biodiversité. Dans le même temps, nous travaillerons de concert pour nous aider mutuellement à accéder aux ressources financières, à tirer parti de l'ouverture des marchés, à assurer le renforcement des capacités, à utiliser les technologies modernes pour favoriser le développement et à garantir les transferts de technologie, le développement des ressources humaines, l'éducation et la formation, afin que soit banni pour toujours le sous-développement ».

Cet ensemble de textes commande de mettre en exergue les principes relatifs à la transmission du savoir, du savoir-faire et des connaissances, ceux relatifs à l'emploi et la formation de la main d'œuvre. Il y a également le principe d'approvisionnement des marchés locaux, qui peut être l'expression du rapport entre la production générée par le contrat d'Etat et le bénéfice retiré par l'Etat contractant. Il est important de souligner que ces principes relèvent intrinsèquement de la pratique des contrats d'Etat⁵¹³.

Parmi ces derniers se trouve le transfert de technologie. En effet, c'est par la voie des transferts de technologie que les pays en développement entendent parvenir à une maturité technologique qui contribuera à leur développement⁵¹⁴. Par transfert de technologie, on désigne de façon très générale le déplacement du point d'application de tout ou partie de l'ensemble (« paquet ») complexe que constitue une technologie, ensemble constitué de trois composantes : matérielle (les machines), informationnelle (les connaissances, les savoir-faire individuels et collectifs) et organisationnelle (l'organisation de la production et du travail). Le transfert peut être national ou international. Il peut s'opérer entre des entités indépendantes ou au sein d'une même entité. Plusieurs modalités de transfert peuvent être utilisées : la cession d'un brevet ou de sa jouissance, la vente de la technologie « en paquet » (clé en main, produit en main, marché en main). Il existe également l'ouverture du « paquet » technologique sous la responsabilité du maître d'ouvrage et l'importation par morceaux des éléments qui le

⁵¹³Voir à ce sujet OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice, 2002.

⁵¹⁴FEUER (G.), « Contrats Nord-Sud et transferts de technologie », CASSAN (H.) (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, p. 137.

constituent, des accords de partenariat, de sous-traitance, de coproduction, la création de *joint ventures*, de la création de filiales⁵¹⁵.

Les apports de technologie au sein des pays du tiers monde ont toujours été un questionnement central en droit du développement. Ils se sont effectués pendant longtemps au travers des investissements directs. Le concept de technologie était alors absorbé dans celui d'investissement et le régime juridique de l'apport technologique se confondait avec celui de la protection de ces investissements⁵¹⁶. Puis, une remise en cause de l'investissement direct a été constatée. La rupture ainsi créée et la récupération par les pays en développement de leurs ressources naturelles ont conduit les sociétés étrangères à valoriser ce qui leur restait, c'est-à-dire leur savoir technologique, et sur cette base à continuer à exploiter la rente qui en résultait. Ce phénomène a fait apparaître des formes nouvelles de rapports économiques fondés essentiellement ou exclusivement sur le commerce de la technologie prise en tant que telle⁵¹⁷. C'est alors que, sous l'influence des pays et des penseurs latino-américains, la notion de transfert est apparue ainsi que des formes de contrats ayant précisément ce transfert de technologie pour objet⁵¹⁸.

Le transfert de technologie s'opère toujours par contrat. On retrouve donc ici le problème de la conciliation entre la logique du contrat, qui est dans son essence une logique de droit privé, et l'impératif de développement, qui par sa nature constitue une prérogative de puissance publique⁵¹⁹. Cet état de choses permet de comprendre l'évolution qui s'est produite en la matière. A l'origine, les entreprises détentrices de technologie, spécialement les sociétés transnationales, utilisaient à leur profit une situation qui leur était objectivement favorable. Les procédés contractuels ont donc été pour elles un instrument de domination économique. Une telle domination était facilitée par le fait que les Etats d'accueil étaient fortement demandeurs de technologie et qu'ils ne disposaient pas d'une maîtrise suffisante pour négocier sur un pied d'égalité les modalités et le contenu des contrats. De nombreux contrats

⁵¹⁵TEULON (F.) (dir.), *Dictionnaire d'histoire, économie, finance, géographie*, « Transferts de technologie », PUF, 2010, p. 661. Les contrats clés en mains ont pour objet la livraison au maître d'ouvrage de l'unité de production prête à fonctionner. Les contrats « produit en main » incluent en outre des prestations de formation et la garantie de performance. Le « marché en main » comporte en sus des garanties d'écoulement des produits résultants (accès aux débouchés).

⁵¹⁶FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Dalloz, 1991, p. 349.

⁵¹⁷*Idem*, pp. 349-350.

⁵¹⁸*Idem*, p. 350. .

⁵¹⁹*Ibidem*.

de l'époque ont alors contenu des clauses léonines dont les pays du tiers monde ont progressivement tenté dans la pratique de s'exonérer et de faire disparaître⁵²⁰.

L'évolution s'est précipitée lorsqu'au cours des années les acquéreurs ont conquis un pouvoir de négociation plus important. Ce phénomène a entraîné un affinement progressif des procédés contractuels. Cela s'est traduit dans la pratique par une grande diversité des formes contractuelles⁵²¹. Les contrats portant transfert de technologie sont également des instruments finalisés dans le sens où ces derniers ont vocation au développement, au moins pour l'Etat d'accueil de l'investissement. Au fur et à mesure, l'apparition de transferts de technologie entre opérateurs développés et opérateurs moins développés a mené à la naissance de nouveaux types de contrats ou de clauses contractuelles, venant à la fois élargir et nuancer les formes traditionnelles⁵²². Cela se matérialise par la reprise et l'adaptation de figures contractuelles traditionnelles⁵²³ ou par l'invention de formules nouvelles⁵²⁴. Dans ce cas, la prise en compte de l'objectif de développement passe par l'instrument contractuel et les stratégies qu'on entend lui conférer à travers des montages spécifiques dédiés.

Il était important de tenter de circonscrire ce qui à nos yeux constitue les figures juridiques les plus représentatives du développement durable. Ainsi, on le voit, des règles de mise en œuvre du principe existent, même si elles doivent recevoir une application circonstanciée. Demeure cependant le fait qu'en droit international, les mécanismes de sanction de ces principes en sont la principale pierre d'achoppement.

⁵²⁰*Ibidem.*

⁵²¹FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement, op. cit.*, p. 350. Pour les formes contractuelles, voir p. 351.

⁵²²Pour un examen plus approfondi de ces contrats et de ces processus, voir FEUER (G.), « Contrats Nord-Sud et transferts de technologie », CASSAN (H.) (dir.), *contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, p. 137, spéc. p. 139.

⁵²³*Ibidem.* Cela a été le cas pour les contrats licence de brevets, les contrats de communication de *know-how* et les contrats d'ingénierie.

⁵²⁴Cela a par exemple été le cas pour les contrats d'usines clés en mains. Les contrats d'usines clés en mains permettent à des pays dépourvus d'infrastructures industrielles de s'équiper rapidement dans des secteurs qu'ils considèrent comme prioritaires. D'après FEUER (G.), « Contrats Nord-Sud et transferts de technologie », *op. cit.*, p. 137. En utilisant une telle formule, les pays en question peuvent acheter des installations complètes avec leurs connaissances techniques, et en différer le paiement pour permettre à l'installation elle-même de créer au moins partiellement son propre capital. D'après BOON (J. A.), GOFFIN (R.), *Le contrat clé en mains*, Masson, 1981. En définitive, ce contrat a eu un succès mitigé. Se sont alors développées d'autres formes contractuelles nouvelles permettant de remédier aux défaillances constatées, CASSAN (H.) (dir.), *contrats internationaux et pays en développement, loc. cit.*

B. L'ÉCHEC DES MÉCANISMES DE SANCTION

La mise en œuvre du développement durable peut se réaliser en sanctionnant la violation des prescriptions en la matière à travers des mécanismes adaptés. Ainsi, il faut restaurer la légalité quand cette dernière vient à être violée. Selon le professeur Stéphane Doumbé-Billé, les difficultés pouvant être rencontrées par la mise en œuvre effective d'un droit du développement et de l'environnement tiennent au fait que, tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle internationale : « *Ces deux droits sont encore considérés dans la pensée dominante, comme des disciplines faiblement prescriptives. On admet en effet généralement qu'ils énoncent des objectifs d'intérêt général dont la violation n'est pas juridiquement sanctionnée*⁵²⁵ ».

A titre d'exemple, Madame Laurence Boisson de Chazourne propose une analyse de la « mise en œuvre » du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement, c'est à dire des méthodes et des moyens visant à assurer l'application effective des règles en la matière. Cette dernière tente de prendre en compte l'ensemble des efforts qui sont déployés pour faire en sorte que les normes juridiques élaborées en droit international puissent produire tous les effets qu'ils ambitionnent⁵²⁶.

Ainsi, le souci d'efficacité des instruments de protection de l'environnement a occupé une place très importante lors de la préparation de la Conférence sur l'environnement et le développement qui s'est tenue en juin 1992 à Rio. Les carences et l'inadaptation du dispositif de mise en œuvre des règles du droit international de l'environnement, tant du point de vue du fond que de celui des institutions a été mis en exergue⁵²⁷. Les difficultés rencontrées par les juristes en la matière mènent à l'échec des mécanismes de sanction. Cet état du droit constitue un frein à une mise en œuvre efficace du développement durable.

⁵²⁵DOUMBE-BILLE (S.), « Evolution des institutions et des moyens de mise en œuvre du droit de l'environnement et du développement », *RJE* 1-1993, p. 31, spéc. p. 39.

⁵²⁶BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *RGDIP* 1995, p. 37. Voir également BOISSON DE CHAZOURNE (L.), DESGAGNE (R.), M. MBENGUE (M.), ROMANO (C.), *Protection internationale de l'environnement*, A. Pedone, 2005.

⁵²⁷*Ibidem*.

Les professeurs Maurice Kamto⁵²⁸ et Jean-Marc Lavielle⁵²⁹, considèrent que la Déclaration de Rio est sans valeur juridique directe. Pour ces auteurs, le texte contribue néanmoins à consacrer certains principes du droit international de l'environnement en tant que normes coutumières. Selon le Professeur Maurice Kamto : « *la Déclaration de Rio est dans la forme et dans le fond comparable à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Comme cette dernière, elle a une portée plus générale et une plus forte prétention juridique. Certes, elle n'est pas davantage contraignante sur un plan formel. Cette déclaration n'étant pas une œuvre de la communauté des Etats dans son ensemble, cela accroîtrait les potentialités de ses principes à devenir des normes coutumières à défaut d'en faire immédiatement des normes juridiques conventionnelles* »⁵³⁰. Pour le professeur Jean-Marc Lavielle : « *Ce texte, adopté par consensus, est sans valeur juridique directe. Il contribue cependant à consacrer certains principes du droit international de l'environnement comme règles coutumières. Il a aussi une portée morale, politique, voire opérationnelle importante. Il contribue à déterminer les principes du développement durable et, par là même, ceux du droit du développement durable* »⁵³¹. Pour d'autres auteurs, les recommandations des organisations internationales n'ayant pas force obligatoire, seulement une simple valeur indicative, ne sont pas pour autant dépourvus de tout effet juridique⁵³². Elles peuvent en effet contribuer à la formation de la coutume et légitimer les actions prises par les Etats conformément à leurs termes⁵³³. Mais le processus qui mène à la naissance d'une coutume est long, complexe, particulier et incertain⁵³⁴. Ces assertions montrent bien que la valeur et la portée juridiques de ces normes est fortement discutée et ne reposent en réalité sur aucune certitude.

En droit international de l'environnement, consécutivement à la violation du droit, les institutions classiques du règlement des différends et de la responsabilité internationale de l'Etat ont vocation à intervenir. Ainsi, ces mécanismes permettent de mettre fin à un état de

⁵²⁸KAMTO (M.), « Les nouveaux principes du droit international de l'environnement », *RJE 1-1993*, p. 11, p. 19.

⁵²⁹LAVIEILLE (J.-M.), *Droit international de l'environnement*, Ellipses, 2^{ème} édition, 2004, p. 35.

⁵³⁰KAMTO (M.), « Les nouveaux principes du droit international de l'environnement », *loc. cit.*

⁵³¹LAVIEILLE (J.-M.), *Droit international de l'environnement*, *loc. cit.*

⁵³²PERRIN DE BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.), COULEE (F.), *Leçons de droit international public*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2^{ème} édition, 2011, p. 299.

⁵³³*Idem*, pp. 299-300.

⁵³⁴L'existence d'une norme coutumière suppose la présence de deux éléments, l'un matériel, l'autre psychologique, qui sont à la fois des preuves de l'existence d'une coutume et les deux principales étapes de son processus de formation. Ainsi, en la matière, la pratique générale ne suffit pas. Il faut qu'elle découle d'un sentiment qu'ont les Etats de se conformer à une véritable règle de droit, à une nécessité juridique (*opinio juris*), PERRIN DE BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.), COULEE (F.), *Leçons de droit international public*, *op. cit.*, pp. 290, 291.

violation du droit, exigeant que l'Etat fautif cesse la situation de dégradation. Ils donnent également la possibilité à l'Etat victime d'obtenir réparation pour le dommage subi à l'occasion de la méconnaissance des normes par l'Etat fautif. L'Etat victime peut obtenir satisfaction par le biais de procédures de règlement ou encore à travers des mesures unilatérales en réaction⁵³⁵. En comparaison avec la responsabilité internationale de l'Etat, le règlement des différends présente la spécificité de revêtir des contours très flexibles, permettant de parvenir à une solution davantage politique que juridique⁵³⁶. Le recours aux modes diplomatiques de règlement des différends a d'ailleurs été renforcé par l'instauration, dans le cadre de conventions sur l'environnement, d'organes composés de représentants étatiques, de même que par le jeu des organisations internationales compétentes en la matière⁵³⁷. Le recours au règlement des différends a connu un essor fructueux au sein des conventions de protection de l'environnement. En effet, les clauses de règlement des différends ont connu un succès croissant tendant à les ériger en une pratique, s'ajoutant aux différents dispositifs de règlement des différends déjà en vigueur.⁵³⁸ En revanche, la possibilité en la matière de mettre en œuvre la responsabilité internationale des Etats n'a pas connu d'évolution similaire⁵³⁹. En effet, en droit international en général et en droit international de l'environnement en particulier, la mise en cause de la responsabilité de l'Etat est difficile⁵⁴⁰. Les clauses de responsabilité présentent la particularité de demeurer soit rares, soit vagues. Quant au régime des contre-mesures, il est fortement conditionné. Le régime des contre-mesures peut aussi se poser en un procédé de réaction, consécutif à une violation du droit à la condition que ces mesures, de nature largement commerciale, respectent les exigences des nombreux accords internationaux en vigueur⁵⁴¹. Les Etats ne disposent que de

⁵³⁵BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *RGDIP*, 1995, p. 37, spéc. pp. 40-41.

⁵³⁶*Ibidem*.

⁵³⁷*Idem*, p. 45

⁵³⁸*Idem*, p. 37.

⁵³⁹*Idem*, p. 41.

⁵⁴⁰ Les différents types de régime permettant la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat répondent, au gré des différentes qualifications doctrinales, aux dénominations de responsabilité pour manquement, de responsabilité stricte ou absolue, ou encore, pour certains, de responsabilité pour des conséquences préjudiciables découlant d'activités non interdites par le droit international. Parmi ces mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat, on peut également citer celui, à caractère transnational qui permet la mise en cause de la responsabilité du propriétaire ou de l'exploitant. Dans le cadre de ce type de mécanismes, la participation des Etats à un fonds de compensation peut être prévue afin de pallier le déséquilibre engendré par une absence de solvabilité de l'exploitant ou du propriétaire ou encore la situation dans laquelle le montant des dommages dépasserait la somme due en réalité par l'opérateur ou le propriétaire. D'après BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *op. cit.*, p. 42-43.

⁵⁴¹ Ainsi, parmi ces accords à respecter, l'auteur cite l'Accord sur le commerce des biens (GATT), L'Accord nord-américain de libre-échange (ALENA), L'Accord nord-américain sur la coopération environnementale ou le

marges de manœuvre très restreintes tendant à recourir à des contre-mesures commerciales afin de faire respecter des intérêts environnementaux. A la place de recourir à la voie juridictionnelle, le recours à la négociation et à la transaction est préféré et davantage usité⁵⁴².

Parmi les nombreux obstacles juridiques qui se dressent devant un recours facilité aux mécanismes classiques de réaction à une violation du droit⁵⁴³, on peut citer le fait qu'il existe des atteintes à l'environnement qui ne permettent pas d'identifier les victimes. Ainsi, la réparation des dommages causés à l'environnement en tant que tel reste encore très marginale. Cette difficulté constitue le cœur même des nombreuses interrogations juridiques soulevées en matière de développement durable. Car d'autres questions se posent. Les « générations présentes » peuvent-elles être victimes d'atteintes réalisées en matière de développement durable ? Qu'en est-il des « générations futures » ? Comment, par ailleurs, évaluer les dommages qu'elles auraient subis ? Ces générations futures seront-elles en mesure de mettre en cause la responsabilité des générations présentes ?

Par ailleurs, aucune convention de protection de l'environnement ne prévoit de mécanismes reconnaissant explicitement la qualité pour agir de tout Etat partie contre un autre Etat partie⁵⁴⁴. En droit international de l'environnement, l'accent est davantage placé sur l'anticipation du dommage que sur sa guérison une fois celui-ci survenu⁵⁴⁵. C'est dans cette optique d'anticipation que les différents instruments adoptés à Rio ont été élaborés. Ainsi, les mécanismes classiques de réaction se trouvent confrontés à leurs propres limites face aux enjeux du développement durable. Demeurent les mécanismes de promotion qui certes existent, mais font du droit de l'environnement une *soft law* à certains égards. En effet, de nombreux mécanismes de promotion, c'est souvent leur spécificité, n'ont pas de caractère contraignant. Ces derniers ne peuvent seuls prétendre à l'efficacité du droit de l'environnement, en particulier et du développement durable en général. Ces mécanismes touchent au fond du droit, nous l'avons évoqué, mais également à la forme de ce dernier.

traité sur l'Union européenne. D'après BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *op. cit.*, p. 44.

⁵⁴² *Idem*, p. 48.

⁵⁴³ La responsabilité de l'Etat ne sera engagée qu'en cas de conjonction d'un fait illicite imputable à un sujet de droit international et d'un dommage subi par un autre sujet de droit international. Il faut qu'il existe un lien de causalité direct entre le dommage et le préjudice subi. Le dommage doit être direct, c'est-à-dire découler nécessairement de l'acte illicite. Il peut être immédiat, c'est-à-dire être subi par l'Etat lui-même. Il peut également être médiat lorsque c'est l'un des ressortissants de l'Etat qui subit le préjudice.

⁵⁴⁴ BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *op. cit.*, p. 54

⁵⁴⁵ *Idem*, p. 55.

PARAGRAPHE 2. LES INSUFFISANCES DES REGLES DE FORME

Le système international classique est inadapté au développement durable (A) et des interrogations émergent quant aux perspectives offertes par certaines procédures (B).

A. L'INADAPTATION DU SYSTEME INTERNATIONAL CLASSIQUE AUX ENJEUX DU DEVELOPPEMENT DURABLE

L'inadaptation du système international classique aux enjeux du développement durable existe que ce soit au regard du principe pris en tant que tel (1) ou à travers ses instruments de mise en œuvre (2).

1) Une inadaptation constatée à travers la référence même au développement durable

La Déclaration de Rio, les deux Conventions sur les changements climatiques et sur la diversité biologique évoquent cette inadéquation des structures existant tant sur le plan national que sur le plan international. Les institutions et les organisations existantes, autant au niveau international qu'à des échelles locales, ont une organisation qui ne permet pas de répondre aux impératifs ainsi qu'aux besoins du développement durable⁵⁴⁶. Le préambule de la Déclaration de Rio, qui vise à « établir un partenariat mondial sur une base nouvelle et équitable en créant des niveaux de coopération nouveaux entre les Etats, les secteurs clés de la société et les peuples » reconnaît déjà au préalable l'inadaptation des mécanismes institutionnels aux enjeux ainsi qu'aux défis du développement durable⁵⁴⁷. Le Chapitre 38 d'Agenda 21 avait prôné de nouveaux « *arrangements institutionnels internationaux* », convenant davantage aux enjeux et défis du développement durable.

Le manque de cohésion institutionnelle, dû à une pléthore d'organismes compétents en la matière, pose de nombreuses difficultés. En matière de droit international de l'environnement, le schéma institutionnel est concentré autour du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), programme concurrencé par d'autres institutions du système des

⁵⁴⁶DOUMBE-BILLE (S.), « Evolution des institutions et des moyens de mise en œuvre du droit de l'environnement et du développement », *RJE* 1-1993, p. 31, spéc. p. 33.

⁵⁴⁷*Ibidem*.

Nations Unies. Il n'existe par ailleurs aucune coordination venant notamment du Conseil économique et social de l'ONU, lui-même concurrencé par l'extension de compétences personnelles du Secrétaire général, cela malgré la création d'un département de « coordination des politiques du développement durable » (DPCSD). Ainsi, les mécanismes institutionnels de mise en œuvre du développement durable s'avèrent incohérents et éclatés, devenant de ce fait peu efficaces. La recherche d'un nouveau schéma institutionnel est nécessaire. Cela emporte comme conséquence l'éclatement des compétences entre les diverses institutions internationales. Il faudrait sans doute des compétences moins éclatées et une coopération plus importante, dégagée de tout conflit d'intérêt entre agences des Nations Unies institutionnalisées. Le professeur Stéphane Doumbé-Billé⁵⁴⁸ parle d'ailleurs d'une réforme en profondeur de l'ONU. Ce dernier propose également une réorientation institutionnelle verticale indispensable, à la fois pour intégrer véritablement le développement durable aux compétences onusiennes, l'accompagnant de moyens financiers et humains nécessaires, et pour mettre en place une véritable démocratie institutionnelle assurant la participation d'organismes indépendants et susceptibles d'être saisis par des particuliers⁵⁴⁹.

Lors de la Conférence de Rio, les Etats ont convenu d'adapter le système institutionnel international aux exigences du développement durable en convenant de certains points d'action. Ainsi, il a été proposé par exemple, que le suivi de la Conférence relève de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il a également été proposé de confier à un organisme d'intégration économique et politique, le Conseil économique et social, le mandat de coordonner le suivi de la Conférence et d'assurer la mise en œuvre d'Action 21 par le biais d'une commission sur le développement durable. En tant que principal organe subsidiaire de l'Assemblée générale et du Conseil économique et social, cette nouvelle Commission sur le développement durable procéderait à l'intégration des questions d'environnement et de développement, ferait rapport directement au Conseil économique et social, organe chargé notamment de surveiller les activités d'intégration de l'environnement et d'économie de l'ensemble des institutions spécialisées et des institutions régionales des Nations Unies. Un système de collaboration étroite en matière d'échange d'information entre les institutions de la famille de Nations Unies et les institutions financières multilatérales a également été prévu

⁵⁴⁸DOUMBE-BILLE (S.), « Evolution des institutions et des moyens de mise en œuvre du droit de l'environnement et du développement », *RJE* 1-1993, p. 31.

⁵⁴⁹*Ibidem*.

à Rio⁵⁵⁰. L'examen décennal des décisions prises à Rio a eu lieu à Johannesburg, à partir du 26 août 2002. Le bilan est finalement très en dessous des espoirs que le Sommet de la terre et la mise en place de l'Agenda 21 avaient permis de porter⁵⁵¹. Finalement, en comparaison des 2500 recommandations de l'Agenda 21, le Plan d'action adopté à Johannesburg est davantage ciblé. Celui-ci est composé de 11 chapitres dont 5 portant sur les priorités suivantes : l'élimination de la pauvreté, la modification des modes de consommation et de production non durables, la protection et la gestion des ressources naturelles, le développement durable à l'ère de la mondialisation, la santé. Les autres chapitre évoquent le développement durable à des échelles plus spécifiques, comme l'Amérique latine, l'Asie occidentale ou encore les Etats insulaires⁵⁵². Les mécanismes semblent cependant faire difficilement face aux enjeux du développement durable. Les changements institutionnels et même les modes d'action, notamment dans leurs perspectives d'évolution et d'adaptation, demeurent tout de même limités et appellent d'autres solutions⁵⁵³.

Au delà des difficultés institutionnelles et des difficultés de fond auxquelles va se heurter la mise en œuvre du développement durable, on assistera également à des difficultés financières, tant d'un point de vue international⁵⁵⁴, que de points de vue interne, notamment pour les pays en voie de développement⁵⁵⁵.

Le Chapitre 8 d'Agenda 21, relatif à l'intégration des processus de prise de décision sur l'environnement et le développement, consacre de larges développements à la « *mise en place d'un cadre juridique et réglementaire efficace* ». L'un des principes d'action énoncés est précisément que les règles juridiques adaptées à la situation particulière de chaque pays figurent parmi les instruments les plus importants pour assurer l'application des politiques de l'environnement et du développement. Il est par ailleurs indiqué que les règles doivent être

⁵⁵⁰PIETTE (J.), « Evolutions institutionnelles et modes d'intervention du droit international de l'environnement et du développement », *RJE* 1-1993, p. 9.

⁵⁵¹En 1997, l'ONU réunie en assemblée générale avait déjà évalué les progrès réalisés dans la mise en œuvre de l'Agenda 21 et notait que les perspectives de développement durable étaient encore plus sombres qu'en 1992. L'un des seuls progrès réalisés portait sur la création par environ 150 gouvernements de commissions nationales chargées de réaliser une approche intégrée du développement durable. L'ONU a néanmoins réaffirmé que l'Agenda 21 constituait le fondement même du développement durable et s'est refusée à en renégocier les dispositions. Il a donc été décidé d'approfondir de nouveau le Programme ainsi que ses effets en 2002. TOUTAIN (C.), *Le développement durable*, éditions Milan 2007, pp. 10-11.

⁵⁵²*Idem*, p. 9.

⁵⁵³DOUMBE-BILLE (S.), « Evolution des institutions et des moyens de mise en œuvre du droit de l'environnement et du développement », *RJE* 1-1993, p. 31

⁵⁵⁴Ces difficultés empêchent la création d'institutions spécialisées dans le domaine du développement durable.

⁵⁵⁵DOUMBE-BILLE (S.), « Evolution des institutions et des moyens de mise en œuvre du droit de l'environnement et du développement », *op. cit.*, pp. 41-43.

obligatoires et leur non-respect juridiquement sanctionné. Si ce dernier point pose des difficultés au regard du développement durable même, il en existe également en ce qui concerne les règles juridiques de mise en œuvre du principe.

2) Une inadaptation constatée à travers les règles juridiques de mise en œuvre du principe

L'examen du droit international de l'environnement **(a)**, de celui des droits de l'homme **(b)** ainsi que des droits sociaux fondamentaux **(c)** fait état de certaines insuffisances liées aux procédures censées accompagner la mise en œuvre des règles élaborées.

a) Le cas du droit international de l'environnement

Parmi les mécanismes de promotion du droit international de l'environnement, existe celui de la procédure de présentation des rapports étatiques. Celle-ci oblige les Etats parties à une convention de protection de l'environnement à soumettre des rapports rendant compte de leurs activités dans un domaine régi par la convention en vigueur. Les Etats présentent ainsi les diverses mesures adoptées dans le sens de la mise en œuvre et en application de normes considérées, quelles que soient ces mesures et quelle qu'en soit la nature. Il peut être demandé aux Etats d'en mesurer les effets ainsi que la mise en pratique. La procédure de présentation des rapports étatiques est une procédure prévue par toutes les grandes conventions de protection de l'environnement⁵⁵⁶.

La possibilité d'un contrôle sur la base de ces rapports nationaux est le plus souvent permise par le biais d'organes composés de représentants étatiques. A côté de ce contrôle direct des rapports nationaux fournis par les différents Etats parties à la convention, les insuffisances ainsi que les carences des rapports ainsi remis peuvent être comblées au moyen d'un contrôle indirect tendant à se procurer des informations complémentaires par l'intermédiaire d'autres sources que celles des rapports étatiques⁵⁵⁷. Selon Madame Boisson de Chazourne, en l'état actuel, seuls certains domaines se prêtent à une évaluation précise du respect d'une norme notamment par le respect de cette procédure. C'est le cas par exemple de l'imposition de

⁵⁵⁶BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *op. cit.*, p. 55.

⁵⁵⁷*Idem*, pp. 59-60.

quotas à fin de conservation de certaines espèces animales et végétales⁵⁵⁸. Selon l'auteur, en d'autres secteurs, la norme de référence n'est pas formulée de manière suffisamment précise, et si elle l'est, on ne dispose pas de moyens de contrôle plus sophistiqués pour vérifier l'exactitude d'un comportement⁵⁵⁹. Cette réalité amoindrit l'efficacité du contrôle.

Les Etats n'en n'ont pas moins accepté, lors de la Conférence de Rio, d'instaurer dans le cadre des Nations Unies un système de présentation de rapports sur l'application de l'Agenda 21. Ce contrôle relève de la Commission sur le développement durable instituée par la Résolution 47/191 de l'Assemblée générale, adoptée le 22 décembre 1992⁵⁶⁰. Il s'étend à tous les Etats membres et organisations de la famille des Nations Unies et ne revêt pas de caractère obligatoire. Ce système de présentation des rapports a été mis en place afin d'obtenir une évaluation générale de la réalisation des objectifs fixés par l'Agenda 21. Bien que très aléatoire et insuffisant, le système de contrôle sur la base des rapports étatiques est très usité en droit international. C'est notamment le cas en matière de droits de l'homme.

b) Le cas des droits de l'homme

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, est adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966. Le Pacte met à la charge des Etats des obligations positives au lieu d'obligations de s'abstenir, en matière de droits économiques, sociaux et culturels. Il consacre le droit à la libre disposition des ressources naturelles (art. 1, §2). C'est à travers ce Pacte que ce principe trouve la base conventionnelle qu'il lui manquait⁵⁶¹. Il complète certaines dispositions de la DUDH en reconnaissant une série de droits. Cette série se divise en trois catégories. Il s'agit tout d'abord des droits relatifs à la vie au travail comme le droit de grève, le droit au travail, le droit du travail à des conditions de vie justes et favorables (en matière de rémunération, d'hygiène et de sécurité au travail, en matière de juste évolution et de repos et loisirs), le droit et les libertés syndicales. Il s'agit ensuite des droits relatifs à la protection de la santé et à la sécurité sociale. Il s'agit enfin des droits relatifs à l'éducation et à la culture. L'organe de surveillance de ce Pacte est le Comité des droits économiques, sociaux et culturels créé par la résolution 1985/17 du 28 mars

⁵⁵⁸*Idem*, p. 61.

⁵⁵⁹*Ibidem*.

⁵⁶⁰ORLIANGE (PH.), « La commission sur le développement durable », *Annuaire français de droit international*, 1993, p. 823.

⁵⁶¹SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 10^{ème} édition, 2010, pp. 132-133.

1985 du Conseil économique et social des Nations Unies. Ce Comité est composé d'experts indépendants. Les Etats parties doivent présenter au Comité, à intervalles réguliers, des rapports concernant la mise en œuvre des droits protégés par le Pacte en question. Un rapport doit être présenté au Comité dans un délai de deux ans après avoir adhéré au Pacte, puis tous les cinq ans. Le Comité examine alors le rapport qui lui est remis et fait part de ses préoccupations et recommandations à l'Etat concerné sous forme de « recommandations finales »⁵⁶². Ce mécanisme institutionnel n'est assorti d'aucune contrainte.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, accompagné de ses deux protocoles facultatifs, est le troisième instrument appartenant à ce que l'on nomme la Charte des Nations Unies pour les droits de l'homme⁵⁶³. Ce Pacte reprend et consacre les droits déjà affirmés au sein de la DUDH en matière de droit à la vie (article 6), d'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (article 7), ou encore de liberté d'expression (article 19), de réunion (article 21) et d'association (article 22). L'organe de surveillance de ce Pacte est le Comité des droits de l'homme, également composé d'experts indépendants. C'est un organe indépendant des parties au Pacte. Le système de contrôle du comité repose sur les rapports que les Etats adressent au Comité concernant leur respect des droits protégés par le Pacte et sur les communications, on peut parler de plaintes, que les Etats s'adressent les uns aux autres en cas de non-respect du Pacte⁵⁶⁴. En effet, il est à souligner que l'article 41 du Pacte prévoit la possibilité pour un Etat de reconnaître la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications au sein desquelles un Etat partie prétend qu'un autre ne s'acquitte pas de ses obligations au regard de cet instrument. A l'issue de la procédure, un rapport est remis aux parties concernées. L'article 42 prévoit une procédure de conciliation volontaire. Le Comité a également la faculté de recevoir des communications individuelles, on peut également parler de plaintes⁵⁶⁵, relatives aux atteintes précises aux droits dénoncés par le Pacte. Car, à la faveur du premier Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de

⁵⁶²<http://www2.ohchr.org/french/bodies/cescr/>, site du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, consulté le 4 mars 2011.

⁵⁶³Les trois instruments faisant partie de la Charte sont la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que les deux pactes de 1966, le Pacte international sur les droits civils et politiques étant accompagné de ses deux protocoles facultatifs.

⁵⁶⁴OBERDORFF (H.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2010, pp. 102-103.

⁵⁶⁵Il s'agit d'un mécanisme facultatif. En effet, le droit de recours individuel n'est reconnu qu'à titre optionnel par le Pacte sous forme d'un Protocole facultatif entré en vigueur le 23 mars 1976. Au 1^{er} janvier 2010, 113 Etats ont reconnu compétence au comité pour « recevoir ou examiner des communications individuelles dénonçant la violation par l'Etat partie de l'un des droits protégés par le Pacte; SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} édition, PUF, 2010, pp. 840-841.

l'homme peut recevoir et examiner des communications émanant de particuliers des Etats parties et faisant état de la violation, par l'Etat partie de l'un des droits protégés par le Pacte. Il faut au préalable que l'Etat concerné par la plainte ait ratifié ce Protocole. Il s'agit là d'une seconde possibilité de contrôle sur plainte. Tous ces contrôles sont des contrôles non juridictionnels. Nous ne voyons au sein de ce mécanisme aucune contrainte ou coercition car le Comité ne peut, à l'issue de la procédure, émettre que des « constatations » à l'Etat intéressé ainsi qu'au particulier. Dans tous les cas, ce dernier ne dispose d'aucune compétence de décision au fond.

Les deux pactes de 1966, entrés en vigueur en 1976, sont des traités internationaux. Ils sont donc juridiquement obligatoires pour les Etats les ayant ratifiés. Cependant, en réalité, les conséquences relatives à une violation des droits et principes protégés par ces instruments semblent très limités.

Avec le mouvement des indépendances, l'institutionnalisation des droits de la personne au sein des Nations Unies reprend de la vigueur. En effet, à la demande des nouveaux membres de l'ONU issus des mouvements de décolonisation, les Nations Unies travaillent davantage dès 1967 sur l'aspect pratique de la protection des droits de la personne. Le 6 juin 1967, le Conseil économique et social adopte la résolution 1235 (XLII), autorisant la Commission des droits de l'homme et la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à examiner les renseignements concernant les violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, cela dans tous les Etats membres⁵⁶⁶. La résolution 1503 (XLVIII) du 27 mai 1970 du Conseil économique et social, s'inscrit dans une perspective similaire. Par le biais de ces deux résolutions, la Commission des droits de l'homme met en place plusieurs procédures à caractère public ou confidentiel, permettant de révéler et de dénoncer de telles violations. La procédure prévue par la résolution 1503 prévoit tout d'abord que la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités⁵⁶⁷ examine toutes les communications relatives aux droits de la personne, ainsi que toutes les réponses des gouvernements concernant les problématiques en

⁵⁶⁶<http://www.un.org/french/hr/dpi/1-chronologie.html>, site des Nations Unies, consulté le 4 mars 2011.

⁵⁶⁷La Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a été créée par la Commission des droits de l'homme, sous l'autorité du Conseil économique et social (Résolution 9 (II) de l'ECOSOC du 21 juin 1946). Initialement nommée Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de protection des minorités, son nom a été changé conformément à la décision 1999/256 de l'ECOSOC du 27 juillet 1999. Le travail de la Sous-Commission est actuellement assumé par le Comité consultatif des droits de l'homme. Site des Nations Unies, <http://www.un.org/depts/dhl/dhlf/resguidf/spechfr.htm>, consulté le 4 mars 2011.

question. Cet examen est fait en vue de soumettre alors à la Commission des droits de l'homme les situations particulières qui semblent révéler l'existence d'un ensemble de violations flagrantes et systématiques des droits de la personne. La Commission détermine alors si la situation nécessite une étude approfondie de sa part, ainsi qu'un rapport et des recommandations au Conseil économique et Social ou si un comité spécial peut se charger d'une enquête sur la situation, dès lors que l'Etat concerné y a consenti. L'enquête sera menée en collaboration avec cet Etat. De ces procédures, a résulté l'adoption de multiples rapports et résolutions dénonçant les exactions des autorités nationales et mécontentant ces dernières⁵⁶⁸. Il semble que l'absence de contrainte soit le maître mot de toutes ces procédures.

Parmi les nombreux actes internationaux consacrant le respect des droits humains, nous citerons également des mécanismes régionaux tels que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981⁵⁶⁹. Il existe également la Charte arabe des droits de l'homme. Le Sommet de la Ligue des Etats arabes, tenu à Tunis, avait adopté le 23 mai 2004 une nouvelle version de la Charte arabe⁵⁷⁰. Cette dernière comprend un préambule ainsi que 53 articles⁵⁷¹. Il est à souligner parmi ce mouvement de régionalisation des instruments en matière de droits de l'homme, l'absence du continent asiatique d'un tel processus.

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981⁵⁷² crée, dans son article 30, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, dont le but est de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique. Mais cette Commission ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (la Cour africaine) a été créée par le Protocole à la Charte africaine, adopté à Ouagadougou au Burkina Faso, le 9 juin 1998, par les États membres de ce qui était

⁵⁶⁸EUDES (M.), « De la Commission au Conseil des droits de l'homme : vraie réforme ou faux-semblant ? », *Annuaire français de droit international*, volume 52, 2006, p. 599, spéc. p.600. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_2006_num_52_1_3946, consulté le 4 mars 2011.

⁵⁶⁹Il s'agit d'une Charte adoptée par la dix-huitième Conférence des Chefs d'Etats et de gouvernements en juin 1981 à Nairobi, au Kenya. Elle est entrée en vigueur le 21 octobre 1986.

⁵⁷⁰La précédente version avait été adoptée au Caire par le Conseil de la Ligue des Etats arabes, le 15 septembre 1994, mais cette version n'était pas entrée en vigueur du fait d'un manque de ratifications suffisantes.

⁵⁷¹En son préambule, la Charte fait notamment référence aux « principes éternels définis par le droit musulman », ce qui la distingue la Charte des autres instruments régionaux de proclamation.

⁵⁷²Elle est rentrée en vigueur le 21 octobre 1986, après sa ratification par 25 Etats.

alors l'Organisation de l'Unité africaine (OUA)⁵⁷³. Le Protocole est entré en vigueur le 25 janvier 2004. Les relations de la Cour avec la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sont déterminées par l'article 2 du Protocole portant création de la Cour, qui dispose que la Cour complète la mission de protection de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples⁵⁷⁴. Le Protocole définit la nature de cette collaboration entre les deux institutions en précisant que la Commission est autorisée à porter devant la Cour des affaires de violation des droits de l'homme alléguées, que la Cour peut solliciter l'avis de la Commission ou lui transférer des affaires, que la Cour fixe dans son Règlement intérieur les conditions d'examen des requêtes dont elle est saisie en tenant compte de la complémentarité entre elle et la Commission. La Cour peut, lorsqu'elle le juge approprié, solliciter l'avis de la Commission sur des points de procédure. Cela implique notamment que les deux institutions harmonisent leurs règlements intérieurs respectifs afin d'éviter des contradictions et d'assurer la cohérence des deux textes⁵⁷⁵.

La Cour a compétence pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du Protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les Etats concernés⁵⁷⁶. Il est également important de noter qu'outre le mandat très large qu'elle possède, celle-ci décide elle-même en cas de contestation portant sur sa propre compétence⁵⁷⁷. Aux termes de l'article 7 du Protocole, La Cour applique les dispositions de la Charte ainsi que tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par l'Etat concerné. En vertu de l'article 5 (1) du Protocole, cette Cour peut être saisie par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, par les Etats parties et par les organisations intergouvernementales africaines, ouvrant ainsi la voie aux requêtes individuelles puisque l'article 5 (3) du Protocole de la Cour africaine autorise les requêtes facultatives ou individuelles. Cette possibilité est néanmoins facultative ou optionnelle⁵⁷⁸. La Cour africaine des droits de l'homme dispose en conséquence d'une véritable compétence juridictionnelle. Cette dernière rend des arrêts auxquels les Etats parties doivent se conformer. En effet, en vertu de l'article 30 du Protocole, les Etats parties à ce dernier s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où ils

⁵⁷³ Voir « Historique », site de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, <http://www.african-court.org/fr/la-cour/historique/>, consulté le 11 mars 2011.

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

⁵⁷⁶ Article 3 (1) du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

⁵⁷⁷ Article 3(2).

⁵⁷⁸ En vertu de l'article 34 (6) du Protocole.

sont en cause et à en assurer l'exécution dans le délai fixé par cette dernière⁵⁷⁹. « *Cet article ne se borne pas à prévoir la collaboration des Etats pour la mise en œuvre des arrêts de la Cour* » ; *il va plus loin en leur faisant un devoir de s'acquitter de cette mission* »⁵⁸⁰. Pour les Etats, se conformer à un arrêt consiste à l'exécuter de bonne foi et volontairement⁵⁸¹. Cependant, les arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne valent pas titre exécutoire⁵⁸². Ils n'ont d'effet dans le droit interne d'un Etat qu'à travers un acte d'exécution⁵⁸³. En réalité, ils ne mettent à la charge des Etats qu'une obligation de résultat qui laisse à ceux-ci le choix des moyens à mettre en œuvre au titre de l'article 30⁵⁸⁴. Les arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme sont déclaratoires car il s'agit d'un contentieux de la légalité et non de l'annulation⁵⁸⁵. En conséquence, la Cour ne peut annuler la décision en cause mais doit seulement déclarer la compatibilité ou l'incompatibilité de la mesure nationale avec la Charte africaine des droits de l'homme ou le Protocole portant création de la Cour africaine des droits de l'homme⁵⁸⁶. Il appartient à l'ordre interne de remédier ainsi à la violation constatée⁵⁸⁷. La nature des mesures à prendre par l'Etat dépendra des particularités de son système juridique ainsi que du type d'acte à l'origine de la violation⁵⁸⁸. En effet, selon qu'il est administratif ou judiciaire, il faudra l'annuler ou le réformer selon les possibilités offertes par le droit interne⁵⁸⁹. L'article 30 semble également exiger la modification des dispositions législatives ou réglementaires dans lesquelles la violation alléguée trouve ses sources⁵⁹⁰. Les Etats conservent la maîtrise des remèdes à apporter à la violation constatée⁵⁹¹.

Les droits proclamés dans la Charte arabe des droits de l'homme sont des droits « classiques » comme cela est le cas dans les nombreux textes internationaux. Il s'agit non seulement des droits civils et politiques mais également des droits économiques, sociaux et culturels. Il est prévu que l'organisme de contrôle de ces droits soit un comité arabe des droits de l'homme

⁵⁷⁹ Article 30 : « *Les Etats parties au présent Protocole s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où ils sont en cause et à en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour* ».

⁵⁸⁰ KALIEU ELONGO (Y. R.), « Exécution des arrêts de la Cour », KAMTO (M.) (dir.), *La Charte africaines des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 1497.

⁵⁸¹ *Ibidem*.

⁵⁸² *Ibidem*.

⁵⁸³ *Ibidem*.

⁵⁸⁴ *Idem*, p. 1498

⁵⁸⁵ *Ibidem*.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ *Ibidem*.

⁵⁹¹ *Ibidem*.

composé de sept experts⁵⁹². L'obligation est faite aux Etats, de présenter, un an après l'entrée en vigueur de la Charte, un premier rapport sur la situation des droits de l'homme dans leurs pays, puis des rapports périodiques (tous les trois ans), auxquels s'ajoutent des rapports supplémentaires⁵⁹³. Malgré les progrès réalisés par l'adoption de cette Charte arabe des droits de l'homme en 2004, en affirmant notamment l'égalité entre l'homme et la femme en dignité et en droits, ou encore le droit au développement, le mécanisme de cette Charte demeure insuffisant dans le sens où, d'une part, entre autres, il n'existe aucune possibilité de présenter des communications étatiques et/ou individuelles, dans le cas de la violation de ces dispositions. D'autre part, il n'existe aucun organe juridictionnel à l'image par exemple de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Les mécanismes de contrôle en matière de droits sociaux présentent également certaines insuffisances.

c) Le cas des droits sociaux

La Déclaration de principes tripartite de l'OIT, sur les entreprises multinationales et la politique sociale, a été adoptée en novembre 1977 par le conseil d'administration du BIT. L'objectif étant d'encourager les entreprises multinationales à contribuer positivement au progrès économique et social, ainsi qu'à minimiser et à résoudre les problèmes pouvant être posés par leurs diverses opérations, compte tenu des résolutions des Nations Unies préconisant l'instauration d'un nouvel ordre économique international. Elle s'est inscrite à l'origine dans le cadre du NOEI et ne possède aucune valeur contraignante. Pour suivre l'effet donné à cette Déclaration, le BIT, à travers son programme d'action pour les entreprises multinationales, est chargé de conduire une enquête tous les quatre ans à laquelle doivent répondre tous les Etats membres, ainsi que les organisations syndicales et patronales⁵⁹⁴. Les mécanismes associés à cette Déclaration sont davantage d'accompagnement et d'incitation.

La Déclaration relative aux principes et aux droits fondamentaux du travail, adoptée par la Conférence internationale du travail à sa 86^{ème} session à Genève le 18 juin 1998⁵⁹⁵, a aussi pour objectif de fournir des mécanismes juridiques contraignants destinés à garantir l'application universelle des droits qu'elle affirme par un mécanisme de contrôle. C'est ainsi

⁵⁹²Articles 45-47.

⁵⁹³Article 48.

⁵⁹⁴Commission nationale consultative des droits de l'homme, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, op. cit., p. 111.

⁵⁹⁵Précédemment citée, voir nos développements *supra*, ce chapitre, Section 2, Paragraphe 1, A, 2) b) : Les principes relatifs aux droits sociaux, p. 137.

que la Déclaration ainsi que son suivi font expressément références à huit conventions « fondamentales »⁵⁹⁶. La Déclaration « *oblige* »⁵⁹⁷ les Etats ayant ou non ratifié les conventions en question, du seul fait de leur appartenance à l'OIT, à respecter, promouvoir et réaliser les principes relatifs aux droits fondamentaux, objets de ces conventions. Les huit conventions désignées par la Déclaration de 1998 et son suivi sont la Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948), la Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949), la Convention n° 29 sur le travail forcé (1930), n° 105 sur l'abolition du travail forcé (1957), n° 138 sur l'âge minimum (1973), n° 182 sur les pires formes de travail (1999), n° 100 sur l'égalité de rémunération (1951) et n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession, 1958). L'objectif poursuivi n'est pas accompagné des moyens concrets nécessaires à sa réalisation. A travers le concept de travail décent, le développement durable est un des objectifs de la Déclaration⁵⁹⁸. Le processus de mise en œuvre qu'elle préconise est le partenariat et la concertation avec les organisations non étatiques et les firmes internationales⁵⁹⁹. En droit international économique, des difficultés se posent également en matière de procédures de mise en œuvre des normes sociales. Effectivement, au regard des relations commerciales internationales, les accords de l'OMC ne comportent pas de dimension sociale explicite⁶⁰⁰.

Le développement durable est une véritable pierre d'achoppement des relations Nord-Sud⁶⁰¹. Lors des négociations de l'Uruguay Round, les Etats-Unis ont affirmé leur volonté d'intégrer des normes plus protectrices du droit du travail au sein des accords, invoquant le concept de « clauses sociales ». Ces clauses, intégrées dans les accords commerciaux, auraient permis d'infliger des sanctions économiques ou alors de priver de certains avantages économiques les Etats parties en cas de violation de certains standards en matière de normes sociales⁶⁰². Il est

⁵⁹⁶Les conventions « fondamentales » sont au nombre de huit. Ce sont les conventions spécifiées au sein de la déclaration de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail et son suivi. Elles font partie des nombreuses conventions élaborées et adoptées par la Conférence Internationale du travail, ce sont des traités internationaux. Parmi l'ensemble des conventions signées sous son égide, l'OIT suit particulièrement le processus de ratification et de mise en œuvre de ces conventions.

⁵⁹⁷Article 2 de la Déclaration.

⁵⁹⁸*Ibidem.*

⁵⁹⁹*Ibidem.*

⁶⁰⁰MAUPAIN (F.), « Libéralisation du commerce international et protection universelle des normes », OSMAN (F.) (dir.), *L'organisation mondiale du commerce: vers un droit mondial du commerce*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 92.

⁶⁰¹QUENAULT (B.), « Le développement durable comme pierre d'achoppement des relations Nord/Sud au sein des négociations commerciales multilatérales à l'Organisation mondiale du commerce », *Mondes en développement* 3/2004 (n°127), p. 11.

⁶⁰²BENYEKHLIF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Editions Thémis, 2008, p. 370, AGO (S.-I.), « A crossroad in international protection of human rights and

intéressant de remarquer que les pays en voie de développement ainsi que les firmes internationales se sont opposés à de telles clauses qui n'ont pas été adoptées lors de la réunion ministérielle de Marrakech le 15 avril 1994. Lors de la Conférence de Singapour de 1996, il a été décidé de ne pas inclure des clauses sociales dans l'agenda des négociations de l'OMC⁶⁰³. Ainsi, l'OMC a refusé d'adopter un cadre normatif international contraignant en la matière. La dimension sociale de la mondialisation a ainsi été renvoyée à l'OIT⁶⁰⁴. L'adhésion aux conventions fondamentales de l'OIT doit-elle être imposée à tous les membres de l'OMC ? Ce questionnement a été soulevé par certains auteurs⁶⁰⁵. Il faudrait pour cela pouvoir, dans une certaine mesure, faire prévaloir des nécessités sociales sur les impératifs économiques. Cela demeure de l'ordre de l'utopie, du moins dans le cadre de l'OMC.

La question qui se pose d'ailleurs est celle de savoir si le système commercial international est compatible avec les normes sociales tant des divergences existent face à la diversité des normes, des règles et des acceptions culturelles en la matière au sein des divers pays.

Au sein de l'OMC, les perspectives en matière d'environnement sont également limitées mais plus prometteuses. Le développement durable et la préservation de l'environnement sont inscrits dans l'Accord de Marrakech instituant l'OMC et viennent compléter l'objectif de l'OMC tendant à réduire les obstacles au commerce et à éliminer les discriminations dans les relations commerciales internationales⁶⁰⁶. Bien qu'il n'existe pas d'accord portant spécifiquement sur l'environnement, en vertu des règles de l'OMC, les membres peuvent prendre des mesures liées au commerce visant à protéger l'environnement sous réserve que plusieurs conditions soient remplies permettant d'éviter l'utilisation abusive de ces mesures à des fins protectionnistes⁶⁰⁷. Le Programme de Doha prévoit des négociations spécifiques sur le commerce et l'environnement et certaines tâches sont assignées au Comité du commerce et

international trade : is the social clause a relevant concept ? », DUPUY (R.-J.) (dir.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et Justice*, A. Pedone, 1999, p. 539.

⁶⁰³BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 370.

⁶⁰⁴BEZOU (C.), *La Clause sociale. La négociation internationale et l'OIT*, Eska, 2008; GRANGER (C.), SIROEN (J.-M.), « La clause sociale dans les traités commerciaux », DAUGAREILH (I.) (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, 2005, p. 181.

⁶⁰⁵BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 371; MAUPAIN (F.), « Libéralisation du commerce international et protection universelle des normes », OSMAN (F.) (dir.), *L'organisation mondiale du commerce: vers un droit mondial du commerce*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 93; AGO (S.-I.), « A crossroad in international protection of human rights and international trade : is the social clause a relevant concept ? », DUPUY (R.-J.) (dir.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et Justice*, A. Pedone, 1999, p. 539.

⁶⁰⁶Site de l'OMC, http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/envir_f.htm, consulté le 4 mars 2011.

⁶⁰⁷*Ibidem*.

de l'environnement en session ordinaire⁶⁰⁸. En effet, au sein de l'OMC, a été mis en place un Comité sur le commerce et l'environnement (CCE), qui a vocation à permettre aux Etats de discuter de politiques commerciales et environnementales complémentaires⁶⁰⁹. D'autres organes de l'OMC s'inscrivent également dans une telle perspective. A titre d'exemple, le comité administrant l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, ayant pour compétence le traitement de la réglementation, des normes ainsi que des procédures d'essai et de certification, est un cadre permettant aux gouvernements d'échanger des renseignements sur les mesures prises par eux, et de voir de quelle manière certaines réglementations environnementales peuvent influencer sur le commerce⁶¹⁰.

Cette réalité ne supprime pas le fait que les rapports entre le droit commercial international et le droit de l'environnement sont conflictuels dans le sens où le développement des règles internationales relatives à la protection de l'environnement entre potentiellement en conflit avec les impératifs commerciaux ainsi que le principe de libre-échange. En effet, les politiques environnementales comportent le risque des créer des barrières non tarifaires, ainsi que des réglementations pouvant avoir pour effet une augmentation des coûts⁶¹¹. C'est la raison pour laquelle l'OMC examine avec une certaine minutie et soumet à condition la possibilité de prendre et de se prévaloir de mesures liées au commerce, tendant à protéger l'environnement. De l'insuffisance de ces règles, se pose la question des perspectives offertes par des procédures particulières et novatrices.

B. LES PERSPECTIVES OFFERTES PAR CERTAINES PROCEDURES

A l'échelle internationale, certaines procédures particulières ont vu le jour et présentent un certain intérêt (1). Pour d'autres, des questionnements se posent quant à leur accessibilité (2).

1) L'existence de procédures fondées sur le consensus

A côté des mécanismes de promotion et de réaction, d'autres types de procédures ont vu le jour en droit international de l'environnement, permettant d'allier à la fois prévention et

⁶⁰⁸*Ibidem.*

⁶⁰⁹BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 383.

⁶¹⁰Site de l'OMC, http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/envt_intro_f.htm, consulté le 4 mars 2011.

⁶¹¹BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 377.

sanction. Nous pouvons citer à titre d'exemple la procédure dite de « non-respect » du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone⁶¹². Cette procédure de non-respect tend à mettre en place des mécanismes de réaction afin de pallier l'inefficacité éventuelle des dispositifs de promotion. Cependant, la procédure dite de non-respect s'appuie sur la volonté d'un consensus et la terminologie employée afin de désigner les mécanismes qui la composent en est l'illustration. En effet, on parle par exemple de « parties concernées » pour celles qui engageront une procédure à l'encontre de « parties intéressées » qui sont les parties auxquelles on demande de s'expliquer sur une conduite déterminée. La prudence terminologique est de mise car cette procédure n'a pas pour but de désigner un « Etat-accusé » devant rendre compte de ses actes. Bien au contraire, elle est non contentieuse et ne possède pas la caractéristique d'être accusatoire. Le terme de « non-respect » ou de « non-conformité » est préféré à celui de « violation du droit ». Cette procédure présente la particularité de vouloir tendre vers un consensus. Tout l'intérêt et la finalité résident finalement dans la recherche d'un compromis satisfaisant l'ensemble des parties. Les procédés utilisés dans ce contexte sont la médiation, la négociation, la conciliation. Cette mesure présente un caractère davantage politique que juridique ainsi qu'un certain intérêt à travers son caractère original. L'originalité de certaines procédures pourrait également venir de leur accessibilité.

2) La problématique de l'accessibilité limitée de certaines procédures

Nous avons déjà eu l'occasion de soulever les difficultés relatives aux victimes des atteintes à l'environnement, à celles des atteintes au développement durable. Il est important de remarquer que cette interrogation va de pair avec celle des recours susceptibles d'être offerts aux victimes pouvant être désignées en tant que telles. En droit international de l'environnement, la question de la victime est une thématique importante. Ce qui peut constituer son corollaire à notre sens et faire état des difficultés en la matière réside dans la question de savoir quels sont les recours offerts à la « victime » une fois désignée ?

⁶¹²Rapport de la quatrième réunion des Parties au protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, UNEP/OzL. Pro 4/15, Annexe IV, pp. 49-51 (25 novembre 1992). Voir également BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *op. cit.*, p. 72.

Au regard de notre problématique, la question ne soulève que peu de difficultés au regard de stricts rapports interétatiques⁶¹³. Elle suscite cependant de nombreuses interrogations et incompréhensions au regard des personnes privées en général et des entreprises transnationales en particulier. En effet, la question de l'accès des entreprises commerciales à des procédures internationales suscite certaines difficultés⁶¹⁴. Les institutions compétentes en droit de l'environnement ne reconnaissent que très rarement à des personnes privées la compétence pour agir⁶¹⁵. Face à ces difficultés, le caractère exemplaire du CIRDI est souligné⁶¹⁶. Le CIRDI offre aux Etats et entreprises étrangères un mécanisme de règlement des différends en matière d'investissements internationaux. Madame Laurence Boisson de Chazourne prône l'exemplarité d'un tel mécanisme et se demande pourquoi le CIRDI ne pourrait voir sa compétence étendue aux différends relatifs à la protection de l'environnement ? Pour l'auteur, cela est tout à fait possible dans la mesure où une orientation semblable a déjà été adoptée par la Cour permanente d'arbitrage, lui permettant d'être une sorte de forum d'arbitrage entre Etats et entités non étatiques⁶¹⁷.

Il a été question à Rio de l'instauration d'un tribunal international de l'environnement dont les accès seraient ouverts à des acteurs étatiques et non étatiques⁶¹⁸. Au regard des droits de l'homme, on a longtemps assisté en matière de contrats d'Etat en particulier et de contrats d'investissement d'une façon plus générale à une quasi-impunité non seulement des Etats mais également des personnes privées étrangères avec la complicité desquelles les droits fondamentaux ont pu à de multiples reprises être violés⁶¹⁹. Cet état de fait étant dû, d'une part, à la difficulté d'engager la responsabilité de l'Etat, d'autre part, à l'« insaisissabilité de l'entreprise transnationale » ou de l'investisseur étranger. A titre d'exemple, il est intéressant de prendre le cas de la Cour pénale internationale qui n'est pas compétente pour juger les personnes morales ni d'ailleurs les crimes contre les droits économiques, sociaux et culturels. Les particuliers peuvent informer le procureur des violations des droits de l'Homme commises par les sociétés transnationales. Ils ne peuvent ni porter plainte ni avoir la qualité de partie. Sur la base de leur information, c'est le procureur qui décidera s'il ouvre une enquête

⁶¹³Nous mettons dans cette catégorie la protection diplomatique accordée par les Etats à leurs ressortissantes victimes.

⁶¹⁴BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *op. cit.*, p. 70

⁶¹⁵*Ibidem.*

⁶¹⁶*Ibidem.*

⁶¹⁷*Ibidem.*

⁶¹⁸*Idem.*, p. 37.

⁶¹⁹Voir nos développements *supra*, Introduction, 5) Les contrats d'Etat, pp. 31 et s.

et mène une procédure accusatoire contre les personnes physiques responsables. Les Etats-Unis, ne reconnaissent pas la compétence de la Cour pénale internationale à l'égard de leurs ressortissants. Les recours réservés aux particuliers sont limités. Même dans l'éventualité de l'existence de tels recours, à l'échelle internationale⁶²⁰ ou régionale, ces juridictions ou ces instances arbitrales, ces mécanismes quasi-juridictionnels ne sont compétents que pour les actions menées à l'encontre des Etats. Les sociétés transnationales quant à elles, semblent relativement à l'abri de tels risques juridiques.

Un rapport sur la mise en œuvre de la responsabilité des multinationales devant la Cour pénale internationale⁶²¹ expose que le renvoi devant la Cour de certaines sociétés ayant réalisé des investissements à l'étranger serait justifié. Son auteur se fonde pour cela sur une étude du Statut de la Cour, de la jurisprudence des juridictions alliées issues de la guerre de 1939-1945 relative aux entreprises allemandes reconnues responsables de pillage de biens civils, d'utilisation du travail forcé de personnes détenues dans les camps de concentration et de complicité d'extermination ainsi que de la jurisprudence des juridictions fédérales américaines.

⁶²⁰Nous pouvons citer à titre d'exemple la Cour Internationale de Justice, à la quelle seuls les Etats ont accès et qui a depuis 1993 une compétence spécialisée en matière d'environnement.

⁶²¹BUFFERNE (J.-PH.), « La mise en œuvre du statut de la Cour pénale internationale et la responsabilité des entreprises multinationales », Les premiers pas de la Cour pénale internationale, *Revue juridique d'Auvergne*, 2005, n°2, p. 127.

CONCLUSION

En droit, l'évolution de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable se situe selon nous dans la quête d'une assise juridique pour le second considéré en tant que tel, qui serait la condition de sa prise en compte par le premier. Cette recherche, qui trouve ses fondements dans le droit international, nous permet d'identifier le développement durable en tant que principe particulier puisqu'il tirerait sa juridicité du fait qu'il s'agisse d'une norme intrinsèquement non juridique mais qui doit être mise en œuvre à travers des règles juridiques. C'est en ce sens qu'il peut être considéré comme un principe au sens juridique du terme.

Se pose ensuite la question de son application concrète. En cela, catégoriser le développement durable en tant que principe de droit international a des effets limités au regard des contrats d'Etat. En effet, cantonné au jeu des rapports interétatiques, son action sur ce contrat ne peut être qu'indirecte. En outre, le respect d'un tel principe est tributaire en l'état actuel du droit de la seule volonté des Etats, en conséquence de l'Etat contractant, et de leur pouvoir discrétionnaire à cet égard. Selon nous, afin de produire pleinement ses effets au regard de notre problématique, une telle qualification ne peut s'arrêter à une stricte échelle « *macrojuridique* », c'est-à-dire au seul domaine des relations interétatiques.

Ce sont les raisons pour lesquelles en matière de contrats d'Etat, l'identification du développement durable en tant que principe contractuel nous apparaît appropriée et fondée. Celle-ci se ferait selon le même schéma, c'est-à-dire un principe non juridique devant être mis en œuvre à travers des règles juridiques. Une telle proposition doit s'accompagner de l'identification nécessaire des principales figures juridiques de mise en œuvre du développement durable. C'est au sein du droit international qu'il faut les chercher.

Dès lors, de nombreuses difficultés sont mises en lumière. Elles tiennent au fait qu'en droit international, ces règles, élevées à un degré important d'abstraction et de généralité, ne sont soumises à aucune contrainte d'application au sein du système juridique dont elles relèvent. De ce fait, là encore, leur application et leur applicabilité au regard des contrats d'Etat est soumise à la discrétion des Etats auxquels elles s'adressent. Identifier le développement durable en tant que principe contractuel emporte le fait que de telles règles de mise en œuvre doivent également être déclinées à l'échelle contractuelle, sachant que les contrats d'Etat sont dotés d'une certaine particularité normative. Cela permet de circonscrire de telles normes

qui sont en conséquence plus précises, plus adaptées et plus effectives face à une activité considérée. Elles seraient de ce fait pourvues d'une réelle efficacité au regard de la mise en œuvre du développement durable.

Un tel processus présente cependant quelques difficultés et demeure loin d'être parfait. En effet, les nombreux problèmes dus à l'imprécision des règles persistent même s'ils sont limités par le recours à l'instrument contractuel. A cela s'ajoute le caractère irréaliste et irréalisable de certaines de ces règles, au regard des contrats d'Etat, c'est particulièrement le cas en matière de droits de l'homme et de droits sociaux.

En revanche, l'exemple du transfert de technologie a montré que de nombreux problèmes pouvaient être surmontés grâce au recours à la technique contractuelle, face aux carences du système international classique qui sont pléthoriques et que nous avons mises en lumière. De cet état du droit se dessine encore le contrat d'Etat en tant qu'instrument juridique autonome et à part entière, oscillant entre indépendance et interdépendance face au contexte extracontractuel. Le recours à l'instrument contractuel permet de pallier les incomplétudes de la norme classique. C'est dans cette perspective que doivent être soulignées l'évolution des interactions entre contrats d'Etat et développement durable. Dès lors, la dynamique originelle, bien qu'ayant évolué, se trouve consolidée. Elle doit alors s'appuyer sur des moyens adaptés pour exister.

CONCLUSION DU TITRE 1

L'émergence d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat repose sur une complémentarité originale entre contrats d'Etat et développement durable. Cette dialectique se révèle et prend forme dans un contexte d'après-guerre, se construisant tout d'abord à la lumière de la notion de développement. L'apparition du développement durable n'ébranle pas la logique sur laquelle repose ce dialogue mais nécessite une évolution des mécanismes sur lesquels elle se base. Cela se fera à travers la quête d'une juridicité pour le développement durable. Cette dernière met en exergue une interaction nécessaire entre droit international public et contrats d'Etat.

Dès lors, le contrat d'Etat apparaît comme un instrument juridique particulier de réalisation du développement durable, car il est doté à la fois d'une valeur et d'une capacité normative. En ce sens, face au principe, ses principales caractéristiques sont d'être à la fois autonome, indépendant et interdépendant. Il convient alors de construire autour de cette dynamique et de fonder sur elle, un ensemble de règles substantielles tendant à la construction d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat.

Nous avons déjà pu montrer que cet ensemble aura pour source des normes aux origines distinctes, de valeurs et de portées différentes, déclinées à l'échelle du contrat et se construira à l'aune des incomplétudes et insuffisances du droit commun. C'est dans ce sens que notre recherche doit être poursuivie. Car au-delà des origines de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable, se pose la question des moyens spécifiques qui font exister cette influence réciproque et fondent de ce fait l'existence d'un tel droit.

TITRE 2 : LES MOYENS DES INTERACTIONS ENTRE CONTRATS D'ETAT ET DEVELOPPEMENT DURABLE

Les moyens permettant les interactions entre contrats d'Etat et développement durable doivent être considérés à l'aune d'une conception évolutive du droit. A cet égard, l'émergence de préoccupations de développement durable s'est accompagnée de nouveaux modes d'élaboration des règles profondément liés à l'idée de *soft law* et on assiste depuis de nombreuses années à la prolifération d'actes issus de l'autorégulation des opérateurs du commerce international ayant un tel principe pour objet. Ces instruments sont au cœur de notre réflexion. En matière de développement durable, ils existent à côté des mécanismes traditionnels de formation du droit au sein d'un pluralisme qui accompagne de profondes mutations juridiques. Le droit international des affaires s'inscrit pleinement dans cette perspective. En effet, il a toujours été un domaine au sein duquel se côtoient des procédés divers de création de la norme. Parmi ces derniers, certains sont considérés comme « classiques » s'il s'agit du droit d'un Etat ou d'une convention internationale, tandis que d'autres, moins traditionnels, sont issus de la pratique des opérateurs du commerce international. Ce contexte normatif pluriel, qu'il convient de révéler, permet de mettre en exergue l'existence d'un creuset de normes de développement durable potentiellement applicables au contrat d'Etat et dont ce dernier est le régulateur (**Chapitre 1**). Ce corps de règles trouve une consécration à travers cet instrument conventionnel particulier qui, en tant que moyen de mise en œuvre du développement durable, doit être repensé, reconsidéré et reconstruit (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. L'EXISTENCE D'UN CONTEXTE NORMATIF PLURIEL

Le droit international des affaires s'inscrit au sein d'un pluralisme des sources dont sont à l'origine aussi bien les Etats, dans leur individualité ou de façon collective, que les personnes et organismes privés. Développement durable et contrats d'Etat s'immergent au cœur de ce contexte car ils sont tous deux à la fois le fruit et l'expression d'un pluralisme juridique consacré. Le droit est ainsi décrit par le professeur Mireille Delmas-Marty comme étant « *un paysage bouleversé où les règles de droit semblent surgir de partout, à tout moment, en tout sens (...) qui brouille tous les repères habituels* »⁶²². Il existe en effet une pluralité de foyers générateurs de droit, « *au dessous, à côté et au-dessus de l'Etat* »⁶²³. Santi Romano avait déjà souligné en son temps, l'existence de ce phénomène qu'il qualifie de « *pluralisme juridique* »⁶²⁴.

En Europe, le phénomène de pluralisme juridique n'est pas nouveau⁶²⁵. En Amérique, dans certains Etats d'Afrique, il n'a jamais cessé d'exister⁶²⁶. En effet, les sociétés contemporaines multiplient et diversifient les sources de droit⁶²⁷. Selon le professeur Roland Drago, le pluralisme est en réalité inhérent au droit comme la grammaire l'est au langage puisque le droit est essentiellement une organisation de rapports entre individus ou groupes divers⁶²⁸. Là où il y a droit, il y a pluralisme. Le pluralisme doit cependant être examiné dans son dynamisme au regard des frontières toujours plus poreuses entre les divers systèmes juridiques.

C'est au cœur de ce contexte normatif, diversifié et complexe, qu'il faudra considérer les normes de développement durable en droit international des affaires. En effet, en son sein, des normes de « droit dur » coexistent avec celles de « droit mou », celles adressées aux Etats avec celles à l'intention des sociétés transnationales. Et de cette réalité, émergent de nombreux questionnements : quelle juridicité pour ces normes ? Quelles incidences sur le

⁶²²DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 52.

⁶²³BERGEL (J.-L.), « Rapport introductif », BERGEL (J.-L.) (dir.), *Le plurijuridisme*, PUAM, 2005, p.11.

⁶²⁴ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, traduction de Lucien. François et Pierre Gothot, Dalloz, 1975.

⁶²⁵BISSON (A.-F.), PERRET (L.), *Les systèmes juridiques dans le monde*, Montréal, W. et L., 2000.

⁶²⁶*Ibidem*.

⁶²⁷BERGEL (J.-L.), « Rapport introductif », *loc. cit.*

⁶²⁸DRAGO (R.), « Sur le pluralisme », propos introductifs du séminaire organisé le 10 décembre 2005 par l'Association française de philosophie du droit sur le pluralisme juridique. *Archives de philosophie du droit*, tome 49, Dalloz, 2006, p. 11.

contrat d'Etat ? Comment leur coexistence est possible ? Quelle en est finalement l'issue juridique ? Tenter de répondre à ces questions nécessite au préalable que soit envisagée la pluralité des normes et des normativités particulière au droit international des affaires (**Section 1**). En définitive, il apparaît qu'au regard de la mise en œuvre du développement durable en matière de contrats d'Etat, plus que la simple quête d'effectivité, seule importe la recherche d'efficacité juridique pour ces normes (**Section 2**).

SECTION 1. LA PARTICULARITE DU PLURALISME JURIDIQUE EN DROIT INTERNATIONAL DES AFFAIRES

Le pluralisme juridique occupe une place importante en droit international des affaires. Il induit notamment des interactions entre les différentes normes (**Paragraphe 1**). Cette particularité confère une certaine importance aux normes de « droit mou », pléthoriques en matière de développement durable (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1. L'IMPORTANCE DU PLURALISME JURIDIQUE EN DROIT INTERNATIONAL DES AFFAIRES

Le droit international des affaires est marqué par la pluralité des normes auxquelles il est soumis (**A**) ainsi que par la particularité de ses modes de production normative (**B**). Les contrats d'Etat, régis par un droit transnational, sont à son image.

A. UN DROIT MARQUE PAR LA PLURALITE DE NORMES

L'existence d'une pluralité de droits (**1**) mène à la question de l'interaction des normes (**2**).

1) Le pluralisme juridique : le postulat d'une pluralité de droits

L'expression « pluralisme juridique » postule la pluralité de droits. Ainsi, un auteur la définit en tant que situation dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer⁶²⁹. Par pluralisme juridique, nous entendons le fait qu'il puisse exister plusieurs foyers de droit distincts, donc plusieurs sources de droit.

⁶²⁹VANDERLINDEN (J.), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ*, 1993-2, p. 582.

Ce pluralisme peut même mener à une situation plus précise qui est le plurijuridisme⁶³⁰. Pour le professeur Jean-Louis Bergel, le plurijuridisme ne s'arrête pas au pluralisme des sources du droit. Il comprend plus précisément le pluralisme des systèmes juridiques ainsi que des ordres juridiques, susceptibles de coexister en un même lieu et en un même temps⁶³¹.

Le dictionnaire Littré définit en tant que système, un composé de parties coordonnées entre elles⁶³². Ainsi, un système est un ensemble d'éléments en relation d'interdépendance les uns avec les autres et formant un tout. En droit, le système est défini comme étant un ensemble de règles considérées sous le rapport de ce qui en fait la cohérence, celle-ci pouvant tenir s'il s'agit du droit d'un pays, aux caractéristiques nationales de ce dernier (nous pouvons citer à titre d'exemple le droit français) ou, s'il s'agit au sein d'un ordre juridique, d'un faisceau de règles, au parti législatif qui l'inspire (par exemple, le système légal des preuves de la filiation). Le système juridique plus précisément est défini comme étant le droit d'un Etat ou d'une société territoriale ou personnelle, considérée pour l'application d'une règle de conflit de lois, ou en législation comparée, dans sa totalité. Il en est par exemple ainsi du système juridique allemand, californien ou musulman⁶³³. Le professeur Jean-Louis Bergel définit en tant que système juridique, tout ensemble suffisamment autonome et spécifique de principes, de règles, d'institutions et de mécanismes, qui est susceptible de se caractériser par ses origines, par ses finalités, par son organisation interne, par sa propre cohérence et par son efficacité par exemple. Ce dernier cite à titre d'exemple le droit interne, le droit international, ou encore le droit coutumier⁶³⁴.

Le dictionnaire Littré définit l'ordre en tant que disposition des choses selon des rapports apparents et constants, simples et complexes⁶³⁵. En droit, l'ordre est un ensemble ordonné, considéré sous le double rapport de son existence comme entité distincte (classe, catégorie) et de son organisation interne, que l'ordre s'applique à des personnes, des juridictions, des opérations ou activités, ou aux règles du droit. L'ordre juridique s'entend relativement à une entité (Etats ou groupes d'Etats), de l'ensemble des règles de droit qui la gouvernent. Par exemple, l'ordre juridique français ou international mais aussi, d'après les conceptions de

⁶³⁰BERGEL (J.-L.), « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 12.

⁶³¹*Idem*, p. 11.

⁶³²*Le nouveau petit Littré*, « Système », Garnier, 2009.

⁶³³CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Système », PUF, 9^{ème} édition, 2011.

⁶³⁴BERGEL (J.-L.), « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 12.

⁶³⁵*Le nouveau petit Littré*, « Ordre », Garnier, 2009.

l'institutionnalisme italien représenté par Santi Romano, l'ordre juridique de l'Eglise, d'une commune, d'une entreprise⁶³⁶. Par « ordre juridique », le professeur Jean-Louis Bergel entend un ensemble doté d'une validité propre qui réunit les règles de droit gouvernant généralement un Etat ou un groupe d'Etats⁶³⁷. Le professeur cite à titre d'exemple l'ordre juridique national ou l'ordre juridique international⁶³⁸. Selon ce dernier, le plurijuridisme peut alors correspondre à deux hypothèses différentes : celle d'une pluralité de systèmes juridiques au sein d'un même ordre juridique ou celle d'une pluralité d'ordres juridiques coordonnés ou non coordonnés entre eux⁶³⁹.

Le plurijuridisme implique ainsi forcément l'idée de plusieurs systèmes juridiques coexistant au sein d'un Etat ou d'un groupe d'Etats à un moment donné, ou celle d'une pluralité d'ordres juridiques se côtoyant, susceptibles de s'appliquer, avec ou sans rapport entre eux dans un même Etat ou dans un même groupe d'Etats. « *Il ne s'agit donc pas seulement d'une pluralité de sources différentes comme la loi, la coutume et la jurisprudence, mais d'une pluralité d'ensembles cohérents de règles et d'ordonnements juridiques, dotés, chacun, à la fois d'une unité qui en relie les différents éléments et d'une autonomie organique, ou organisationnelle, qui en consacre la spécificité* »⁶⁴⁰. Le plurijuridisme suppose alors en réalité une pluralité de systèmes et non pas seulement une pluralité de mécanismes et de normes juridiques⁶⁴¹. Il est un mode d'expression du pluralisme juridique. C'est également le cas des contrats d'Etat. En effet, ces derniers s'analysent comme des instruments juridiques accueillant en leur sein des règles d'origines diverses, regroupées sous le nom de « droit transnational » et qui, sous le manteau du contrat, trouvent une certaine unité. En outre et de ce fait, ils peuvent relever de plusieurs ordres ainsi que de plusieurs systèmes à la fois.

Le pluralisme peut avoir pour effet pervers de créer du droit complexe avec un possible conflit de sources. On assiste également à l'émergence de plusieurs phénomènes dont les plus significatifs nous semblent être, d'une part, l'internationalisation des sources du droit et, d'autre part, l'éparpillement des pouvoirs normatifs. En droit international des affaires, ce pluralisme juridique ne peut se départir des questions ayant trait à la coexistence, à la

⁶³⁶CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} édition, 2011.

⁶³⁷BERGEL (J.-L.), « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 12.

⁶³⁸*Ibidem.*

⁶³⁹*Ibidem.*

⁶⁴⁰BERGEL (J.-L.), « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 12 ; OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 188.

⁶⁴¹OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 186.

hiérarchie, à l'efficacité et à la validité des normes les unes par rapport aux autres. En ce sens, il est lié à l'idée d'internormativité.

2) L'internormativité : le postulat d'interactions normatives

Le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* définit l'internormativité comme étant l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres et systèmes de normes⁶⁴². L'internormativité peut ainsi désigner le passage d'une norme ou d'une règle d'un système normatif à un autre⁶⁴³. Tout cela postule le pluralisme juridique et l'existence de plusieurs ordres ou systèmes normatifs. Dès lors, se pose la question de la coexistence, des rapports, des interactions voire des conflits entre ces différentes normes, de valeurs et d'origines diverses.

Le pluralisme juridique ne doit pas mener au monisme. Cela veut dire que la pluralité des normes ne doit en définitive pas avoir pour conséquence l'existence d'un seul corps normatif organisé hiérarchiquement. Dans une telle acception, la réalité d'une seule substance qui ferait que le droit existe uniquement sous le modèle pyramidal à l'exclusion d'un droit en réseau⁶⁴⁴ doit être combattue. En conséquence, en droit international, admettre l'idée de pluralisme juridique serait reconnaître le fait que chaque norme possède une potentielle juridicité. Aussi, par exemple, en droit international privé, l'idée de pluralisme juridique emporterait le fait que chaque norme prenne sa juridicité de façon intrinsèque dans son mode de production. Il appartiendrait ainsi à chaque processus d'élaboration de la norme, donc à chaque source, de déterminer les règles de validité de la norme et son champ d'application. Aucun ordre juridique ne pourrait annuler la norme. Il ne pourrait que l'écarter. C'est dans cet esprit que l'internormativité doit être appréhendée.

Il faut en déduire que tout ordre ou système juridique ne peut que décider de donner effet ou non à une norme donnée. Dans cette perspective, le refus de l'accueillir serait impuissant à priver cette dernière de sa juridicité originelle. Cette théorie se pose avec un certain

⁶⁴²ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, « Internormativité », L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1993, pp. 313-314.

⁶⁴³ROCHER (G.), « Les "phénomènes d'internormativité", faits et obstacles », BELLEY (J.-G.) (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, L.G.D.J., 1996, p. 25, spéc. p. 27.

⁶⁴⁴Voir sur cette thématique, OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

parallélisme en matière de plurijuridisme. En effet, en la matière, chaque ordre juridique décide lui-même des conditions dans lesquelles il donnera effet aux normes provenant d'autres ordres juridiques ou encore d'autres systèmes juridiques. Cette réalité affirmée, cela ne prive pas pour autant la règle écartée de sa juridicité originelle. C'est à la lumière de ces observations qu'il faut examiner les nouveaux procédés créateurs de normes. En effet, le droit est en pleine mouvance et le pluralisme juridique tend également à désigner la multiplication de foyers générateurs de normes.

B. UN DROIT MARQUE PAR LA PARTICULARITE DE SES MODES DE PRODUCTION NORMATIVE

La multiplicité des foyers générateurs de normes (1) mène à se poser la question de la valeur de ces dernières (2).

1) La multiplicité des foyers générateurs de normes

D'une façon générale, en droit international des affaires, de façon plus précise, au sein de l'investissement international, il faut reconnaître que les Etats ne sont plus, seuls ou de façon collective, les seuls créateurs de la norme. A côté du pouvoir de ces derniers, celui des acteurs privés tend à croître en même temps que celui de nombreuses organisations internationales.

Cela signifie que les sources de production normative sont multiples et de nombreux auteurs de la norme sont à désigner. A côté des Etats et des firmes transnationales, les organisations internationales sont des acteurs principaux de l'investissement international. Elles ont, à cet égard, trois fonctions principales⁶⁴⁵. Une fonction de législation, puisque ces dernières peuvent produire des normes de façon unilatérale et que la juridicité de ces actes n'est pas écartée d'emblée⁶⁴⁶. Elles ont également une fonction de coordination des pratiques et des législations des Etats membres ainsi qu'une fonction d'incitation⁶⁴⁷. A travers cette dernière fonction, les organisations internationales associent les firmes transnationales à des actes

⁶⁴⁵JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, volume 250, 1994, VI, p. 21, spéc. pp. 85-105.

⁶⁴⁶ROMI (R.), *Droit international et européen de l'environnement*, Montchrestien, 2005, pp. 13-36; PERRIN DE BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.), COULEE (F.), *Leçons de droit international public*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2^{ème} édition, 2011, pp. 299-300 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, L.G.D.J., 8^{ème} édition, 2009, p. 126.

⁶⁴⁷JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *loc. cit.*

ayant vocation à promouvoir certains principes, donc certaines pratiques. Il en va ainsi en matière de développement durable. Différents mécanismes sont employés dans le cadre de la fonction d'incitation, notamment le fait pour les organisations internationales d'élaborer des codes de conduite afin de favoriser la négociation et de créer des instruments juridiques dédiés. Ces organisations sont néanmoins limitées dans leurs actions par la nécessité d'obtenir le consentement des Etats en la matière. Elles doivent également faire adhérer les firmes transnationales qui sont les principaux cocontractants des Etats.

Les organisations non-gouvernementales jouent également un rôle important en matière d'investissements. Il s'agit surtout des associations professionnelles, industrielles ou commerciales, ainsi que des organisations transnationales, représentant et défendant certaines valeurs comme les droits de la personne ou le droit de l'environnement. Le rôle croissant de la société civile transnationale doit être souligné. Par le biais de nombreux groupes de pressions, de lobbys et d'associations de conseillers, ces organisations cherchent non seulement à informer les gouvernements et les négociateurs internationaux, mais aussi à influencer les dirigeants et les négociateurs dans le cadre de leur prise de position internationale. Certaines organisations cherchent également à pousser les sociétés transnationales à changer leurs pratiques, notamment en matière de droits de la personne et de respect de l'environnement. Ces organisations ont recours à plusieurs moyens de pression et de médiatisation, telles que les procédures de règlement des différends, la mobilisation des médias et l'opinion publique⁶⁴⁸. D'ailleurs le fait d'accompagner ou de représenter des groupes de victimes au sein d'actions internationales est un moyen pour ces organisations non seulement de revendiquer des droits mais également d'exercer une forme de pression juridique et judiciaire. La question qui se pose alors est d'importance puisque cette dernière a trait à la valeur de ces engagements qui n'empruntent pas le chemin classique des modes d'élaboration de la norme.

2) La valeur des normes générées

Les nouveaux acteurs privés de l'investissement international sont le facteur inexorable d'autres enjeux et rapports de force. Au sein de l'investissement en général et des contrats d'Etat en particulier, l'Etat souverain perd tout de même en partie le contrôle de son environnement normatif. On a en corollaire une émergence du pouvoir des firmes

⁶⁴⁸BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Editions Thémis, 2008, pp. 323-324.

transnationales. C'est l'occasion d'une véritable lutte de pouvoirs. Dès lors, les normes et pratiques des firmes transnationales en la matière peuvent-elles être considérées comme étant du droit ? Car si l'Etat souverain en son territoire dispose de toute la légitimité lui permettant de produire des normes dont la juridicité n'est pas contestée, en va-t-il de même pour les autres modes de production normative ? En observant de près le contexte des affaires internationales, il faut pourtant reconnaître que la question de la juridicité des normes ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en droit interne, cela d'autant plus que la perception du droit évolue.

En effet, en droit international des affaires, les normes émanant des opérateurs privés du commerce international sont empreintes d'une certaine juridicité dans la mesure où elles produisent tous leurs effets à partir du moment où les acteurs concernés en conviennent. Dans ce domaine, cela est dû à l'importance donnée à la volonté des parties. Il en va également de même des actes unilatéraux émanant des organisations internationales. Cette réalité est d'autant plus exacerbée que la conception du droit est en pleine mutation, à tel point que l'on distingue aujourd'hui le droit moderne du droit post-moderne⁶⁴⁹.

Le droit moderne repose sur l'essor et la prévalence de la figure de l'Etat. Cela se traduit notamment par l'omniprésence et l'extrême importance du concept de souveraineté. L'Etat est à cet égard, « *le seul auteur impartial possible de la règle de droit et la loi, par sa complétude, occupe tout le champ juridique* »⁶⁵⁰. Ce droit a connu une évolution au sein de laquelle les moyens de l'action étatique ont évolué. De l'approche contraignante d'une norme formulée une fois pour toutes, s'est peu à peu imposé un droit davantage consensuel. L'Etat propulsif est ainsi devenu réflexif et incitateur. Son action a également pris la forme d'un droit négocié et concerté⁶⁵¹. Il associe davantage les acteurs « *à ses démarches d'élaboration, de normation et d'application* »⁶⁵², cela prend la forme d'un droit souple, « *organisé en réseaux* »⁶⁵³. En conséquence, le droit est en partie devenu suggestif.

⁶⁴⁹ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2004 ; CHEVALLIER (J.), *l'Etat post-moderne*, L.G.D.J., 2003 ; BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Editions Thémis, 2008.

⁶⁵⁰ *Idem*, p. 21.

⁶⁵¹ *Idem*, pp. 29-30.

⁶⁵² *Idem*, p. 29.

⁶⁵³ MORAND (C.-A.), « Régulation, complexité et pluralisme juridique », COHEN-JONATAHAN (G.), GAUDEMET (Y.), HERTZOG (R.), *Mélanges Paul Amsselek*, Bruylant, 2005, p. 615.

Ce droit en évolution est qualifié de « post-moderne ». Selon Monsieur André-Jean Arnaud : « Le qualificatif “ post-moderne ” permet d’insister sur l’importance accordée à l’espace et à la particularisation des espaces, de désigner ce qui relève de la pluralité juridique, de la fragmentation, de la transgression⁶⁵⁴ ». Le post-modernisme peut être considéré comme ce qui vient après le modernisme. Le droit post-moderne se caractériserait par une volonté de pragmatisme qui conduirait au relativisme, l’acceptation du décentrement du sujet, d’une pluralité de rationalités, du risque qui y est attaché, un retour de la société civile et l’appréciation des relations juridiques dans le cadre complexe de logiques éclatées⁶⁵⁵.

En opposition, le droit moderne devient alors un droit autonome, formé de règles générales et abstraites, applicables de manière déductive par syllogisme juridique⁶⁵⁶. Un droit hiérarchisé à l’image de la pyramide kelsénienne, conçu sur une division accrue entre droit public et droit privé⁶⁵⁷. La contrainte est souvent associée à la juridicité et emporte, avec le corollaire qu’est la sanction, l’existence d’une règle de droit distincte de toute autre règle. Un droit systématisé dans le sens où il présente une certaine uniformité et une certaine cohérence. En droit international, reconnaître l’émergence et la réalité d’un droit post-moderne influe sur l’appréhension juridique des modes volontaires de formation du droit en matière de développement durable. Cependant, nous ne perdons pas de vue le fait que si la production d’un droit en réseau peut être nouvelle au sein de certains droits internes, elle a toujours existé dans le commerce international. En ce sens, il ne s’agit aucunement d’une révolution mais plutôt de la poursuite d’un processus.

C’est à la lumière de ces réflexions qu’il convient à notre sens d’analyser la réalité des engagements volontaires, qui sont nombreux en matière de développement durable. Nous entendons notamment par là les actes par le biais desquels les firmes internationales s’astreignent elles-mêmes à respecter des normes ayant trait au développement durable. En

⁶⁵⁴ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation. Leçons d’histoire de la philosophie du droit et de l’Etat*, *op. cit.*, p. 271.

⁶⁵⁵ *Idem*, p. 273.

⁶⁵⁶ BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁵⁷ *Idem*, p. 37. Selon cette division, le droit public régit les rapports entre l’Etat, ses démembrements et le citoyen tandis que le droit privé traite des rapports qui peuvent se nouer entre les citoyens. Cette distinction devient de plus en plus floue car l’Etat occupe désormais des domaines de l’activité humaine qui relevaient traditionnellement de la sphère privée. Corrélativement, l’interventionnisme de l’Etat a tendance à réduire la sphère privée puisqu’il « publicise », par son action législative, réglementaire ou administrative, des fonctions qui relevaient de la société civile. Voir également sur le sujet, MORAND (C.-A.), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J., 1999.

effet, en droit international des affaires, existent ainsi des règles qui émanent ou résultent de la seule volonté des opérateurs et échappent aux processus usuels et canaux classiques de formation des normes. Ces règles, nous choisirons de les qualifier d' « engagements volontaires » afin de souligner leur caractère de normes librement et unilatéralement⁶⁵⁸ élaborées et consenties. Elles appartiennent à ce qui est qualifié de « *soft law* » ou « droit mou ».

Ces normes peuvent être le fruit d'un engagement spontané de ces firmes transnationales. Mais elles peuvent également être indirectement le résultat d'un engagement pris en concertation avec certains organismes internationaux. La question de leur importance se pose alors.

PARAGRAPHE 2: L'IMPORTANCE DE LA *SOFT LAW* AU SEIN DU PLURALISME JURIDIQUE

Au sein du pluralisme juridique, la *soft law* occupe une place importante au regard du développement durable. Elle consiste en une multitude de normes considérées comme molles dont la juridicité est en plein questionnement (A). Cette abondance normative n'a d'égal que la pauvreté du contentieux qu'elle suscite (B).

A. LE CARACTERE PROLIFIQUE DU PRINCIPE DE DEVELOPPEMENT DURABLE EN MATIERE DE NORMES DE DROIT MOU

Les normes dont il est question sont des « engagements volontaires » qu'il convient de définir (1). Il importe ensuite de distinguer les engagements pris unilatéralement par les opérateurs privés du commerce international (2) de ceux passés entre sociétés et organisations de droit privé (3).

⁶⁵⁸Par l'adverbe « unilatéralement », il faut comprendre ici que c'est une partie qui s'engage vis-à-vis d'une autre. Si cela est particulièrement vrai pour une entité autonome qui s'oblige seule à travers des principes d'action, cela l'est aussi pour des entités d'un même secteur d'activité qui se regroupent afin d'élaborer des normes de conduite. Cette action est unilatérale car elle provient de l'engagement d'une seule partie à l'égard d'autres qui sont la société civile, les consommateurs et éventuellement les Etats, sans qu'aucune norme impérative ne leur impose un tel comportement.

1) La définition des engagements volontaires

Les engagements volontaires peuvent être définis comme une résolution qu'une entreprise prend au-delà des exigences légales en vigueur, d'améliorer sa performance sociale et environnementale⁶⁵⁹. L'OCDE distingue quatre principaux types d'engagements volontaires⁶⁶⁰.

Parmi les divers types d'engagements volontaires, il existe tout d'abord les programmes volontaires publics par lesquels les autorités publiques compétentes vont élaborer des normes auxquelles les entreprises privées seront libres ou non d'adhérer. Les entreprises participant à un tel programme acceptent librement les normes élaborées⁶⁶¹.

Il existe ensuite les accords négociés entre les pouvoirs publics et les entreprises. Ces accords prennent la forme d'un contrat à l'échelon national, entre les pouvoirs publics et les professionnels d'un secteur⁶⁶².

Le troisième type d'engagement volontaire réside dans les engagements unilatéraux pris par les entreprises elles-mêmes, que ce soit de façon spontanée ou qu'elles soient incitées à le faire. Nous pouvons à ce titre citer les nombreux codes de conduite ou chartes par le biais desquelles les sociétés se résolvent à respecter des normes sociales et environnementales.

Enfin, le quatrième type d'engagement réside dans des accords conclus entre partenaires privés. Passés entre entreprises et organisations de droit privé, de tels accords peuvent donner lieu à une « labellisation »⁶⁶³ ou à des processus de « normalisation ».

⁶⁵⁹ ARNAUD (E.), BERGER (A.), de PERTHUIS (C.), *Le développement durable*, Nathan, 2008, p. 72.

⁶⁶⁰ *Ibidem*.

⁶⁶¹ Il peut s'agir d'outils certifiant la mise en place d'un management environnemental ou la qualité écologique d'un produit. Dans un tel cas de figure, les entreprises sont justes libres d'adhérer ou non. En effet, les outils sont élaborés unilatéralement par les pouvoirs publics et les entreprises ne disposent de ce point de vue d'aucune liberté créatrice. L'adhésion et le fait de se conformer à de tels outils peuvent valoir à ces entreprises le droit de se prévaloir d'un label associé. D'après ARNAUD (E.), BERGER (A.), de PERTHUIS (C.), *Le développement durable*, *loc. cit.*

⁶⁶² ARNAUD (E.), BERGER (A.), de PERTHUIS (C.), *Le développement durable*, *loc. cit.* ; Voir également sur ce sujet, BALLANDRAS-ROZET (C.), *Les techniques conventionnelles de lutte contre les pollutions et les nuisances et de prévention des risques technologiques*, thèse Lyon, 2005.

⁶⁶³ ARNAUD (E.), BERGER (A.), de PERTHUIS (C.), *Le développement durable*, *loc. cit.*

Au regard de notre problématique, seules les deux dernières catégories d'engagements volontaires seront l'objet de notre attention. En premier lieu, les engagements unilatéraux pris par les sociétés transnationales.

2) Les engagements pris unilatéralement par les opérateurs privés du commerce international

Ces engagements unilatéraux peuvent être pris à l'initiative des opérateurs privés du commerce international eux-mêmes (**a**) ou sous l'égide d'organisations internationales (**b**). La question de leur juridicité se pose alors(**c**).

a) Les engagements pris à l'initiative des opérateurs privés du commerce international

Les codes de conduite privés apparaissent dans les années 1930 aux Etats-Unis. A cette époque, un Code d'éthique professionnelle circonstancié est établi par une association professionnelle⁶⁶⁴. Puis un Code de la publicité paraît en 1937. Celui-ci est révisé en 1973 et a figuré parmi les codes internationaux de pratiques loyales publiés par la Chambre de commerce international⁶⁶⁵. En droit international des affaires, la généralisation des codes de conduite a été amorcée par les sociétés transnationales en matière de transfert de technologie⁶⁶⁶. Aujourd'hui, tant en France qu'à l'international, on ne dénombre plus les codes de conduite, chartes⁶⁶⁷ et autres déclarations de principes ou de politiques sociétaires qui sont parfois multipliés par le nombre d'entreprises présentes sur les marchés. Ces engagements volontaires connaissent peut-être leur paroxysme avec l'avènement du développement durable et le concept de responsabilité sociale de l'entreprise. Imaginée par l'économiste américain Howard Rothmann Bowen⁶⁶⁸ dans les années 50 aux Etats-Unis, la responsabilité sociale des entreprises consiste en la prise en compte dans les décisions économiques des attentes environnementales et sociales des parties prenantes⁶⁶⁹. Ainsi, la question des engagements volontaires est liée au développement durable que ce soit en droit

⁶⁶⁴Il s'agit de la principale organisation professionnelle des conseils en organisation (*Association of Consulting Management engineers*) constituée en 1933. Cité par FARJAT (G.), « Réflexions sur les codes de conduite privés », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 47.

⁶⁶⁵*Ibidem*.

⁶⁶⁶*Ibidem*.

⁶⁶⁷La « Charte » est un acte juridique définissant solennellement les droits et devoirs. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} édition, 2011.

⁶⁶⁸BOWEN (H.R.), *Social Responsibility of the businessman*, New York, Harper & Brothers, 1953.

⁶⁶⁹DAUGAREILH (I.), « Introduction », DAUGAREILH (I.) (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010, p. IX.

français ou en droit international. Dans l'ordre international, comme nous l'avons souligné, les sociétés multinationales ne sont soumises à aucune norme contraignante en matière de développement durable. Cela n'empêche pas le fait qu'elles s'engagent de façon unilatérale au respect de certaines normes auxquelles elles sont censées s'astreindre. Bien que la réalité et la sincérité de tels engagements puissent être discutées, nous devons avant tout nous interroger sur leur juridicité. Il convient au préalable d'identifier d'autres types d'engagements volontaires qui s'analysent en une série d'instruments conclus sous l'égide d'organisations internationales, censés associer les grandes firmes internationales aux pratiques de développement durable.

b) Les engagements pris sous l'égide d'organisations internationales

Parmi les engagements volontaires pris sous l'égide d'organisations internationales, nous pouvons en premier lieu citer le *Global Compact* ou Pacte mondial initié par l'ONU. Le Secrétaire général de l'ONU de l'époque, Monsieur Koffi Annan, avait évoqué l'idée du Pacte mondial dans un discours prononcé au forum économique de Davos, le 31 janvier 1999. Le Pacte a été initié par Monsieur Koffi Annan, et par trois organes onusiens : Le haut commissariat aux droits de l'homme (HCDH), l'Organisation internationale du travail (OIT) et l'Organisation des Nations Unies pour l'environnement (ONUE). Il s'appuie sur la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, sur Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, sur la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, sur la Convention des Nations Unies contre la corruption.

La phase opérationnelle du Pacte a été lancée au siège de l'ONU à New-York le 26 juillet 2000. A cette occasion, le Secrétaire général a invité les dirigeants de sociétés à se joindre à cette initiative internationale rassemblant les entreprises et organismes des Nations Unies, le monde du travail et la société civile autour de neuf principes universels relatifs aux droits de l'homme, aux normes du travail et à l'environnement⁶⁷⁰. Les dix principes du *Global Compact* sont les suivants : soutenir et respecter la protection des droits de l'homme dans la sphère de leur influence, s'assurer que leurs propres sociétés ne sont pas responsables d'abus de droits de l'homme, veiller au respect du principe de la liberté d'association et à la reconnaissance du droit aux associations collectives, veiller à l'élimination de toutes les

⁶⁷⁰Depuis le 24 juin 2004, le Pacte mondial compte un dixième principe relatif à la lutte contre la corruption.

formes de travail forcé ou obligatoire, veiller à l'abolition du travail des enfants, veiller à l'élimination de la discrimination dans le recrutement et l'évolution des carrières, prévenir les risques environnementaux, proposer des initiatives pour que soit mieux prise en compte la responsabilité environnementale, encourager le développement et la diffusion des technologies respectueuses de l'environnement, lutter contre toutes les formes de corruption.

L'Organisation internationale du travail s'inscrit ainsi dans l'élan de ces engagements volontaires. Les principes fondamentaux du droit du travail élaborés dans le cadre de cette organisation en sont un exemple parmi d'autres. Ainsi, l'OIT a réalisé un modèle de conduite⁶⁷¹, pour la pratique, tiré de la pratique, conforme au droit social international. Il s'agit de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, adoptée en 1998. Le modèle comprend quatre points que sont la liberté d'association⁶⁷², l'élimination du travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants ainsi que l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de profession⁶⁷³. L'élimination du travail forcé ou obligatoire ainsi que l'abolition du travail des enfants sont au cœur même du processus de développement durable. En 1977, l'OIT avait déjà élaboré un code, comprenant les principes directeurs relatifs à la politique sociale des entreprises multinationales. Il est important de rappeler que l'OIT est un organisme fonctionnant sur un mode tripartite associant en tant que membres les représentants des gouvernements, des employeurs ainsi que des travailleurs. De tels instruments ont vocation à amener les entreprises transnationales au respect des normes sociales considérées comme fondamentales.

Il importe de préciser que les codes de conduite sont une pratique constante de l'ONU⁶⁷⁴. Les pays en développement avaient émis, lors de l'émergence du droit international du développement, l'idée que les codes de conduite élaborés dans le cadre des Nations Unies prennent la forme d'un traité international. Ce positionnement n'a pas emporté l'adhésion des pays développés, craignant sans doute le caractère trop contraignant de pratiques dont ils voulaient avoir la libre maîtrise. Ces derniers ont préféré s'en tenir au respect des traités déjà signés, en vertu du principe *Pacta sunt servanda*. Ils se sont également opposés à l'utilisation

⁶⁷¹Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 2, section 2, paragraphe 1, A), 2), b) Les principes relatifs aux droits sociaux, p. 137.

⁶⁷²KAHN (P.), « Investissements internationaux et droits de l'homme », HORCHANI (F.) (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, A. Pedone, 2006, p. 289.

⁶⁷³Cette déclaration est consultable sur le site de l'OIT, <http://www.ilo.org/declaration/lang--fr/index.htm>

⁶⁷⁴FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Dalloz, 1991, p. 163.

du procédé conventionnel afin de régler les questions soulevées par les pays du tiers monde⁶⁷⁵.

Ont également été adoptés pour la première fois en 1976 et révisés en juin 2000, les principes directeurs de l'OCDE à destination des entreprises multinationales. Ce texte, adopté à l'origine par une trentaine de pays industrialisés, a appelé les milieux d'affaires à respecter les droits de la personne, l'environnement et à éliminer le travail des enfants. Si ces principes sont bien « à l'intention des firmes transnationales », ils ne leur sont pas directement adressés. En réalité, il appartient aux Etats destinataires de tenter à leur tour d'influer sur les comportements des sociétés. Les principes ne sont que de simples recommandations qui traduisent la réticence des gouvernements à ratifier un texte contraignant à l'égard de leurs propres entreprises⁶⁷⁶. Les 30 pays membres de l'OCDE ainsi que onze pays non membres⁶⁷⁷ ont adhéré à ces principes directeurs s'appliquant aux sociétés opérant dans et depuis ces pays. Ces principes s'appliquent depuis 2000 à toutes les entités des firmes multinationales (sociétés mères, filiales, entités locales)⁶⁷⁸. Les entreprises multinationales sont ainsi « *tenuës d'encourager dans la mesure du possible, leurs partenaires commerciaux, y compris leurs fournisseurs et leurs sous-traitants à appliquer des principes de conduite des affaires conformes aux principes directeurs* »⁶⁷⁹. Les préoccupations de développement durable ont émergé en même temps qu'ont proliféré de tels instruments. Ces derniers relèvent d'une « *soft law* » dont la juridicité est en plein questionnement.

c) La juridicité des engagements unilatéraux

En droit international public, la notion de « *soft law* » apparaît à la fin des années 1960⁶⁸⁰. En droit, les débats portant sur la juridicité de la *soft law* sont pléthoriques. Le qualificatif anglais « *soft* » désigne, dans sa traduction française, quelque chose de mou, dans sa première

⁶⁷⁵*Ibidem.*

⁶⁷⁶Commission nationale consultative des droits de l'homme, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*. La documentation française, 2009, p. 104.

⁶⁷⁷Argentine, Brésil, Chili, Egypte, Estonie, Israël, Lettonie, Lituanie, Pérou, Roumanie et Slovénie.

⁶⁷⁸Commission nationale consultative des droits de l'homme, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles, op. cit.*, pp. 105-106.

⁶⁷⁹Commission nationale consultative des droits de l'homme, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles, op. cit.*, p. 106.

⁶⁸⁰ABI-SAAB (G.), « Eloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain ». *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 59, spéc. p. 60.

acception⁶⁸¹. Il désigne également dans un même élan ce qui est doux, tendre, moelleux, soyeux, souple. Il peut enfin, entre autres, désigner une chose qui n'est pas assez forte, modérée. Il est intéressant de remarquer que le terme de *soft* est également traduit par la qualification : « *not hard* »⁶⁸². Car en effet, la *soft law* ou droit mou, s'opposerait à la *hard law* ou droit dur. Utilisé à l'origine par Lord Mac Nair en droit international « *afin de désigner le droit en forme de propositions ou de principes abstraits, en opposition à la hard law, droit concret et opératoire, issu de l'épreuve judiciaire* »⁶⁸³, le terme de *soft law* désigne actuellement des règles dont la juridicité n'est pas strictement établie tant elle est débattue, remise en question, sujette à de nombreuses réflexions. La *soft law* a-t-elle seulement une valeur juridique ? Peut-on d'ailleurs la qualifier de « droit » ?

Selon le professeur Georges Abi-Saab, le qualificatif de « *soft* » peut, définir deux réalités particulières : le *negotium* et l'*instrumentum*. Si à travers le qualificatif de « mou », c'est le contenu même de la norme, ou le *negotium*, qui est désigné, dans ce cas, « *on doit admettre que des supports ou des instruments très durs tels les traités portent souvent des normes très molles dans le sens qu'elles ne sont pas suffisamment concrètes en tant que propositions normatives pour que leur application puisse se prêter à une vérification objective* »⁶⁸⁴. Dans ce cas, bien que molle la norme n'en demeure pas moins « droit ». Elle ne perd en effet pas *a priori* cette qualité, bien que l'ineffectivité de la norme puisse mener à son inapplicabilité. Si par un tel qualificatif, l'*instrumentum* est désigné, « *l'ambiguïté de son statut juridique ne préjuge en rien le statut juridique de la norme qu'il porte. Ce statut doit simplement être recherché en allant au-delà de celui du support en tant que tel, pour établir la signification extrinsèque de cet instrument et des négociations et circonstances qui ont entouré son adoption, plutôt que de s'arrêter à sa valeur intrinsèque en tant qu'instrument ou titre juridique* »⁶⁸⁵.

La réalité du droit international des affaires est celle de la multiplicité de ses foyers générateurs et en conséquence de la multitude des sources potentielles. Comme nous avons pu

⁶⁸¹Traduction issue du dictionnaire *Le Robert et Collins*, 8^{ème} édition, 2006.

⁶⁸²*Ibidem*.

⁶⁸³ABI-SAAB (G.), « Eloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *loc. cit.*

⁶⁸⁴*Idem*, pp. 61-62.

⁶⁸⁵*Ibidem*.

l'évoquer⁶⁸⁶, ce pluralisme juridique appelle à s'interroger autrement sur la juridicité des normes. Ainsi, on ne peut écarter d'emblée et *a priori* celle des règles issues du processus d'autorégulation, car il n'est pas exclu que les opérateurs privés aient vocation à créer du droit. En conséquence, la problématique nous paraît plutôt résider dans l'application de ces dernières. En ce sens, en droit international, le professeur Abi-Saab rejette l'idée en vertu de laquelle le terme de juridicité se limiterait à l'« *obligatorité* »⁶⁸⁷ ou à la « *justiciabilité* »⁶⁸⁸.

En droit interne français, la règle de droit est définie en tant que toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.)⁶⁸⁹. Ainsi, un consensus est opéré au regard de la définition suivante : « *Règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique* »⁶⁹⁰. Même si au milieu du siècle dernier, Jean Dabin avait constaté combien il était difficile de donner de la règle de droit une définition satisfaisante⁶⁹¹, l'idée en vertu de laquelle cette dernière serait celle de la contrainte, de la sanction et de la justiciabilité demeure prégnante.

En droit international, le critère de la contrainte en tant que marque distinctive du droit ne se pose pas dans les mêmes conditions. Cette dernière réside davantage dans la finalité qu'au départ de l'acte. Elle existe dans sa mise en œuvre. A cela est également liée l'idée de justiciabilité. Le professeur René-Jean Dupuy affirme en effet que : « *L'inexistence de sanctions de type drastique ne doit pas faire conclure à l'absence de règles juridiques. Les*

⁶⁸⁶Voir nos développements *supra*, ce chapitre, section 1, paragraphe 1, A) Un droit marqué par la pluralité de normes, p. 174.

⁶⁸⁷ABI-SAAB (G.), « Eloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *loc. cit.* ; voir également CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 1971.

⁶⁸⁸Selon la formulation du professeur Abi-Saab : « *Et là aussi, nous devons éviter l'écueil du réductionnisme, car juridicité ne signifie pas nécessairement obligatorité et pertinence ou effet juridique ne se limite pas seulement à effet obligatoire* ». Ainsi, ne qualifier une proposition normative de juridique que dans la mesure où cette dernière est apte à être appliquée par un tribunal international, donc uniquement dans les cas où les droits et obligations qui en découlent sont justiciables, est une analyse restrictive qui ne correspond pas à la réalité juridique. Selon les termes de l'auteur : « *Cela disqualifierait une bonne partie des règles constitutionnelles et même du droit public en général, pour ne pas mentionner le droit international* ». L'auteur s'appuie notamment sur une décision de la CIJ elle-même au sein de laquelle il a été énoncé : « *L'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire, en dernier ressort, l'objet d'une procédure judiciaire a toujours constitué la règle plutôt que l'exception* ». *Affaire du Sud-Ouest africain* (deuxième phase), CIJ, *Rec.*, 1966, p. 44, §86 ; ABI-SAAB, « Eloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain ». *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 59, spéc. pp. 62-63.

⁶⁸⁹CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} édition, 2011.

⁶⁹⁰GUINCHARD (S.), DEBARD (T.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^{ème} édition, 2011.

⁶⁹¹DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1969, p. 17.

deux plans normatifs et coercitifs ne se confondent pas »⁶⁹². Cela fait de la *soft law* un droit différent. Nous reprenons ainsi l'argumentation du professeur Abi-Saab en droit international public. Pour ce dernier: « *La soft law n'est ni du non-droit, ni une lex imperfecta, elle n'est pas non plus toujours et nécessairement un droit en gestation, car il peut également s'agir d'un droit différent*⁶⁹³. En ce sens, elle est « *le produit final et non seulement une étape ou une phase intermédiaire dans le cycle de vie du droit ; le produit voulu ou le plus approprié pour l'utilisation instrumentale qu'on envisage pour elle* »⁶⁹⁴.

Les engagements volontaires peuvent aussi constituer du droit en formation. A ce titre, selon le professeur Abi-Saab, les règles de *soft law* « *soulèvent une question épistémologique ou de la sociologie de la connaissance: quels sont l'objet et le champ légitimes de l'investigation juridique ? Est-ce seulement prendre acte du droit une fois qu'il a atteint pleine maturité, pour l'interpréter en l'état, c'est-à-dire comme une donnée statique, ou plutôt d'appréhender le phénomène juridique dans sa globalité, dès sa conception, à travers ses différentes phases vers la maturité et dans ses transformations ultérieures, aussi bien dans ses différentes variétés qu'elles soient justiciables ou non justiciables ? Et comment peut-on comprendre l'édifice juridique fini sans prendre en considération les différentes pierres de construction et les différentes phases de sa formation qui constituent son parcours et ses origines « génétiques », quel que soit le nom qu'on leur donne : soft law, hard law, lege lata, lege ferenda* »⁶⁹⁵. Pour l'auteur, la pertinence juridique du « droit en formation » n'est pas simplement épistémologique, cognitive ou rétrospective. Ainsi, son intérêt ne doit pas seulement être recherché une fois que les règles sont arrivées à « maturité », ce afin de comprendre pourquoi et comment ces dernières ont subi une telle évolution avant de devenir celles que l'on connaît⁶⁹⁶. Les engagements volontaires passés entre sociétés et organisations privées relèvent également d'une telle analyse juridique. Ils peuvent être du droit différent ou du droit en formation. En ce sens, en droit international des affaires, nous pensons qu'on ne peut parler d'absence de droit mais de droit mou.

⁶⁹²DUPUY (R.-J.), « Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la “soft law” », *L'élaboration du droit international public*. Colloque de Toulouse de la S.F.D.I., 1974, édition 1975, p. 132.

⁶⁹³ABI-SAAB (G.), « Eloge du “droit assourdi” ». Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *op. cit.*, spéc. p. 68.

⁶⁹⁴*Idem*, p. 66.

⁶⁹⁵*Idem*, p. 64.

⁶⁹⁶*Ibidem*.

3) Les engagements volontaires passés entre sociétés et organisations de droit privé

Il nous semble intéressant de distinguer les accords conclus entre les professionnels d'un même secteur qui se multiplient **(a)** et le phénomène de normalisation **(b)**.

a) Les accords conclus entre les professionnels d'un même secteur

Les accords conclus entre professionnels d'un même secteur sont regardés comme étant des engagements volontaires. C'est un phénomène courant au sein des affaires internationales. Il concerne de plus en plus des règles de développement durable. A titre d'exemple célèbre, le 4 juin 2003, dix banques internationales, ont adopté les « Principes Equateur »⁶⁹⁷. Ces principes visent à définir des standards et des procédures communes de sélection en matière sociale et environnementale, applicables au financement de projets d'investissement d'un montant égal ou supérieur à cinquante millions de dollars dans des secteurs tels que les pipelines, les barrages, les centrales électriques, les activités minières ou les grands travaux d'infrastructure. Ils respectent les standards édictés par la Banque mondiale. Une sorte de politique commune de standardisation s'est ainsi décidée, consistant à refuser tout financement aux projets ne répondant pas à des critères sociaux et environnementaux. Ces principes sont élaborés à partir de la concertation. Cependant, que se passe-t-il s'ils ne sont pas respectés ? Ces accords sont-ils davantage un leurre ou une promesse ? Le cas échéant, une telle promesse a-t-elle une réelle valeur juridique ? Comme nous avons pu l'évoquer préalablement, ces accords peuvent constituer un droit en formation ou un droit différent. Cependant, même si la contrainte n'est pas présente au moment de l'élaboration de la règle, il est important qu'elle intervienne dans son application car sans cette condition, les règles non respectées demeurent de simples affirmations dénuées de toute consistance. Il peut être opportun d'encadrer ces accords par de réels contrats ou conventions tendant à en assurer la réalisation effective et efficace. Dans la même catégorie d'engagements volontaires, le recours aux phénomènes de normalisation semble en l'état actuel plus prometteur.

⁶⁹⁷DIEUX (X.), VINCKE (F), « La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse ? », *RDAI*, 2005, p.13, spéc. pp. 25 et s.

b) La normalisation

Les normes techniques peuvent être définies en tant que « *sélection de données techniques qui méritent d'être érigées au rang de référence pour l'homme de l'art* »⁶⁹⁸. Elles sont également qualifiées de « standards techniques officiels »⁶⁹⁹ et consacrées à travers un document dont l'adoption est volontaire. La définition du mot « norme » se trouve dans le paragraphe 3.2 du guide 2: 2004 de l'ISO/CEI : « Document, établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné⁷⁰⁰ ». Les normes sont fondées sur les acquis conjugués de la science, de la technique et de l'expérience.

Les normes techniques ont trait aux procédés de fabrication de produits et à ceux à respecter en matière de services. Elles constituent un modèle de conduite à portée générale⁷⁰¹. La normalisation technique est une pratique de production ou d'homologation de normes auxquelles doivent ou sont censés répondre des produits, des services ou encore des procédés et que complète une activité de certification, c'est-à-dire d'appréciation de la conformité à ces normes⁷⁰². L'ISO, du grec *isos* qui signifie « égal »⁷⁰³, est le principal organisme international de normalisation et de certification. Il a élaboré depuis 1947 plus de 18 000 normes techniques dans les secteurs économiques, industriels et technologiques⁷⁰⁴. Le domaine électrique a son propre système de normalisation appelé Commission électronique internationale (CEI). Les télécommunications ont également une organisation spécifique de normalisation nommée l'Union internationale des télécommunications (UIT). Ces trois organisations sont basées à Genève et forment la Coopération mondiale de la normalisation⁷⁰⁵, afin de mieux coordonner leurs activités et la mise en application des normes

⁶⁹⁸GAMBELLI (F.), « Définitions et typologies des normes techniques », *Petites affiches*, 1998, n°18, p. 5. Plus généralement, le n°18 est un numéro spécial consacré aux aspects juridiques de la normalisation technique.

⁶⁹⁹BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 772.

⁷⁰⁰Directive ISO/CEI, Partie 2, *Règles de structure et de rédaction des normes internationales*, 5^{ème} édition, 2004, p. 3.

⁷⁰¹BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 773.

⁷⁰²JEAMMAUD (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique, CLAM (J.), MARTIN (G.), (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., 1998, p. 47, spéc. p. 58.

⁷⁰³http://www.iso.org/iso/fr/about/discover-iso_isos-name.htm, site de l'ISO, consulté le 4 mars 2011.

⁷⁰⁴http://www.iso.org/iso/fr/iso_catalogue.htm, site de l'ISO, consulté le 4 mars 2011.

⁷⁰⁵WSC (*World Standards Cooperation*).

internationales⁷⁰⁶. Ils s'inscrivent dans la recherche d'une certaine standardisation des pratiques. Ainsi, les processus de normalisation internationale sont basés sur la consultation, la concertation, le consensualisme, la participation de tous les partenaires concernés⁷⁰⁷. Si la première fonction de la normalisation était celle de simplifier la production industrielle afin d'en réduire les coûts et son unification afin de permettre l'interchangeabilité et la compatibilité des produits, cette fonction a peu à peu évolué.

Les normes techniques sont aujourd'hui une attente du marché. Elles sont créées afin de faciliter la circulation des marchandises et des biens⁷⁰⁸. Elles sont conçues pour être appliquées à l'échelle mondiale, ce qui permet aux fournisseurs des pays développés et ceux des pays en voie de développement d'être sur un pied d'égalité sur les marchés du monde⁷⁰⁹. Les normes techniques sont susceptibles de traiter de toutes sortes d'objets allant des caractéristiques techniques d'un produit aux prestations de services en passant par les obligations juridiques des parties d'un contrat par exemple⁷¹⁰. Elles s'appliquent à des domaines aussi variés que la promotion de la qualité des produits et des prestations, la sécurité des personnes, la protection de l'environnement, l'interchangeabilité et la compatibilité des produits, la simplification de la production industrielle⁷¹¹. Elles concernent de nombreuses normes de développement durable⁷¹², d'où l'importance de s'y référer en matière de contrats d'Etat. Cette affirmation est d'autant plus justifiée que la normalisation technique s'appuie sur des procédés concrets et la norme technique ne peut être élaborée *ex nihilo*. Le processus de normalisation est complété par un processus de certification qui valide l'engagement des acteurs⁷¹³. La certification consiste à garantir par l'intervention d'un organisme tiers, la compétence d'un professionnel, la conformité d'un produit, d'un service ou d'une

⁷⁰⁶BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 774.

⁷⁰⁷*Ibidem*.

⁷⁰⁸DAUGAREILH (I.), « l'ISO à l'assaut du social : risques et limites d'un exercice de normalisation sociale », DAUGAREILH (I.) (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010, p. 563, spéc. p. 567.

⁷⁰⁹*Ibidem*.

⁷¹⁰ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003; PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, L.G.D.J., 1989, p. 105.

⁷¹¹BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Editions Thémis, 2008, pp. 774-775.

⁷¹²Voir à ce sujet DAUGAREILH (I.), « l'ISO à l'assaut du social : risques et limites d'un exercice de normalisation sociale », DAUGAREILH (I.) (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010, p. 563.

⁷¹³BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 776; JEAMMAUD (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », CLAM (J.), MARTIN (G.), (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., 1998, p. 47, spéc. p. 58.

organisation à un référentiel normatif préétabli⁷¹⁴. La norme ainsi produite est accessible au public.

Elle a vocation à être opérationnelle et donc à mettre au service de l'homme de terrain un document exploitable clair, au contenu concret⁷¹⁵. Les normes techniques apparaissent comme le fruit d'une procédure déterminée et décrivent souvent un résultat⁷¹⁶. Alors, en droit français, bien que la normalisation demeure une pratique volontaire, ces normes sont destinées à jouer un rôle dans les contentieux relatifs aux responsabilités civiles et pénales de ceux qui ont vocation à les appliquer. En outre, la responsabilité des normalisateurs du fait d'une action de normalisation défectueuse peut être engagée si une faute est démontrée⁷¹⁷. Aujourd'hui, la normalisation tend à produire des effets juridiques et à être assimilée à une nouvelle forme de réglementation, notamment du fait des présomptions de conformité qui bénéficient à ceux qui respectent les normes harmonisées⁷¹⁸. Effectivement, tandis que la juridicisation des standards techniques est indispensable pour pouvoir leur donner plein effet, la technicisation de la norme juridique contribue à conforter son efficacité⁷¹⁹. Nous pensons que la normalisation est un moyen de mise en œuvre des normes de développement durable au sein des contrats d'Etat⁷²⁰. Cela veut dire que se référer à de telles normes au sein de l'instrument contractuel permet d'imposer aux parties contractantes le respect de ces dernières et de leur conférer une valeur contractuelle particulière, puisque le contrat d'Etat est un instrument juridique

⁷¹⁴IGALENS (J.), PENAN (H.), *La normalisation*, PUF, 1994, p. 106.

⁷¹⁵BENYEKHLIF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 776.

⁷¹⁶*Idem*, p. 773.

⁷¹⁷PENNEAU (A.), VOINOT (D.), « Normalisation », *Jurisclasseur Concurrence-Consommation*, fascicule 970, spéc. n°97 à 107.

⁷¹⁸DAUGAREILH (I.), « l'ISO à l'assaut du social : risques et limites d'un exercice de normalisation sociale », *op. cit.*, p. 563.

⁷¹⁹CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 679.

⁷²⁰Il est intéressant à cet égard de souligner qu'une nouvelle norme, l'ISO 26000 ayant pour objet la responsabilité sociétale de l'entreprise a été adoptée le 13 septembre 2010 et publiée le 2 novembre 2010. Par cette norme, l'ISO confirme un processus déjà amorcé et par lequel l'organisme sort de plus en plus du domaine strictement « technique » pour se doter de compétences plus « politiques ». En effet, la norme ISO a trait au respect des droits de l'homme et des droits sociaux fondamentaux consacrés par l'OIT au rang desquels la prohibition du travail des enfants ou encore les conditions de travail décentes concernant les heures, le salaire, la santé, la sécurité. Cette norme n'a pas vocation à la certification. Elle s'apparente davantage aux engagements volontaires élaborés sous l'égide d'organisations internationales telles que l'ONU, l'OCDE, l'OIT. Ces trois organismes ont d'ailleurs été différemment associés à son processus d'élaboration. En tant que telle, il nous semble qu'elle n'est qu'une goutte de plus dans le vaste océan de textes « mous » relatifs à ces thématiques, DAUGAREILH (I.), « l'ISO à l'assaut du social : risques et limites d'un exercice de normalisation sociale », *op. cit.*, p. 571 ; voir également CAPRON (M.), QUAIREL-LANOISELEE (F.), TURCOTTE (M.-F.), *ISO 26000 : Une Norme « hors norme »*, *Economica*, 2010.

particulier. Le recours au contrat est nécessité par le fait qu'en tant que tels, ces engagements volontaires peuvent difficilement faire l'objet d'un contentieux.

B. LE CARACTERE LIMITE DU CONTENTIEUX EN MATIERE DE NORMES MOLLES DE DEVELOPPEMENT DURABLE

Parmi les perspectives offertes par les engagements volontaires en matière de développement durable et de contrats d'Etat, le fait que ces engagements puissent être invocables tels quels en justice ou devant des organes de règlement des différends est très fortement limité⁷²¹. Trois exemples nous permettent d'illustrer notre propos et nous donnent matière à réfléchir : le recours à la publicité mensongère (1), un cas spécifique tiré de la présomption de violation des principes directeurs de l'OCDE (2), le cas particulier du rapport à la sous-traitance (3).

1) L'exemple du recours à la publicité mensongère

Le 2 mai 2002, la Cour suprême de Californie a reconnu la possibilité de rechercher la responsabilité de la firme Nike pour publicité mensongère car cette dernière n'appliquait pas ses codes de conduite à ses propres sous-traitants⁷²². Dans le cadre de la sous-traitance de la fabrication de ses chaussures en Chine, en Indonésie et au Vietnam, Nike aurait fait signer à ses cocontractants un « *memorandum of understanding* » prônant le respect de normes sociales caractérisées par le respect des règles sociales en matière de salaire minimum, l'interdiction du travail des enfants, les vacances et l'assurance sociale obligatoires entre autres. Un audit tendant à évaluer et à certifier l'absence de transgression des droits de l'homme avait été établi dans ce contexte. Il fut contredit par plusieurs ONG et associations.

Une action fût alors engagée en 1998 contre la société par Mike Kasky, un consommateur et activiste californien, au titre d'une campagne de relations publiques mensongère. Au soutien

⁷²¹Substantif ou adjectif, dérivé du verbe justicier, de justice. Ce mot a plusieurs sens : 1. L'individu en tant qu'il peut être entendu ou appelé en justice pour y être jugé ; en tant qu'il peut obtenir justice et être soumis à justice (tenu d'obéir aux décisions de justice). 2. Au pluriel, ensemble des personnes qui relèvent de la justice d'un Etat, CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Justiciable », PUF, 9^{ème} édition, 2011.

⁷²²*Nike, Inc. v. Kasky*, 27 Cal. 4th 939, 946, 45 P.3d 243, 247 Voir le site de la faculté de droit de l'université de Cornell, <http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-575.ZC.html>, consulté le 5 août 2011 ; MAULEON (F.), « Les obligations réglementaires en matière de communication extra financière des entreprises : la gestion des risques de contentieux par la transparence », *Vie & Sciences économiques*, 2/2008 (n°179-180), p. 44 ; SNOUSSI (M.), GHEDIRI (G.), « Les droits de l'homme et le droit international économique », BEN ACHOUR (R.), LAGHMANI (S.), (dir.), *Les droits de l'homme : une nouvelle cohérence pour le droit international ?*, A. Pedone, 2008, spéc., p. 133, voir note de bas de page 33 ;

de son action, le plaignant se prévalait de la loi californienne sur les sociétés commerciales permettant à tout résident de cet Etat de porter plainte contre une entreprise s'il estime que le discours diffusé est de nature à tromper les consommateurs sur la nature véritable d'un produit⁷²³. En guise de défense, la société se prévalait de sa liberté d'expression, principe fondamental protégé par le premier amendement de la Constitution américaine.

Dans un premier temps, les tribunaux californiens ont donné raison à Nike estimant que son discours relevait davantage de son droit d'expression libre et n'avait pas de nature commerciale. Cependant, la Cour suprême de Californie a rejeté les arguments avancés par la firme aux motifs que les informations litigieuses étaient commerciales puisqu'elles étaient directement formulées par le service commercial, pour un public commercial et dans le cadre de promotions commerciales⁷²⁴. En ce sens, la loi californienne sur la publicité mensongère leur était applicable. De ce fait, en mai 2002, la Cour suprême de Californie a reconnu la recevabilité de l'action. Le plaignant a également obtenu le droit de prouver la violation des droits de l'homme commis par Nike⁷²⁵. Un recours a été intenté contre cette décision devant la Cour suprême des Etats-Unis. Cependant, pour des raisons de procédure, cette dernière a refusé de trancher le litige et a renvoyé l'affaire devant les juridictions californiennes le 26 juin 2003, se réservant le droit d'être compétente en cas d'appel. En définitive, le 12 septembre 2003, Nike a annoncé la conclusion d'un accord amiable par lequel la société a payé au demandeur 1,5 millions de dollars afin d'aider à la mise en place de programmes d'audits ainsi qu'à financer des programmes portant sur l'éducation et l'octroi de crédits pour un minimum de 500 000 dollars. L'intégralité de la somme a été reversée à la *Fair Labor Association*, une ONG spécialisée dans l'évaluation des conditions de travail et l'amélioration des pratiques chez les sous-traitants de ses adhérents⁷²⁶.

Certains auteurs se posent ainsi la question de savoir si une telle réalité juridique et judiciaire est généralisable⁷²⁷. Il nous apparaît que cela est une possibilité intéressante de mise en œuvre de la responsabilité des firmes transnationales à partir du moment où les dispositifs internes

⁷²³Il s'agit de la section 17500 du Code californien des sociétés.

⁷²⁴Selon la version initiale : « *Because the messages in question were directed by a commercial speaker to a commercial audience, and because they made representations of facts about the speaker's own business operations for the purpose of promoting sales of its products, we conclude that these messages are commercial speech for purposes of applying state laws barring false and misleading commercial messages* ».

⁷²⁵SNOUSSI (M.), GHEDIRI (G.), « Les droits de l'homme et le droit international économique », *loc. cit.*

⁷²⁶MAULEON (F.), « Les obligations réglementaires en matière de communication extra financière des entreprises : la gestion des risques de contentieux par la transparence », *loc. cit.*

⁷²⁷SNOUSSI (M.), GHEDIRI (G.), « Les droits de l'homme et le droit international économique », *loc. cit.*

s'adaptent ou sont adaptés à de tels manquements. Il n'est même pas nécessaire dans un premier temps que ces derniers relèvent du droit des Etats en voie de développement. L'existence de telles potentialités au sein des pays développés dans lesquels et à partir desquels les firmes transnationales sont installées ou exercent leur activité nous semble constituer une première possibilité. En ce sens, l'implication de la société civile est fondamentale. L'exemple de la loi californienne ayant servi de fondement à l'action de Monsieur Kasky dans le cadre de l'affaire Nike est probant à cet égard. En effet, cette dernière a une portée large dans le sens où elle prévoit qu'une action individuelle ou collective peut être menée dans le but de sanctionner une personne ou une entreprise qui communiquerait de manière directe, y compris par Internet, ou indirectement dans le but de créer une confusion dans l'esprit du consommateur californien, même si les déclarations sont vraies⁷²⁸. « *Cette mesure du droit est particulièrement redoutable car il n'est nul besoin de prouver l'intention de nuire mais simplement de rapporter la preuve du "risque de confusion dans l'esprit du consommateur californien"* »⁷²⁹. En outre, on voit que la législation en cause dépasse largement sa sphère régionale et qu'elle est susceptible de s'appliquer aux sociétés du monde entier. Cela signifie par exemple qu'une entreprise française qui vendrait ses produits en Californie, est exposée à subir le même type de poursuites que dans l'affaire Kasky⁷³⁰. Le risque est d'autant plus élevé en la matière que la loi française sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001⁷³¹ oblige certaines sociétés à faire état de cette communication extra financière⁷³². Cet exemple pose selon nous des jalons intéressants concernant la mise en cause possible de la responsabilité des firmes transnationales sur la base de leurs engagements volontaires. En comparaison, un autre cas particulier révèle des perspectives plus limitées.

⁷²⁸ « (...) individual activist or organization can assume the mantle of a "private attorney general" to sue to stop any person or company from communicating, directly, including by way of the Internet, or indirectly, through reporters or reviewers, in a manner that might have a "tendency to confuse" a Californian consumer, even if the statements are true », MAULEON (F.), « Les obligations réglementaires en matière de communication extra financière des entreprises : la gestion des risques de contentieux par la transparence », *loc. cit.*

⁷²⁹ *Ibidem.*

⁷³⁰ *Ibidem.*

⁷³¹ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF, n° 113 du 16 mai 2001, p. 7776, texte n°2.

⁷³² On entend par là l'ensemble constitué par les codes, chartes ou rapports, MAULEON (F.), « Les obligations réglementaires en matière de communication extra financière des entreprises : la gestion des risques de contentieux par la transparence », *loc. cit.*

2) L'exemple de la présomption de violation des principes directeurs de l'OCDE

C'est à l'initiative de la société civile que le gouvernement français a accepté une plainte contre EDF pour violation potentielle des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, à l'occasion de la construction d'un barrage hydroélectrique à Nam Theun 2 au Laos. Il convient d'exposer les mécanismes par le biais desquels une telle mise en cause est possible (a) avant d'étudier plus spécifiquement l'affaire (b).

a) Les mécanismes permettant l'invocation de la violation des principes directeurs

Au sein des Etats signataires, la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE s'appuie sur le relais de « points de contact nationaux » (PCN). Il s'agit généralement de l'administration publique d'un pays membre. Ces points de contact ont pour mission de promouvoir les principes directeurs auprès des entreprises ressortissantes, d'étudier et de répondre aux questions et demandes d'information qui y sont relatives. Ce sont également des organes nationaux d'aide au règlement des litiges. A ce titre, ils ont pour charge d'examiner les cas ou requêtes qui leur sont soumis. Les PCN doivent fonctionner conformément à quatre critères essentiels qui sont : la visibilité, l'accessibilité, la transparence et la responsabilité. Les syndicats, les ONG ainsi que les entreprises peuvent les saisir pour des clarifications sur l'application des principes directeurs par une entreprise⁷³³. Si une partie prenante considère que des violations ont lieu par rapport aux principes directeurs, cette dernière doit adresser une lettre de requête au PCN du pays dont la société est ressortissante ou du pays au sein duquel la violation a lieu, si ce pays se trouve dans un Etat membre de l'OCDE. Le PCN informe alors la société mise en cause qu'une requête concernant le respect des principes directeurs a été déposée. A travers une procédure laissée à sa seule appréciation, (procédure appelée « *examen des circonstances spécifiques* »), le PCN s'efforce de résoudre le problème. Dans le cas où la violation a eu lieu au sein d'un autre pays, il prend contact avec les homologues du pays concerné afin d'échanger les informations et de résoudre la difficulté en question. Le point de contact du pays au sein duquel se trouve le siège de la société concernée doit être informé. La société en question peut exprimer son point de vue quant aux principes directeurs sur lesquels elle est mise en cause. Si les parties prenantes estiment que la difficulté

⁷³³Commission nationale consultative des droits de l'homme, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, op. cit., p. 106.

n'a pas été résolue, ces dernières peuvent saisir le Comité d'Investissement de l'OCDE⁷³⁴. En cas de doute sur l'interprétation des principes directeurs par le point de contact national, ce comité doit être saisi avant que le PCN ne donne sa réponse définitive. Le Comité d'Investissement de l'OCDE n'est pas une autorité supérieure aux PCN. Lorsque ce dernier est saisi, cela porte sur l'appréciation des principes directeurs et la clarification de ces derniers. Il ne s'agit pas d'un organe juridictionnel. En outre, les PCN sont dépendants de leurs gouvernements respectifs qui décident de leur création, leurs champs d'application ainsi que de leurs moyens d'action⁷³⁵. C'est dans le cadre de ce processus que la mise en cause d'EDF a été possible.

b) L'affaire EDF

Selon les associations ayant déposé la plainte contre EDF pour ses activités au Laos, l'entreprise a refusé de prendre ses responsabilités sociales et environnementales au sérieux. Avant toute avancée du projet, l'association les Amis de la Terre a demandé que la plainte soit examinée et les éventuelles recommandations intégralement suivies⁷³⁶.

EDF était alors à la tête du consortium créé pour ce projet d'envergure, d'un coût total de 1,3 milliards de dollars. Le barrage était prévu pour noyer presque 500 km², déplacer 6200 personnes et bouleverser le mode de vie de plus de 100 000 autres, dépendant très largement de la rivière. Plusieurs associations et ONG dont Les Amis de la Terre ont porté plainte contre EDF pour violation des principes directeurs de l'OCDE sur la responsabilité des entreprises

⁷³⁴Le comité d'investissement de l'OCDE fait partie des 250 organes que comprend l'OCDE. Il a été créé le 1^{er} mars 2004 et a pour mission de promouvoir l'investissement avec certains objectifs tels que la croissance et le développement durable dans une perspective internationale. Il a également vocation à tenter de renforcer la coopération internationale ainsi que les réformes politiques nationales. Il a, entre autres missions, celle de garder des cadres politiques ouverts et transparents en matière d'investissement international, de mouvements de capitaux et de services. Il a la charge de promouvoir et donc d'inciter un comportement « responsable » de la part des firmes transnationales. Il constitue un intermédiaire ainsi qu'une sorte de plate-forme d'échange au regard de l'évolution de certaines pratiques gouvernementales. Il exécute les tâches qui lui ont été attribuées en vertu, entre autres, des décisions du Conseil ayant trait à la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales. Il est responsable du suivi et de la promotion de la cohérence de tous les travaux menés au sein de l'OCDE. Voir site de l'OCDE : <http://webnet.oecd.org/OECDGROUPS/Bodies/ShowBodyView.aspx?BodyID=7232&BodyPID=7832&Lang=f&r&Book=True>, consulté le 17 mars 2011.

⁷³⁵Commission nationale consultative des droits de l'homme, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, op. cit., p. 107.

⁷³⁶GODINOT (S.), « Barrage de Nam Theun 2 (Laos) », voir site de l'association Les amis de la terre : www.amisdelaterre.org/Plainte-contre-EDF-pour-non.html, consulté le 04 octobre 2010, GODINOT (S.), « EDF en examen pour violation des Principes directeurs de l'OCDE dans un barrage au Laos », <http://www.amisdelaterre.org/EDF-en-examen-pour-violation-des.html>.

multinationales en novembre 2004. Le PCN français, l'organe dirigé par le Ministère des Finances chargé d'étudier cette plainte, l'a acceptée le 1^{er} février 2005 et a rendu une recommandation finale le 1^{er} avril 2005 qui n'a pas satisfait les plaignants.

Selon l'association Les Amis de la Terre, la recevabilité de cette plainte était très importante pour les ONG mais également pour les populations locales laotiennes, qui ne disposent pas dans leur pays de mécanismes pour tenir EDF responsable des impacts du projet et obtenir des compensations. La plainte déposée par ces associations dénonce le fait que la société ait exagéré les impacts positifs du projet tout en minimisant les risques réels, qu'elle n'ait ni analysé, ni rendu publics les conséquences et véritables coûts du projet. Il lui est également reproché de ne pas avoir correctement répondu aux inquiétudes des populations locales. En conséquence, plusieurs atteintes majeures aux principes directeurs de l'OCDE à l'intention des firmes transnationales ont été alléguées.

Les ONG et associations ayant porté plainte ont estimé que le PCN n'avait pas traité la plainte adéquatement, n'avait pas proposé une résolution juste de la plainte et n'avait pas permis d'aboutir à un accord entre les parties. Cela n'a pas empêché le projet d'être mené jusqu'à son terme. EDF avait jusqu'au mois de mai 2005 pour clore le plan de financement du projet. Le sort du barrage dépendait ensuite de la Banque mondiale, dont le soutien était une condition pour que s'engagent également la Coface, l'agence française de crédits aux exportations, l'AFD et la Banque Asiatique de Développement⁷³⁷.

La France a ratifié les principes directeurs, s'engageant formellement à les faire respecter par ses entreprises. Elle dispose d'un point de contact national qui statue sur la recevabilité des plaintes et les examine sur le fond, avant de faire des recommandations. Il associe plusieurs Ministères et syndicats. Les firmes transnationales, quant à elles, voient à travers un tel processus le moyen de devancer des mesures plus radicales et de se protéger, d'une certaine façon, des pays hôtes qui leur sont hostiles. Il s'agit d'un moyen de pallier les risques pouvant peser sur les investissements directs étrangers. Le fait que le caractère justiciable des engagements volontaires soit de cette façon fortement limité est un frein à leur mise en œuvre si cette dernière n'est pas librement consentie. A cet égard, ils n'auront de valeur entre les

⁷³⁷En effet, la Banque mondiale considère ce type de projet comme étant un nouveau modèle de développement. Etant donné les nouveaux principes de conditionnalité auxquels cette dernière soumet les projets qu'elle soutient, la violation des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des firmes transnationales aurait pu être un élément déterminant sa décision d'apporter son appui dans un sens défavorable. Cela n'a pas été le cas.

cocontractants que s'ils sont ouvertement stipulés dans les contrats d'Etat. Au demeurant, l'association entre codes de conduite et contrats offre des perspectives intéressantes.

3) L'exemple du rapport à la sous-traitance

Les cas d'engagements volontaires par le biais desquels une société impose à ses sous-traitants le respect de certaines normes se multiplient⁷³⁸. Un tel processus permet de soumettre l'ensemble de la chaîne de production à des règles énoncées dans un code d'entreprise devenu contraignant grâce à une clause contractuelle appropriée⁷³⁹. La différence avec l'exemple précédent réside dans le fait qu'il s'agit ici d'un rapport entre contrat et code de conduite dont il appert des possibilités nous paraissant dignes d'intérêt. Cette technique peut avoir des conséquences juridiques inattendues. Ainsi, le contrat liant deux sociétés peut être invoqué par des tiers, par exemple les travailleurs de l'un des cocontractants⁷⁴⁰. A titre d'illustration, le 13 septembre 2005, des travailleurs de Chine, du Bangladesh, d'Indonésie, du Swaziland et du Nicaragua ont porté plainte devant un juge californien contre la société américaine de grande distribution Wal-Mart, en tant que tiers bénéficiaires pour violation des clauses contractuelles liant la société aux sous-traitants opérant dans ces pays⁷⁴¹. Selon les plaignants, le code de conduite adopté par la société de distribution devait être respecté par les sous-traitants en vertu du contrat liant ces entités⁷⁴². En effet, un tel mécanisme est appréhendé comme créant des obligations à la charge de Wal-Mart à l'égard des employés travaillant pour les sous-traitants⁷⁴³. D'après la plainte, Wal-Mart avait l'obligation d'assurer la mise en œuvre de son code de conduite et de mettre en place un mécanisme de contrôle adéquat⁷⁴⁴. Il lui incombait de faire usage de moyens de pression économique et d'intervenir auprès de ses cocontractants afin que les droits des employés soient assurés⁷⁴⁵. Pour les plaignants, les employeurs n'avaient pas respecté le droit d'association, la prohibition du travail forcé, le paiement de

⁷³⁸HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », LEWKOWICZ (G.), XIFARAS (M.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 221, spéc. pp. 226-228 ; HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », BERNIS (T.), *et alii*, *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 147.

⁷³⁹HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), (dir.), « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », *loc. cit.*

⁷⁴⁰*Ibidem.*

⁷⁴¹*Ibidem.*

⁷⁴²*Ibidem.*

⁷⁴³*Ibidem.*

⁷⁴⁴*Ibidem.*

⁷⁴⁵*Ibidem.*

salaires minimum et celui d'heures supplémentaires⁷⁴⁶. Ils avaient en outre fait preuve de négligence⁷⁴⁷. Les travailleurs concernés ont demandé à la société de distribution de garantir la mise en œuvre de son code de conduite, de mettre en place un mécanisme de résolution des litiges leur permettant de faire valoir leurs droits, de réformer sa politique de prix afin que les sous-traitants puissent appliquer le code et réparer les dommages causés aux travailleurs⁷⁴⁸. Un tel contentieux pose la question de savoir si le code de conduite de Wal-Mart fait partie intégrante des contrats conclus avec les sous-traitants⁷⁴⁹. Il soulève en outre la question de savoir s'il est de nature à céder devant le principe de l'effet relatif des conventions, par application d'un mécanisme qui s'apparenterait à de la stipulation pour autrui⁷⁵⁰. De cela, résulteraient des obligations au bénéfice des travailleurs employés par le sous-traitant⁷⁵¹. Pour cela, selon la jurisprudence américaine, le code doit être suffisamment clair et précis afin de constituer une offre⁷⁵². Il doit également être communiqué aux employés pour que ces derniers puissent prendre connaissance de son contenu⁷⁵³. Il doit être accepté par ces derniers, l'acceptation étant attestée à partir du moment où les employés commencent ou continuent à travailler après avoir en avoir pris connaissance⁷⁵⁴. Il a cependant été difficile pour les employés de prouver que c'est à l'égard de Wal-Mart et non de leur employeur direct que le contrat a entendu créer des droits⁷⁵⁵. Le 30 mars 2007, l'action de ces employés a été rejetée par un juge californien⁷⁵⁶. Celui-ci a notamment estimé que la partie qui s'était engagée au respect d'un tel code n'était pas Wal-Mart mais bien son cocontractant étranger⁷⁵⁷. En outre, aucune négligence imputable à Wal-Mart n'a été prouvée à l'encontre de ces employés⁷⁵⁸. Le 10 juillet 2009, la Cour d'appel du 9^{ème} circuit de Californie a également rejeté l'action de ces travailleurs⁷⁵⁹. Un tel contentieux permet de mettre en exergue les possibilités offertes par l'association entre contrats et codes de conduite. Il apparaît effectivement que le recours au contrat peut venir renforcer la juridicité et la mise en œuvre d'un engagement volontaire qui

⁷⁴⁶*Ibidem.*

⁷⁴⁷*Ibidem.*

⁷⁴⁸*Doe v. Walt-Mart Stores, Inc.*, Pl.'s Compl. 1-4 (13 septembre 2005), site de *International Labor Rights Forum*, <http://laborrights.org/projects/corporate/walmart/WalMartComplaint091305.pdf>, site consulté le 24 août 2011.

⁷⁴⁹HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme », *loc. cit.*

⁷⁵⁰*Ibidem.*

⁷⁵¹*Ibidem.*

⁷⁵²*Ibidem.*

⁷⁵³*Ibidem.*

⁷⁵⁴*Ibidem.*

⁷⁵⁵*Ibidem.*

⁷⁵⁶Voir annexe n°6.

⁷⁵⁷*Ibidem.*

⁷⁵⁸*Ibidem.*

⁷⁵⁹Site d'*International Labor Rights Forum*, <http://www.ilrf.org/creating-a-sweatfree-world/wal-mart-campaign>, consulté le 24 août 2011.

seul, peut être, en l'état actuel du droit peut ne demeurer qu'au simple stade de la déclaration d'intention s'il n'est pas concrètement respecté. En définitive, il apparaît que seule importe la recherche d'efficacité juridique.

SECTION 2. LA QUETE D'EFFICACITE JURIDIQUE COMME CONSEQUENCE DU PLURALISME

Au sein d'un univers normatif à la fois foisonnant et pluriel, dans lequel toute norme est dotée d'une potentielle juridicité, la réalisation concrète du développement durable est conditionnée par l'existence d'un arsenal juridique adapté dans lequel les règles ne peuvent se contenter d'être simplement effectives. Ces dernières doivent également être efficaces, en ce sens qu'au-delà du fait d'exister, elles doivent permettre d'aboutir au résultat escompté (**Paragraphe 1**). A cet égard, la quête d'efficacité juridique s'inscrit parfaitement au cœur des évolutions du droit moderne et trouve un aboutissement à travers le contrat d'Etat (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1: UNE NECESSITE LIEE A LA VOLONTE DE REALISATION CONCRETE DU DEVELOPPEMENT DURABLE

La mise en œuvre désigne la réalisation concrète du développement durable. Celle-ci doit se faire en outrepassant les barrières juridiques liées au caractère souple des normes de droit mou et à la faiblesse du droit « classique » en la matière. Cette volonté de concrétisation amène à rechercher les moyens par lesquels les normes peuvent être efficaces au-delà du fait d'être effectives (**A**). En ce sens, le contexte normatif offre aux contractants une pléthore de règles potentiellement applicables. Selon nous, la recherche d'efficacité juridique commence d'abord par une sélection de ces règles (**B**).

A. LA RECHERCHE DE L'EFFICACITE COMME CONDITION DE MISE EN OEUVRE DU DEVELOPPEMENT DURABLE

Selon Madame Laurence Boisson de Chazourne, la mise en œuvre désigne les méthodes et moyens visant à assurer l'application effective des règles⁷⁶⁰. En parlant du droit international

⁷⁶⁰BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *RGDIP*, 1995, p. 37.

de l'environnement, le professeur Maurice Kamto affirme : « *l'univers normatif du droit international de l'environnement est assez éloigné de celui de la vie concrète des Etats et des peuples* »⁷⁶¹. L'auteur ajoute : « *Que faire donc pour réduire l'écart entre un appareil normatif foisonnant et son emprise modeste sur le comportement réel des destinataires des normes ? La mise en œuvre est l'outil conceptuel qui a été imaginé pour répondre sur le terrain du droit et au-delà, à cette question* »⁷⁶². Selon cet auteur : « *la mise en œuvre est un terme hérité des "opérationnels", c'est-à-dire de techniciens agissant concrètement sur le terrain, davantage soucieux de l'effectivité de la norme que de sa rigueur terminologique et de sa précision juridique. L'idée compréhensible étant qu'une architecture juridique, si belle soit-elle, est sans intérêt si elle ne s'applique pas ou ne peut s'appliquer concrètement* »⁷⁶³. A la lumière de cette analyse, en matière de développement durable et de contrats d'Etat, seules importent finalement les idées de mise en œuvre et de réalisation concrète, au-delà des effets d'annonce et des vicissitudes du droit. A cet égard, la mise en œuvre peut être le résultat de procédés à la fois classiques et inhabituels. En conséquence, au regard du sujet qui nous occupe, il nous apparaît que les normes juridiques ne doivent plus seulement être effectives. Elles doivent être efficaces.

En droit, il convient de distinguer l'effectivité de l'efficacité. L'effectivité est définie comme étant le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement. Ce mot a été formé au 20^{ème} siècle à partir de l'adjectif « effectif ». Cette épithète désigne dans son sens premier, ce qui produit l'effet recherché⁷⁶⁴. L'effectivité est la propriété que possède une règle, de produire des effets dans la réalité empirique⁷⁶⁵. Il nous apparaît que l'effectivité d'une norme juridique repose sur la reconnaissance et l'opposabilité de cette dernière. Elle a trait aux idées de contrainte et de sanction, caractéristiques essentielles et intrinsèques de la règle de droit. Dans cette perspective, elle tend à signifier que la règle va produire des effets de droit. En conséquence, un droit effectif serait un droit qui s'imposerait ou pourrait s'imposer.

⁷⁶¹KAMTO (M.), « Rapport introductif général », PRIEUR (M.) (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, Pulim, 2003, p. 9, spéc. p. 10.

⁷⁶²*Ibidem*.

⁷⁶³PRIEUR (M.) (dir.), « Rapport introductif général », *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones, op. cit.*, p. 12.

⁷⁶⁴CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} édition, 2011.

⁷⁶⁵DE BECHILLON (D.), première partie, chapitre 2, « La sanction », *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 59, spéc. p. 89 ; LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.), « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986-2, p. 101 ; LASCOUMES (P.), « Effectivité », ARNAUD, (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit*, L.G.D.J, 1992.

Certains auteurs distinguent l'effectivité d'une règle de son efficacité⁷⁶⁶. De ce fait, si l'effectivité tend à désigner des effets de droit produits dans la réalité, ces derniers ne sont pas forcément ceux escomptés par l'auteur de la norme. Cette qualité serait celle de l'efficacité.

L'efficacité serait la propriété qu'aurait une règle de produire *les effets qu'on attend d'elle*⁷⁶⁷ : « L'efficacité d'une loi fait référence au fait que cette dernière atteindrait l'effet désiré par son auteur ou au moins un effet qui se situe dans cette direction. L'effectivité désignerait tout effet de toute nature qu'une loi pourrait avoir⁷⁶⁸. L'effectivité serait l'effet voulu par le droit et l'efficacité désignerait l'effet concret recherché dans la réalité.

Cette distinction met en lumière le fait que la rationalité du droit moderne est en crise. Elle laisse place à une rationalité technico-économique, comme rationalité matérielle fondée sur l'efficacité des actions entreprises qui s'impose⁷⁶⁹. En somme, est effectif ce qui produit de l'effet et efficace ce qui produit son effet⁷⁷⁰. Subséquemment, la mise en œuvre du développement durable en matière de contrats d'Etat sous-tend une recherche d'efficacité des normes dédiées. Il nous semble que cela passe par un processus de sélection des règles existantes afin de les intégrer au contrat.

B. LE CHOIX DES REGLES APPLICABLES AU CONTRAT D'ETAT COMME GAGE D'EFFICACITE

Le pluralisme normatif existant au sein du droit international des affaires et en matière de développement durable permet d'offrir un creuset de normes susceptibles de s'appliquer au contrat d'Etat. La recherche de l'efficacité dans la mise en œuvre du développement durable nécessite de sélectionner à travers ces règles, celles pouvant atteindre les objectifs de développement escomptés. Aujourd'hui, une grande partie des enjeux mondiaux relèvent de

⁷⁶⁶DE BECHILLON (D.), *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, loc. cit. ; ROCHER (G.), « L'effectivité du droit », LAJOIE (A.), MACDONALD (R.), JANDA (R.), ROCHER (G.), (dir.), *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, Bruylant, 1998, p. 133, spéc. p. 135.

⁷⁶⁷DE BECHILLON (D.), *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, loc. cit. ;

⁷⁶⁸ROCHER (G.), « L'effectivité du droit », LAJOIE (A.), MACDONALD (R.), JANDA (R.), ROCHER (G.), (dir.), loc. cit.

⁷⁶⁹« Effectivité », ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003.

⁷⁷⁰Pour cette distinction, « Effectivité », « Efficacité », *Le Nouveau Petit Littré*, Garnier, 2009.

sphères normatives distinctes⁷⁷¹. Il en va également ainsi des règles de développement durable émanant d'une pluralité de sources normatives. Seul le contrat d'Etat peut conférer, en l'état actuel du droit, une cohérence ainsi qu'une cohésion à cet ensemble complexe.

En ce sens, un juste équilibre doit être trouvé entre la norme vue comme classique et les autres types de règles, considérées comme étant des « *normativités alternatives* »⁷⁷², qui connaissent leur plein essor au sein d'un mouvement de déréglementation constaté dans les années 1970 et 1980 en même temps qu'émergent les nécessités de développement durable. D'ailleurs, développement durable, nouveaux modes de production de la norme, internormativité et pluralisme juridique nous apparaissent comme étant indissociablement liés. A cet égard, aujourd'hui, les engagements volontaires des firmes transnationales dans le cadre de leur responsabilité sociale ont pour la majeure partie trait aux figures juridiques du développement durable.

La mise en œuvre du développement durable en matière de contrats d'Etat est liée à la recherche d'une efficacité juridique devant reposer sur un pluralisme ordonné. En effet, malgré l'existence d'un droit constitué en réseau au sein des affaires internationales, le concept de souveraineté demeure. Il peut de ce fait exister une hiérarchie entre les règles des droits internes et celles issues de l'ordre international auxquelles est soumis le contrat dans le sens où il existe toujours un dispositif impératif dans l'ordre interne, auquel le contrat d'Etat ne peut déroger.

Une fois ce dispositif impératif reconnu, en matière de contrats d'Etat, les normes alternatives peuvent avoir vocation à suppléer les normes étatiques ou à faire échapper les opérateurs privés à ce corps de règles. Il apparaît cependant que le contexte juridique extracontractuel des contrats d'Etat est celui des incomplétudes des droits internes. En effet, le contrat d'Etat a constitué dès l'origine le cadre juridique exclusif des rapports entre Etats hôtes et investisseurs privés. Les législations des pays en voie de développement ne possédaient pas un arsenal de règles suffisamment aptes à régir ces instruments portant sur des opérations d'une certaine complexité. Aujourd'hui, des codes spécifiques dédiés, à l'image des codes

⁷⁷¹BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Editions Thémis, 2008, p. 386.

⁷⁷²Nous reprenons en ces termes la formulation utilisée par un auteur en droit public. Pour ce dernier, la norme alternative est la norme qui, soit est non étatique, soit entre de façon malaisée dans les catégories usuelles de production de la norme. D'après BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.* p. 809.

miniers, des codes pétroliers ou des codes de l'investissement existent. Cependant, ces derniers demeurent insuffisants. C'est la raison pour laquelle le contrat d'Etat est un instrument juridique à part entière qui régit ces rapports particuliers au moyen d'un droit adapté, ayant le contrat pour enveloppe formelle et que nous qualifions de droit transnational⁷⁷³. Il est en majeure partie issu du contrat lui-même. Cela confère au droit substantiel du contrat d'Etat une certaine souplesse.

En ce sens, les stipulations de développement durable doivent être recherchées au sein de ce contexte normatif pluriel afin de sélectionner et d'en retirer les meilleures sources. En conséquence, les règles alternatives ont vocation à offrir des pans normatifs susceptibles de pallier les limites et insuffisances du droit classique et des droits étatiques. Dans cette perspective, elles peuvent également être considérées comme étant du droit comme nous avons pu l'évoquer⁷⁷⁴. Les règles classiques et les normes alternatives doivent donc être utilisées dans une certaine complémentarité mais également considérées dans une certaine compétitivité. Il appartient aux cocontractants de sélectionner les plus aptes à régir les opérations considérées au regard des impératifs de développement durable. Les sources du droit transnational doivent à cet effet être utilisées dans une perspective d'efficacité. Cette nécessité est liée aux évolutions du droit.

PARAGRAPHE 2 : UNE NECESSITE LIEE AUX EVOLUTIONS DU DROIT

La recherche d'efficacité juridique se justifie par les mutations du droit que nous avons pu souligner. Ces dernières se caractérisent également par l'essor d'un droit de régulation (**A**) dont le contrat est un outil privilégié (**B**).

⁷⁷³Le droit « transnational » est selon nous un droit hybride car il est construit à partir de sources provenant tant du droit international que du droit interne. Ces sources ont des origines privées et publiques. Elles sont issues de la théorie mais aussi de la pratique des opérateurs transnationaux dans un secteur donné, voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1, section 2, paragraphe 2, A, 5. La réalité d'un droit transnational, p. 95.

⁷⁷⁴Voir nos développements *supra*, ce chapitre, section 1, paragraphe 2, A, 2, c) La juridicité des engagements unilatéraux, p. 187.

A. L'ESSOR D'UN DROIT DE REGULATION

Le droit post-moderne est à la fois ce qu'est et ce que pourrait être le droit. Il emporte dans son sillage la création d'un « *droit de régulation* »⁷⁷⁵. Pour le professeur Jacques Chevallier⁷⁷⁶, ce droit s'oppose au « *droit réglementaire classique* », qualifié d'« *abstrait, général et désincarné* ». Il serait caractérisé par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir⁷⁷⁷. Pragmatique et flexible⁷⁷⁸, il est sous-tendu par une volonté d'action sur le réel⁷⁷⁹. Ainsi, plus qu'effectif, le droit de régulation serait efficace. Le dictionnaire Littré définit la régulation en tant que maintien de l'équilibre d'un système pour assurer son bon fonctionnement⁷⁸⁰. Selon le professeur Chevallier : « *La régulation recouvre l'ensemble des processus par lesquels les systèmes de toute nature cherchent à maintenir leur état stationnaire, en annulant l'effet des perturbations extérieures* »⁷⁸¹. Selon Madame Laurence Boisson de Chazourne⁷⁸², la régulation joue en droit international une fonction « correctrice » ou encore « compensatrice ». Elle se caractérise également par sa souplesse (en tant que vectrice de normes volontaires et non obligatoires) et son efficacité⁷⁸³.

L'exigence d'efficacité brouille les catégories juridiques et laisse la place à un droit concerté et négocié. Le cas particulier du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, spécialement Internet, est probant. En effet, au sein de cet espace immatériel, le droit, qui est pour une large part constitué de règles de conduite élaborées par

⁷⁷⁵CHEVALLIER (J.), « Contractualisation et régulation », CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 83, spéc. p. 92.

⁷⁷⁶*Ibidem*.

⁷⁷⁷*Ibidem*.

⁷⁷⁸*Ibidem*.

⁷⁷⁹Le professeur Jacques Chevallier emploie cette expression à propos du droit post-moderne, CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n°3, p. 659.

⁷⁸⁰*Le nouveau petit Littré*, « Régulation », Garnier, 2009.

⁷⁸¹Le professeur Jacques Chevallier s'attache, afin de définir ce phénomène, à la conception origininaire de la régulation. En effet, selon ce dernier, la notion de régulation est apparue au 18^{ème} siècle, en sciences. « *Dès 1728, on entend par "régulateur" un système de commande destiné à maintenir constante l'évolution d'une grandeur, quelles que soient les perturbations qui pourraient la faire varier : la machine à vapeur de Watt comporte ainsi un régulateur à boules, destiné à éviter les risques d'explosion ; on parlera du régulateur de vitesse (...)* ». La notion de régulation s'est dans cette acception propagée dans d'autres disciplines scientifiques, avant d'être utilisée en sciences sociales à partir du vingtième siècle ; CHEVALLIER (J.), « Contractualisation et régulation », CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 83.

⁷⁸²BOISSON de CHAZOURNE (L.), « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », BOISSON de CHAZOURNE (L.), MEHDI (R.), (dir.), *Une société internationale en mutation: quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.19, spéc. p. 24.

⁷⁸³BOISSON de CHAZOURNE (L.), « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », *op. cit.*, p. 33.

les opérateurs privés, s'analyse davantage en un rhizome⁷⁸⁴. En botanique, le rhizome est une tige souterraine ordinairement horizontale, qui s'allonge en poussant soit des rameaux, soit des feuilles à l'une de ses extrémités tandis qu'elle se détruit par l'autre⁷⁸⁵. Les acteurs, au travers des règles de conduite, forment un ensemble complexe de règles en interaction avec d'autres foyers normatifs⁷⁸⁶. Selon un auteur : « *L'élaboration des règles de conduite est comparable à cette image du végétal se développant sous terre pour en définitive se révéler plus étendu et vivace qu'il n'y paraît en surface* »⁷⁸⁷. Ce dernier conclut : « *L'organisation du réseau ne se résume pas à un unique tronc de règles hiérarchisées* »⁷⁸⁸, mais plutôt à une multitude de règles de conduite issues de nombreuses racines et capables d'engendrer la grande variété de situations présentes sur Internet⁷⁸⁹.

Les Etats partagent donc désormais partiellement leur souveraineté avec les acteurs privés à travers un droit négocié caractérisé par sa relativité, son hétérogénéité ainsi que sa fluidité⁷⁹⁰. Se met alors en marche un processus pluraliste du droit qui s'appuie tant sur l'action des Etats que sur celle des acteurs privés. Ces règles s'intègrent de deux façons au sein de l'ordonnement juridique : l'instrument contractuel et l'œuvre prétorienne⁷⁹¹. Par le lien contractuel, les normes deviennent source d'obligations⁷⁹². C'est l'émergence du contrat en tant qu'instrument de régulation.

B. LE CONTRAT EN TANT QU'INSTRUMENT DE REGULATION

Alors que le droit s'internationalise de plus en plus⁷⁹³, le contrat « *s'impose comme l'outil de régulation par excellence des rapports juridiques* »⁷⁹⁴. Il est l'expression d'une forme de privatisation du droit qui résulte de l'effacement du rôle de l'Etat au profit de régulations

⁷⁸⁴ AMBLARD (P.), *Régulation de l'Internet. L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Namur, CRID, Bruxelles, Bruylant, 2004, spéc. p.14.

⁷⁸⁵ *Le nouveau petit Littré*, Garnier, 2009.

⁷⁸⁶ *Ibidem*.

⁷⁸⁷ *Ibidem*.

⁷⁸⁸ *Ibidem*.

⁷⁸⁹ *Ibidem*.

⁷⁹⁰ AMBLARD (P.), *Régulation de l'Internet. L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, *op. cit.*, p.15.

⁷⁹¹ *Idem*, p. 18.

⁷⁹² *Ibidem*.

⁷⁹³ Voir MORAND-DEVILLER (J.), BENICHOT (J.-C.), (dir.), *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit international de l'environnement*, IRJS éditions, 2010.

⁷⁹⁴ HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme juridique », LEWKOWICZ (G.), XIFARAS (M.), (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2001, p. 221.

privées ou de formes de co-régulations⁷⁹⁵. Un instrument de régulation a vocation à rechercher un équilibre, une constante au sein d'un système⁷⁹⁶. Le professeur Jacques Chevallier distingue deux modèles de régulation : un modèle de régulation privée fondé sur le contrat et un modèle de régulation publique fondé sur la loi⁷⁹⁷. Le premier est ce que l'auteur qualifie de « *régulation horizontale* », résultant d'un accord de volonté⁷⁹⁸. Le second est un modèle de « *régulation verticale* » résultant, selon les termes de ce dernier, de l'« *imposition des règles* »⁷⁹⁹. Pour cet auteur, le contrat apparaît comme un des instruments de la régulation sociale⁸⁰⁰. Il appartient à ce droit de régulation dont il est un instrument privilégié. A cet égard, les règles publiques et privées doivent être considérées non comme des obstacles, mais comme autant de ressources avec lesquelles il est possible de jouer⁸⁰¹. Cela conforte également l'idée en vertu de laquelle en l'absence de règles publiques, les acteurs sont capables d'inventer eux-mêmes les règles dont ils ont besoin⁸⁰². La *soft law* peut servir de jalon à cet instrument normatif, à la lumière des affirmations du professeur Abi-Saab en droit international public « *Elle explore et défriche les nouvelles aires d'expansion de la réglementation juridique, (...) articulant l'intérêt ou la valeur commune qui lui sert de but et d'objectif et traçant les lignes générales qu'elle doit suivre (...) la soft law sert ainsi de curseur et de locomotive dynamique au processus cumulatif du développement du droit et jalonne ses étapes à travers la zone grise* »⁸⁰³. L'intégration de la *soft law* au droit positif peut ainsi s'effectuer par le recours au contrat auquel tout droit interne reconnaît une certaine validité car il confère à toute norme consacrée par lui, le statut d'obligation contractuelle reconnue par la dogmatique juridique.

Le contrat d'Etat doit être appréhendé comme un outil de régulation juridique au sein de ce contexte normatif pluriel. Il doit à cet égard se poser en instrument coordinateur de normes de sources diverses, devant être organisées et articulées autour de lui et par lui. Il doit être le

⁷⁹⁵ *Ibidem* ; ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoires de la philosophie du droit et de l'Etat*, 2^{ème} édition, L.G.D.J, 2004, p. 257.

⁷⁹⁶ Le système s'entend alors comme un ensemble d'éléments en relation d'interdépendance et formant un tout.

⁷⁹⁷ CHEVALLIER (J.), « Contractualisation et régulation », *op. cit.*, pp. 83-84.

⁷⁹⁸ *Ibidem*.

⁷⁹⁹ *Ibidem*.

⁸⁰⁰ CHEVALLIER (J.), « Contractualisation et régulation », *op. cit.*, p. 85.

⁸⁰¹ Voir de telles affirmations en matière de responsabilité sociale d'entreprise : COCHOY (F.), « La responsabilité sociale de l'entreprise comme représentation de l'économie et du droit », *Droit et société*, 65/2007, p. 91.

⁸⁰² *Ibidem*.

⁸⁰³ ABI-SAAB (G.), « Eloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain ». *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*. Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 59, spéc. p. 65.

point central, dans le pluralisme juridique ambiant. En ce sens, il tend à être un instrument efficace de mise en œuvre du développement durable.

CONCLUSION

En droit international des affaires, le développement durable est l'objet et le fruit de normativités différentes. La majeure partie des instruments issus de la communauté des Etats ou des opérateurs privés du commerce et dédiés à ce principe en tant que tel sont catégorisés comme relevant de la *soft law* et sont considérés comme n'ayant aucune valeur juridique intrinsèque. Il nous semble cependant que ce déni sied mal avec le contexte normatif pluriel particulièrement marqué au sein de cette matière. En effet, ne pas écarter d'emblée la juridicité d'une règle est une conséquence du pluralisme juridique et de l'internormativité qui font le droit du commerce international.

Au demeurant, la réalité actuelle montre que l'apparition de nouveaux phénomènes économiques et sociaux s'accompagne de procédés juridiques novateurs. A cet égard, l'exemple d'internet est probant et le développement durable se situe dans un tel cas de figure. Face aux évolutions du droit, le contrat d'Etat apparaît comme un instrument régulateur. Effectivement, les sources classiques de production du droit côtoient des mécanismes moins classiques et au-delà de la question de la juridicité intrinsèque d'une norme, doit en réalité se poser celle de son application. En ce sens, le contrat d'Etat doit être considéré comme étant le vecteur d'un certain pluralisme juridique⁸⁰⁴. C'est ainsi que la pluralité des règles juridiques qui le régissent doit nous inciter à voir en matière de développement durable un creuset de normes devant être organisées autour de lui et par lui. Au regard de ces éléments, un tel instrument doit être reconsidéré, repensé et reconstruit.

⁸⁰⁴BELLEY (J.-G.), « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », GERARD (P.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), (dir.), *Droit imposé, droit négocié ?*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 353.

CHAPITRE 2. LA CONSECRATION DU CONTRAT D'ETAT EN TANT QU'INSTRUMENT NORMATIF SINGULIER

Reconstruire le développement⁸⁰⁵ nécessite de repenser le contrat d'Etat à l'aune des impératifs du développement durable. En effet, ce contrat nous apparaît comme étant l'outil de régulation par excellence des rapports juridiques entre Etats hôtes et firmes internationales. Il est en fin de compte l'instrument normatif qui va organiser ces relations, au-delà des débats relatifs aux droits qui lui sont applicables. Il nous semble que c'est principalement par le contrat et à travers lui que doit être élaborée la stratégie juridique tendant au développement durable. En conséquence, les moyens des interactions entre contrats d'Etat et développement durable résident dans une acception renouvelée du contrat d'Etat, à la lumière du développement durable.

Cette réalité nécessite que cet instrument juridique soit à nouveau pensé et qu'il soit refondé « dans le corps et l'esprit ». Selon le professeur Guy Feuer, en droit international, à l'encontre d'une conception neutre et formelle du droit telle qu'elle a toujours existé, la situation toujours plus complexe des pays en voie de développement oblige les juristes à se poser la question de la réintroduction de l'éthique dans la pensée et au sein de l'activité juridiques, en particulier dans le droit régissant l'action internationale pour le développement⁸⁰⁶. Cette éthique est celle de la justice et de l'équité⁸⁰⁷. L'auteur se pose la question de savoir si l'ensemble normatif qui régit ces rapports remplit la mission qui lui est ainsi dévolue et respecte les exigences dictées par la conscience et la raison⁸⁰⁸. Ces observations nous paraissent naturelles et ont d'autant plus de force que le développement n'est pas un but que l'on doit assigner au contrat d'Etat. Il en est la finalité même.

Cependant, comme nous avons pu le voir précédemment, le respect de ces exigences ne se fait pas naturellement au sein des contrats d'Etat, nous pouvons même dire qu'il leur fait

⁸⁰⁵FEUER (G.), Fédération internationale des universités catholiques, *Reconstruire un droit international pour le développement*, Fédération internationale des universités catholiques, 2008.

⁸⁰⁶*Ibidem*.

⁸⁰⁷Attribué au latin *aequitas* (égalité-équité), *aequus* (égal), qui signifie égal, équitable, ou autrement au grec *epikeia* (équité), le mot équité dans notre acception, renvoie à l'idée de justice fondée sur l'égalité. Cette justice peut être commutative dans le sens où elle commande de traiter de façon égale des choses égales. Mais elle peut également être distributive. En ce sens, elle induit de traiter de façon inégale des choses inégales afin de rétablir l'égalité ; CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Equité », Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} édition, 2011 ; JARROSSON (C.), TESTU (F.-X.), « Equité », ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 635.

⁸⁰⁸*Ibidem*.

cruellement défaut. A cet égard, ces impératifs que doit incarner le développement durable doivent exister sous la forme de stipulations contractuelles. C'est là tout l'intérêt que présente le processus de contractualisation que nous étudierons et dont il sera question en la matière. De ce fait, repenser le contrat d'Etat nécessite que soient réaffirmés les principes qui font son essence (**Section 1**) et que ces derniers soient réintroduits dans sa substance à travers le procédé de contractualisation (**Section 2**). Cela permet de mettre en exergue l'idée en vertu de laquelle le contrat d'Etat se situe entre *l'invisible et le visible*⁸⁰⁹, c'est à dire entre l'implicite et l'explicite, entre ce qui doit être sous-tendu au travers de cette relation contractuelle particulière et ce qui doit être affirmé.

SECTION 1. LA NECESSITE DE REPENSER L'ESSENCE DU CONTRAT D'ETAT A L'AUNE DES IMPERATIFS DU DEVELOPPEMENT DURABLE

En droit français, selon des auteurs : « *Lorsque le contrat ne se contente plus d'être un simple outil d'échange mais devient un instrument normatif, la mutation la plus profonde tient peut être à la nature des volontés qui en constituent le socle. Il procède moins d'un échange de consentements croisés, porteurs d'intérêts opposés, que de la recherche d'un "consensus", c'est-à-dire un ensemble de volontés parallèles qui tendent vers une même fin* »⁸¹⁰. Nous ajouterons à cette affirmation, l'analyse du sociologue Emile Durkheim en vertu de laquelle « *tout n'est pas contractuel dans le contrat* »⁸¹¹. C'est en vertu de ces différentes dialectiques que nous concevrons l'essence du contrat d'Etat à l'aune des impératifs de développement durable. Par cette interaction, resurgissent au sein de ce contrat l'idée de justice contractuelle auparavant sous-tendue par la référence au développement (**Paragraphe 1**) et la perception du contrat d'Etat en tant qu'institution (**Paragraphe 2**).

⁸⁰⁹Cette expression est tirée d'une analyse faite par le professeur Mustapha Mekki sur le contrat en droit privé français. Voir MEKKI (M.), « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz 2008, p. 323.

⁸¹⁰CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'heure de la contractualisation », CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), *La contractualisation de la production normative, op. cit.*, p. 3, spéc. p. 35.

⁸¹¹DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, PUF, 1960, p. 289.

PARAGRAPHE 1. LA RESURGENCE IMPERATIVE D'UNE IDEE DE JUSTICE CONTRACTUELLE

L'idée de justice contractuelle qui doit commander en matière de développement durable et de contrats d'Etat repose tout d'abord sur la quête d'un intérêt général qui est supérieur aux intérêts antagonistes des parties et qui réside dans la finalité du contrat d'Etat (A). Elle est également fondée sur la recherche d'un équilibre contractuel entre les divers intérêts en présence (B).

A. LA RECHERCHE DE L'INTERET GENERAL

Le contrat d'Etat doit échapper à une logique économique pure soumise aux seules lois du marché, dans un phénomène décrit en ces termes : « *Pour d'aucuns, hormis les cas de défaillances des marchés (monopole naturel, effets externes, biens publics,...), le libre jeu de la concurrence et des marchés est supposé assurer seul, spontanément et partout, une correspondance étroite et immédiate entre intérêts individuels (qui restent intacts, c'est-à-dire "exclusivement individuels") et l'intérêt général (au singulier, c'est-à-dire implicitement (...) planétaire). Dans un tel monde de "laisser faire" et de "laisser passer", généralisés et sans problèmes, l'espace socio-économique apparaît comme une "géographie" parfaitement neutre et transparente, inondé par un marché à la fois unique et autorégulateur. L'idée de "recherche de l'intérêt général", comme celle de "modes de prise en compte de l'intérêt général" ne trouve aucun support conceptuel dans cette dichotomie, abstraite et trop rigide, entre intérêt individuel et intérêt général* »⁸¹².

Selon le professeur Guy Feuer, la base d'un droit juste, équitable et effectif, c'est l'idée d'intérêt général telle que l'ont conçue les juristes depuis des siècles⁸¹³. Elle permet la recherche de l'intérêt de toutes les fractions de la société, tant au plan national qu'à l'échelle internationale⁸¹⁴. En matière de développement durable, les contrats d'Etat doivent pouvoir être appliqués avec efficacité, mais ils ne peuvent l'être que s'ils visent un intérêt général et

⁸¹²MONNIER (L.), THIRY (B.), (dir.), *Mutations structurelles et intérêt général. Vers quels nouveaux paradigmes pour l'économie publique, sociale et coopérative ?*, De Boeck université, 1997, p. 17.

⁸¹³FEUER (G.), Fédération internationale des universités catholiques, *Reconstruire un droit international pour le développement*, loc. cit.

⁸¹⁴*Ibidem*.

des exigences de justice que l'on ne devrait en aucun cas ignorer ou écarter⁸¹⁵. En effet, ce principe révèle une dynamique des contrats d'Etat qui doit être tournée vers la recherche d'un intérêt général supérieur aux parties et qui serait inhérent à ce type de contrat. Cette quête confère à ces instruments normatifs une certaine dimension. Ils deviennent un outil qui se met à l'échelle d'une collectivité⁸¹⁶. Cet intérêt général ne doit cependant pas nier les intérêts des parties au contrat. C'est ainsi que la quête de l'intérêt général doit s'accompagner de la recherche d'un équilibre contractuel.

B. LA RECHERCHE D'UN EQUILIBRE CONTRACTUEL

La question de l'équilibre contractuel entre les parties au contrat d'Etat est importante⁸¹⁷. En effet, face à des intérêts divergents, cet instrument juridique doit être appréhendé dans le but de trouver un juste milieu entre l'intérêt supérieur du contrat et celui des parties contractantes.

A cet égard, nous pensons que le droit international du développement fournit deux principes d'importance à la lumière desquels cet équilibre peut être recherché et mesuré. Il s'agit des principes d'égalité et de solidarité⁸¹⁸. En droit international du développement, ces principes ont été revus sous l'éclairage de la notion d'équité⁸¹⁹.

En droit international du développement, le principe d'égalité postule l'instauration de règles distributives, adaptées à la réalité de chacun. Cette idée d'égalité est liée à celle de solidarité. Selon les professeurs Hervé Cassan et Guy Feuer, le principe de solidarité relève davantage de l'éthique et de la morale ainsi que des nécessités matérielles⁸²⁰. Il sous-tend l'idée de coopération.

⁸¹⁵Cette affirmation, appliquée à notre sujet, tire sa substance des propos du professeur Guy Feuer en matière de droit international. Voir FEUER (G.), Fédération internationale des universités catholiques, *Reconstruire un droit international pour le développement*, loc. cit.

⁸¹⁶Ces termes ont été empruntés au doyen Savatier et proviennent d'une analyse que ce dernier avait faite en son temps du contrat de droit civil. En effet, selon l'auteur, le contrat de droit civil devient un « *contrat nouveau qui se met partout à l'échelle d'une collectivité ; il tend à se mettre à l'échelle de la nation, à celle de l'Europe, et virtuellement, à celle de l'humanité entière* », SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Première série : *Panorama des mutations*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1964, p. 34.

⁸¹⁷LALIVE (J.-F.), « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées : « développements récents », *RCADI*, volume 181, 1983, p. 37 et s., p. 172.

⁸¹⁸*Ibidem*.

⁸¹⁹FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Dalloz, 1991, p. 28.

⁸²⁰*Idem*, p. 34.

Ces principes fondamentaux du droit international du développement doivent être déclinés à l'échelle contractuelle et constituer l'essence des contrats d'Etat. En conséquence, ces instruments particuliers doivent avoir pour fonction impérative la recherche de l'utile et du juste qui sont les fonctions du contrat, selon une analyse développée par le professeur Jacques Ghestin en droit privé français⁸²¹. Nous trouvons dans l'étude menée par cet auteur, mais dans un autre domaine que le nôtre, des éléments sur lesquels nous nous appuyons pour fonder certains de nos développements. En effet, d'après ce dernier : « *Dans notre système juridique actuel de droit privé, le contrat, créateur de normes juridiques et instrument privilégié des échanges ou des services à titre onéreux, peut être caractérisé en tant que catégorie juridique par l'accord des volontés, qui en est l'élément subjectif essentiel et par l'utile et le juste qui en sont ses finalités objectives* »⁸²². A ce titre, le contrat doit être conforme à ses finalités objectives : l'utile et le juste. De la finalité d'utilité sociale se déduisent les principes subordonnés de sécurité juridique et de coopération. De la finalité de justice contractuelle se déduit la recherche de l'égalité des prestations par le respect d'une procédure contractuelle effectivement correcte et équitable⁸²³. Pour le professeur Ghestin, la justice peut en effet être comprise comme la vertu morale qui impose le respect absolu des droits d'autrui⁸²⁴. En ce sens, selon l'auteur, elle doit régir les liens que les individus établissent entre eux du fait même de leur vie en société et tout particulièrement des contrats. Au demeurant, la prise en compte de la justice-solidarité justifie un devoir de coopération qui peut être relié à l'utilité sociale du contrat⁸²⁵. Etudier les fonctions du contrat tend à insister sur l'idée qu'il s'agit d'un moyen au service d'une fin, la partie d'un tout qui le dépasse et auquel, en même temps, il contribue. Cela explique le fait que « *tout n'est pas contractuel dans le contrat* »⁸²⁶.

Pour le professeur Ghestin, il faut rétablir dans les contrats un idéal de justice commutative. Sur le plan juridique, la justice commutative⁸²⁷ s'accommode d'une simple équivalence relative des prestations échangées⁸²⁸ : « *Chacun cède ou promet pour obtenir lui-même. Un bien ne sort de mon patrimoine, de mon activité ne se met au service d'autrui, je n'assume*

⁸²¹GHESTIN (J.), « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables. Rapport de synthèse », *La relativité du contrat*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome IV, L.G.D.J., 2000, p. 223, spéc. p. 255.

⁸²²*Ibidem*.

⁸²³*Ibidem*.

⁸²⁴*Idem*, p. 223.

⁸²⁵*Idem*, p. 249.

⁸²⁶DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, loc. cit.

⁸²⁷GHESTIN (J.), « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables. Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 249.

⁸²⁸*Ibidem*.

une obligation quelconque que parce qu'une valeur correspondante m'est actuellement fournie, ou, ce qui revient au même, m'est promise, et qu'ainsi un dédommagement vient rétablir l'intégrité première de mon patrimoine. En sorte que si (...) nous pénétrons à l'intérieur du contrat (...) c'est un principe de justice commutative que dès l'abord nous rencontrons »⁸²⁹. Pour le professeur Ghestin, à titre d'exemple, le principe de sécurité des transactions relève de la justice commutative. C'est le cas également de la remise en cause de cette sécurité, si le déséquilibre a dépassé certaines limites ou s'il y'a eu fraude.

C'est par le contrôle de la rectitude effective de la procédure contractuelle que la justice commutative sera effectuée⁸³⁰. L'instrument effectif de ce contrôle est la bonne foi, cela de la négociation à l'exécution du contrat, tant en France que dans d'autres pays⁸³¹. La bonne foi concourt ainsi à l'utilité économique du contrat⁸³².

La recherche d'une égalité par les parties doit également être assurée par celle d'une justice distributive : « *La justice distributive consiste à remettre à chacun la part qui lui revient, selon la nature, diront les uns, selon les impératifs sociologiques ou selon la volonté de l'Etat, diront les autres. Il ne s'agit plus ici, d'assurer le jeu d'une procédure contractuelle correcte et équitable, garantie d'un résultat également correct et équitable, mais de substituer à celui-ci un résultat tenu objectivement pour juste* »⁸³³. Au sein des contrats de coopération, de telles finalités s'imposent avec d'autant plus d'acuité⁸³⁴. Il y aurait, dès lors, un renouveau du devoir de coopération induisant la recherche de l'utile, du juste et de la solidarité⁸³⁵.

Le professeur Ghestin reconnaît que l'appréciation de ce qui est « *conforme à la justice distributive* » relève du droit positif⁸³⁶. C'est-à-dire concrètement par les autorités compétentes pour édicter celui-ci. Le risque présenté est celui de voir ces autorités fausser le jeu naturel de

⁸²⁹GOUNOD (E.), *Le principe d'autonomie de la volonté*, thèse, 1912, pp. 358-359, cité par Jacques Ghestin, GHESTIN (J.), « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables. Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 223, spéc. p. 250, note de bas de page 96.

⁸³⁰*Idem*, p. 253.

⁸³¹*Idem*, pp. 252-254 ; LOUSSOUARN, (Y.), « Rapport de synthèse », *la bonne foi*, Travaux de l'association Henri Capitant, Litec, 1994, p. 7.

⁸³²GHESTIN (J.), « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables. Rapport de synthèse », *La relativité du contrat*, *op. cit.*, p. 254.

⁸³³*Ibidem*.

⁸³⁴*Ibidem*.

⁸³⁵*Ibidem*.

⁸³⁶*Ibidem*.

la procédure contractuelle au profit d'intérêts catégoriels, jugés de façon plus ou moins arbitraire, plus dignes de protection que d'autres⁸³⁷.

Cette démonstration nous livre certains éléments permettant de justifier le fait qu'au regard des préoccupations de développement durable, le contrat d'Etat doit être conçu dans son essence comme étant objectivement un outil à la recherche de l'utile et du juste. A ce titre, l'utilité peut être regardée comme étant économique, sociale, voire environnementale⁸³⁸. De la finalité d'utilité économique et sociale, se déduisent les principes de sécurité juridique et de coopération. La coopération doit être comprise, ici, dans le sens de préférer un résultat collectif à un gain individuel. Elle provient de l'idée de solidarité qui est un principe fondamental du droit international du développement. Selon l'analyse faite par le professeur Ghestin appliquée à notre sujet, la prise en compte de la justice-solidarité justifie un devoir de coopération qui peut être relié à l'utilité économique, sociale, environnementale du contrat⁸³⁹. Au regard des contrats d'Etat, la coopération exprime de plus en plus l'idée de partenariat⁸⁴⁰. En conséquence, le principe de coopération doit, en la matière, sous-tendre les idées de solidarité et de partenariat.

Les idées de justice commutative et distributive relèvent de la finalité de justice poursuivie par les contrats d'Etat. La justice commutative s'entend d'une équivalence relative des prestations échangées. En matière de contrats d'Etat et de développement durable, le même raisonnement que celui du professeur Ghestin en droit privé peut être tenu. Ainsi, selon l'auteur, le principe de sécurité des transactions relève de la justice commutative⁸⁴¹. C'est également le cas de la remise en cause de cette sécurité si le déséquilibre a dépassé certaines limites ou bien s'il y a eu fraude⁸⁴².

⁸³⁷*Ibidem*.

⁸³⁸Selon la définition que nous avons posée du terme « environnement », voir nos développements *supra*, Introduction, p. 24.

⁸³⁹GHESTIN (J.), « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables. Rapport de synthèse », *op. cit.*, spéc. p. 249.

⁸⁴⁰FEUER (G.), Fédération internationale des universités catholiques, *Reconstruire un droit international pour le développement*, *loc. cit.* ; OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice, 2002 ; LALIVE (J.-F.), « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées : développements récents », *RCADI*, volume 181, 1983.

⁸⁴¹GHESTIN (J.), « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables. Rapport de synthèse », *loc. cit.*

⁸⁴²*Ibidem*.

C'est par le contrôle de la rectitude effective de la procédure contractuelle que la justice commutative sera effectuée⁸⁴³. L'instrument de mesure de ce contrôle est la bonne foi, de la négociation à l'exécution du contrat⁸⁴⁴. Il est important de rappeler que cette bonne foi participe à la fonction d'utilité économique du contrat⁸⁴⁵.

L'idée de justice distributive consiste à remettre à chaque partie la part qui lui revient. En matière de contrats d'Etat, elle est fondée sur le principe d'égalité qui doit être compris à travers la notion d'équité. Celle-ci doit être vue comme un idéal de justice tendant à rétablir un équilibre. La fonction de justice distributive commande notamment de traiter de façon inégale des choses égales afin de parvenir à une réelle égalité.

La question qui se pose est celle de savoir de qui relève l'appréciation de ce qui est conforme à la justice distributive. Rappelons que pour le professeur Ghestin, en droit privé français, cela est de la compétence du droit positif⁸⁴⁶. Ce dernier entend par là les autorités compétentes pour édicter celui-ci⁸⁴⁷. Au regard des contrats d'Etat, nous pensons que ce pouvoir appartient aux parties contractantes. Il peut être dévolu par elles au juge ou à l'arbitre si cette appréciation est source de litige. Les fonctions ainsi attribuées aux contrats d'Etat doivent justifier la refondation de l'essence de ces derniers à la lumière des impératifs de développement durable, d'autant que ces conventions ont une valeur institutionnelle.

PARAGRAPHE 2. LA RECONNAISSANCE IMPERATIVE DE LA VALEUR INSTITUTIONNELLE DU CONTRAT D'ETAT

La particularité des contrats d'Etat tend à leur conférer une valeur institutionnelle dont il convient d'exposer les fondements (A) et qu'il importe de reconnaître impérativement. En effet, certaines conséquences résultent de cette singularité (B).

⁸⁴³ *Idem*, p. 253.

⁸⁴⁴ *Idem*, pp. 252-254; LOUSSOUARN, (Y.), « Rapport de synthèse », *la bonne foi*, Travaux de l'association Henri Capitant, Litec, 1994, p. 7.

⁸⁴⁵ GHESTIN (J.), « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables. Rapport de synthèse », *La relativité du contrat*, *op. cit.*, p. 254.

⁸⁴⁶ *Ibidem*.

⁸⁴⁷ *Ibidem*.

A. LES ELEMENTS FONDANT LA VALEUR INSTITUTIONNELLE DES CONTRATS D'ETAT

En un sens général, l'institution désigne les éléments constituant la structure juridique de la réalité sociale en tant qu'ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité⁸⁴⁸. Ainsi, le *Vocabulaire juridique* du professeur Gérard Cornu cite en tant qu'exemples, le mariage, la propriété, le contrat, l'entreprise qui sont les institutions fondamentales des sociétés individualistes et libérales⁸⁴⁹. En droit privé français, cette théorie est surtout utilisée afin de rendre compte du phénomène de la personnalité morale (sociétés, associations, fondations, syndicats) qui, par contraste avec les instruments techniques habituellement utilisés comme le contrat, se caractérise par l'accent mis sur le facteur de durée, le rôle spécifique des volontés des participants à la fondation et à la vie de l'institution⁸⁵⁰. A ce titre, contrat et institution sont souvent opposés. Cela est par exemple le cas en droit de la famille ou en droit des sociétés.

Le contrat d'Etat a une valeur institutionnelle dans le sens où il offre un cadre juridique à la réalité économique que constitue l'ensemble des relations contractuelles entre Etats hôtes et sociétés privées étrangères. Ces rapports juridiques sont organisés dans une certaine pérennité au sein desquelles les idées d'équilibre, de stabilité et de permanence sont prépondérantes. Au demeurant, l'accent est mis sur le rôle spécifique joué par la volonté des contractants au regard de l'objectif à atteindre. Selon le professeur Mustapha Mekki, en droit privé français, l'institutionnalisation du et par le contrat permet de percevoir derrière et au dessus de lui, la création d'une relation, d'une situation stable et pérenne⁸⁵¹. Ainsi, « *Institutionnaliser revient à établir un lien qui se distingue de l'acte qui le crée, lien stable qui s'inscrit dans la durée*⁸⁵² ». Cela sous-tend une fonction organisationnelle en ce sens que le contrat tend à organiser, régir et réguler des relations, que ces dernières soient personnelles ou économiques. Il offre de cette façon un cadre particulier au monde des affaires.

⁸⁴⁸CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Institution », Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} édition, 2011.

⁸⁴⁹*Ibidem.*

⁸⁵⁰*Ibidem.*

⁸⁵¹MEKKI (M.), « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), *La contractualisation de la production normative*, op. cit., p. 323, spéc. p. 330.

⁸⁵²*Ibidem.*

Le contrat d'Etat a constitué pendant de nombreuses années le cadre juridique exclusif des relations contractuelles entretenues entre Etats d'accueil de l'investissement et sociétés internationales. Effectivement, c'est dans le vide et les carences des législations en vigueur qu'a été organisé cet instrument par le biais, le cas échéant, de techniques contractuelles novatrices, nées des nécessités de l'époque. En conséquence, « *sont apparus de nombreux types nouveaux de contrats, relevant d'une typologie complexe et qui défient l'imagination et l'analyse des juristes et des opérateurs du commerce international* »⁸⁵³. Aujourd'hui, cette réalité n'est que très faiblement atténuée par l'apparition au sein des ordres juridiques internes de codes spécialisés tels que les codes de l'investissement ou encore par exemple les codes miniers ou pétroliers. Au demeurant, l'émergence d'accords internationaux sur l'investissement ne remet pas non plus en cause cet état du droit. De ce fait, le contrat d'Etat assume aujourd'hui une fonction normative dont provient sa fonction institutionnelle. Selon le professeur Alain Supiot, la relative émancipation du contrat de la loi de l'Etat et donc, de l'Etat lui-même, amène les contrats et les contraint à se charger par eux-mêmes de problématiques, dont ils « *dépouilleraient* » la loi⁸⁵⁴. En ce sens, le contrat d'Etat est un outil de régulation qui acquiert une fonction « législative », voire « réglementaire ». Il se substitue à l'acte unilatéral qui est l'acte érigé par la seule autorité étatique et qui s'impose à tous. Ces éléments justifient la valeur institutionnelle des contrats d'Etat dont découlent certaines conséquences juridiques.

B. LES CONSEQUENCES DE LA VALEUR INSTITUTIONNELLE DES CONTRATS D'ETAT

La valeur institutionnelle du contrat d'Etat induit le fait qu'il existerait de façon implicite et au-delà de la volonté des parties, des obligations imposées au regard de l'utilité du contrat⁸⁵⁵. Ainsi, le développement durable renforce cette valeur en posant des obligations qui seraient inhérentes à ce type de contrat. En conséquence, la valeur institutionnelle du contrat d'Etat

⁸⁵³LALIVE (J.-F.), « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées : développements récents », *RCADI*, volume 181, 1983, p. 165. Voir également, p. 170 et s.

⁸⁵⁴SUPIOT (A.), « La relativité du contrat en questions. Conclusion générale », *La relativité du contrat*, *op. cit.*, p. 183.

⁸⁵⁵Nos développements sont tirés d'une analyse faite du contrat en droit privé français par le professeur Mustapha Mekki. Voir MEKKI (M.), « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », *op. cit.*, p. 323, spéc. p. 324.

n'est pas synonyme de liberté mais d'une nouvelle contrainte⁸⁵⁶. Au demeurant, elle sous-tend de voir ce contrat, « *comme un instrument qui ne réalise pas une appréhension du futur dans le présent, mais une projection du présent dans le futur* »⁸⁵⁷. Cela emporte le fait qu'à la lumière du développement durable, l'acte est capable de s'adapter à son environnement extracontractuel et s'inscrit dans la durée au prix d'une certaine flexibilité. Les normes internes de la relation contractuelle doivent être harmonisées avec celles du contexte extracontractuel, en l'occurrence les exigences de développement durable. Il faut pour cela refonder la substance du contrat à l'aune du principe, cela est possible à travers la contractualisation des règles de mise en œuvre de ce principe.

SECTION 2. LA NECESSITE DE REFONDER LA SUBSTANCE DU CONTRAT D'ETAT A L'AUNE DU DEVELOPPEMENT DURABLE

L'existence d'un phénomène de contractualisation en droit international est un moyen de refonder la substance des contrats d'Etat à l'aune du développement durable (**Paragraphe 1**). Au demeurant, un tel processus permet la mise en œuvre du développement durable au sein des contrats d'Etat (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1. L’AFFIRMATION D’UN MOUVEMENT DE CONTRACTUALISATION EN DROIT INTERNATIONAL COMME MOYEN DE REFONDATION DU CONTRAT D’ETAT

La contractualisation désigne l'importance croissante du rôle de la convention en droit. Si ce phénomène peut s'analyser comme étant relativement récent en droit interne, il a toujours existé en droit international. Il est notamment la règle en droit international des affaires. Toutefois, ce processus toujours en mouvement, qui se pérennise dans ces deux derniers domaines, s'accompagne de changements qui offrent des perspectives de mutations particulières qu'il convient de dévoiler. Au regard de cela, mettre le mouvement de contractualisation au cœur de nos réflexions sur les contrats d'Etat et le développement

⁸⁵⁶Pour une telle analyse en droit privé français, voir JAMIN (C.), « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, p. 183, spéc. n°350 et s., p. 194 et s.

⁸⁵⁷Selon l'expression appliquée aux contrats de droit civil de Louise Rolland, ROLLAND (L.), « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », *Revue de droit de Mc Gill* 1999, p. 903, spéc. p. 932. Cet article est consultable à l'adresse suivante : <http://lawjournal.mcgill.ca/documents/44.Rolland.pdf>, consulté le 6 novembre 2010.

durable permet de révéler une évolution inexorable de la dialectique entre ces deux éléments, qui justifie de voir le contrat d'Etat se doter de certaines qualités. La contractualisation permet de justifier la refondation et la reconstruction substantielle des contrats d'Etat. Cela nécessite de percevoir toutes les implications de ce processus. En ce sens, la réalité du phénomène en droit français nous offre des éléments cruciaux, permettant de comprendre celle des contrats d'Etat à l'aune des impératifs du développement durable. En conséquence, en guise de méthode, exposer le mouvement de contractualisation en droit français (A), nous permet de mieux situer, comprendre et appréhender les contours d'un tel phénomène en droit international (B).

A. L'ESSOR DU MOUVEMENT DE CONTRACTUALISATION EN DROIT FRANÇAIS

En droit interne, le terme de « contractualisation » renvoie à deux significations : il est tantôt utilisé pour élargir le champ d'application de la notion de contrat, tantôt pour enrichir son contenu⁸⁵⁸. Dans une première perspective, la contractualisation rend compte de l'intrusion et du rôle croissant du contrat, ou de façon plus large de la convention, en tant qu'accord de volontés en vue de produire des effets juridiques⁸⁵⁹. « *Le contrat investit des domaines de la vie sociale qui étaient traditionnellement regardés comme échappant au libre jeu des volontés privées pour être soumis à des règles impératives, et pour relever de décisions unilatérales de la personne publique ne supposant pas l'accord des intéressés* »⁸⁶⁰. Dans une seconde perspective, « *la contractualisation désigne l'intégration forcée, par la loi ou le juge, notamment par le jeu de l'article 1135 du Code civil, d'obligations ne procédant pas de la volonté des parties* »⁸⁶¹.

Le phénomène de « contractualisation » s'inscrit dans un mouvement d'évolution des modes de production normative⁸⁶². A ce sujet, selon des auteurs en droit français : « *La régulation de*

⁸⁵⁸BUSSEUIL (G.), *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, thèse, L.G.D.J, 2010, p. 21.

⁸⁵⁹*Ibidem*.

⁸⁶⁰*Ibidem*.

⁸⁶¹BUSSEUIL (G.), *Contribution à l'étude du contrat en droit privé européen*, loc. cit.; ANCEL (P.), « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 15, spéc. p. 16.

⁸⁶²De nombreux auteurs ont ainsi constaté une telle évolution de la convention. Voir à ce sujet VASSEUR (M.), « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *RTDC*, 1964, p. 5 ; SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, panorama des mutations*, 1^{ère} série, Dalloz, 1964 ; JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept

la société connaît une profonde mutation caractérisée par un recul du système pyramidal au profit d'un système en réseau. A la décision unilatérale, inscrite dans une relation verticale, est alors préférée la norme contractuelle négociée dans une relation horizontale. La règle de droit imposée par un acte d'autorité est concurrencée par celle issue d'une négociation, produit d'un consensus. A la loi qui enserme l'individu dans des statuts, s'oppose le contrat qui génère des engagements librement consentis par ceux qui y sont soumis»⁸⁶³. Dans le système français, la contractualisation se caractérise notamment par l'apparition d'un recours au contrat au sein de domaines auxquels ce dernier était normalement étranger, écarté par l'application impérative de l'acte unilatéral et l'impossibilité de disposer des droits afférents par le recours à la convention. Il en va ainsi du droit pénal ou encore du droit processuel.

En droit administratif, c'est dans les années 1970 que cette réalité perce dans le discours doctrinal. Le contrat est alors promu au rang d'instrument de formulation de la norme juridique⁸⁶⁴. De cette façon, il devient le dernier maillon de la chaîne normative, destiné à reformuler les obligations légales dans une relation individualisée⁸⁶⁵. La convention apparaît alors là où elle était proscrite et la contractualisation consiste en un recours à la procédure contractuelle en dehors de son domaine traditionnel⁸⁶⁶. Elle réside dans le développement des modes conventionnels de décision dans des domaines dominés jusque là par le seul acte unilatéral⁸⁶⁷. Le contrat devient un instrument d'intervention permettant d'obtenir la collaboration des pouvoirs économiques privés à la réalisation des objectifs de politique économique⁸⁶⁸ et en conséquence, d'instituer des nouveaux modes de coopération entre entités publiques et/ou privées. « *Le contrat est alors l'outil juridique naturel du partenariat qu'il sert à initier et à formaliser* »⁸⁶⁹. C'est l'émergence d'un autre mode de gouvernance :

contractuel », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, II, Vaduz (Liechtenstein), Topos, Paris, E. Duchemin, 1977, p. 333 ; GHESTIN (J.), « La notion de contrat », *Droits*, 1990, n°12, p. 27.

⁸⁶³CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'heure de la contractualisation », *op. cit.*, p. 3.

⁸⁶⁴HOLLEAUX (A.), « Vers un ordre juridique conventionnel », *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, 1974, p. 667.

⁸⁶⁵CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'heure de la contractualisation », *op. cit.*, spéc. p. 17 ; ROCHFELD (J.), « Le PARE et les virtualités du "contrat pédagogique" », *RDC*, 2005/2, p. 257.

⁸⁶⁶CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'heure de la contractualisation », *op. cit.*, p. 5.

⁸⁶⁷*Idem*, p. 8.

⁸⁶⁸*Idem*, p. 5 ; CHEVALLIER (J.), « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions de régulation économique », FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, p. 143, spéc. p. 145.

⁸⁶⁹CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), « Le système juridique français à l'heure de la contractualisation », *op. cit.*, p. 9.

« Le contrat répond à une démarche managériale qui gagne le droit : il permet d'impliquer le destinataire de la norme dans la prise de décision et de contractualiser les objectifs poursuivis »⁸⁷⁰. Subséquemment, le phénomène de contractualisation traduit les signes d'un Etat qui s'efface derrière une action plus modeste⁸⁷¹. Le déclin de cet Etat-providence conduit à un recul des normes prescriptives et contraignantes⁸⁷². De ce fait, ne bénéficiant plus de l'onction de l'intérêt général, la norme juridique doit obtenir l'aval de ses destinataires. « L'essor de la contractualisation renvoie à la recherche d'une légitimité consensuelle, la norme juridique trouvant sa légitimité dans les consentements qui la fondent »⁸⁷³.

Pour Kelsen, le contrat ne peut être confiné à un simple rôle d'application du droit, car il participe à la création de celui-ci⁸⁷⁴. Ainsi, il peut, tout comme la loi, créer des normes et appartenir à l'ordre juridique⁸⁷⁵. A cet égard, la conclusion des conventions apparaît comme une fonction et les individus qui les concluent apparaissent comme des organes de l'ordre juridique au même titre que les organes qui participent à la création de la norme unilatérale⁸⁷⁶.

En droit interne, certains auteurs défendent la thèse en vertu de laquelle il faudrait s'émanciper du processus de production normative qui se conçoit uniquement en termes de domination. A cette conception, doit être substituée celle d'un mode de production normative reposant davantage sur la légitimité et celle-ci ne peut émaner seulement d'un acte unilatéral formellement édicté⁸⁷⁷. L'acte unilatéral désigne la règle édictée unilatéralement par une autorité compétente et qui s'impose à ses destinataires. Cette norme « imposée » s'oppose en ce sens à la norme « négociée » qui est le fruit d'une concertation entre destinataires et destinataires de la norme. Selon des auteurs : « Lorsque sous l'effet de la crise de la Raison juridique, le droit perd de sa transcendance, que sous l'effet de la prolifération des interventions étatiques, le droit perd en stabilité et en généralité, sa légitimité vacille. Dépouillé des valeurs qui en assuraient l'autorité, le droit doit désormais faire la

⁸⁷⁰ *Idem*, p. 23.

⁸⁷¹ *Idem*, p. 22 ; pour une approche différente, qui consiste à voir la contractualisation de la production normative, davantage comme une autre forme de gouvernance qu'un réel effacement de l'Etat souverain, BENYEKHLIF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Editions Thémis, 2008, p. 19.

⁸⁷² CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'heure de la contractualisation », *op. cit.*, pp. 22-23.

⁸⁷³ *Idem*, p. 34.

⁸⁷⁴ KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Ecrits français de droit international*, PUF, 2001, p. 85, spéc. pp. 118-119.

⁸⁷⁵ *Ibidem*.

⁸⁷⁶ *Ibidem*.

⁸⁷⁷ *Ibidem*.

preuve d'une légitimité qui lui était jusqu'alors inhérente. La légitimité ne procède plus de la Raison dont la norme juridique constituerait l'incarnation, elle est conditionnée à la mise en œuvre d'un processus d'élaboration qui garantit son acceptabilité sociale »⁸⁷⁸.

Dans sa thèse consacrée aux techniques conventionnelles de lutte contre les pollutions et les nuisances et de prévention des risques technologiques⁸⁷⁹, Madame Christelle Ballandras-Rozet démontre que la convention peut constituer une alternative à la norme unilatérale en cas d'incomplétude de cette dernière. Il ne s'agit pas de ce fait de substituer ou d'opposer un processus à un autre, mais de faire coexister les foyers de production normative pour davantage d'efficacité⁸⁸⁰.

On assiste aujourd'hui, face aux impératifs de protection de l'environnement, à une véritable inflation législative destinée à élaborer et à mettre en œuvre des règles protectrices et préventives. Toutefois, ce processus n'aurait d'égal que son ineffectivité. Madame Ballandras-Rozet dénombre par exemple, en droit français de l'environnement, le grand nombre d'actes unilatéraux édictés par l'autorité compétente en la matière et qui trouvent leurs limites dans une absence de portée juridique⁸⁸¹. La prolifération de textes affecte le droit dans sa clarté, voire dans sa pertinence. Il en résulte un véritable flou juridique, une opacité, donc une inapplicabilité et une inapplication de la règle. En conséquence, les autorités étatiques ont de plus en plus recours à la norme conventionnelle qui permet à la réglementation en vigueur, parfois trop générale et imprécise, donc ineffective, de se doter d'un relais circonstancié, adapté et efficace, permettant la mise en œuvre de normes qui n'auraient pu l'être autrement. En somme, « *la convention se présente comme un instrument juridique dont le rôle est de suppléer à la réglementation et de compenser ses défaillances. Elle est perçue comme le seul outil juridique palliant les défauts de l'acte unilatéral. Certes, elle n'est pas pour autant exempte de toute imperfection, mais elle offre des spécificités qui sont autant d'atouts favorables à la protection de l'environnement. Son essor est donc inévitable. Cette technique juridique vise à corriger les défauts liés à la mise en œuvre de la seule règle unilatérale et s'inscrit dans une perspective d'efficacité* »⁸⁸². « Elle devient

⁸⁷⁸CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'heure de la contractualisation », *op. cit.*, p. 28.

⁸⁷⁹BALLANDRAS-ROZET (C.), *Les techniques conventionnelles de lutte contre les pollutions et les nuisances et de prévention des risques technologiques*, thèse, Lyon, 2005.

⁸⁸⁰*Idem*, pp. 116-130.

⁸⁸¹*Idem*, pp. 18-19.

⁸⁸²*Idem*, p. 19.

un support juridique incontournable au point d'apparaître comme une référence idéologique »⁸⁸³. Les carences de la norme, palliées par le recours à la convention peuvent également résulter de vides juridiques. En ce sens, le recours à la convention est un procédé idéal car cette dernière est un instrument flexible, souple, permettant de s'adapter à toutes les situations, y compris celles non prévues par l'acte unilatéral.

En somme, l'appel à la convention est usité dans deux cas : d'une part en cas de pléthore et/ou d'imprécision législative et réglementaire, d'autre part, en cas de vides et insuffisances de l'acte unilatéral. Dans le premier cas, la convention coexiste avec l'acte unilatéral et vient en assurer la mise en œuvre. Dans le second, elle existe, indépendamment d'un acte unilatéral inexistant ou silencieux sur une problématique donnée. Les contrats d'Etat se situent à ce titre dans les deux cas de figure.

Cet état du droit affecte la convention dans sa nature, sa valeur ainsi que sa portée. A cet égard, Madame Christelle Ballandras-Rozet souligne tout l'intérêt du recours au procédé conventionnel qui consiste à voir la plupart du temps Etats et personnes privées conclure des accords tendant à protéger les atteintes à l'environnement. Ainsi, selon cette dernière : « *Le droit de l'environnement est essentiellement constitué d'actes unilatéraux, contrairement aux domaines économiques et sociaux (...) au demeurant, la convention est très vite apparue comme un outil juridique permettant d'inciter les Etats au respect de certaines normes utiles pour l'environnement. Elle s'est peu à peu développée en droit interne pour permettre aux pouvoirs publics de collaborer avec les acteurs économiques* »⁸⁸⁴. L'élaboration de la convention participe à la mise en œuvre d'un arsenal juridique à vocation environnementale⁸⁸⁵.

En outre, de façon plus générale, il s'avère que celle-ci a trouvé une place au sein du pluralisme des sources de droit et acquis une juridicité qui parfois, en droit interne, dépasse celle du « simple » principe d'effet relatif des conventions. Cela est notamment lié au rôle spécifique particulier qu'elle joue en tant qu'élément normatif et qui l'affecte dans ses évolutions et transformations. A cet égard, la convention devient davantage que la somme d'intérêts particuliers car elle poursuit un but collectif.

⁸⁸³*Ibidem.*

⁸⁸⁴*Idem*, p. 74.

⁸⁸⁵*Ibidem.*

En matière de protection de l'environnement, l'effectivité du recours à la convention se fait à travers la conclusion de nombreux accords intervenant notamment entre acteurs publics et privés. La convention devient un instrument juridique tendant à mettre en œuvre les politiques publiques, en associant à la fois l'administration et les entreprises décidées à agir en faveur de l'environnement selon des modalités que les unes et les autres définissent d'un commun accord⁸⁸⁶. Elle permet ainsi une « *approche différente des problèmes environnementaux par la recherche de la meilleure adaptation du droit aux intérêts économiques et sociaux en présence. Elle repose sur la négociation des normes que chacune des parties entend mettre en œuvre volontairement* »⁸⁸⁷. L'ordre international est-il sujet à des perspectives d'évolution similaires ?

B. LA CONSECRATION DU MOUVEMENT DE CONTRACTUALISATION EN DROIT INTERNATIONAL

Selon Max Weber, le droit international est avant tout un droit contractuel⁸⁸⁸. Il se révèle en tant qu'ordre de conventions davantage qu'en tant qu'ordre juridique⁸⁸⁹. Il se caractérise par le « *volontarisme* »⁸⁹⁰. La maxime *Pacta sunt servanda* est celle sur laquelle il serait bâti⁸⁹¹. En droit international, la volonté ne s'exprime pas juridiquement dans les mêmes termes qu'en droit interne. Elle est prépondérante, omniprésente, voire omnisciente.

Pour le professeur Pierre-Marie Dupuy, le droit international se caractérise par un phénomène multiforme d'équivalence normative⁸⁹². L'auteur entend par cette affirmation le fait que toutes les règles de droit international sont le fruit de la volonté des Etats, celles-ci sont donc équivalentes en ce sens qu'aucune ne peut prétendre à une valeur plus élevée que l'autre. Le

⁸⁸⁶ *Idem*, pp. 53-54. Madame Ballandras-Rozet souligne également le fait que ces procédés conventionnels d'un genre nouveau ont su en droit interne s'assouplir des butoirs juridiques classiques qui se posaient en tant qu'obstacles à leur essor. C'était ainsi le cas en matière de règles de police issues du droit administratif, opposées par essence à la voie contractuelle, voir pp. 80-87.

⁸⁸⁷ BALLANDRAS-ROZET (C.), *Les techniques conventionnelles de lutte contre les pollutions et les nuisances et de prévention des risques technologiques*, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁸⁸ WEBER (M.), *Sociologie du droit*, PUF, 1986, p. 48.

⁸⁸⁹ *Idem*, p. 17.

⁸⁹⁰ BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Editions Thémis, 2008, p. 577.

⁸⁹¹ BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 563, voir note de bas de page 11 ; LEJBOWICZ (A.), *Philosophie du droit international, l'impossible capture de l'humanité*, P.U.F, 1999, p. 24.

⁸⁹² DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2008, p. 280.

professeur Jean Combacau, qui s'inscrit également dans une telle perspective en ces termes : « *L'égalité des Etats entraîne une indifférenciation hiérarchique des normes puisque ces dernières reposent toutes en dernier ressort sur un acte de volonté, au moins supposée, d'Etats pairs entre eux (c'est l'égalité) et ne connaissent pas de supérieur commun (c'est la souveraineté)* »⁸⁹³.

Le professeur Prosper Weil avait déjà constaté cette mouvance normative et le phénomène de contractualisation en droit international. En effet, ce dernier avait fait ce constat. : « *La norme devient glissante* »⁸⁹⁴. Ainsi, au lieu d'édicter des conduites fermes, elle devient « *vaguement* » prescriptive⁸⁹⁵. La norme peut ainsi fixer à son destinataire des objectifs à réaliser en lui laissant le choix des procédés⁸⁹⁶. Elle devient incitative davantage qu'imposée⁸⁹⁷. Le véhicule normatif évolue également, à travers des techniques prenant l'apparence de la concertation et de la contractualisation⁸⁹⁸.

La sphère internationale est à la fois marquée par l'omniprésence des Etats en tant qu'acteurs principaux mais également par l'effacement des Etats dans leur fonction de réglementation. En droit international, le phénomène de contractualisation mènerait au fait que le monde de conventions n'aurait plus l'Etat et les Etats pour uniques garants. A tout le moins pourraient-ils participer à sa régulation. L'acte unilatéral ne se pose plus en vertu des mêmes principes et de la même réalité qu'en droit interne. C'est un contexte propice à l'émergence de modes alternatifs de production normative parmi lesquelles se trouve le contrat.

En droit international économique, le contexte juridico-temporel est également marqué par la contractualisation, phénomène qui a vu son émergence dans un contexte plus général de modernité ou de modernité du droit⁸⁹⁹. Ainsi, la norme est davantage concertée qu'imposée. Ses modes de production sont donc le fruit de cette réalité et de cette évolution. Au demeurant, en droit international des affaires, les opérateurs privés participent largement à

⁸⁹³ COMBACAU (J.), « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 85, spéc. p. 88.

⁸⁹⁴ WEIL (P.), « Le droit international économique, mythe ou réalité », *Aspects du droit international économique*, S.F.D.I., colloque d'Orléans, A. Pedone, 1972, p. 15.

⁸⁹⁵ *Ibidem.*

⁸⁹⁶ *Ibidem.*

⁸⁹⁷ *Ibidem.*

⁸⁹⁸ *Ibidem.*

⁸⁹⁹ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2004.

l'élaboration de leur propre régime normatif, que cela soit sur le plan du fond ou de la forme. Ces derniers ont ainsi la possibilité de choisir la loi applicable à leurs contrats en même temps qu'ils peuvent déterminer librement les stipulations contractuelles auxquels ils seront tenus de se soumettre. A ce titre, les firmes transnationales deviennent des acteurs incontournables en droit international qui peuvent œuvrer afin que les règles du marché aillent dans leur propre logique. En droit international privé, on assiste à l'effacement de l'Etat au profit de la volonté privée. Selon le professeur Horatia Muir-Watt: « *la clé de ce processus, qui atteint son paroxysme dans le champ contractuel, réside dans la place accordée par le droit international privé à l'autonomie des parties, tant dans le choix de la loi applicable que dans la détermination du juge applicable* »⁹⁰⁰.

Le professeur Jacques Chevallier souligne que dans le processus de « *globalisation* », le développement de régimes privés est souvent considéré comme l'illustration d'un mouvement de privatisation et de contractualisation du droit, l'Etat se bornerait à reprendre à son compte les normes sur lesquelles les opérateurs économiques se seraient accordés⁹⁰¹. Pour le professeur Gérard Timsit, nos sociétés, tout comme la société internationale, requièrent un autre droit, actuellement en formation. Ce droit se caractérise par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exact des sociétés qu'il prétend régir⁹⁰². Ce droit serait un droit de la régulation. Ces termes s'entendent ainsi d'un droit « *concret, individualisé, contextualisé* »⁹⁰³.

Ces développements nous révèlent que le mouvement de contractualisation du droit est celui sur lequel repose le droit international, qu'il soit public ou privé. A ce titre, il se situe dans un état d'avancement plus important qu'en droit interne. Effectivement, en droit français, la contractualisation se caractérise notamment par le recours à la technique conventionnelle dans des domaines qui étaient auparavant le seul fait de l'autorité étatique, par le biais de l'acte unilatéral. En droit international, la technique conventionnelle est la règle. De ce fait, s'il existe en droit interne des domaines interdits à la convention, en droit international, rien ne

⁹⁰⁰MUIR-WATT (H.), « La fonction économique du droit international privé », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2010/1, tome XXIV, 1, p. 103.

Version en ligne : http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=RIDE_241_0103, consultée le 26 octobre 2010.

⁹⁰¹CHEVALLIER (J.), « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », MORAND (C.-A.) (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 57.

⁹⁰²TIMSIT (G.), « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de Régulation », *Revue française d'administration publique*, 1996, p. 375, spéc. p. 377.

⁹⁰³*Ibidem*.

peut se faire sans ce recours fondé sur la manifestation de la volonté de sujets de droit qui s'engagent. Subséquemment, dans ce domaine, le phénomène de contractualisation peut toucher des sujets aussi variés que l'environnement, les droits de l'homme, les droits sociaux fondamentaux, les droits économiques et les droits socioculturels. En conséquence, toutes les figures juridiques du développement durable sont concernées.

Si cette réalité sied pleinement aux relations interétatiques, il n'en va pas tout à fait de même en ce qui concerne les rapports entre les opérateurs du commerce international. En la matière, le phénomène de contractualisation s'arrête aux questions strictement économiques. Nous pensons que cela s'explique tout d'abord par le fait qu'un contrat international est susceptible de relever à un moment où un autre d'un ordre interne au sein duquel certaines matières telles que le droit de l'environnement, les droits de l'homme ou encore les droits sociaux fondamentaux sont le monopole des autorités étatiques. En effet, il demeure encore au sein des ordres internes des droits dont on ne peut avoir la libre disposition. En ce sens, l'ordre international, plus ouvert au processus de contractualisation, se heurte à l'ordre interne qui ne connaît pas le même degré d'évolution.

Une autre explication à la limitation de ce procédé s'explique par le fait que les opérateurs du commerce international demeurent malgré tout dans leurs rapports focalisés sur les questions économiques et très éloignés de problématiques relatives aux figures juridiques du développement durable telles que les droits de l'homme ou les droits socioculturels⁹⁰⁴. Dans l'esprit de ces acteurs économiques, de bonne ou de mauvaise foi, ces domaines demeurent de l'ordre des compétences et responsabilités étatiques.

Toutefois, au sein de cette catégorie, les contrats d'Etat sont une exception car ils sont un domaine au sein duquel le processus de contractualisation est particulièrement avancé. Effectivement, ces contrats constituent l'ultime cadre juridique des relations entre Etats hôtes et investisseurs privés. En ce sens, ils existent notamment à côté de la loi de l'Etat. A la lumière de l'analyse faite par Madame Ballandras-Rozet sur le contrat en droit de l'environnement⁹⁰⁵, nous pouvons dire que le contrat d'Etat pallie les incomplétudes des règles étatiques et des règles issues de l'ordre international. Ces dernières se caractérisent par

⁹⁰⁴JACQUES (G.), *Les droits de l'homme et l'impunité des crimes économiques*, Editions du Cerf, Conseil œcuménique des Eglises, 2009.

⁹⁰⁵Voir nos développements *supra*, ce paragraphe, A) L'essor du mouvement de contractualisation en droit français, p. 226.

des vides juridiques, des dispositifs faiblement prescripteurs, trop généraux, imprécis, pléthoriques, affectant le droit dans son existence et sa clarté, en somme, dans son effectivité. En outre, le contrat d'Etat permet d'assurer l'efficacité des normes de droit mou issues des opérateurs privés du commerce international. En ce sens, il est un instrument normatif singulier de mise en œuvre du développement durable. Il doit être non seulement considéré et appréhendé, mais également consacré en tant que tel.

Face aux difficultés du contexte juridique extracontractuel, le contrat d'Etat procède alors de deux réalités particulières. Dans une première, il existe en cas de pléthore, d'imprécisions, de faiblesse ou d'ineffectivité de la norme étatique ou issue de l'ordre international. Dans ce cas de figure, il coexiste avec ces normes qu'il complète, précise et met en œuvre en leur conférant une assise juridique sous le manteau du contrat. Dans une deuxième, en cas de vides juridiques sur une matière donnée, le contrat peut produire son propre droit. Il existe alors seul, indépendamment de la norme juridique extracontractuelle. Le cas échéant, il peut faire appel aux pratiques des opérateurs du commerce international. En définitive, il nous semble que le contrat d'Etat procède en même temps de tous ces cas de figure, développant en son sein un véritable « droit transnational »⁹⁰⁶.

C'est par le biais de la contractualisation que la substance des contrats d'Etat doit être refondée à l'aune du développement durable. Cela consiste en une intégration des figures juridiques du principe dans le contrat. Selon une analyse faite par le professeur Alain Supiot en droit privé français et que nous appliquons à notre sujet, le mouvement de contractualisation mène à celui de « *procéduralisation* »⁹⁰⁷ qui transporterait ainsi dans la sphère contractuelle les questions concrètes réglées autrefois par la loi⁹⁰⁸. Cette émancipation du contrat de la loi de l'Etat ou de la communauté des Etats impose aux contrats d'Etat la prise en compte de problématiques dont ils devaient la loi⁹⁰⁹. Cela explique le fait que le contrat d'Etat est un instrument juridique particulier situé entre dépendance, indépendance et interdépendance. Il est à la fois contrat et loi, existant entre autonomie et hétéronomie.

⁹⁰⁶Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1, section 2, paragraphe 2, A), 5), La réalité d'un droit transnational, p. 95.

⁹⁰⁷SUPIOT (A.), « La relativité du contrat en questions. Conclusion générale », *La relativité du contrat, op. cit.*, p. 183.

⁹⁰⁸*Ibidem.*

⁹⁰⁹*Ibidem.*

Au demeurant, la technique contractuelle permet, tout en assurant la reconnaissance et la pluralité des intervenants ainsi que la légitimation de chacun dans la production du droit, d'effectuer une mise en cohérence de leurs actions à la lumière du développement durable. Elle permet de procéder à une « *harmonisation normative* »⁹¹⁰. La contractualisation devient le prolongement logique de la régulation⁹¹¹. « *Le contrat se déploie naturellement au sein d'une production normative marquée par le pluralisme et l'interaction. Il en constitue l'un des instruments privilégiés* »⁹¹². Il intègre en son sein des normes d'origines diverses en leur conférant de ce fait le statut d'obligation contractuelle reconnue par la dogmatique juridique. Il est un facteur d'internormativité car il permet l'interpénétration et la connectivité des normes au sein d'un tissu normatif général. Il favorise ainsi le passage de ces dernières d'un pan à un autre.

Selon les propos exprimés par un auteur à l'égard du contrat en droit privé, le contrat de droit civil facilite la coexistence de l'Etat, de la région, du marché, de l'entreprise⁹¹³. Il en va de même pour le contrat d'Etat. A ce titre, davantage qu'un outil de régulation, celui-ci est un instrument de « corégulation ». La corégulation est une « *régulation avec le marché* »⁹¹⁴, distincte d'une « *régulation par le marché* »⁹¹⁵. C'est une association spécifique de régulation étatique et non étatique⁹¹⁶, dont le contrat d'Etat est l'une des figures par excellence. Elle est davantage une méthode qu'une source normative. Ainsi, elle se définirait comme un « *lieu d'échange, de négociation entre les « parties prenantes » et les titulaires de la contrainte légitime où se comparent les bonnes pratiques, afin de les ériger en recommandations* »⁹¹⁷. « *Le contrat est également employé pour assurer une coordination entre la régulation étatique et l'autorégulation émanant de groupes professionnels. La contractualisation est*

⁹¹⁰BELLEY (J.-G.), « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », GERARD (PH.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 353, spéc. p. 362; voir également BELLEY (J.-G.) (dir.), « Le contrat comme phénomène d'internormativité », BELLEY (J.-G.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, L.G.D.J., 1996, p. 195.

⁹¹¹CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'heure de la contractualisation », *op. cit.*, p. 3.

⁹¹²*Idem*, p. 25.

⁹¹³BELLEY (J.-G.), *Le contrat entre droit, économie et société. Étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais, 1998, p. 247, cité par MEKKI (M.), « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », *op. cit.*, p. 327, note de bas de page 26.

⁹¹⁴BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 769.

⁹¹⁵*Idem*, p. 765.

⁹¹⁶*Idem*, p. 769.

⁹¹⁷*Ibidem*.

alors mise au service d'une "compulsion" qui allie les différents niveaux (international, régional, étatique, local) et les différents types (public, privé), de régulation »⁹¹⁸.

En droit français, on a vu émerger ces modes alternatifs de production normative dans l'idée d'un partenariat entre le public et le privé⁹¹⁹. Ainsi, à la place d'un simple transfert de pouvoirs, il s'agit de nouveaux modèles de coopération réglementaire⁹²⁰. Dans cette forme de régulation, la participation de toutes les parties concernées est importante. A cet égard, à travers le processus de contractualisation, la corégulation est un moyen de réaliser le développement durable.

PARAGRAPHE 2. LA CONTRACTUALISATION COMME MOYEN DE MISE EN ŒUVRE DU DEVELOPPEMENT DURABLE

La mise en œuvre du développement durable par le contrat d'Etat passe par le processus de contractualisation qui participe à la singularisation de cet outil juridique en tant que source normative. En ce sens, l'idée de corégulation est prépondérante car cette dernière s'entend d'une coopération accrue par le contrat, entre les parties prenantes au contrat. A la lumière du développement durable, le contrat d'Etat doit alors être refondé à travers ce procédé. De nouvelles stipulations contractuelles doivent être imaginées. A ce titre, la référence au sein du contrat à l'idée de « co-développement » nous apparaît comme étant une possibilité digne d'intérêt qu'il convient d'examiner à travers un exemple spécifique : celui des contrats portant sur les réseaux et la réalisation d'infrastructures (**A**). En outre, il convient d'aller toujours plus loin dans la contractualisation des figures juridiques du développement durable. L'exemple des droits fondamentaux illustre parfaitement une telle logique (**B**).

⁹¹⁸CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'heure de la contractualisation », *op. cit.*, p. 25 ; CHEVALLIER (J.), « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », *op. cit.*, p. 149.

⁹¹⁹BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 70.

⁹²⁰*Ibidem*.

A. LA CONTRACTUALISATION DU DEVELOPPEMENT DURABLE A TRAVERS LE CO-DEVELOPPEMENT : L'EXEMPLE DES CONTRATS DE RESEAUX ET D'INFRASTRUCTURES

Fondée sur un mécanisme de coopération, l'idée de co-développement exprime la recherche d'un équilibre contractuel entre l'intérêt général et celui des parties au contrat d'Etat. L'exemple des contrats de réseaux et d'infrastructures permet de mettre en exergue la redéfinition possible de la participation des opérateurs privés au développement à travers l'harmonisation de principes guidant l'action collective. Cette quête s'explique par le fait que les contrats d'Etat, en tant que contrats économiques, se partagent entre des intérêts antagonistes (1). La référence au co-développement renforce l'idée de coopération en leur sein et nécessite un réaménagement de ces relations à la faveur d'un équilibre (2), notamment à travers des clauses spécifiques (3).

1) Des contrats économiques partagés entre des intérêts antagonistes

A partir du milieu des années 1980, en matière de commerce international, la réalisation de grandes infrastructures s'est faite progressivement par le biais de financements privés⁹²¹. Le marché a ainsi obtenu la charge de la réalisation d'un nombre croissant d'infrastructures concourant au développement économique des Etats. Deux domaines sont à distinguer. Le premier concerne les services délégués, ayant essentiellement trait aux biens naturels essentiels, tels que l'eau, l'assainissement, ou qui le sont devenus, tels que l'électricité, le téléphone. Le second concerne les infrastructures. Ces dernières recouvrent principalement les ouvrages et matériels liés au déplacement des hommes et au transport de leurs productions.

Le privé privilégie le court et le moyen terme, l'initiative, une capacité d'adaptation rapide, l'efficacité et la rentabilité. Le public garantit les équilibres à long terme, un cadre et des règles minimales. Il assure la sécurité des contrats qui en découlent. Il doit assumer une fonction de redistribution⁹²². Ce phénomène a favorisé l'apparition d'un débat entre rentabilité économique du point de vue de la collectivité et rentabilité financière du point de vue du

⁹²¹FISZELSON (R.), « Le co-développement : réflexions économiques et financières », *RDAI*, n°2, 1999, p. 159.

⁹²²*Idem*, p. 160.

concessionnaire exploitant⁹²³. Selon un auteur, la solution à ces divergences réside dans la notion de « *co-développement* », induisant l'idée d'une coopération accrue⁹²⁴.

2) Le co-développement : la recherche d'un équilibre à travers une coopération accrue

*« Le concept de co-développement a pour ambition de définir une méthode de régulation des rapports public-privé dans la réalisation des projets d'infrastructures qui permette d'une part, de faire valoir les préoccupations d'intérêt général sur le seul critère de la rentabilité financière des projets et d'autre part, de réintroduire le principe de la responsabilité du partenaire public dans la répartition des risques spécifiques à ce type d'entreprise. La nécessité est celle d'un rééquilibrage du partage des risques dans les projets, grâce à la réhabilitation du rôle de la puissance publique »*⁹²⁵.

Consacrant une approche pragmatique des contrats d'Etat, l'idée du co-développement part du double constat de l'impuissance financière et technique des Etats d'un côté, et de la faiblesse congénitale du marché dans la prise en charge de problématiques dont il n'a pas la réelle maîtrise de l'autre. La solution ne résiderait pas dans la fuite en avant vers un ultralibéralisme, ni dans un retour vers un « *ultra-étatisme* »⁹²⁶. Un rééquilibrage des responsabilités entre la puissance publique et ses partenaires privés est nécessaire⁹²⁷. L'opposition du tout public au tout privé n'a en réalité aucune raison d'être. Les carences de la régulation montrent que l'affaiblissement du rôle de l'Etat n'offre, en soi, aucune garantie au développement durable ainsi qu'à la prospérité du secteur privé. Aussi, la puissance publique doit naturellement trouver sa place aux côtés du marché afin d'assurer la gestion des horizons de long terme, la définition d'un cadre légal et réglementaire efficient et la protection de l'intérêt général.

C'est alors à travers la notion de co-développement que ces rapports transnationaux entre public et privé doivent être envisagés⁹²⁸. Cette notion renvoie à l'affirmation de tels contrats en tant que contrats de coopération ayant pour but la préservation des avantages mutuels. Ces

⁹²³*Ibidem.*

⁹²⁴BOLMIN (P.), « Pour un nouveau partenariat public/privé dans la réalisation de grands projets d'infrastructures : la notion de co-développement », *RDAl*, n°2, 1999, p. 131, spéc. p. 144.

⁹²⁵*Ibidem.*

⁹²⁶*Idem*, p. 131.

⁹²⁷*Ibidem.*

⁹²⁸FISZELSON (R.), « Le co-développement : réflexions économiques et financières », *op. cit.*, p. 159; BOLMIN (P.), « Pour un nouveau partenariat public/privé dans la réalisation de grands projets d'infrastructures : la notion de co-développement », *loc. cit.*

contrats doivent s'incarner à travers la recherche d'un équilibre. Un équilibre entre les règles étatiques et les règles extra-étatiques, entre les règles du marché et l'intérêt général. Ainsi, le mouvement de contractualisation n'exprimerait pas la fin de la souveraineté en droit interne. Il ne signifierait pas l'effacement total de l'Etat mais serait en vérité l'expression d'un autre mode de gouvernance. La réhabilitation du rôle du partenaire public est en définitive la condition incontournable à l'élargissement de la participation du secteur privé au développement des infrastructures⁹²⁹. La notion de co-développement doit faire l'objet de stipulations concrètes.

3) La recherche de stipulations adaptées

A titre d'exemple, un certain nombre de contrats portant sur certaines infrastructures multiplie les risques car il existe des incertitudes liées à leur rentabilisation, c'est le cas des infrastructures de transport. A l'inverse, les industries de réseaux, liées à l'eau, à l'assainissement et à l'électricité bénéficient d'une clientèle certaine⁹³⁰, notamment car il existe davantage de certitudes au regard des revenus potentiellement générés. Les infrastructures de transport présentent la particularité de générer d'importantes externalités⁹³¹, donc davantage de risques. En effet, le seul taux de fréquentation des usagers ne permet pas de mesurer l'ensemble des bénéfices que retire la collectivité de leur implantation. Dans ces cas de figure, les risques d'exploitation ne peuvent décemment reposer sur les seules épaules de l'investisseur privé qui, autrement sera tenté de se tourner vers les seuls projets dont la rentabilité est quasiment certaine. En conséquence, un juste équilibre doit être trouvé entre la rentabilité économique, recherchée par le partenaire étatique et la rentabilité financière, recherchée par la partie privée. Cela permettrait l'existence d'un grand nombre de concessions portant sur des infrastructures dont la rentabilité financière peut-être faible mais dont la rentabilité économique se situe essentiellement dans les retombées bénéfiques apportées à la collectivité.

⁹²⁹ *Idem*, pp. 143-144.

⁹³⁰ *Idem*, p.145. Ces contrats s'inscrivent également dans des périodes plus courtes.

⁹³¹ Effet créé par un agent économique lorsqu'il procure à autrui par son activité une utilité, un avantage gratuits ou une désutilité, un dommage, sans compensation monétaire. En somme, tout coûte mais ne se paye pas. L'externalité survient quand, volontairement ou non, l'entreprise ne paye pas, partiellement ou totalement les facteurs qu'elle utilise ou quand elle procure des satisfactions gratuites : elle crée alors des coûts ou des avantages pour les travailleurs, les autres entreprises, la nature, le voisinage par exemple, ECHAUDEMAISON (C.-D.) (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, « Externalité », Nathan, 8^{ème} édition, 2009.

L'impératif de co-développement implique que la puissance publique reconnaisse qu'elle assume une partie de la responsabilité en la matière. Il paraît donc important et envisageable de la faire participer pleinement au titre de partenaire. Son engagement permettra de la faire contribuer à la mise en place d'un schéma de financement. L'affirmation d'un principe de solidarité financière constitue un moyen efficace et équitable permettant de réintroduire une partie des bénéfices indirects retirés par la collectivité dans l'équilibre économique et financier des projets⁹³². On pourrait dans ce cas-là échapper au dilemme de la croissance impossible de l'endettement public, d'un côté et de « *bancabilité* » des projets de l'autre, qui paralysent la réalisation d'infrastructures pourtant indispensables au développement⁹³³.

Il est suggéré que cette participation du partenaire public prenne différentes formes, notamment celles de subventions d'équipements d'exploitation, de garanties des risques de souveraineté, de niveaux de recettes minimales, de financements privilégiés, d'avances remboursables ou encore d'apports en nature comme par exemple la réhabilitation et l'exploitation d'équipements⁹³⁴. En contrepartie de ces stipulations contractuelles, il semble parfaitement concevable que les entités soient associées aux profits dégagés par l'exportation des équipements dès lors qu'un rendement minimum, conventionnellement prédéterminé aura été garanti à l'investisseur⁹³⁵.

Cette analyse tend à affirmer la nécessité de la redéfinition d'un partage des risques. A ce titre, il faudrait adopter et appliquer de nouvelles règles de partage de risques entre risque commercial et risque public. De ce fait, il faudra déterminer un niveau de participation financière et de garantie par le concédant, résultant de cette conception renouvelée du partenariat⁹³⁶. Cela se manifesterait par exemple par le biais d'un intéressement du concédant en contrepartie du partage des risques aux résultats de la concession, dès l'instant où la rentabilité, le niveau des recettes de la concession, dépasse un seuil préalablement convenu entre les parties⁹³⁷. Au total, quel que soit le schéma du contrat de concession retenu, il semble logique, eu égard aux conditions de rentabilité de l'investissement dans les infrastructures, que l'entrepreneur privé, puisse attendre de la puissance publique, le respect de son équation financière et, à tout le moins, la garantie de l'équilibre économique du projet,

⁹³² *Idem*, pp. 145-146.

⁹³³ *Ibidem*.

⁹³⁴ *Idem*, p. 146.

⁹³⁵ *Ibidem*.

⁹³⁶ FISZELSON (R.), « Le co-développement : réflexions économiques et financières », *op. cit.*, p. 159.

⁹³⁷ *Ibidem*.

donc du contrat. Cette refondation substantielle des contrats d'Etat s'inscrirait dans moins d'hégémonisme de part et d'autre. Toutefois, la recherche d'un tel équilibre signifie également tenter de pallier des risques pouvant le mettre en danger, car le contexte extracontractuel de ces investissements n'est pas aisé. Parmi les nombreuses difficultés, peut être cité le cadre légal de droit interne sur lequel s'appuient en partie ces contrats. En effet, l'environnement juridique au sens large est une difficulté à laquelle ceux-ci se heurtent. Cela est dû d'une part à ses fragilités et instabilités, d'autre part à ses incomplétudes.

Ainsi, « *la stabilité de l'environnement juridique d'un pays d'accueil de l'investissement étranger est une préoccupation commune à tous les investisseurs. Mais, dans le cadre de l'élaboration de montages complexes, il est encore fréquent de voir surgir au cours de la négociation des obstacles inattendus liés à des pans entiers de législation obsolète ou incompatibles, des lacunes institutionnelles importantes* »⁹³⁸. Nous pensons que dans un cas de figure, des techniques contractuelles adaptées doivent permettre de faire face à ces obstacles.

Les difficultés seraient également liées à l'intangibilité⁹³⁹ des contrats⁹⁴⁰. A cet égard, un auteur, Monsieur Philippe Bolmin, se réfère au co-développement en disant que ce dernier doit reprendre les méthodes classiques de la régulation des rapports public-privé du droit français de la concession⁹⁴¹. Il cite ainsi trois principes du droit administratif français qui, à son sens, doivent trouver leur place au sein de ces contrats entre Etats et entreprises privées étrangères. Il s'agit de la théorie de l'imprévision, celle de la force majeure administrative, celle du fait du prince.

La théorie de l'imprévision reconnaît, par exemple, au concessionnaire un droit à indemnisation lorsque l'équilibre économique de la poursuite de son activité est gravement

⁹³⁸BOLMIN (P.), « Pour un nouveau partenariat public/privé dans la réalisation de grands projets d'infrastructures : la notion de co-développement », *op. cit.*, p. 134, voir note de bas de page 5. De nombreuses branches du droit interne ont besoin d'être aménagées afin de créer les conditions nécessaires à l'investissement étranger. C'est le cas par exemple du droit des sociétés, du droit de la faillite, des sûretés, de la réglementation des prix. Il en va également ainsi du domaine public, ainsi que les incitations à l'investissement (les taxes, les exemptions de droits d'importation, les garanties).

⁹³⁹Ce terme désigne la qualité de ce qui est intangible. Dans une première acception, est intangible une chose dont on ne doit jamais s'écarter. Le qualificatif désigne également une chose à laquelle il est interdit de porter atteinte. Enfin, une chose intangible est ce qui ne peut être modifié ou résilié en dehors d'un commun accord, CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Intangibilité », « Intangible », PUF, 9^{ème} édition, 2011.

⁹⁴⁰BOLMIN (P.), « Pour un nouveau partenariat public/privé dans la réalisation de grands projets d'infrastructures : la notion de co-développement », *op. cit.*, p. 147.

⁹⁴¹*Ibidem*.

menacé en raison d'un événement imprévisible déjouant tous les cas ayant pu être envisagés par les parties lors de la conclusion du contrat. L'état d'imprévision est constaté dès lors qu'un événement extérieur à la volonté des parties vient profondément bouleverser l'économie du contrat. Le constat d'imprévision autorise le versement d'une indemnité qui est calculée sur la base des pertes subies par l'entrepreneur. Cette indemnité a pour objectif de rétablir l'équilibre financier du concessionnaire de façon à lui permettre de poursuivre son activité de service public⁹⁴².

La théorie de la force majeure administrative envisage l'hypothèse où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser définitivement les conditions d'exécution du contrat, de telle sorte que le concessionnaire n'est plus en mesure d'équilibrer ses dépenses et ses recettes en poursuivant l'exploitation d'un service public. Si le bouleversement du contrat est temporaire, le concédant doit fournir une aide financière pour permettre d'assurer le service pendant la période d'imprévision. Si, au contraire, les conditions économiques nouvelles créent une situation définitive ne permettant plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, si le service cesse d'être viable, il y a là un cas de force majeure administrative qui autorise aussi bien le concédant que le concessionnaire, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession avec indemnité s'il y a lieu, en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire⁹⁴³.

La théorie du fait du prince définit un principe de responsabilité générale des pouvoirs publics à l'égard de leurs cocontractants privés pour les conséquences dommageables qui résultent de l'activité de la puissance publique au cours de l'exécution du contrat. Elle ouvre un droit à compensation dès lors que, par l'exercice de leurs prérogatives, par voie générale ou de mesures individuelles, les personnes publiques aggravent unilatéralement les conditions d'exécution du contrat à la charge de leurs partenaires privés. L'indemnisation du préjudice subi est alors intégrale⁹⁴⁴.

⁹⁴²CE, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, 30 mars 1916, *Recueil Lebon*, p. 125 ; BOLMIN (P.), « Pour un nouveau partenariat public/privé dans la réalisation de grands projets d'infrastructures : la notion de co-développement », *op. cit.*, p. 147.

⁹⁴³CE, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, 9 décembre 1932, *Recueil Lebon*, p. 1050.

⁹⁴⁴BOLMIN (P.), « Pour un nouveau partenariat public/privé dans la réalisation de grands projets d'infrastructures : la notion de co-développement », *op. cit.*, p. 148.

Ces clauses ont vocation à assurer la protection du cocontractant de l'Etat sans pour autant sacrifier le pouvoir irréductible de la puissance publique de veiller à chaque instant à la sauvegarde de l'intérêt général⁹⁴⁵. Elles permettent de garantir les droits souverains de l'Etat sans pour autant sacrifier son cocontractant⁹⁴⁶. Elles s'inscrivent dans la droite ligne du « co-développement ».

En somme, pour la partie privée comme pour la partie publique, en matière de développement durable, le contrat d'Etat doit constituer un ensemble presque complet. Il doit être à la fois la loi et les modalités de mise en œuvre de celle-ci. Il permet à lui-seul de gérer, de structurer, d'organiser, de responsabiliser, d'individualiser, de prescrire ou de proscrire, de préserver et de protéger ainsi que de veiller au respect des équilibres en jeu. Tout cela passe par le processus de contractualisation des figures juridiques du développement durable. Au sein de celui-ci, la question des droits fondamentaux se pose avec une particulière acuité.

B. LE CAS PARTICULIER DE LA CONTRACTUALISATION DES DROITS FONDAMENTAUX

Le phénomène de contractualisation des droits fondamentaux accompagne un processus rampant plus général qui est celui de la privatisation de ces droits⁹⁴⁷. Au sein de celui-ci, le contrat est perçu comme un outil juridique permettant l'opposabilité de ces droits aux personnes privées, notamment dans le cadre de leurs relations interindividuelles⁹⁴⁸. A cet égard, en matière de droits de l'homme, les auteurs distinguent deux types de contractualisation : la « *contractualisation négative* » et la « *contractualisation positive* »⁹⁴⁹. La contractualisation négative se définit par l'obligation pour les cocontractants de respecter l'ordre public et les droits de l'homme⁹⁵⁰. La contractualisation positive permet aux parties d'utiliser entre elles le contrat comme un outil de promotion des droits de l'homme. « *Dans la logique obligataire du droit international des droits de l'homme, la contractualisation*

⁹⁴⁵WEIL (P.), « Un nouveau champ pour le droit administratif français : le droit international des contrats », WEIL (P.), *Ecrits de droit international*, PUF, 2000, p. 303, spéc. p. 317.

⁹⁴⁶*Ibidem.*

⁹⁴⁷HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », LEWKOWICZ (G.), XIFARAS (M.), (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 221, spéc. p. 222.

⁹⁴⁸*Ibidem.*

⁹⁴⁹*Ibidem.*

⁹⁵⁰*Ibidem.*

négative intègre dans le contrat “l’obligation de respecter les droits ”, alors que la contractualisation positive permet d’y incorporer “ l’obligation de garantir les droits” »⁹⁵¹.

La contractualisation négative accompagne la théorie de l’effet horizontal des traités. En vertu de celle-ci, au sein des systèmes juridiques, les droits de l’homme sont opposables aux relations interindividuelles car les obligations de les respecter et de les garantir ne reposent pas uniquement sur les épaules des Etats mais également sur celles des personnes privées. En conséquence, il est possible de considérer que les conventions conclues entre personnes privées doivent respecter les droits de l’homme sous peine de nullité⁹⁵². Ce mécanisme est considéré comme indispensable pour assurer l’effectivité des droits garantis par les traités⁹⁵³. Selon les auteurs, cette théorie est mise en œuvre à travers deux situations⁹⁵⁴. D’une part, la responsabilité internationale de l’Etat est engagée car ce dernier est resté passif et n’est pas intervenu afin de protéger le droit menacé⁹⁵⁵. D’autre part, une violation privée peut être imputée à l’Etat si ce dernier a fourni les moyens de la commettre⁹⁵⁶. « *Aussi, à défaut de prévoir la nullité d’un contrat contraire aux droits de l’homme, l’Etat pourrait voir sa responsabilité internationale engagée* »⁹⁵⁷. Cela implique deux choses : d’une part le fait que la validité d’un contrat qui serait en contrariété avec des dispositions conventionnelles de droit international des droits de l’homme puisse être remise en cause par l’Etat concerné⁹⁵⁸. D’autre part, si un contrat ne porte pas en substance atteinte aux droits de l’homme et que ce sont les effets de ce contrat qui engendrent la violation de tels droits, la responsabilité internationale de l’Etat pourrait être engagée⁹⁵⁹.

En droit international, du point de vue du traité de droit international des droits de l’homme, « *c’est bien cette théorie de l’obligation positive des Etats et l’effet horizontal des traités relatifs aux droits de l’homme qui permettent de cerner les tendances d’une « contractualisation négative des droits de l’homme* »⁹⁶⁰. La tentative d’ébauche d’une

⁹⁵¹*Ibidem.*

⁹⁵²*Ibidem.*

⁹⁵³*Ibidem*; RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, 1990, p. 680.

⁹⁵⁴HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l’homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », *op. cit.*, p. 223.

⁹⁵⁵*Ibidem.*

⁹⁵⁶*Ibidem.*

⁹⁵⁷*Ibidem.*

⁹⁵⁸*Ibidem.*

⁹⁵⁹*Ibidem.*

⁹⁶⁰*Ibidem.*

construction théorique de ce principe repose sur la jurisprudence consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁹⁶¹. En effet, celle-ci propose de transposer aux actes juridiques privés la règle de nullité des traités contraires au *jus cogens* telle que consacrée par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 en ces termes : « *Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* »⁹⁶². Cette position a été affirmée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans le cadre d'un avis consultatif émis en 2003 en réponse à une question posée par le Mexique portant sur la situation juridique des travailleurs migrants sur le territoire des Etats de l'Organisation des Etats américains. A cette occasion, le Mexique avait soulevé des interrogations portant sur certaines pratiques et interprétations judiciaires en vigueur sur le territoire des Etats-Unis. Un arrêt rendu par la Cour suprême des Etats-Unis en mars 2002 et cité régulièrement dans l'avis consultatif, illustre parfaitement le type de pratique ou d'interprétation dénoncé. En l'espèce, un employeur américain avait engagé un travailleur migrant mexicain, pensant que ce dernier était en situation régulière sur le territoire et était autorisé à y travailler. Il licencia l'employé ainsi que certains de ses collègues, lorsqu'il commença à participer à certains mouvements syndicaux. La Cour suprême des Etats-Unis reconnut le caractère illégal du licenciement mais dénia à l'employé en question tout droit à indemnisation en raison de sa qualité de clandestin. Il fût également statué que l'employeur ne pouvait être condamné au paiement d'une amende en raison du licenciement illégal d'un travailleur clandestin. La Cour suprême, craignant que cela encourage le travail irrégulier, refuse de reconnaître à cette catégorie de travailleurs les droits sociaux dont bénéficient les autres⁹⁶³. La Cour interaméricaine des droits de l'homme ne partage pas cette position, estimant que le principe d'égalité et de non-discrimination est une norme impérative, de *jus cogens*, dont le respect s'impose à tous les Etats mais également aux relations interindividuelles. La Cour n'a pas constaté la nullité du contrat litigieux. Elle a posé le principe en vertu duquel l'égalité et la non-discrimination, imprègnent en tant que normes

⁹⁶¹*Ibidem.*

⁹⁶²Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, Nations Unies, *Recueil des traités*, volume 1155, p. 331.

⁹⁶³HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », *op. cit.*, p. 224.

⁹⁶³*Ibidem.*

impératives tous les ordres juridiques, nationaux et international, et permettent dès lors de considérer que l'on ne peut admettre aucun acte juridique en contradiction avec ces valeurs⁹⁶⁴.

L'effet horizontal permet ainsi au droit international d'être applicable aux contrats conclus entre personnes privées. Cela emporte l'obligation pour les cocontractants de s'assurer que leurs contrats ne contreviennent pas aux droits reconnus en droit international des droits de l'homme. En conséquence, l'Etat ayant les cocontractants sous sa juridiction aurait l'obligation internationale de sanctionner le contrat illicite, cela, le cas échéant, par la nullité⁹⁶⁵. Ce mécanisme présente certaines limites dans sa mise en œuvre du fait de la souveraineté de l'Etat concerné. En d'autres termes, en admettant le fait que ce dernier ait ratifié les traités sur les droits de l'homme et accepté de s'y conformer, la remise en cause du contrat ne pourra se faire sans son intervention.

Si on admet que ces normes aient un effet sur les contrats conclus entre particuliers, elles sont d'autant plus applicables aux relations mettant en cause une partie étatique puisque les normes internationales des droits de l'homme sont adressées aux Etats. Les contrats d'Etat sont donc au cœur de cette thématique. Toutefois, nous voyons mal comment un Etat souverain va annuler un contrat auquel il est lui-même partie du fait de sa contrariété à des normes de *jus cogens*. Les prérogatives que lui octroie sa souveraineté vont lui permettre, ainsi qu'au cocontractant étranger, de déjouer un tel dispositif. Au demeurant, se pose la question des droits et libertés auxquels le contrat devra se conformer sous peine de nullité⁹⁶⁶.

Le contrat peut également être le facteur d'une extension plus large de l'effet horizontal des droits de l'homme. Celle-ci peut s'avérer être particulièrement intéressante lorsqu'il s'agit d'assurer l'effectivité de la protection internationale de ces droits sur des territoires non protégés et revêt une importance spécifique au regard des opérations commerciales réalisées par des sociétés internationales à l'étranger⁹⁶⁷. Dans ce cas, la contractualisation positive consiste alors à utiliser le contrat dans le cadre de la promotion du respect et de la garantie des droits de l'homme auprès des cocontractants et des sous-traitants⁹⁶⁸. Cette forme de

⁹⁶⁴*Ibidem.*

⁹⁶⁵*Ibidem.*

⁹⁶⁶HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », *op. cit.*, p. 225.

⁹⁶⁷*Idem*, pp. 225-226.

⁹⁶⁸*Idem*, p. 226.

contractualisation est utilisée par les sociétés internationales ou les Etats⁹⁶⁹. A titre d'exemple, les Etats peuvent avoir recours au contrat pour étendre l'opposabilité des droits de l'homme aux sociétés avec lesquelles ils contractent⁹⁷⁰. A cet égard, les pouvoirs publics peuvent imposer à l'adjudicataire de marchés publics une clause contractuelle exigeant le respect de certaines normes concernant les droits de l'homme ou l'environnement durant l'exécution du contrat⁹⁷¹. Dans une telle optique, l'adjudicateur peut imposer par le biais du contrat des conditions comme celle de respecter en matière de droits sociaux fondamentaux les conventions de base de l'OIT. De cette manière, la prise en considération de préoccupations sociales et environnementales est une condition *sine qua non* à la conclusion de tout contrat et intègre déjà le champ contractuel avant même que le contrat en tant que tel ne soit négocié et élaboré. La contractualisation positive des droits de l'homme est en conséquence un processus qui est l'expression de la volonté de l'Etat et des firmes privées internationales de garantir le respect des normes prônées par le droit international en permettant d'incorporer au sein du contrat l'obligation de garantir les droits. Du point de vue des sociétés internationales, le contrat d'Etat constitue un relais juridique pour leurs engagements volontaires. En outre, s'astreindre au respect d'un certain comportement en matière de droits de l'homme permet de limiter certains risques liés à la mise en cause de la responsabilité juridique de ces sociétés par le biais de mécanismes divers parmi lesquels le droit d'action civile universelle consacré par le droit américain en matière de droits de l'homme et reposant sur l'*Alien Tort Claims Act* ou l'*Alien Tort Statute*⁹⁷².

La contractualisation positive repose davantage sur la volonté des partenaires que la contractualisation négative. En effet, si les cocontractants ne portent pas atteinte aux droits de l'homme, rien ne leur impose de les garantir de façon positive au sein des contrats. La seule possibilité en ce sens serait de concevoir que la contractualisation négative doit engendrer la contractualisation positive dans le sens où l'obligation de ne pas porter atteinte à certains droits de l'homme justifie que ces droits soient expressément garantis par le contrat. A cet égard, contractualisation positive et contractualisation négative seraient les deux faces d'une même pièce. Nous pensons qu'une telle conception présente l'attrait de fonder la force

⁹⁶⁹*Ibidem.*

⁹⁷⁰*Idem*, p. 229 ; HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », BERNS (T.), *et alii*, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 180.

⁹⁷¹HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », *op. cit.*, p. 229 ; VERDUSSEN (M.), « Marchés publics et droits de l'homme », *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, 2004, p. 1139.

⁹⁷²Voir nos développements *supra*, deuxième partie, titre 1, chapitre 2, section 2, paragraphe 1, A) La contribution de l'*Alien Tort Claims Act* américain, p. 284.

relative de la contractualisation positive sur la force moins relative de la contractualisation négative. Cette piste de réflexion nous paraît digne d'intérêt.

Le phénomène de contractualisation désigne l'essor du recours à la technique contractuelle dans des domaines relevant normalement de l'acte unilatéral. Il désigne également le fait que des obligations ne relevant pas uniquement de la volonté des parties doivent être intégrées dans le contrat. En somme, la référence au terme de contractualisation est faite tantôt pour élargir le champ d'application de la notion de contrat, tantôt afin d'élargir son contenu⁹⁷³. Dans cette seconde acception, le contrat se dote d'autres fonctions qui le dépassent. Il prend une dimension supplémentaire consacrée par sa fonction d'institution. La contractualisation des droits fondamentaux est également justifiée par cet autre versant du phénomène de contractualisation. En droit français, ce phénomène se matérialise par *l'intégration forcée, par la loi ou le juge, notamment par le jeu de l'article 1135 du Code civil, d'obligations ne procédant pas de la volonté des parties* »⁹⁷⁴. En conséquence, des éléments ne procédant pas de l'échange de volontés mais s'imposant aux volontés échangées apparaissent dans le contrat. En droit international, par quel biais pourrait exister un tel phénomène ?

Dans cette optique, le mécanisme de contractualisation pourrait être utilisé par les bailleurs de fonds. Effectivement, le Fonds monétaire international ou la Banque mondiale peuvent faire dépendre leur soutien de la réalisation de certaines conditions, notamment en matière de droits de l'homme. Cela pourrait être, à titre d'exemple, le fait que l'Etat s'engage, au sein des contrats qu'il conclut avec les sociétés transnationales, à respecter les droits de l'homme, les droits sociaux et du travail parmi lesquels la liberté d'association, la liberté syndicale, les droits des enfants (notamment l'âge minimum légal), les conditions de travail (santé, sécurité, heures de travail, interdiction du travail forcé), le droit de l'environnement. Cette idée nous paraît d'autant plus justifiée qu'en droit international, un lien de plus en plus étroit a été établi entre le respect et la promotion des droits de la personne par les pays pauvres et les prêts et financements des institutions financières internationales ou régionales tels que le Fonds européen de développement⁹⁷⁵, le FMI ou encore la Banque mondiale, qui est depuis 1944 la

⁹⁷³Voir à cet égard BUSSEUIL (G.), *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, thèse, L.G.D.J., 2010.

⁹⁷⁴*Ibidem*; ANCEL (P.), « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », p.15.

⁹⁷⁵BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 239.

première source mondiale d'aide et de recherche en matière de développement⁹⁷⁶. Cependant, du fait des limites induites par son mandat, les stratégies de la Banque mondiale en la matière peinent à être cohérentes et systématisées, même si la cohérence est davantage affirmée en matière d'environnement⁹⁷⁷ qu'en matière de droits de l'homme. Les organisations dont il est question ont de plus en plus recours aux concepts d'Etat de droit et de bonne gouvernance dans le cadre des critères de conditionnalité de leurs prêts et financement, ainsi que dans le suivi et l'utilisation de ces fonds au sein des Etats.

Le fait que de telles entités soient à l'origine de la contractualisation du développement durable présente l'intérêt de faire échapper le processus à la seule volonté des parties contractantes. A cet égard, les institutions que nous avons citées ont un rôle primordial à jouer car elles sont un facteur juridique important de la contractualisation du développement durable en matière de contrats d'Etat. A titre d'illustration d'un tel processus, nous pouvons citer le cas d'un organisme public américain, l'OPIC (*Oversee Private Investment Corporation*), qui accorde aux sociétés certains avantages afin de promouvoir et de faciliter les investissements américains dans les marchés émergents. A cet effet, cette entité peut octroyer une aide financière à l'exportateur ou une assurance pour les risques non commerciaux. La société a pour obligation d'accompagner sa demande d'aide des effets environnementaux du sujet en fournissant des études d'impact le cas échéant. L'organisme devra ensuite intégrer dans le contrat d'aide ou d'assurance une clause obligeant le bénéficiaire à respecter, voire à garantir le respect des droits de l'homme, des droits sociaux et du travail⁹⁷⁸. De nombreux Etats membres de l'OCDE ont adopté des mécanismes similaires en se référant aux principes directeurs de l'OCDE, dans leur politique de soutien à l'exportation et aux investissements étrangers⁹⁷⁹. Un processus de migration des normes vers des instruments de droit privé est en marche⁹⁸⁰. En effet, dès son origine, le mouvement de contractualisation des droits de l'homme est la réponse des Etats et des sociétés

⁹⁷⁶ *Idem*, p. 240.

⁹⁷⁷ OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice Sophia Antipolis, 2002, p. 453.

⁹⁷⁸ HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », *op. cit.*, pp. 230-231.

⁹⁷⁹ *Idem*, p. 231.

⁹⁸⁰ *Idem*, pp. 230-231; SCOTT (C.), WAI (R.), « Transnational Governance of Corporate conduct through the Migration of Human Rights Norms: The Potential Contribution of Transnational "Private" Regulation », JOERGES (C.), SAND (I.-J.), TEUBNER (G.) (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism: International Studies in the Theory of Private Law*, Hart Publishing, 2004, p. 287.

internationales à l'« impératif » de protection des droits de l'homme⁹⁸¹. Cela s'interprète comme une succession d'actions et de réactions qui prend la forme d'un mouvement d'apprentissage forcé et de complexification des modalités de l'entrée des droits fondamentaux dans des dispositifs contractuels⁹⁸².

A la fin du 20^{ème} siècle, le développement des droits de l'homme a été appréhendé comme une succession de trois générations de droits⁹⁸³. La question est posée de savoir s'il n'existe pas également trois époques de la garantie des droits de l'homme⁹⁸⁴. La première se caractériserait par une garantie exclusivement nationale et étatique⁹⁸⁵. La deuxième serait fondée sur l'apparition de mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme destinés à instaurer un regard tiers, à savoir celui du juge international, entre l'Etat et les personnes soumises à sa juridiction⁹⁸⁶. La troisième époque des droits de l'homme serait marquée par leur « *transversalisation* », c'est-à-dire, d'une part, par leur imprégnation dans tous les domaines du droit, d'autre part par leur contractualisation⁹⁸⁷. En droit français, les droits fondamentaux s'emparent littéralement du droit des contrats d'une manière qui pourrait être à la fois brusque et suffisamment puissante pour le transformer de fond en comble, en bouleverser la substance et la logique interne, la manière dont il est agencé et la façon dont les juristes raisonnent à son propos. En ce sens, ils « *saisissent* » le droit des contrats⁹⁸⁸. Ainsi, selon le professeur Christophe Jamin : « *L'usage grandissant des droits fondamentaux, leur substance mais aussi la conception du droit qu'ils véhiculent et les modes particuliers de raisonnement qu'ils engendrent, pourraient bien remettre en cause profondément l'architecture même du droit français des contrats, même si ce n'est pas encore tout à fait le cas* »⁹⁸⁹. En matière de contrats d'Etat, la référence au développement durable sous-tend cette invasion des droits fondamentaux au sein de l'instrument contractuel. Le phénomène de contractualisation est la mécanique sur laquelle il s'appuie. Au-delà, l'association entre le

⁹⁸¹HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », *op. cit.*, p. 237.

⁹⁸²*Idem*, pp. 237-238.

⁹⁸³VASAK (K.), « Pour une troisième génération des droits de l'homme », SWINARSKI (C.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, La Haye, CICR-Nijhoff, 1984, pp. 837-850.

⁹⁸⁴HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », *op. cit.*, p. 238.

⁹⁸⁵*Ibidem*.

⁹⁸⁶*Ibidem*.

⁹⁸⁷*Ibidem*.

⁹⁸⁸JAMIN (C.), « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », *Repenser le contrat*, LEWKOWICZ (G.), XIFARAS (M.), (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 175, spéc. p. 177.

⁹⁸⁹*Ibidem*.

développement durable et les contrats d'Etat emporte cette transformation profonde de la substance et de la logique interne de ces contrats ainsi que la façon dont ils sont agencés, comme cela est le cas des contrats de droit civil, selon la démonstration du professeur Jamin. La référence au développement durable permet que les droits de l'homme, les droits sociaux et du travail, le droit de l'environnement ainsi que les droits socioculturels et les droits économiques « saisissent » les contrats d'Etat. En résulte une profonde reconstruction de ces instruments.

CONCLUSION

Au regard de l'état actuel du droit international, c'est à travers le contrat d'Etat que le développement doit être reconstruit par le principe de développement durable. En effet, non seulement cette convention particulière est un contrat, ce qui emporte le fait qu'elle soit fondée sur l'accord libre des parties qui s'obligent, mais elle est aussi un instrument normatif à valeur institutionnelle. Elle est en fin de compte la loi des parties. En ce sens, l'essence et la substance de cet instrument juridique doivent faire l'objet d'une refondation. Celle-ci relève du domaine du visible et de l'invisible. A la lumière des impératifs de développement durable, il convient tout d'abord de remettre au cœur du contrat les objectifs pour lesquels ce dernier a été conclu. Cela nécessite une résurgence de la notion d'intérêt général au sein de ce dernier, qui serait un intérêt supérieur du contrat, davantage que la somme des antagonismes des parties, sans pour autant que ces derniers soient niés. La quête de l'intérêt général doit s'accompagner de celle d'une justice contractuelle. A ce titre, *l'idée d'une justice par le contrat l'emporte sur celle d'une justice imposée en dehors du contrat*⁹⁹⁰.

En outre, le contrat d'Etat doit être conçu en tant qu'institution. Cet outil normatif particulier situé entre autonomie et hétéronomie se caractérise par le cadre juridique qu'il offre aux relations entre Etats hôtes et investisseurs privés, dans une perspective de lien stable et pérenne, autour de l'adhésion des cocontractants. Cette qualité lui confère une dimension supplémentaire. On comprend alors que cet instrument du pluralisme juridique doit permettre de réguler les normes de développement durable, quelles qu'elles soient.

A cet égard, la substance du contrat d'Etat doit également être refondée. Cela doit se faire par le biais de la contractualisation des figures juridiques du principe. Un tel phénomène, qui au fond n'est pas une révolution en droit international des affaires, doit cependant être porté en avant afin de dépasser les barrières de l'indisponibilité de certains droits au cœur des ordres juridiques internes, auxquelles il ne s'oppose pas au demeurant. C'est par la voie de ce processus largement amorcé qu'existent les possibilités d'intégration de normes de développement durable au sein des contrats d'Etat. A tous ces égards, à l'aune du développement durable, le contrat d'Etat doit être perçu comme un instrument normatif singulier.

⁹⁹⁰DURKHEIM (E.), *Leçons de Sociologie*, PUF 2003, p. 232.

CONCLUSION DU TITRE 2

Les moyens des interactions entre contrats d'Etat et développement durable se situent dans une acception sans cesse renouvelée des sources du droit dans l'ordre international mais également dans les ordres internes. L'ordre international est le cadre d'un pluralisme dans lequel se côtoient des normes et des sources normatives aux origines diverses. Les normes de développement durable s'inscrivent fort à propos au cœur de cette mécanique car la majorité d'entre elles sont conçues en dehors des mécanismes classiques de formation du droit et constituent une abondante *soft law*. Le contrat d'Etat, instrument juridique particulier, profondément ancré dans les ordres internes, permet de réguler cette pléthore normative sous le manteau conventionnel. En conséquence, le contexte normatif pluriel offre au contrat d'Etat, en matière de développement durable, un creuset de normes applicables, par le biais desquels ce dernier doit être refondé et reconstruit, dans une dialectique permanente entre contexte juridique extracontractuel et contrat. En ce sens, les moyens des interactions entre contrats d'Etat et développement durable s'inscrivent dans la logique fondant les interactions entre ces deux éléments.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Les fondements d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat reposent sur une dynamique originelle qui est celle de l'interaction et de la complémentarité. Celle-ci associe les contrats d'Etat, instruments juridiques particuliers, partagés entre autonomie et hétéronomie, au contexte juridique extracontractuel au sein duquel ces outils existent. Au demeurant, la construction d'un tel droit doit être fondée sur la reconnaissance et l'évolution de mécanismes originaux qui fondent cette dialectique depuis l'origine et qui en constituent les soubassements. A l'égard du contexte extracontractuel, le contrat d'Etat est un outil juridique situé entre dépendance, indépendance et interdépendance, aux côtés de systèmes traditionnels de création de la norme. Nous avons vu que l'évolution des interactions entre contrats d'Etat et développement durable amène ce type de convention à se transformer en instrument de régulation, voire de corégulation, au sein duquel les normes d'origine diverses ont toute leur place et peuvent être consacrées, dans le but ultime qu'est le développement. Cet état du droit doit permettre de repenser le développement sans s'arrêter aux carcans que peuvent représenter les mécanismes classiques de construction et de conception du droit. Ce droit, une fois fondé, doit être orienté en fonction de jalons qui en tracent la voie.

DEUXIEME PARTIE : LES JALONS D'UN DROIT DU DEVELOPPEMENT DURABLE EN MATIERE DE CONTRATS D'ETAT

Au sens propre, le jalon est un piquet servant à établir des alignements, à marquer des distances⁹⁹¹. Au sens figuré, le terme désigne ce qui sert de point de repère, de marque pour suivre une voie déterminée⁹⁹². Les jalons servent à déterminer une destination, une orientation. A cet égard, la mise en exergue de mécanismes originaux sur lesquels reposent les interactions entre contrats d'Etat et développement durable que nous avons effectuée postule déjà le caractère particulier des jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. Il reste cependant à les déterminer.

Effectivement, c'est sur une dynamique particulière qu'est fondée la dialectique juridique entre contrats d'Etat et développement durable, reposant à la fois sur l'instrument contractuel en tant que tel et sur le contexte extracontractuel. En droit, comment ces deux éléments peuvent-ils contribuer à l'existence de jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat ? Existe-t-il des principes juridiques applicables à cet effet ? En effet, les principes sont l'origine, la cause première de toute chose⁹⁹³ et le droit ne fait pas exception. Ils sont des propositions premières, constituant à la fois le commencement et la substance de tout droit. En ce sens, ils sont indispensables et c'est naturellement que nous nous poserons la question de savoir s'il existe des principes guidant l'action des cocontractants au regard du développement durable. Existe-t-il des principes à partir desquels les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat pourraient être posés ? Quels seraient alors ces principes ? Quelle serait leur applicabilité au regard de notre problématique ? Quelles seraient leurs valeur et portée ?

Les principes ne sont cependant pas les seuls éléments qui pourraient constituer les principaux jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. En effet, la particularité du droit du commerce international en général et des contrats d'Etat en particulier repose sur l'existence de pratiques qui fondent et déterminent l'action de ses opérateurs. Il importe alors de se poser la question de l'importance de ces pratiques au regard de notre problématique. Quelles sont-elles ? Ces dernières, peuvent-elles être, aux côtés des principes,

⁹⁹¹ *Le petit Larousse illustré 2012*, « Jalon », Larousse, 2011.

⁹⁹² *Ibidem*.

⁹⁹³ *Le nouveau petit Littré*, « Durable », Garnier, 2009.

autant d'axiomes de comportement déterminant les obligations des cocontractants ? Comment ? Quels en seraient les fondements, les implications ainsi que les conséquences ? Il convient alors de se lancer à la quête d'un ensemble de principes (**Titre 1**) puis de pratiques (**Titre 2**) pouvant constituer les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat.

TITRE 1 : LA RECHERCHE D'UN ENSEMBLE DE PRINCIPES

Selon les professeurs Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque et Sandrine Corneloup : « *Le propre d'un principe est de constituer un agrégat d'où une multiplicité de solutions peut se déduire* »⁹⁹⁴. Le droit est construit et se construit autour de principes et par des principes. S'enquérir de principes de développement durable en matière de contrats d'Etat semble de ce fait logique et naturel. La question se pose cependant de l'identité de ces principes, de leur nature et de leurs fonctions, de leurs valeurs et portée. Quelles en seraient les implications ?

D'un point de vue méthodologique, il convient tout d'abord de se poser la question de savoir s'il existe, dans l'esprit du droit, des principes de développement durable qui s'imposeraient à la volonté des parties au contrat et auxquels ces dernières ne pourraient déroger ? A cet égard, le recours à la notion de principes généraux est d'un intérêt certain car les principes généraux sont considérés comme étant une source normative en droit international public⁹⁹⁵ et en droit du commerce international⁹⁹⁶. Cependant, la recherche de principes généraux de développement durable se heurte à certaines difficultés qui résident principalement dans l'absence de bases juridiques servant de fondement à ces principes. En ce sens, le recours au droit comparé est révélateur.

Serait-il alors possible que l'émergence d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat soit guidée par l'existence de principes appartenant à un ordre public perçu en tant qu'instrument de cohésion de la relation contractuelle en vue de telles préoccupations ? Une telle interrogation pose en toile de fond la problématique inachevée et sans cesse renouvelée de l'ordre public. A cet égard, l'hypothèse de l'existence d'un ordre public international, porteur de valeurs de développement durable a été soulevée. Au demeurant, c'est aux fondements même de la notion d'ordre public et à son applicabilité au regard de notre problématique qu'il faut s'attacher. Aussi, en matière de développement durable et de

⁹⁹⁴JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2010, p. 31.

⁹⁹⁵DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, L.G.D.J., 8^{ème} édition, 2009, pp. 125-126 et p. 380 et s ; PERRIN DE BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.), COULEE (F.), *Leçons de droit international public*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2^{ème} édition, 2011, pp. 294-295 ; VIRALLY (M.), « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, p. 195.

⁹⁹⁶JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, p. 17 et s., spéc. p. 28 et s.; RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2011, p. 74.

contrats d'Etat, la recherche de principes généraux s'imposant à la volonté des parties (**Chapitre 1**), doit s'accompagner de celle de principes d'ordre public (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LA RECHERCHE DE PRINCIPES GENERAUX S'IMPOSANT A LA VOLONTE DES PARTIES

Il convient de rappeler que le développement durable est un principe, au sens juridique du terme, de valeur normative et sous-tendant d'autres principes juridiques qui relèvent de différentes disciplines du droit⁹⁹⁷. Il a vocation à désigner trois piliers sous le manteau de sa dénomination : il s'agit des piliers environnemental, social et économique. Cela sous-tend qu'à travers la référence au principe de développement durable, c'est en réalité ces trois piliers, à travers leurs développements autonomes qui sont désignés. En effet, en droit, chacune des matières appartenant au développement durable fait l'objet d'évolutions propres, distinctes des autres. Il en va ainsi par exemple du droit de l'environnement, relevant du pilier environnemental du principe, matière distincte des droits de l'homme, relevant du pilier social. Ainsi, bien que ces matières soient regroupées sous un principe ayant vocation à les fédérer, elles n'en relèvent pas moins de champs distincts du droit. Autant de raisons pour lesquelles il convient de garder à l'esprit que si nous évoquons chacune de ces matières de façon spécifique et séparée, que ce soit les droits de l'homme ou le droit de l'environnement, c'est en nous rappelant sans cesse que ces droits appartiennent, dans notre démonstration au développement durable dont ils nourrissent juridiquement les piliers.

Les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat pourraient reposer sur un ensemble de principes guidant l'action des parties et s'imposant à leur volonté. Ce postulat emporte cependant certaines interrogations. Quels seraient ces principes ? Comment s'imposeraient-ils à la volonté des cocontractants ? Comment les orienteraient-ils ? D'emblée, l'idée de principes généraux affleure. En effet, en droit international comme en droit interne, les principes généraux occupent une place importante, notamment en tant que source normative. Serait-il possible que ces principes que nous recherchons soient qualifiés en tant que tels ? La recherche de principes de développement durable guidant l'action contractuelle ainsi que leur identification en tant que principes généraux du droit importe, puisque cela veut dire qu'il existerait, en matière de contrats d'Etat, des principes s'imposant aux contrats et auxquels les contractants ne pourraient déroger. De ce constat, pourraient être posés les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat.

⁹⁹⁷Voir nos développements *supra*, introduction, spécialement pp. 26-30.

Au demeurant, le rôle du juge ou de l'arbitre n'est pas neutre dans un tel domaine. Effectivement, son implication au sein de la théorie des principes généraux renforce la juridicité de tels principes qui, en théorie ne sont ancrés dans aucun ordre interne et ne peuvent jouir de ce fait de l'autorité et de la légitimité procurées par sa consécration au sein d'un tel ordre. Quel rôle jouera alors le juge ou l'arbitre à l'égard de principes généraux guidant de façon impérative l'action des cocontractants ? Dans la théorie du droit international, public ou privé, les principes généraux sont issus de la convergence de droits internes sur une thématique donnée. En conséquence, notre recherche ne pourra faire l'économie de la quête d'une certaine unicité des droits nationaux au regard des figures juridiques du développement durable. Pourra-t-on faire émerger de ce processus des principes généraux au sens où nous l'entendons ? En conséquence, notre étude doit s'appuyer sur une définition des principes généraux (**Section 1**) avant de rechercher, en droit comparé, l'existence de tels principes (**Section 2**).

SECTION 1. LA DEFINITION DES PRINCIPES GENERAUX

Comme nous avons déjà pu l'évoquer au préalable, le terme de « principe » est polysémique⁹⁹⁸. A cet égard, il importe de faire état du sens que nous entendons lui donner (**Paragraphe 1**). En effet, cette étape est un préalable nécessaire qui nous permettra de justifier notre acception de la notion de « principe général » (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1. LE SENS DE LA NOTION DE « PRINCIPE »

Au-delà de ses multiples significations (**A**), la notion de « principe » a un sens dans la mesure où en droit, les principes sont nécessaires et utiles (**B**).

A. UNE NOTION AUX MULTIPLES SIGNIFICATIONS

Nous avons déjà défini le développement durable en tant que principe, selon le postulat suivant :

Dans la science du droit, un principe pourrait être :

⁹⁹⁸Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 2, section 1) Une juridicité de principe, p. 114.

- soit une règle ou une norme générale de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques. Ainsi en est-il du principe de la souveraineté de l'Etat ou du principe de coopération par exemple.
- Soit une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux, destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une efficacité supérieure. Le terme principe renvoie donc au « principe positif du droit », c'est-à-dire une norme explicitement formulée dans le texte du droit positif, à savoir, soit une disposition légale, soit une norme construite à partir des éléments contenus dans ces dispositions.
- On parlera enfin de principe à propos d'une maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte (à l'exemple des principes généraux du droit, ou à propos d'une règle générale qui, à défaut de texte spécial, régit une sorte de cas, par opposition à une exception)⁹⁹⁹.

Ce terme désigne également une maxime que l'on ne peut transgresser. En ce sens, c'est une règle tenue pour absolue¹⁰⁰⁰. C'est également un élément essentiel qui caractérise un régime, une Constitution¹⁰⁰¹. Au sens de Montesquieu, il s'agit du ressort qui permet à un régime de fonctionner. Par exemple, la vertu est le principe de la démocratie¹⁰⁰².

En droit français, Jean Boulanger soulignait que le terme de « principe » était utilisé pour désigner cinq choses différentes : tout d'abord, des notions philosophiques ou théologiques transcendantes, comme les principes du droit naturel. Ensuite, les caractères essentiels d'une législation positive à travers son évolution, tel l'esprit de la législation française. Egalement les idées force servant d'armature à une présentation doctrinale des institutions juridiques, mais aussi un ensemble systématique de règles auxquelles d'autres dispositions renvoient, ainsi que le fait l'article 1584 du Code civil qui dispose que l'effet de la vente est réglée par les principes généraux des conventions. Enfin, ce terme sous-tendrait des propositions d'une

⁹⁹⁹Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 2, section 1, paragraphe 2, A), 1) L'identification d'un principe, p. 119 ; CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Principe », Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} édition, 2011.

¹⁰⁰⁰CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Principe », *loc. cit.*

¹⁰⁰¹*Ibidem.*

¹⁰⁰²*Ibidem.*

généralité très étendue auxquelles se trouvent subordonnées des séries de solutions positives, tels les principes généraux du droit au sens du Conseil d'Etat¹⁰⁰³.

De cet ensemble de définitions, on comprend facilement l'affirmation suivante : « *Les principes juridiques sont abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer, asservis à la rhétorique. Tel homme public en appelle aux "grands principes de droit" - se gardant d'en nommer un seul- pour soutenir une pensée hostile ; mais en réalité, il recherche au travers de cette incantation politique des "vêtements magnifiques pour des opinions discutables"*¹⁰⁰⁴ »¹⁰⁰⁵. « *Des principes, chétifs embryons de règles, prolifèrent dans les branches du droit les plus immatures. Le succès du mot a ruiné sa valeur singulière, noyée dans un pluriel ampoulé. Condillac en exprimait déjà le regret : Principe est synonyme de commencement. Et c'est dans cette signification que l'on l'a d'abord employé ; mais ensuite, à force d'en faire usage, on s'en est servi par habitude, machinalement, sans y attacher d'idées, et l'on a eu des principes qui ne sont le commencement de rien* »¹⁰⁰⁶.

Et pourtant, tiré du latin « *principium* », de *primo* (premier) et *capere* (prendre), le *princeps* est celui qui prend la première part, le premier rang, le principe est un commencement¹⁰⁰⁷. Il est « *ce à partir de quoi on agit, on juge et on raisonne* »¹⁰⁰⁸. Ce qui engendre, ce qui fonde, ce qui forme¹⁰⁰⁹. En droit, le caractère incontournable des principes provient du fait que « *nous ne vivons que parce que nous avons des principes, que parce que nous nous référons à des principes* »¹⁰¹⁰. Quel que soit le domaine juridique considéré, on trouve des principes qui sont tantôt énoncés directement par les textes, tantôt indirectement par les juges, voire par d'autres autorités¹⁰¹¹.

¹⁰⁰³BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, tome 1, L.G.D.J., 1950, p. 151.

¹⁰⁰⁴RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, chapitre VI : « Les principes juridiques », L.G.D.J., 1955, n° 132.

¹⁰⁰⁵MORVAN (P.), « Principes », ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1201.

¹⁰⁰⁶*Ibidem*.

¹⁰⁰⁷*Ibidem*.

¹⁰⁰⁸GUERY (F.), « En guise de conclusion. Des principes en droit, aujourd'hui ? », CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 377, spéc. p. 379.

¹⁰⁰⁹PONTIER (J.-M.), « Introduction », PONTIER (J.-M.) (dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p. 9, spéc. p. 12.

¹⁰¹⁰*Idem*, p. 9.

¹⁰¹¹*Idem*, p. 11.

Toutefois, il est vrai que parler en termes de principes aboutit déjà à se situer dans la généralité¹⁰¹². Des considérations générales sur des généralités ont pour conséquence l'évanescence de la pensée et le vide de la parole¹⁰¹³. Cependant, l'étendue des champs des principes est telle qu'elle forme une « *sorte de champ continu où l'on ne peut que définir des points de condensation et des repères* »¹⁰¹⁴. Dans le sens où ils sont des repères, nous ne pourrions vivre sans principes. Selon le professeur Jean-Marie Pontier, même ceux qui récusent les principes se réclament même implicitement de principes qui s'opposent aux précédents¹⁰¹⁵ et lorsque l'on se réfère aux principes, on n'aboutit pas en réalité au vide mais au « *trop plein* »¹⁰¹⁶. En réalité, les principes sont si nombreux, l'absence de recension exhaustive est si indiscutable que l'on peut douter de leur caractère opératoire¹⁰¹⁷. Dès lors, de nombreuses questions émergent : n'est-ce pas en définitive une tendance à la facilité que de parler de principes ?¹⁰¹⁸ N'emploie-t-on pas un terme qui, à force d'être utilisé, est usé et a perdu toute signification véritable ?¹⁰¹⁹ Peut-on légitimement parler de principes avec rigueur si l'on n'est pas d'accord sur leur liste, ni sur leur signification ?¹⁰²⁰ Alors, pourquoi continue-t-on à parler de principes et pourquoi ne pas supprimer ce mot du vocabulaire juridique ? Au demeurant, parfois, on oppose les principes aux réalités, comme si les premiers, relevant uniquement du monde des idées, étaient en contradiction avec les seconds¹⁰²¹. En outre, les principes peuvent *a priori* être considérés comme s'opposant aux lois dans le sens où les lois sont du côté de la science tandis que les principes sont du côté de la philosophie, de la politique, de la morale¹⁰²². Les principes constituent cependant les soubassements du droit¹⁰²³. En ce sens, ils sont nécessaires et utiles.

B. LA NECESSITE ET L'UTILITE DES PRINCIPES

Selon le professeur Jean-Marie Pontier, il est intéressant de remarquer qu'une nouvelle discipline juridique, surtout si elle était rattachée à une autre, cherche d'abord pour se

¹⁰¹²*Idem*, p. 9.

¹⁰¹³*Ibidem*.

¹⁰¹⁴LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, « Principe », PUAM, 1999.

¹⁰¹⁵PONTIER (J.-M.), « Introduction », *op. cit.*, p. 9.

¹⁰¹⁶*Ibidem*.

¹⁰¹⁷*Ibidem*.

¹⁰¹⁸*Ibidem*.

¹⁰¹⁹*Ibidem*.

¹⁰²⁰*Ibidem*.

¹⁰²¹*Idem*, p. 12.

¹⁰²²*Ibidem*.

¹⁰²³*Ibidem*.

légitimer, à se référer à des principes fondateurs et à un principe d'autonomie de la discipline¹⁰²⁴. Cela a par exemple été le cas du droit du développement par rapport au droit international.

L'une des catégories de principes que l'on retrouve souvent en droit est celle des principes généraux. En droit français, ils existent tant en droit public qu'en droit privé¹⁰²⁵. A cet égard, en droit interne, les principes généraux consacrés par le Conseil d'Etat sont les plus connus de tous. Toutefois, selon le professeur Frédéric Zenati-Castaing, c'est une idée reçue de croire que la catégorie des principes généraux a été créée en France par la jurisprudence administrative et qu'elle est marquée par son origine juridictionnelle, ce qui conduit à y voir *a priori* une forme de droit non écrit et une des manifestations de la jurisprudence¹⁰²⁶. En réalité, d'après l'auteur, la jurisprudence n'est qu'un domaine qui a fini par devenir la terre d'élection des principes, lesquels préexistaient à leur consécration par le juge administratif et ont constitué une source majeure de droit privé¹⁰²⁷. Ainsi, dans un système de droit codifié, les principes ont leur source dans la loi. Ils sont parfois formulés explicitement par elle, ce qui se produit lorsqu'elle a un fort degré de généralité¹⁰²⁸.

L'utilisation du terme « principe » peut s'analyser en une formule rituelle désignant des orientations générales qui commandent ou gouvernent un droit particulier ou l'action d'une institution¹⁰²⁹. Le professeur Pontier fait état de la distinction entre les principes, les règles et les valeurs¹⁰³⁰. En effet, le terme de valeur est général dans le sens où il a d'abord un sens philosophique et métaphysique¹⁰³¹. Il désigne les grands idéaux que l'on poursuit et qui sont le vrai, le beau, le bien mais aussi pour les juristes le juste ou encore l'égalité¹⁰³². Ainsi, la valeur présente un double caractère : celui du désirable, lorsque l'on parle par exemple du beau ou du bien, ce qui relève du subjectif, et celui de l'universel ou de l'universalisable¹⁰³³.

¹⁰²⁴*Ibidem.*

¹⁰²⁵ZENATI-CASTAING (F.), « Les principes généraux en droit privé », CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 257.

¹⁰²⁶*Ibidem.*

¹⁰²⁷*Ibidem.*

¹⁰²⁸*Ibidem.*

¹⁰²⁹PONTIER (J.-M.) (dir.), « Introduction », *op. cit.*, p. 17.

¹⁰³⁰*Ibidem.*

¹⁰³¹*Idem*, p. 19.

¹⁰³²*Ibidem.*

¹⁰³³*Ibidem.*

A ce titre, la valeur n'est pas ce qui fait l'objet de notre désir, mais ce qui devrait être l'objet du désir de tous les hommes¹⁰³⁴.

Une articulation se produirait ainsi entre valeurs, principes et règles. Les valeurs engendrent des principes, les principes se traduisent concrètement par des règles¹⁰³⁵. De façon corrélatrice, les règles ne se justifient que par référence à des principes¹⁰³⁶. En conséquence, elles doivent toujours être évaluées et réévaluées en fonction de ces derniers¹⁰³⁷. Cela justifie la démarche du juge qui apprécie une règle en fonction d'un principe¹⁰³⁸.

Plus que des axiomes, les principes sont des « préceptes ». Ils sont le commencement de la science comme de l'apprentissage¹⁰³⁹. Ils sont également ce dont on a besoin de se rappeler sans cesse¹⁰⁴⁰. En ce sens, ils ont une finalité didactique. Au 19^{ème} siècle, les exégètes se proposent, au seuil de leurs traités, de chercher les « *principes de la théorie* »¹⁰⁴¹ avant d'en développer des conséquences, ne voyant dans les principes autre chose que les idées nécessaires bien coordonnées, sachant que, quand on les possède, on possède la science du droit toute entière¹⁰⁴². Dans cette perspective, ils ont une finalité scientifique, démonstrative et logique.

Selon des auteurs, ces principes ainsi exposés se distingueraient des « *principes normatifs* » qui sont des normes juridiques édictant un devoir-être, au point de vue normatif, relevant du seul droit¹⁰⁴³. En effet, les principes qui désignent les lignes de force ou les tendances de l'évolution d'un segment du droit positif, qu'il s'agisse d'introduire une description plus détaillée de la matière ou de s'en tenir à un niveau relatif de généralité, ne seraient pas des « *principes-normes* »¹⁰⁴⁴, mais des descriptions synthétiques de contenus de règles juridiques en vigueur ou de résultats de leur jeu combiné ou encore d'orientations d'un changement

¹⁰³⁴*Ibidem*.

¹⁰³⁵Voir sur ce débat, DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, London, 1977, traduction française, PUF, 1995 ; HART (H. L.), *Le concept de droit*, Oxford, 1961, traduction française, Bruylant, 2^{ème} édition, 2005.

¹⁰³⁶*Ibidem*.

¹⁰³⁷*Ibidem*.

¹⁰³⁸*Ibidem*.

¹⁰³⁹MORVAN (P.), « Principes », *op. cit.*, p. 1202.

¹⁰⁴⁰*Ibidem*.

¹⁰⁴¹*Ibidem* ; TOULLIER (C.), « Préface », *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, J. Renouard, 5^{ème} édition, 1939.

¹⁰⁴²MORVAN (P.), « Principes », *loc. cit.*

¹⁰⁴³*Ibidem* ; JEAMMAUD (A.), « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 49, spéc. pp. 54-55.

¹⁰⁴⁴*Idem*, p. 54.

normatif. Il s'agit de « *descriptions livrées par la science du droit* »¹⁰⁴⁵. Ainsi, ces principes s'inscriraient dans un projet de présentation ou d'enseignement du droit. Les ouvrages juridiques seraient illustratifs à cet égard, présentant par exemple les « principes fondamentaux du droit fiscal » ou encore les « principes de la responsabilité civile », que le nom soit employé seul ou accompagné de qualificatifs tels que « *grands* », « *généraux* » ou « *fondamentaux* »¹⁰⁴⁶. Les principes normatifs quant à eux, qualifient certains énoncés du discours législatif ou la substance normative qui constitue la signification de ces dispositions dont ils soulignent l'importance et la valeur¹⁰⁴⁷. C'est par exemple le cas du principe de non-rétroactivité de la loi consacré à l'article 2 du Code civil, du principe de la force obligatoire des conventions énoncé par l'article 1134 ou du principe de relativité des contrats de l'article 1165 du Code civil¹⁰⁴⁸. Quoi qu'il en soit, « *le terme principe désigne en tout cas une norme et non une description synthétique ou l'orientation, la tendance, d'un segment du droit positif* »¹⁰⁴⁹.

Il est encore question de normes lorsque l'on tente d'identifier les principes généraux d'une branche de droit afin d'en révéler le particularisme ou l'autonomie¹⁰⁵⁰. Pour le professeur Antoine Jeammaud, cette distinction doit se faire en percevant clairement la différence entre des normes juridiques d'un type particulier qu'il conviendrait de révéler ou des lignes de force d'un segment du droit¹⁰⁵¹.

Il apparaît à notre sens que les lignes de forces d'un segment du droit sont tout aussi normatives que ce que les auteurs qualifient de « *principes-normes* »¹⁰⁵². La description du contenu de règles juridiques en vigueur ne fait-elle pas état de règles normatives dans la mesure où ces règles constituent le corps et l'esprit du droit en question ? Les « principes généraux du droit fiscal » ne sont-ils pas autant de principes normatifs dans le sens où ils désignent des orientations à suivre, des impératifs à respecter, des prescriptions ainsi que des proscriptions ? Ces « *descriptions livrées par la science du droit* »¹⁰⁵³ sont tout aussi

¹⁰⁴⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁴⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁴⁸ *Idem*, p. 55.

¹⁰⁴⁹ JEAMMAUD (A.), « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », *op. cit.*, p. 55.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁰⁵¹ *Ibidem.*

¹⁰⁵² *Ibidem.*

¹⁰⁵³ *Idem*, p. 54.

porteuses de normes, à la base de règles qui constituent la substance même du droit dont il s'agit. Aussi, si nous entendons la subtilité de cette distinction, nous n'en comprenons pas l'utilité à partir du moment où on ne peut dénier à aucun de ces types de principes sa portée normative.

L'utilisation excessive des principes en droit a parfois fait perdre à ceux-ci toute consistance, toute portée, tout intérêt et parfois même toute raison d'être. Cependant, en droit, les principes sont un mal nécessaire car ils en constituent la substance fondamentale. Il s'agit de normes ou constructions qui servent de base au droit comme sources de sa création, de son application ou de son interprétation¹⁰⁵⁴. A cet égard, les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat résident à notre sens dans une série de principes qui doivent déterminer ces conventions. A ce titre, existe-t-il une distinction entre des principes généraux et de « simples principes » ?

PARAGRAPHE 2. L'ACCEPTION DE LA NOTION DE « PRINCIPES GENERAUX »

Les principes généraux au sens où nous l'entendons ont une valeur normative que leur définition permet de mettre en lumière (A). A cet égard, le rôle joué par les juges et les arbitres est fortement débattu et revêt une importance certaine (B).

A. LA DEFINITION DES « PRINCIPES GENERAUX »

L'étude des convergences et des divergences entre le droit interne et le droit international permet d'esquisser une définition des principes généraux (1). Toutefois, parce que ce domaine est celui qui nous occupe principalement et qu'il possède des acceptions particulières de cette notion, il convient de compléter notre esquisse à travers un examen spécifique du droit international (2). Ce travail nous conduira à nous interroger sur le processus tendant à l'émergence de ces principes généraux (3).

¹⁰⁵⁴WROBLEWSKI (J.), « Principes du droit », ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1993, p. 474.

1) Des convergences et des divergences entre le droit interne et le droit international

Sous la dénomination de « principes généraux du droit », le vocabulaire juridique publié sous la direction du professeur Gérard Cornu distingue deux définitions relevant respectivement du droit administratif français et du droit international public¹⁰⁵⁵. Il s'agit d'une part des règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration et à ses rapports avec les particuliers, même sans texte, et ayant une valeur égale à celle de la loi, de sorte que celle-ci peut y déroger et que, au contraire, l'administration et le pouvoir réglementaire doivent respecter. D'autre part, en droit international public, les principes généraux de droit sont une source du droit international au regard de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, qui fait référence aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées en ces termes : principes communs aux ordres juridiques internes et à l'ordre international (bonne foi, abus de droit, enrichissement sans cause, autorité de chose jugée, égalité des parties à une instance), ou principes spécifiques à l'ordre international qui parfois se distinguent difficilement des règles coutumières (souveraineté, responsabilité, légalité des Etats). Ces principes sont également définis en tant que source du droit international constituée par des principes juridiques non écrits mais de portée générale et quasi universelle, les uns communs aux ordres juridiques des Etats civilisés et transposés dans les relations internationales (autorité de la chose jugée, respect des droits acquis, réparation du dommage causé, etc.), les autres nés dans l'ordre international lui-même (respect de l'indépendance des Etats, primauté du traité sur la loi, etc.)¹⁰⁵⁶.

En réalité, malgré cette délimitation opérée sous la direction du professeur Cornu, la caractéristique de « principe général » est attribuée dans de nombreux autres domaines du droit, afin de qualifier diverses sortes de principes. Ainsi, on parle de principes généraux en droit privé¹⁰⁵⁷, en droit pénal¹⁰⁵⁸, de principes généraux de la *lex mercatoria*¹⁰⁵⁹, également de

¹⁰⁵⁵CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Principe », *loc. cit.*

¹⁰⁵⁶*Lexique des termes juridiques*, « Principes généraux du droit », 17^e édition, Dalloz, 2009.

¹⁰⁵⁷ZENATI-CASTAING (F.), « Les principes généraux en droit privé », *loc. cit.*; DE BECHILLON (M.), *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998.

¹⁰⁵⁸DANIEL (J.), « Les principes généraux du droit en droit pénal », CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 275.

¹⁰⁵⁹OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, thèse, L.G.D.J., 1992.

principes généraux en droit du commerce international¹⁰⁶⁰ et de principes généraux du droit communautaire¹⁰⁶¹.

Il n'existe pas de définition exhaustive du « principe général » ou du « principe général du droit »¹⁰⁶². Les différentes branches du droit qui ont recours aux principes généraux tentent néanmoins de définir cette notion¹⁰⁶³. En théorie du droit, les principes généraux sont des règles de droit objectif, exprimées ou non dans les textes, mais appliquées par le juge et dotées d'un caractère suffisant de généralité¹⁰⁶⁴. Pour le professeur Mireille Delmas-Marty, « un principe général de droit constitue l'outil essentiel permettant le transport des messages qui relient entre eux des systèmes autonomes »¹⁰⁶⁵. L'expression de « principe » est plus commode pour désigner les normes les plus générales et les plus abstraites¹⁰⁶⁶.

En droit international public comme en droit administratif français, la notion de principe général est fortement liée au travail prétorien, soit que le juge administratif consacre ces principes, soit qu'ils s'imposent au juge international en tant que source de droit. Toutefois, le simple usage de l'expression ne suffit pas à conclure qu'un juge ait recours à cette technique¹⁰⁶⁷ et si le rôle du juge administratif en la matière est clair, celui exact du juge international reste encore à déterminer, dans l'identification et la formulation des principes concernés¹⁰⁶⁸.

Pour le professeur Jean-Louis Bergel, les principes généraux sont très hétérogènes quant à la forme et quant au fond¹⁰⁶⁹. Ils peuvent être formellement consacrés par la jurisprudence ou

¹⁰⁶⁰KAHN (P.), « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI*, 1989, p. 305.

¹⁰⁶¹LE QUINIO (A.), « La primauté des principes généraux du droit communautaire et sa réception par le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel », PONTIER (J.-M.) (dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p. 333 ; PAPADOPOULOU (R.-E.), *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, thèse, Athènes, Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; SIMON (D.), « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, p. 73.

¹⁰⁶²GRABARCZYK (K.), *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, PUAM, 2008, p. 21.

¹⁰⁶³*Idem*, pp. 21-22.

¹⁰⁶⁴*Idem*, p. 22.

¹⁰⁶⁵DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Editions du Seuil, 1994, p. 103.

¹⁰⁶⁶VITANYI (B.), « La signification de la "généralité" des principes de droit », *RGDIP*, Tome 80, n° 2, avril-juin 1976, p. 536, spéc. pp. 540-541.

¹⁰⁶⁷GRABARCZYK (K.), *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹⁰⁶⁸COLAVITTI (R.), « Positionnement des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" dans l'ordre juridique international », PONTIER (J.-M.) (dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p. 179, spéc., p. 182.

¹⁰⁶⁹BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2003, p. 110.

rester « *implicites mais reconnus* »¹⁰⁷⁰. Concernant le fond, il apparaît que les principes généraux du droit sont très divers¹⁰⁷¹. En effet, certains principes sont empruntés à la morale, à l'équité ou encore au droit naturel¹⁰⁷². En outre, certains peuvent avoir une signification technique tandis que d'autres peuvent être plus politiques : c'est le cas, par exemple, pour les libertés individuelles¹⁰⁷³. Les principes généraux du droit peuvent être individualisés parmi d'autres sources du droit¹⁰⁷⁴. Ainsi, à côté de sources écrites, comme la Constitution ou les lois dans l'ordre juridique interne, les traités dans l'ordre juridique international, il convient de reconnaître l'existence de sources non écrites parmi lesquelles ils figurent¹⁰⁷⁵. Elevés au rang de « sources du droit », les principes généraux expriment alors ce qui est entendu dans la définition du mot « principe », c'est-à-dire, le commencement, le précepte, l'axiome de comportement¹⁰⁷⁶.

2) Les sens particuliers des « principes généraux » en droit international

En droit international, la distinction est faite entre les « principes généraux de droit » et les « principes généraux du droit »¹⁰⁷⁷. Les principes généraux de droit trouvent leur origine au sein de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, énonçant les différentes sources formelles du droit international public¹⁰⁷⁸. Ces principes, identifiés de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », puisent leurs sources dans les ordres juridiques internes des Etats et, du fait de leur généralité, sont susceptibles d'être transposés dans l'ordre international¹⁰⁷⁹. Ils sont qualifiés de propositions premières consacrées par le droit interne des nations civilisées en tant qu'elles sont transportables à l'ordre

¹⁰⁷⁰*Ibidem.*

¹⁰⁷¹GRABARCZYK (K.), *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁷²BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, *loc. cit.*

¹⁰⁷³GRABARCZYK (K.), *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *loc. cit.*

¹⁰⁷⁴*Ibidem.*

¹⁰⁷⁵*Ibidem.* Selon l'auteur, il convient de préciser que le terme en tant que tel ne désigne pas automatiquement une source non écrite d'un système juridique.

¹⁰⁷⁶*Ibidem.*

¹⁰⁷⁷COLAVITTI (R.), « Positionnement des “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” dans l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 181 ; SOREL (J.-M.), « Notions juridiques et droit international : à propos de quelques contresens classiques », TUSSEAU (G.) (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 127.

¹⁰⁷⁸COLAVITTI (R.), « Positionnement des “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” dans l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 179.

¹⁰⁷⁹*Ibidem.*

international¹⁰⁸⁰. *A contrario*, les principes généraux du droit ne constitueraient pas en eux-mêmes une des sources formelles visées par l'article 38 du Statut de la Cour¹⁰⁸¹. En effet, ces derniers naissent directement dans l'ordre international¹⁰⁸². Selon un auteur, il s'agit de principes tels que l'égalité souveraine des Etats, la non ingérence ou encore le principe *Pacta Sunt Servanda*¹⁰⁸³. Autant de principes qui sont également des principes généraux de droit ou encore des règles coutumières. Ainsi, selon le professeur Michel Virally : « *Les principes en cause sont, en réalité des règles de droit d'une grande généralité, donc très abstraites, assez fréquemment invoquées et appliquées dans la pratique pour que leur existence et leur validité ne puissent être mises en doute, et qui sont par conséquent d'origine coutumière. L'usage qui en est fait n'aboutit donc pas à l'apparition d'une catégorie juridique nouvelle* »¹⁰⁸⁴. Ayant une vocation heuristique, les principes du droit international permettent de saisir de façon générale les grandes exigences induites par le développement des relations interétatiques¹⁰⁸⁵.

En droit international, les principes généraux de droit sont par définition même communs à l'ordre juridique international et à l'ensemble des ordres juridiques nationaux¹⁰⁸⁶. Dans sa thèse consacrée aux principes généraux de la *lex mercatoria*, Monsieur Filiali Osman met en lumière de nombreux principes issus de la convergence des solutions données dans les ordres juridiques nationaux et de la réception de ces solutions au sein de la communauté marchande internationale¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁰BASDEVANT (J.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, « Principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », 1960, pp. 474-475.

¹⁰⁸¹COLAVITTI (R.), « Positionnement des “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” dans l'ordre juridique international », *loc. cit.*

¹⁰⁸²*Ibidem.*

¹⁰⁸³*Ibidem.*

¹⁰⁸⁴VIRALLY (M.), « Le rôle des “principes” dans le développement du droit international », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, publication de l'IUHEI, 1968, p. 531, spéc., p. 532.

¹⁰⁸⁵COLAVITTI (R.), « Positionnement des “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” dans l'ordre juridique international », *loc. cit.*

¹⁰⁸⁶L'article 38 du Statut de la CIJ est ainsi rédigé : « 1. La Cour, dont la mission est de régler, conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ; b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ; les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. 2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono* ».

¹⁰⁸⁷OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, *loc. cit.*

3) La genèse des principes généraux en droit international

La détection des principes généraux s'effectue dans le cadre des droits internes, pris au sens large. Ils sont tirés de règles à valeur constitutionnelle, législative, réglementaire ou jurisprudentielle. Ces règles d'emprunt peuvent être de droit public comme de droit privé, elles ont vocation à régir tant les relations internes que les relations internationales d'un Etat¹⁰⁸⁸. Selon les professeurs Prosper Weil¹⁰⁸⁹ et Charles de Visscher¹⁰⁹⁰, en droit international public, on ne peut être exhaussé au statut de principe général de droit qu'à la condition d'un double processus d'abstraction, d'abord, de généralisation, ensuite, qui, dépouillant les règles de droit interne des particularités nationales dont les a revêtues une élaboration beaucoup plus poussée, permet, par un effort de synthèse, de les ramener à leurs aspects les plus généraux et seuls vraiment universalisables. Pour le professeur Charles de Visscher, dans ce processus, ce n'est pas la similitude extérieure des institutions ou des règles que l'on confronte entre elles qui est décisive, c'est le principe sous-jacent qui leur est commun et qui les explique¹⁰⁹¹. Ces principes généraux du droit ne sont donc pas le fruit d'une simple addition ni même d'une moyenne des solutions adoptées par les différents systèmes juridiques, notamment nationaux¹⁰⁹². C'est seulement une fois dégagées de leurs modalités techniques considérées comme contingentes et ramenées aux aspects fondamentaux qui en constituent la substance, que ces solutions accèdent au rang de principe général et peuvent de ce fait être transposées d'un système juridique à un autre. Ainsi, ils sont devenus des principes dénués de la particularité d'une matière juridique spécifique afin d'être applicables à toute matière.

Toutefois, selon le professeur Weil, une fois le double processus d'abstraction et de généralisation accompli, la troisième phase consiste à implanter le principe abstrait et général dans le milieu au sein duquel il est amené à exister¹⁰⁹³. Pour cela, il faut revêtir le principe en question, à l'état de squelette, « *de chair et de peau en lui ajoutant le minimum de modalités techniques sans lesquelles il ne serait qu'un instrument inerte. C'est ce qu'ont fait la Cour*

¹⁰⁸⁸COLAVITTI (R.), « Positionnement des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" dans l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁸⁹WEIL (P.), « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 387.

¹⁰⁹⁰DE VISSCHER (C.), *Cours général de droit international public*, A. Pedone, 4^{ème} édition, 1970, p. 419.

¹⁰⁹¹*Ibidem.*

¹⁰⁹²DE VISSCHER (P.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, volume 136, 1972, II, p. 1, spéc. pp. 116-117.

¹⁰⁹³WEIL (P.), « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », *op. cit.*, pp. 402-403.

internationale et les juridictions arbitrales en dotant les principes ainsi recueillis de modalités concrètes les rendant aptes à remplir leur mission »¹⁰⁹⁴. Il en va ainsi des principes affirmés en la matière : la force majeure, l'abus de droit, la réparation du préjudice, le respect de la chose jugée, la maxime *nemo auditur*, l'égalité des parties à un procès, le principe *rebus sic standibus*. Il en va de même pour les règles relatives à la validité, à l'exécution et à l'extinction des obligations¹⁰⁹⁵. Pour le professeur Weil, il s'agit ici d'autant de principes généraux qui, une fois transposés dans l'ordre international après avoir suivi le traitement approprié d'abstraction et de généralisation, y ont bénéficié d'un « *réhabillage* »¹⁰⁹⁶. Ce « *réhabillage* » se fait et est nécessité au regard des circonstances de l'espèce. Cette fonction est dévolue au juge ou à l'arbitre du commerce international.

B. LE ROLE DU JUGE ET DE L'ARBITRE EN MATIERE DE PRINCIPES GENERAUX

En droit international, le rôle du juge¹⁰⁹⁷ en matière de principes généraux ne fait pas l'objet d'une appréciation unanime¹⁰⁹⁸. Selon un auteur, le raisonnement opéré par le juge international face aux principes généraux semble se diviser en quatre étapes successives : une première étape d'interprétation par comparaison des règles en vigueur au sein des différents systèmes de droit interne. La deuxième étape consiste en une synthèse par voie d'induction des règles pertinentes, la troisième résidant dans le fait d'opérer une transposition par analogie du principe dégagé. Enfin, la quatrième étape est constituée par une application par voie de déduction, afin d'apporter une solution au cas d'espèce, en l'absence de norme écrite suffisamment pertinente. Les deux étapes d'interprétation par comparaison et de transposition par analogie font la spécificité du mode de formulation prétorienne des principes généraux dans l'ordre international¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁴*Ibidem*.

¹⁰⁹⁵*Idem*, p. 403.

¹⁰⁹⁶*Ibidem*.

¹⁰⁹⁷Nous entendons ici le terme « juge » au sens large, en faisant également référence à l'arbitre international puisque les principes généraux de droit sont une source objective de droit international. Nous pensons alors qu'ils n'ont pas seulement vocation à concerner les juges internationaux au sens strict, notamment les seuls juges de la CIJ. Voir à cet égard TRANCHEZ (E.), « Les principes généraux de droit, la source "oubliée" du droit international », PONTIER (J.-M.) (dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p. 433, spéc. p. 444.

¹⁰⁹⁸COLAVITTI (R.), « Positionnement des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" dans l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 179.

¹⁰⁹⁹*Idem*, p. 199.

L'interprétation par comparaison permet d'assurer une connaissance suffisamment précise des règles adoptées au sein des différents droits internes¹¹⁰⁰. A cette fin, les Etats parties à l'instance qui souhaiteront se prévaloir d'un principe général recourront aux méthodes traditionnelles du droit comparé¹¹⁰¹. En réalité, la question que l'on peut se poser est celle de savoir s'il appartient au juge international, de sa propre initiative ou à celle des parties, de s'atteler à la lourde tâche de recenser de façon détaillée les pratiques internes afin de pouvoir tirer toute la substance de sa décision. Cette interrogation soumet de façon plus générale à la réflexion la question du rôle du juge international à l'égard des principes généraux car ce recensement postule selon nous une action créatrice qui peut lui être contestée¹¹⁰². En ce sens, la troisième étape du raisonnement du juge face aux principes généraux s'avère également problématique¹¹⁰³. En pratique, les tribunaux internationaux ont fréquemment recours aux principes, soit afin de les guider dans l'application des règles du droit international, soit pour résoudre des affaires pour lesquelles il n'existe aucune règle spécifique¹¹⁰⁴. Dans le dernier cas de figure, la fonction réelle du juge international est discutée, lorsque ce dernier fonde sa décision en l'absence de droit réel ou coutumier directement applicable. Pour le professeur Alfred von Verdross, le juge international, constatant l'absence de base conventionnelle ou coutumière afin de résoudre le différend qui lui est soumis, ne saurait faire office de législateur¹¹⁰⁵. A cet égard, il est assigné au juge international une « simple » fonction de connaissance du droit, à l'exclusion de toute autre capacité créatrice¹¹⁰⁶. Ainsi, celui-ci ne ferait que déclarer l'existence d'un principe général dans l'ordre juridique international¹¹⁰⁷. Cette thèse est également fondée sur le fait que la lettre même de l'article 38 du Statut de la Cour ne va pas dans le sens d'une permission donnée au juge de créer le droit en se substituant aux Etats¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁰*Ibidem.*

¹¹⁰¹*Ibidem.*

¹¹⁰²COLAVITTI (R.), « Positionnement des “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” dans l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 200.

¹¹⁰³*Ibidem.*

¹¹⁰⁴*Ibidem.*

¹¹⁰⁵VON VERDROSS (A.), « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, volume 52, 1935, II, p.191, spéc. p. 223.

¹¹⁰⁶*Ibidem.*

¹¹⁰⁷COLAVITTI (R.), « Positionnement des “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” dans l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 179.

¹¹⁰⁸*Idem*, p. 201;

A l'inverse de cette théorie, il est retenu que face aux principes généraux de droit, il existait une véritable construction prétorienne équivalente à un « *acte de volonté* »¹¹⁰⁹ et qui reviendrait à créer une nouvelle norme applicable désormais aux rapports internationaux. La théorie du juge législateur suppose que le juge international s'inspire seulement des droits internes et qu'il opère ensuite un changement du contenu lors du processus de transposition dans l'ordre international¹¹¹⁰. Le principe reconstruit constituerait donc pour l'avenir une nouvelle norme du droit international. D'après le professeur Milan Bartos : « *Le processus dialectique de la transposition de ces principes généraux dans le futur processus de la création du droit international dépend des circonstances dans lesquelles ce processus s'effectue et, en règle générale, dans ce processus est changé leur ratio legis* »¹¹¹¹. Quoiqu'il en soit, selon un auteur, une transposition à la lettre et en l'état de règles issues des droits internes est impossible dans la mesure où le droit international répond à une logique propre. En conséquence, une « *construction minimale* »¹¹¹² semble nécessaire afin d'appliquer dans les relations interétatiques des règles destinées à l'origine à l'ordre interne.

La question du rôle du juge¹¹¹³ se pose également en matière de relations commerciales internationales privées. De ce point de vue, cette problématique est fortement discutée dans le sens où certains auteurs attribuent aux arbitres du commerce international des fonctions particulières à l'égard des principes généraux du droit. Ces interrogations se posent-elles dans les mêmes termes qu'en droit international public, à savoir si le juge du commerce international a seulement une fonction de connaissance des principes généraux ou s'il joue un rôle créateur en la matière ? A ce sujet, selon Monsieur Filiali Osman, l'arbitre international joue un rôle créateur à l'égard des principes généraux de la *lex mercatoria* en étant à l'origine de principes ainsi qualifiés, qui répondent aux besoins de la communauté des marchands¹¹¹⁴. En conséquence, l'arbitrage constitue selon l'auteur une source formelle importante de la *lex mercatoria*¹¹¹⁵. D'après le professeur Paul Lagarde, l'arbitre appelé à statuer dans le système de la *lex mercatoria* pourrait se référer à ces principes généraux afin de trouver la solution au

¹¹⁰⁹*Ibidem.*

¹¹¹⁰*Ibidem.*

¹¹¹¹BARTOS (M.), « Transformation des principes généraux en règles positives du droit international », *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, Martinus Nijhoff Publishers, 1968, p. 12.

¹¹¹²SUR (S.), COMBACAU (J.), *Droit international public*, Montchrestien, 6^{ème} édition, 2004, p. 107.

¹¹¹³Nous entendons à travers l'expression « juge » à la fois le juge tel qu'il est classiquement entendu et l'arbitre.

¹¹¹⁴OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, op. cit.

¹¹¹⁵*Ibidem.*

litige qu'il a à connaître, cela même en l'absence de règles précises issues de la pratique spontanée des opérateurs du commerce international¹¹¹⁶. En outre, en parlant des principes généraux, certains auteurs s'expriment en ces termes : « *Le trait caractéristique de ces principes généraux du droit du commerce international est de répondre aux besoins du commerce international. Ces principes prennent en compte les spécificités des opérations et la qualité des opérateurs. Les arbitres découvrent et créent ces principes en vue de construire un droit adapté* »¹¹¹⁷. Pour Philippe Kahn : « *Même s'ils trouvent leur origine ou leur équivalent dans un droit national, leur expression par les arbitres entraîne toujours une transformation, une simplification, un détachement de l'origine qui permettent la transnationalisation de la règle* »¹¹¹⁸.

Ces éléments appellent plusieurs réflexions. Tout d'abord, que l'on se situe dans le cas particulier de la *lex mercatoria* ou dans le cadre plus large du droit du commerce international, on se rend compte du fait qu'un rôle spécifique semble attribué à l'arbitre du commerce international qui semble être considéré comme le « juge naturel du commerce international ». On reconnaît à ce dernier un rôle entier et pluriel, à la fois de création, de découverte, de consécration et d'application. Cependant, de nombreuses autres questions nuancent ces affirmations. Outre le fait qu'il semble en vertu de ces positions que le juge étatique qui peut également être compétent pour connaître des litiges du commerce international, semble ainsi exclu de la mécanique des principes généraux du commerce international, la question de la positivité de ces principes se pose avec acuité. Quels seraient ces principes ? Que gouverneraient-ils ? Quelle seraient leur applicabilité et opposabilité ?

A cet égard, Monsieur Filiali Osman fait état d'un ensemble de principes généraux de la *lex mercatoria* ayant pour pierre angulaire celui de bonne foi¹¹¹⁹. A titre d'exemple, les principes généraux gouvernant la formation du contrat international reposent sur un certain nombre d'obligations ayant pour fondements la bonne foi¹¹²⁰. Par exemple, selon Monsieur Osman, la pratique arbitrale met en lumière l'existence d'une certaine convergence des droits nationaux et de l'arbitrage dans l'exigence et, par suite, dans la qualification du caractère essentiel ou

¹¹¹⁶LAGARDE (P.), « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125, spéc. p. 131.

¹¹¹⁷RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007, spéc. p. 75.

¹¹¹⁸KAHN (P.), « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *op. cit.*, p. 327.

¹¹¹⁹OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, *loc. cit.*

¹¹²⁰*Ibidem.*

accessoire des éléments déterminant le consentement des parties au contrat¹¹²¹. Une série de sentences étudiées par l'auteur se situe dans le sens de cette affirmation tirée de l'une d'elle : « *Il existe un principe fondamental de droit postulant que l'accord mutuel (des parties), portant sur les points essentiels constitue un véritable engagement* »¹¹²². En outre, d'après l'auteur, lorsque les arbitres concluent à l'existence d'un accord de volonté sur les points essentiels, ils se démarquent des droits nationaux en mettant à la charge des parties l'obligation de poursuivre les négociations sur les points de détail demeurés en suspens¹¹²³.

Un autre exemple que nous avons déjà exposé concerne les principes gouvernant l'exécution du contrat international¹¹²⁴. En ce sens, le principe de bonne foi a pour corollaire l'obligation de loyauté qui pèse sur les contractants¹¹²⁵. Au regard des sentences *Klöckner* et *Atlantic Triton*¹¹²⁶, les arbitres mettent en exergue la nécessité pour les parties à un contrat international de coopérer de bonne foi en veillant notamment à la réalité des informations échangées. C'est sur cette logique que repose l'obligation de renseignement pesant sur les parties¹¹²⁷. Cette obligation de renseignement peut être accompagnée du devoir de s'informer du débiteur de l'obligation de renseignement. C'est à ce régime que les arbitres ont soumis le débiteur de l'obligation de renseignement dans le cadre de l'affaire *Atlantic Triton*, estimant que dans la mesure où la société norvégienne s'était présentée « *comme un professionnel spécialiste de la pêche en eaux tropicales, elle aurait certainement dû étudier avec le plus grand sérieux les conditions d'exploitation des navires en Guinée afin de prendre en compte les circonstances locales et l'état des infrastructures portuaires dont elle pouvait disposer* »¹¹²⁸. Selon Monsieur Osman, les arbitres ont alors érigé, l'obligation de renseigner son cocontractant et l'obligation de se renseigner en principes généraux de droit.

¹¹²¹*Ibidem*.

¹¹²²*Idem*, p. 108. L'auteur cite la sentence S.M.A (Society of Maritime Arbitrators) rendue dans l'affaire n° 1757 en 1982, *Yearbook*, 1984, volume IX, pp. 150-153.

¹¹²³OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, *op. cit.*, pp. 112-114.

¹¹²⁴Voir nos développements *supra*, chapitre 1, section 2, paragraphe 2), B) Le contrat d'Etat instrument juridique particulier, p. 98.

¹¹²⁵OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, *op. cit.*, p. 133.

¹¹²⁶Voir nos développements *supra*, chapitre 1, section 2, paragraphe 2) Le contrat d'Etat en tant qu'instrument juridique particulier, p. 98.

¹¹²⁷OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, *op. cit.*, p. 139.

¹¹²⁸CIRDI, *Atlantic Triton c. Guinée*, (Aff. n°ARB/84/1), sentence du 21 avril 1986, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, pp. 219-224 (sentence), pp. 224-227 (observations) ; GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume II), A. Pedone, 2010, p. 43 (*Joy Mining*).

En matière de sanction de l'inexécution des obligations contractuelles, selon Monsieur Osman, les arbitres du commerce international énoncent, à l'instar des droits nationaux, que la réparation en nature constitue un principe général de la *lex mercatoria*¹¹²⁹. Ainsi, la sentence *Liamco* rappelle un tel principe en ces termes : « Conformément aux principes généraux, les obligations doivent être exécutées, principalement en nature si cette exécution est possible »¹¹³⁰. Selon les arbitres, « ce principe général est également commun au droit international, dans lequel la “restitutio in integrum” » est conditionnée par la possibilité d'exécution du contrat »¹¹³¹. La limite de tels principes réside dans l'impossibilité d'exécuter le contrat¹¹³². Si cette dernière ne remet pas en cause l'existence même de la règle de la réparation en nature, elle constitue cependant un tempérament atténuant considérablement la portée pratique du principe. L'arbitre unique Jean-René Dupuy énonce ainsi dans une sentence *Texaco* que même si « la réparation par voie de compensation pécuniaire est beaucoup plus souvent pratiquée, la chose est, encore une fois, incontestable (...) cela ne signifie pas que la “restitutio in integrum” aurait un caractère extraordinaire au point d'être inconnue du droit international »¹¹³³. Les motifs de cette sentence ont été critiqués par le professeur Brigitte Stern qui ne fait pas grief à l'arbitre de décider que la réparation en nature constitue la sanction normale de l'inexécution d'obligations contractuelles¹¹³⁴. L'auteur relève cependant qu'une telle solution aurait dû être écartée en considération des circonstances de l'espèce¹¹³⁵. Ces principes généraux deviennent des principes généraux du droit du commerce international, distincts de la *lex mercatoria*, si on considère que celle-ci n'a aucune existence ou positivité en tant qu'ordre juridique anational. Selon le professeur Paul Lagarde : « il paraît difficile d'affirmer que les principes généraux de la *lex mercatoria* ont valeur de droit positif si on a pas posé au préalable que la *lex mercatoria* constituait un ordre juridique positif »¹¹³⁶. Et cette question suscite de nombreuses controverses¹¹³⁷.

¹¹²⁹OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, op. cit., p. 175.

¹¹³⁰*Liamco c. Libye*, sentence arbitrale du 12 avril 1977, R.A., 1980, n°1, p. 180 ; voir également RAMBAUD (P.), « Un arbitrage pétrolier : la sentence *Liamco* », *Annuaire français de droit international*, volume 26, 1980, p. 274.

¹¹³¹*Ibidem*.

¹¹³²OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, op. cit., p. 177.

¹¹³³*Texaco-Calasiatic c. Libye*, sentence arbitrale du 19 janvier 1977, JDI, 1977, p. 350.

¹¹³⁴STERN (B.), « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », R.A., 1980, n°1, p. 3.

¹¹³⁵*Ibidem*.

¹¹³⁶LAGARDE (P.), « Approche critique de la *lex mercatoria* », op. cit., p. 131.

¹¹³⁷MOUSSERON (J.-M.), « *Lex mercatoria*, bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée ? », *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 469.

Ces développements nous mènent à une question importante : peut-on, par analogie, dégager de diverses solutions en vigueur dans certains ordres juridiques internes, des principes généraux applicables en matière d'accords de développement économique, à la lumière des principes de développement durable ?

Il est important au préalable de rappeler que dans le principe de développement durable, résident les idées de « développement »¹¹³⁸ et de « durable »¹¹³⁹. En d'autres termes, cela signifie que la réalisation du développement durable doit se faire à travers trois piliers qui sont le respect des droits sociaux, environnementaux et économiques¹¹⁴⁰. Le développement durable est un principe d'intégration, ce qui veut dire qu'il doit être réalisé à travers la protection simultanée de ces droits dans toute activité et politique. Au préalable, cependant, ces matières se sont chacune développées de façon autonome, sans être confondues. Il s'agit de disciplines distinctes que le principe de développement durable tend à rassembler. C'est ainsi que la mise en œuvre et le respect des droits de l'homme, du droit social international, des droits économiques et culturels font partie du développement durable. Ces matières en constituent les principales figures juridiques. En conséquence, c'est à travers ces figures juridiques, prises dans leur individualité, que nous allons faire la recherche de principes généraux tendant à la mise en œuvre du développement durable au sein des contrats d'Etat. Il est intéressant, à cet égard, de faire état d'un contentieux en émergence et de la réponse apportée par certains systèmes juridiques encore en vigueur.

SECTION 2. LA RECHERCHE DE PRINCIPES GENERAUX

Au regard des contrats d'Etat, la recherche de principes généraux de développement durable doit se faire par le droit comparé. En ce sens, il convient d'examiner l'apport de dispositifs nationaux tendant à la mise en œuvre de la responsabilité des sociétés internationales en matière de contrats d'Etat et à la jurisprudence afférente (**Paragraphe 1**). Cette étude révèle à l'analyse de nombreux obstacles à l'existence de principes généraux s'imposant à la volonté des parties à ce type de convention (**B**).

¹¹³⁸Voir nos développements *supra*, introduction, 1) La signification du terme « développement », p. 21.

¹¹³⁹Voir nos développements *supra*, introduction, 2) La signification du terme « durable », p. 22.

¹¹⁴⁰Voir nos développements *supra*, introduction, 3) Les éléments fondamentaux du développement durable, p. 26.

PARAGRAPHE 1. LE RECOURS AU DROIT COMPARE

La question s'est posée de l'émergence en droit international d'une véritable responsabilité internationale des sociétés, qui imposerait aux grandes firmes multinationales des impératifs de conduite. De nombreux obstacles cependant freinent de tels développements. Ceux-ci sont notamment dus à une certaine « insaisissabilité » de la société multinationale ou de l'investisseur étranger. En effet, le propre de ces firmes réside dans le fait que ces dernières sont des structures extrêmement complexes sur le plan juridique et financier. Il est donc parfois difficile, à travers ces mécanismes opaques et internationaux, d'appréhender le véritable responsable juridique qui aurait à répondre des agissements de chaque entité internationalisée. Cela s'explique également par l'absence d'un dispositif international de mise en œuvre de la responsabilité des firmes transnationales. Cela n'a pas empêché l'émergence dès les années 1990, d'un contentieux au sein duquel de nombreuses victimes des contrats d'Etat ont engagé la responsabilité de ces firmes multinationales. Il n'existe cependant aucune homogénéité d'une telle mise en cause. De ce fait, seuls des dispositifs nationaux internes ont permis à tout le moins d'inquiéter ces grandes entités en permettant la mise en cause de leur responsabilité du fait de leurs activités internationales. Parmi ces derniers, prévaut une loi à compétence universelle, *l'Alien Tort Claims Act* américain (**A**), aux côtés d'autres dispositifs à vocation internationale (**B**). Il s'agit ici de rechercher divers mécanismes juridiques, issus de systèmes juridiques différents et de branches de droit distinctes, qui tendraient à présenter un certain risque juridique, incitant les firmes transnationales au respect de certains impératifs portés par le principe de développement durable. Une certaine convergence des valeurs prônées peut-elle émerger de ces différents dispositifs nationaux ?

A. LA CONTRIBUTION DE L'ALIEN TORT CLAIMS ACT AMERICAIN

La responsabilité des firmes multinationales a pu être recherchée sur le fondement de *l'Alien Tort Claims Act*¹¹⁴¹, une loi américaine datant du 24 septembre 1789 qui donne aux tribunaux américains le pouvoir de connaître judiciairement des atteintes aux droits de l'homme perpétrées par un défendeur relevant de la compétence des juridictions américaines, dans

¹¹⁴¹Ou *Alien Tort Statute* (ATS).

n'importe quel pays. L'*Alien Tort Claims Act* nous paraît être un dispositif pouvant être invoqué par les victimes de pratiques dommageables imputables à certaines firmes internationales, à travers la protection d'un certain nombre de droits de l'homme. En ce sens, on peut le voir comme un dispositif de mise en œuvre du développement durable. Celui-ci prévoit la possibilité pour tout civil étranger de saisir les juridictions américaines si un préjudice lui a été causé en violation des règles du droit international, cela alors qu'aucune partie n'est américaine et que la violation a eu lieu à l'étranger. Les atteintes aux droits de l'homme, pouvant être sanctionnées dans un tel contexte, doivent être commises en violation du droit international. Ces atteintes sont limitées. Il s'agit de l'esclavage, de la complicité de génocide, de la torture, ou encore du meurtre. C'est sur le fondement de cette loi que de grandes compagnies multinationales ont vu leur responsabilité recherchée à l'occasion de l'exécution de nombreux contrats d'Etat. Ainsi, l'interprétation faite par les juridictions américaines de l'*Alien Tort Claims Act* a permis l'ouverture aux ressortissants étrangers d'une voie de recours leur permettant d'obtenir réparation du préjudice causé par le comportement de sociétés multinationales en violation du droit international, coutumier ou conventionnel. L'*Alien Tort Claims Act* a pu être considéré comme étant une possibilité de sanctionner un « dommage à l'humanité » (1). Les juges américains ont, quant à eux, élargi les possibilités de mise en cause de la responsabilité des firmes transnationales à travers la théorie des « liens suffisants » (2).

1) La possible sanction d'un « dommage à l'humanité »

En matière de droits de l'homme, l'affaire *Doe V. Unocal Corp.* en est une illustration¹¹⁴². La société Unocal, américaine, faisait partie d'un consortium pour la mise en œuvre d'un projet d'investissement au Myanmar. Des travailleurs birmans se plaignaient d'avoir été enrôlés de force par des militaires afin de participer à la construction d'un gazoduc. Ces derniers ont intenté en 1996 une procédure devant les tribunaux américains pour complicité dans la pratique du travail forcé, en s'appuyant sur l'*Alien Tort Claims Act*. Selon la juridiction américaine compétente¹¹⁴³, la complicité d'Unocal par fourniture de moyens financiers était certaine. Finalement, l'affaire s'est terminée par un compromis. La société Unocal a pris

¹¹⁴²Voir nos développements *supra*, introduction, 4. La distinction avec le droit de l'environnement, p. 28 ; voir également DE SCHUTTER (O.), « Les affaires *Total* et *Unocal* : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, 2006, volume 52, p. 55.

¹¹⁴³La Cour d'appel fédérale pour le 9^e circuit. Il est important de préciser cependant qu'il s'agissait d'un jugement d'avant dire droit.

l'engagement non seulement de dédommager les victimes du travail forcé mais également de verser dans un fonds les ressources nécessaires pour améliorer les conditions de vie des villageois¹¹⁴⁴.

L'interprétation devant être faite de l'*Alien Tort Claims Act* peut cependant donner lieu à de nombreuses réflexions. Par exemple, un auteur y voit l'opportunité d'émergence par ce biais du concept de « *dommage à l'humanité* » en ces termes: « *En reliant ainsi la sphère du public et celle du privé, de l'individuel et du collectif, du national et de l'international, le chef de compétence de l' "Alien Tort" offre une solution nouvelle, face aux infractions caractéristiques des régimes répressifs modernes. Il illustre une cause d'action qui transcende les limites habituelles de la juridiction dans le temps et dans l'espace et qui pourrait se définir par le concept de "dommage à l'humanité"* »¹¹⁴⁵. Ainsi, cet auteur voit dans l'*Alien Tort Claims Act* un dispositif à forte vocation internationale et souligne alors la possibilité d'une évolution normative. Cependant cette vision d'une norme internationalisée peut trouver ses limites dans la territorialité de la norme. De cette compétence civile universelle des juridictions américaines, on peut souligner les limites. En effet, aucune condamnation par le juge américain ne garantit l'exécution du jugement hors du territoire américain. Car, comment donner force exécutoire à une telle décision ? L'effectivité de la décision sera subordonnée à l'existence d'un dispositif interne permettant une telle reconnaissance, à la volonté de certains Etats ou des juridictions internes. L'Etat sur le territoire duquel la décision doit avoir force exécutoire pourrait subordonner l'exécution du jugement à la signature d'un traité. Or, il n'existe à ce jour aucun traité signé en la matière liant les Etats-Unis. L'Etat sollicité pourrait également, au nom de l'ordre public, refuser l'exécution de jugements étrangers allouant des dommages et intérêts. L'efficacité de ces décisions dépend également des autorités judiciaires de l'Etat sur le territoire duquel son exécution est demandée. La loi américaine ne permettant pas l'exercice d'effets juridiques en-dehors du territoire américain, la procédure d'*exequatur* des sentences rendues sera soumise au droit de l'Etat concerné. Le fait, pour un Etat, « *d'appréhender à travers son ordre juridique des situations extérieures à son territoire* » n'est pas contraire au droit

¹¹⁴⁴KAHN (P.), « Investissements internationaux et droits de l'homme », HORCHANI (F.) (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, A. Pedone 2006, p. 95.

¹¹⁴⁵TEITEL (R.), « *L'Alien Tort et l'état de droit mondial* », *Revue internationale des sciences sociales* 2005, n°3, N°185, p. 597, spéc. p. 600.

international¹¹⁴⁶. Cependant, la reconnaissance du jugement étranger dépendra du dispositif interne et de la pratique judiciaire propre à chaque Etat. En outre, certains voient dans une telle loi, dans l'évolution ainsi que la signification qui ont pu lui être données, une sorte de suprématie juridictionnelle américaine et en définitive, le fait de voir aux Etats-Unis, des juridictions mondiales de première instance se retrouver aux Etats-Unis¹¹⁴⁷, d'autant que la question de la compétence du juge américain au regard de *l'Alien Tort Claims Act* a été posée.

En effet, le 29 juin 2004, dans une affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*¹¹⁴⁸, la Cour suprême américaine a rendu une décision mitigée au regard de *l'Alien Tort Claims Act*. D'un côté, elle a confirmé la compétence du juge américain lorsque les conditions de *l'Alien Tort Claims Act* étaient remplies, arguant que le dispositif en question laissait les juges libres d'apprécier l'opportunité de se prévaloir de ce dispositif. De l'autre, les juges de la Cour suprême ont réduit la marge d'appréciation laissée aux juges en leur imposant une conception restrictive du droit des gens, en les obligeant à prendre en considération un certain nombre d'éléments à cet effet.

La Cour suprême préconise une conception restreinte du pouvoir discrétionnaire des cours fédérales au regard de l'ATCA¹¹⁴⁹. Elle reconnaît la compétence des différentes cours ainsi que la possibilité pour le juge d'apprécier sa propre compétence. Les juges de la Cour suprême estiment cependant que cette compétence matérielle doit être appréciée dans une certaine perspective juridique. La Cour suprême a donc proposé un axe de lecture particulier de l'ATCA, permettant de guider le juge américain. Ainsi, les violations du droit international susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'ATCA doivent, selon les juges de la Cour suprême, répondre aux paradigmes historiques tels qu'ils étaient définis, en 1789, au

¹¹⁴⁶STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Annuaire français de droit international*, 1986, p. 10.

¹¹⁴⁷TEITEL (R.), « *L'Alien Tort* et l'état de droit mondial », *op. cit.*, p. 567.

¹¹⁴⁸Dans cette affaire, un ressortissant mexicain, soupçonné d'avoir participé au meurtre d'un agent de la DEA américaine, devant le refus du Mexique de l'extrader, avait été arrêté et emmené de force aux Etats-Unis par d'autres ressortissants mexicains afin d'y être jugé pour complicité d'actes de torture et meurtre d'un agent des stupéfiants américain. Il a intenté une action civile avec succès en alléguant notamment l'arrestation arbitraire et la détention dont il a été victime, contraire à l'ATCA. L'action était dirigée contre l'un des mexicains, Jose Sosa, ayant participé à son « arrestation ».

¹¹⁴⁹*Sosa v. Alvarez-Machain*, Cour suprême des Etats-Unis, opinion rendue le 29 juin 2004, 03-339, *United States Reports*, volume 542/2, p. 35-36, « *there are good reasons for a restrained conception of the discretion a federal court should exercise in considering a new cause of action of this kind. Accordingly, we think courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized.* »

moment où cette loi a été adoptée¹¹⁵⁰. En outre, le concept de « *Law of nations* » a été restreint par les juges et quelque peu assimilé, dans cette perspective particulière, au *jus cogens*¹¹⁵¹.

La Cour suprême a estimé que dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, concernant les chefs de détention et d'arrestation arbitraire, ces derniers ne rentraient pas dans le champ de compétence de l'ATCA. « *Le droit des gens est, selon la Cour suprême, une norme internationale acceptée par le monde civilisé qui doit être définie avec une précision comparable à celle des violations sur droit des gens que visait le législateur de L'ATCA au 18^e siècle* »¹¹⁵². Est-ce pour autant que nous pouvons conclure au fait que le droit des gens tel que permettant une action sur le fondement de l'ATCA doit être interprété de façon strictement historique ? Il apparaît que les juges de la Cour suprême accordent d'une main un pouvoir qu'ils restreignent de l'autre. En effet, d'un côté, les juges sont confirmés dans l'exercice d'un large pouvoir souverain d'appréciation en matière d'action sur le fondement de l'ATCA, de l'autre, cette marge d'appréciation est réduite, à partir du moment où une orientation leur est donnée quant à l'acception du droit des gens sur lequel une violation sera fondée. En conséquence, la Cour suprême tend vers une interprétation intermédiaire du droit des gens : savoir entre une conception historique traditionnelle et une conception moderne modérée.

On ne sait pas si l'arrêt *Sosa v. Alvarez-Machain* est un pas de plus vers l'ouverture du contentieux de l'ATCA aux sociétés transnationales ou un frein à la mise en œuvre de leur responsabilité sur ce fondement¹¹⁵³. Dans le cadre de l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, les juges de la Cour suprême reviennent sur les fondements historiques de l'*Alien Tort Claims Act* en évoquant la piraterie qui est l'une des raisons pour lesquelles la loi semble avoir été élaborée. En effet, à l'instar des pirates et à la différence des Etats, les sociétés internationales opèrent dans un contexte international. Du fait de cette particularité, elles disposent d'une grande liberté leur empêchant souvent de rendre des comptes à une population déterminée. De

¹¹⁵⁰A l'image de la piraterie.

¹¹⁵¹Selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, le *jus cogens* est la défini en ces termes : « *Une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble, en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* ».

¹¹⁵²HENNEBEL (L.), « L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux Etats-Unis », CRIDOH (Cellule de Recherche Interdisciplinaire en droits de l'Homme), Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Centre de Philosophie du droit; www.cpd.ucl.ac.be/cridho, Document de travail, p. 30.

¹¹⁵³*Idem*, p. 31.

ce fait, elles échappent quelque peu à la sanction. Cet état de fait expliquerait alors la force de la loi américaine sur les sociétés transnationales ainsi que les conséquences qui en résultent.

Au demeurant, il est important de préciser que l'ATCA ne prévoit la possibilité d'agir qu'en cas de violation du Droit des Nations ou d'un traité auquel les Etats-Unis sont partie : cela implique, par conséquent, qu'il n'est pas envisageable de poursuivre une société internationale, auteur ou complice d'une violation au Statut de Rome, instaurant la Cour pénale internationale ou au Protocole de Kyoto, issu de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 11 décembre 1997, pour les exemples les plus connus.

L'*Alien Tort Claims Act* a été le terrain d'un contentieux portant sur des thématiques relativement larges. Les différentes actions introduites devant les juridictions américaines, à l'instar de l'affaire *Doe v. Unocal Corp.*, ont fait des émules. En effet, d'autres actions ont été intentées par la suite contre des sociétés internationales comme Talisman, Chevron, Shell et British Petroleum.

La société Canadienne Talisman Energy, société pétrolière, a été poursuivie en 2001, devant les juridictions américaines¹¹⁵⁴ sur le fondement de l'ATCA pour avoir apporté son appui aux forces armées soudanaises pendant la guerre civile au Soudan. L'activité de Talisman Energy aurait, en outre, mené à de larges déplacements en raison de la situation de ces dernières sur des territoires à vaste potentiel pétrolier. Les charges sont particulièrement graves pour ces actes de complicité : nettoyage ethnique, meurtres et déplacements forcés, confiscation ainsi que destruction de propriétés, viol et réduction en esclavage. La société Talisman a soulevé l'incompétence du juge au motif qu'il n'y avait pas d'église presbytérienne dans sa juridiction, qu'une société est légalement incapable de violer les lois, qu'aider et être complice ne peuvent pas entraîner de responsabilité civile, tout en soulevant l'exception du *forum non conveniens* au bénéfice des juridictions soudanaises. Ces arguments ont tout d'abord été rejetés en 2003. En Octobre 2009, la Cour d'appel pour le second circuit à Manhattan, a rejeté la demande, confirmant une précédente décision de 2006 en vertu de laquelle il n'existait pas de preuve crédible, justifiant la plainte à l'égard de Talisman. Les Etats-Unis et le Canada s'étaient opposés à cette plainte¹¹⁵⁵.

¹¹⁵⁴La juridiction saisie se trouve à New-York ; voir nos développements *supra*, introduction, p. 36.

¹¹⁵⁵*New-York Times*, 2 octobre 2009, nytimes.com.

Des préoccupations environnementales ont également été l'objet d'actions introduites sur le fondement de l'ATCA. Ainsi, le respect du droit de l'environnement, principal pilier du développement durable a été invoqué. A ce titre, les juridictions américaines ont été saisies d'un contentieux lié à l'exécution d'un contrat d'hydrocarbures. Un groupe d'indigènes équatoriens a attaqué la société pétrolière américaine Texaco pour « écocide » devant un tribunal américain, plus spécifiquement, devant une juridiction de new-yorkaise, en raison des effets néfastes pour l'environnement de l'activité de la société pétrolière. Ainsi, les juridictions en question ont été saisies, bien longtemps après l'exécution du contrat d'hydrocarbures, en raison des conséquences dommageables des actions de la société sur l'environnement, bien longtemps après la fin de la période contractuelle¹¹⁵⁶.

La société Chevron-Texaco, a été poursuivie pour rejet de déchets toxiques dans les forêts tropicales équatoriennes. La société Texaco, filiale de la société Chevron, a commencé l'exploitation pétrolière en 1964 en Equateur, dans une région où s'étend la forêt amazonienne. L'exploitation s'est faite dans le cadre d'un accord de coopération avec la société nationale Petroecuador. Lorsque Texaco quitte le pays en 1992, on soupçonne la société d'avoir sciemment déversé dès 1972, plus de 70 milliards de litres d'eaux polluées et d'avoir rejeté plus de 60 millions de litres de pétrole dans la forêt amazonienne. Les conséquences ont été nombreuses pour les victimes. Les substances déversées ont en effet pollué les rivières et les sols¹¹⁵⁷, occasionnant cancers, dysenteries, fausses couches ainsi que de nombreuses malformations. En 1993, fruit d'une vaste révolte issue de la société civile, 30 000 habitants de l'Amazonie portent plainte contre Texaco. L'Equateur, évoquant un conflit d'intérêts ne permet pas, dans une première réaction, la saisine de ses juridictions nationales. Les juridictions américaines sont alors saisies, sur le fondement de l'ATCA. Il est notamment reproché à la société Texaco de ne pas avoir appliqué, en raison d'une volonté de coûts amoindris, les standards environnementaux imposés par la société Chevron aux Etats-Unis, correspondant aux normes en vigueur dans l'industrie du pétrole. On reproche également à la société l'abandon de plus de 600 fosses contenant des résidus pétroliers, le manque de nettoyage des déversements pétroliers, la dévastation des forêts tropicales de par

¹¹⁵⁶VITERI GUALINGUA (C.), « Le Pétrole coule, la forêt saigne », *courrier de l'UNESCO*, avril 1999 ; OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse Université de Nice-Sophia Antipolis, pp. 538-539.

¹¹⁵⁷Parmi les substances déversées, figuraient notamment du cadmium, du benzène, du toluène, de l'arsenic, du plomb ou encore du mercure.

son activité. La société est accusée d'être responsable de l'extinction de certaines communautés indigènes¹¹⁵⁸ ainsi que d'avoir attenté à la vie de nombreuses autres. Les plaignants ont alors réclamé 16,3 milliards de dollars à la société Chevron, maison mère de la société Texaco. La juridiction américaine compétente, la deuxième Cour d'appel de New-york, dans sa décision, a renvoyé l'examen de l'affaire devant les juridictions équatoriennes, comme le permet la loi américaine à la condition qu'il existe un forum adéquat et que les plaignants soient entendus.

Ce renvoi s'est fait à quatre conditions :

- Que la société mise en cause se soumette au jugement des juridictions équatoriennes
- Que la société Chevron exécute et se conforme à la décision rendue par les juridictions équatoriennes.
- Que les documents internes à Texaco, obtenus par les plaignants durant la procédure devant les juridictions américaines puissent être rendus disponibles en Equateur
- Qu'un délai d'un an permette à chacun de se préparer

Dans l'affaire Chevron-Texaco, à Lago Agrio, les défendeurs ont tenté de se prévaloir d'un montage juridico-financier afin de s'exonérer de leur responsabilité. En effet, Chevron-Texaco soutenait que seule la responsabilité de la société Texaco Inc. était à rechercher. La société Texaco Inc. était propriétaire de la société Texaco Overseas Development Company, société qui elle-même était propriétaire de la société Texaco Financial Services Company, propriétaire de la société Texaco Petroleum Company (Texpet). Or, c'est cette dernière société qui avait procédé aux opérations de forage à Lago Agrio, en Equateur. Les sociétés Chevron et Texaco avaient fusionné et la société Texaco Inc. existait toujours en tant que filiale. Les défendeurs désiraient donc que soit recherchée la responsabilité de la société Texaco Inc. qui possédait la société Texpet. Or, devant les juridictions New-yorkaises, la société Chevron-Texaco avait relevé elle-même la disparition de la société Texaco Inc.

La société Texaco avait proposé au gouvernement équatorien en 1995, une contribution aux réparations pour un montant de 40 millions de dollars. Le nettoyage ayant résulté de cette transaction a été considéré comme insuffisant et superficiel. Les 40 millions de dollars annoncés étaient également insuffisants.

¹¹⁵⁸Les *Tetetes* et *Sansahuaris*

Le procès s'est ouvert le 21 Octobre 2003, à Lago Agrio¹¹⁵⁹, première ville pétrolière du pays. En 2004, la société Chevron a introduit une instance devant les juridictions américaines tendant à ce que la société Petroecuador soit condamnée à partager la responsabilité des pollutions avec elle, comme cela était conclu dans l'accord de coopération. Le gouvernement équatorien et la société nationale tendirent à faire annuler cette procédure mais furent déboutés en 2005, par la Cour Suprême américaine. En Août 2008, l'hypothèse d'un règlement à l'amiable est évoquée par Chevron. En septembre 2009, alors que l'épilogue est attendu, la société pétrolière déclare avoir saisi la Cour permanente d'arbitrage, basée à La Haye, d'une demande d'arbitrage international dans le conflit l'opposant à l'Etat équatorien. La société reproche notamment à l'Etat équatorien de ne pas avoir respecté, entre autres obligations, l'accord d'investissement conclu entre Quito et Washington. La multinationale estime en outre que l'Etat équatorien exploite le procès intenté contre elle devant les juridictions équatoriennes. En attendant la suite de cette procédure, Le 14 février 2011, le tribunal de Lago Agrio a condamné Chevron-Texaco à payer 8,56 milliards de dollars¹¹⁶⁰. Des problèmes se posent quant aux modalités d'exécution de cette décision car le groupe n'a pas d'actifs en Equateur, il faut donc effectuer des saisies à l'étranger¹¹⁶¹. Mais un juge new-yorkais a estimé que cette décision était non exécutable tant qu'il n'aurait pas été statué de nouveau sur la compétence des tribunaux américains¹¹⁶². Les deux parties ont interjeté appel des deux décisions rendues par les tribunaux de Lago Agrio et de New York¹¹⁶³.

Devant les tribunaux fédéraux américains, est notamment pendante l'affaire *Sambu v. Firestone*. Cette affaire porte sur les conditions de travail de 23 travailleurs libériens dans une plantation de caoutchouc exploitée par Firestone au Libéria¹¹⁶⁴. En effet, à la fin de l'année 2005, l'International Labour Rights fund a déposé une plainte auprès des juridictions américaines (la Cour fédérale des Etats-Unis en Californie), sur le fondement de *l'Alien Tort*

¹¹⁵⁹Autrement appelée Nueva Loja.

¹¹⁶⁰« L'avocat qui a fait tomber Chevron-Texaco », *Courrier international*, 30 juin 2011, tiré du quotidien *El País*, d'après l'article de Pablo Jiménez de Sandoval, « *El hombre que humilló a Chevron* », du 6 juin 2011, voir site de Courrier international, <http://www.courrierinternational.com/article/2011/06/30/l-avocat-qui-a-fait-tomber-chevron-texaco>; voir également le site du quotidien *El País*, http://www.elpais.com/articulo/sociedad/hombre/humillo/Chevron/elpepusoc/20110606elpepusoc_1/Tes, site du quotidien *El País*

¹¹⁶¹*Ibidem*.

¹¹⁶²*Ibidem*.

¹¹⁶³*Ibidem*.

¹¹⁶⁴« La misère des seigneurs d'hévéas de *Firestone* », *Le Monde*, 3 février 2006 ; CHEMIN (A.), « Les forçats de Firestone », *loc. cit.*

Claims Act, dénonçant à l'encontre du géant du caoutchouc Bridgestone, des actes de torture, de travail forcé, des actes en violation des lois sur le travail des mineurs, des actes de dégradation de l'environnement sur une plantation exploitée par Firestone à Hargel, au Libéria. La plainte a été déposée au nom des travailleurs ainsi que de leurs enfants¹¹⁶⁵. L'action a été introduite notamment à l'encontre de la société japonaise Bidgestone, à l'encontre de Bridgestone Americas Holding et de Firestone North American Tire, ainsi que d'autres entités du groupe. La compagnie Firestone avait signé en 1926 un accord de concession avec le gouvernement libérien. Cet accord couvrait un demi- million d'hectares de terrain. Des populations indigènes ont été déplacées afin de permettre à Firestone d'exercer son activité. Il semblerait que, dès l'aube de cet accord, des travailleurs libériens aient été notamment forcés à extraire et travailler le latex pour Firestone. Ces derniers n'étaient pas rémunérés en fonction de leur travail quand ils n'étaient pas menacés. De nombreuses infirmités ont résulté de cette activité, par exemple des cécités en raison du contact avec le latex. Les fertilisants et pesticides utilisés se sont également avérés dangereux pour leur santé. Les ouvriers ont reproché à la société le fait de ne pas recevoir le dixième de ce qu'ils représentaient en guise de productivité à Firestone, le fait qu'aucun congé, qu'aucune maladie ne soit tolérée. Les ouvriers ont également soutenu qu'ils étaient tenus à un rythme de douze à quinze heures par jour et étaient obligés, afin de remplir leurs quotas hebdomadaires, de s'assurer l'assistance de leurs femmes et de leurs enfants.

La responsabilité d'une société minière américaine a également été recherchée à raison des activités de cette société à Irian Jaya en Indonésie. La société était accusée de complicité de génocide de la population indigène par pollution de l'environnement. L'action n'a toutefois pas été confirmée en première instance¹¹⁶⁶.

Ces diverses affaires nous montrent qu'il existe certains dispositifs, bien que très insuffisants, tendant tout de même à s'ériger contre la liberté d'action des firmes internationales et leur impunité. En effet, celles-ci les mènent souvent à ne pas se préoccuper des conséquences de leurs activités sur les droits de l'homme et le droit de l'environnement, autant de figures juridiques du développement durable. Ces dispositifs se posent en autant de risques juridiques.

¹¹⁶⁵Des pseudonymes ont d'ailleurs été utilisés à l'occasion de ces requêtes afin d'éviter d'éventuelles représailles.

¹¹⁶⁶OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement*, op. cit., p. 540.

Dans l'état actuel de la jurisprudence américaine, les juges ont accepté de prendre en compte sur le fondement de l'ATCA, les actions notamment fondées sur la prohibition de la torture, les exécutions sommaires, le génocide, les crimes de guerre, le travail forcé, l'esclavage, les disparitions, les traitements cruels, inhumains ou dégradants (y compris les expériences médicales forcées), l'exil forcé, les déplacements forcés, la détention arbitraire, le détournement d'avion, la pollution en violation de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Les tribunaux américains se sont largement inspirés afin d'engager la responsabilité internationale des sociétés multinationales, des principes du droit pénal international. En revanche, les juridictions américaines ont exclu le développement durable, les atteintes à l'environnement¹¹⁶⁷ au sein d'un Etat, le droit à la santé, l'interdiction des discriminations, la liberté d'expression, le génocide culturel, l'enlèvement international, les actes de fraude, de négligence. Au demeurant, il est difficile de trouver en la matière une jurisprudence unifiée¹¹⁶⁸.

L'*Alien Torts Claims Act* est le seul véritable dispositif à vocation universelle qui existe aujourd'hui. L'intérêt de cette loi est qu'elle souligne toute l'importance de la protection de certains droits fondamentaux en leur conférant une portée extraterritoriale et en amenant de ce fait les firmes internationales faisant des affaires aux Etats-Unis à être plus diligentes sur leur façon d'opérer dans des pays au sein desquels la protection de certains droits n'est pas assurée, notamment en adoptant des standards de comportement. Dans l'affaire Chevron-Texaco, les juridictions américaines ont été saisies sur le fondement de l'ATCA en reprochant notamment à la société Texaco de ne pas avoir appliqué, en raison d'une volonté de coûts amoindris, les standards environnementaux imposés par la société mère, Chevron, aux Etats-Unis, correspondant aux normes en vigueur dans l'industrie du pétrole. C'est un dispositif que nous considérons comme étant modèle et devant faire des émules. Cependant, cela suffit-il à faire naître des principes généraux s'imposant à l'action des parties ? Rien n'est moins sûr. En effet, nous pensons que l'ATCA mène à une privatisation des droits de l'homme car on ne retrouve plus un particulier face à un Etat mais des actions conduites par des particuliers à l'encontre d'autres particuliers devant des juridictions étrangères. Toutefois, le seul impact

¹¹⁶⁷ Les juges américains ont écarté les atteintes massives à l'environnement du champ de compétence de l'Alien Tort Claims Act, estimant que le droit international ne prohibait pas ces actes de façon suffisamment claire et universelle.

¹¹⁶⁸ Enumération et conclusions de Sarah Joseph, JOSEPH (S.), *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 26 et s.

que peut avoir une telle loi est d'inciter les firmes transnationales à une certaine attitude qui n'implique pas forcément un comportement actif mais plutôt passif, si ces dernières sont concernées par un tel dispositif. A cet égard, la théorie des « liens suffisants », corollaire de cette loi doit être présentée.

2) L'*Alien Tort Claims Act* et l'élargissement de la catégorie des auteurs sanctionnables : la théorie des liens suffisants

Une société qui n'est pas américaine, possédant des bureaux aux Etats-Unis, peut se voir appliquer l'*Alien Tort Claims Act*. La responsabilité de la Société Shell avait été recherchée à l'occasion du meurtre d'un militant nigérian, Ken Saro-Wiwa, et d'autres membres du mouvement pour la survie du peuple OGONI, minorité ethnique locale¹¹⁶⁹. Afin d'échapper aux dispositions de l'*Alien Tort Claims Act*, Shell fit valoir l'argument en vertu duquel la compagnie n'étant pas établie aux Etats-Unis, sa responsabilité ne pouvait être recherchée sur ce fondement. La juridiction américaine devant laquelle l'affaire était pendante, (*The District Court*), a rejeté cet argument et s'est déclarée compétente au motif que la société « faisait des affaires » aux Etats-Unis. Shell disposant d'un représentant à New-York, sa responsabilité pouvait être recherchée et engagée. En vertu de la théorie des « liens suffisants », le juge américain dispose d'un large pouvoir d'appréciation lui permettant de reconnaître sa compétence. Le fait que la société transnationale possède une filiale ou un établissement secondaire sur le territoire américain constitue un « lien suffisant » avec le for américain. Le fait que la société soit enregistrée aux Etats-Unis également. En outre, un second argument a été soulevé par la juridiction américaine dans l'affaire *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum/Shell*. En effet, les juges ont estimé, dans une décision datant du 28 février 2002, que la société Royal Dutch/Shell contrôlait Shell Nigéria et que les activités de cette filiale pouvaient lui être imputées dans la mesure où la maison mère était un actionnaire impliqué de façon directe dans les activités de la filiale mise en cause. La société, participant de façon importante aux activités de sa filiale par le biais de décisions à laquelle cette dernière était soumise, en assumait de ce fait également la responsabilité. Dans l'affaire *Doe v. Unocal Corp.*, les juridictions américaines ont également énoncé la responsabilité de la société Unocal pour les actions commises par ses filiales, Unocal Pipeline Corp. et Unocal Offshore Co., dans une décision en date du 18 septembre 2002. Ils ont fondé leur décision sur la participation

¹¹⁶⁹Voir nos développements *supra*, introduction, p. 35.

juridico-financière importante de la société Unocal sur ces filiales et l'implication directe d'Unocal dans leur direction. Il est cependant important à notre sens de nuancer notre propos en évoquant le cas de la société française Total au sein du contentieux *Doe v. Unocal Corp.* Il convient de préciser que le consortium au sein duquel la société Unocal agissait comprenait également la société française Total. Les juges américains ont cependant estimé qu'il n'existait pas de liens suffisants entre Total et les États-Unis, le siège social de l'entreprise Total étant situé hors du territoire américain. Nous pensons cependant que cela est davantage dû au mémoire d'*amicus curiae* présenté par la France à cet effet qu'à un véritable revirement jurisprudentiel. La société Total a fait l'objet de procédures en France et en Belgique. Les juridictions françaises ont préféré une approche pénale, alors que les juridictions américaines avaient opté pour une approche civile de ce contentieux.

Dans l'affaire *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*, pour des faits ayant notamment mené à l'exécution de l'opposant Ken Saro-Wiwa, le procès devant se tenir devant les juridictions américaines le 27 mai 2009, avait tout d'abord été reporté *sine die*. C'est finalement le lundi 8 juin 2009 que sera annoncée la signature d'un accord prévoyant le versement d'une somme de 15,5 millions de dollars aux familles des victimes. Une partie a été destinée à un fonds de soutien au peuple Ogoni.

Bien que le dispositif de l'*Alien Tort Claims Act* soit considéré comme unique dans le monde, il n'en demeure pas moins que d'autres dispositifs internes peuvent être soulignés en tant qu'ayant une vocation internationale. Le Canada a essayé de se doter d'un mécanisme similaire à l'*Alien Tort Claims Act* mais a failli dans cette tentative. Nous aurons l'occasion d'évoquer le cas de la Belgique qui a fait un important pas en arrière. La question que l'on peut se poser est celle de savoir si on trouve dans d'autres dispositifs internationaux, la substance de l'ATCA, condition nécessaire à l'émergence d'éventuels principes généraux.

B. LA CONTRIBUTION D'AUTRES DISPOSITIFS A VOCATION INTERNATIONALE

Parmi les autres dispositifs internes tendant à la mise en œuvre de la responsabilité des firmes internationales au regard des actions commises en dehors de leur territoire national, l'exemple du « *duty of care* », britannique, a permis l'émergence d'un contentieux fondé sur un devoir de diligence imposé aux sociétés britanniques (1). A côté, les lois françaises et belges méritent

également une certaine attention. La première, car elle permet de mettre en exergue des possibilités de mise en cause des firmes internationales. Bien que ces dernières soient limitées, cela offre des perspectives de réflexion intéressantes. La seconde, car il s'agit d'une loi de compétence universelle dont la portée a été fortement réduite. Elle a été au cœur du volet européen de l'affaire *Doe v. Unocal Corp* (2).

1) Le « *duty of care* » britannique

Dans le système anglais, existe l'obligation de diligence, appelée « *duty of care* », qui impose aux sociétés, sur tout le territoire britannique un tel devoir. Les sociétés dont le siège central est établi en Grande-Bretagne y sont soumises. Elles peuvent ainsi voir leur responsabilité engagée si elles méconnaissent cette obligation. Ce devoir oblige les sociétés britanniques à opérer sur les activités qu'elles mènent à l'étranger un contrôle à la lumière de cette obligation.

Les juridictions britanniques estiment en effet qu'une société mère est juridiquement tenue du devoir de diligence envers les employés de ses filiales à l'étranger. En effet, en tant que société mère, cette dernière exerce un contrôle sur ces filiales. Elle est donc tenue de ne pas tirer avantage de situations où les normes de sécurité seraient plus souples pour soumettre des ouvriers à des risques auxquels ces derniers n'auraient pu être soumis en Grande-Bretagne. Au regard de ce devoir de diligence, le fait que la filiale locale soit ou non une entité juridique indépendante importe peu. Seul compte finalement le degré de contrôle opéré par la maison mère sur cette filiale, que le contrôle soit juridique ou factuel.

Ainsi, le *duty of care* britannique oblige tout employeur à une obligation de diligence, notamment au regard des conditions de travail de ses salariés. C'est précisément sur ce point que la responsabilité de firmes internationales a été recherchée à l'occasion de leurs activités internationales. En effet, de nombreuses sociétés multinationales profitent du fait qu'elles opèrent sur des territoires au sein desquels la législation est moins exigeante, pour être moins diligentes et faire l'économie de certaines normes de sécurité alors qu'elles n'auraient pu le faire ailleurs. Si dans certains pays, ces sociétés respectent scrupuleusement ces normes, elles les écartent totalement dans d'autres. Le développement durable sous-tend le respect de bonnes conditions de travail, notamment au regard de la sécurité des salariés. Le développement ne peut être assuré si des firmes internationales méconnaissent des règles

d'hygiène et de sécurité qu'elles respectent par ailleurs dans d'autres territoires. Ainsi, exposer le personnel à des risques en la matière est contraire à l'idée de développement, d'autant qu'on peut les éviter. Le *duty of care* pose en ce sens une obligation de traitement égal. C'est la raison pour laquelle, nous l'analysons en un dispositif de protection du développement durable, opposable à certaines firmes internationales.

De nombreuses actions ont été menées contre des sociétés britanniques en raison de la violation de cette obligation. La société britannique Thor Chemicals, a vu sa responsabilité engagée en raison de l'empoisonnement au mercure subi par plusieurs de ses ouvriers dans une usine sud-africaine.

La responsabilité de la société britannique Cape plc, a été recherchée en raison de l'asbestose et de ses conséquences, dues à de nombreuses années de travail dans des conditions de sécurité insuffisantes. Une action a ainsi été intentée à son encontre, à la fin des années 1990, par des milliers de victimes sud-africaines¹¹⁷⁰. La société a finalement transigé en signant 3 accords le 13 mars 2003, portant chacun sur plusieurs millions de livres sterling¹¹⁷¹. La responsabilité de la société Rio Tinto¹¹⁷² a également été recherchée par un ingénieur, ancien employé de la société, en raison d'un cancer de la gorge, dû à de nombreuses années de travail sans protection suffisante, ainsi que par la veuve d'un ancien employé de la société, décédé d'un cancer de l'œsophage et ayant travaillé dans les mêmes conditions. Dans la première espèce, après une longue bataille juridique, les juridictions britanniques se sont déclarées compétentes sur le fondement du « *duty of care* » en 1997. En Décembre 1998, cependant, les juges britanniques ont estimé que l'action était prescrite. Dans le second cas, les juges britanniques se sont également déclarés compétents et ont autorisé la veuve à agir au nom de son mari devant les juridictions britanniques.

Le système britannique du « *duty of care* » a également permis de fonder l'action de plusieurs victimes ivoiriennes dans l'affaire dite du « Probo-Koala », afin de rechercher la

¹¹⁷⁰Les accords transactionnels font état de 7500 victimes. Il est important de préciser que Cape plc avait tenté de soulever l'argument du *forum non conveniens*. Cet argument a été rejeté par les juridictions britanniques au motif que les tribunaux britanniques ne pouvaient se dessaisir au profit des juridictions sud-africaines, car les victimes ne pouvaient bénéficier d'une aide juridictionnelle en Afrique du Sud. (« *The first Court of appeal* »). Une décision a notamment été rendue en ce sens le 30 juillet 1998. (Confère. *Lubbe et al. V.Cape plc*, [1998] C.L.C. 1559). Voir également *Rachel Lubbe et al. v Cape (Plc)* (CA, 29 novembre 1999); *Lubbe et al. v Cape (Plc)* (Chambre des Lords, Royaume-Uni, 2000), Lloyd's Rep. 139.

¹¹⁷¹L'accord principal portait sur un montant de 35 millions de livres sterling.

¹¹⁷²Anciennement RTZ.

responsabilité de la société Trafigura¹¹⁷³. Trafigura est une société de négoce, de courtage pétrolier. Elle a entre autres activités, celle de l'affrètement de navires ainsi que le transport de produits liés au secteur des hydrocarbures. Elle est spécialisée également dans les matières premières. Cette société transnationale est le fruit de montages juridico-financiers assez particuliers. Immatriculée aux Pays-Bas, la société a son siège social en Suisse et le cœur de ses activités au Royaume-Uni. En Octobre 2005, la société Trafigura acquiert un stock de « cocker naphtha », essence d'une qualité médiocre, stock vendu par une société pétrolière mexicaine, Petroleos Mexicanos International. Le stock était aux enchères. La cargaison ne répond pas aux critères permettant son exploitation sur le marché mexicain et sur le territoire des Etats-Unis. La société Trafigura décide de l'acheminer vers des pays moins exigeants sur la qualité des hydrocarbures utilisés. Le stock a une teneur forte en mercaptan, un liquide fortement nauséabond. Ses effluves particulières lui valent d'être refoulé de plusieurs ports. La société décide donc de « laver » la marchandise. Cela veut dire, dans le jargon professionnel, injecter de la soude caustique afin de neutraliser l'odeur. L'opération est prévue pour être réalisée en haute mer, ainsi que la société Trafigura a l'habitude de procéder. C'est ainsi que le pétrolier grec, le Probo-Koala est choisi et affrété par Trafigura pour les opérations. Entre le 23 avril et le 1er juin 2006, plusieurs navires vont s'arrimer au Pablo-Koala, transvaser leurs cargaisons afin de les récupérer par la suite, épurées. Ainsi, de nombreuses matières toxiques comme le mercaptan ou la soude caustique s'accumulent dans les cuves du Probo-Koala. En résulte 500 tonnes d'une boue putride appelée « *slops* »¹¹⁷⁴. Afin de se débarrasser de cette cargaison devenue très encombrante, un premier accord est passé avec une société basée aux Pays-Bas spécialisée en la matière, Amsterdam Port Service. Mais du fait de la particularité de la cargaison, qui suscite d'ailleurs l'attention des autorités néerlandaise, la société contractante augmente le montant de ses prestations. La société Trafigura estime alors les nouveaux prix trop élevés et quitte le port d'Amsterdam avec ses déchets. Au terme d'un périple particulier qui conduit la cargaison en Estonie, au Togo et au Nigéria, la société Trafigura trouve une société, située en Côte d'Ivoire, qui accepte d'en débarrasser le pétrolier. Les autorités ivoiriennes délivrent les différents agréments nécessaires à cet effet. Le 19 août, les déchets du Probo-Koala sont déchargés et dispersés par

¹¹⁷³Voir nos développements *supra*, introduction, p. 29.

¹¹⁷⁴Les *slops* sont des déchets maritimes, des boues qui restent au fond des citernes des navires. En effet, quand on stocke du pétrole brut ou d'autres produits pétroliers, après un certain temps, il y'a décantation des produits lourds et des impuretés qui forment un magma de produits au fond. Cette couche est appelée « *slop* ». De temps en temps, on purge ce « *slop* » et on l'injecte à petites doses dans les bruts à traiter, afin de ne pas modifier les caractéristiques propres à ce brut. La Convention Marpol, Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires du 2 novembre 1973, complétée par un protocole de 1978, interdit le rejet de ces déchets en mer.

des camions-citernes dans des décharges autour de l'ancienne capitale ivoirienne¹¹⁷⁵. Les résidus toxiques causent la mort de plusieurs personnes et des milliers d'intoxications. Il est alors fait état de décès, de fausses couches, de morts-nés, de malformations, de pertes d'acuité visuelle ainsi que d'autres maladies graves. Un rapport des Nations Unies estime que cette pollution est à l'origine de plusieurs décès et hospitalisations mais on ne peut réellement mesurer à ce jour les véritables impacts de ces faits. Trafigura est poursuivie devant les juridictions britanniques par un peu plus de 30 000 victimes ivoiriennes sur le fondement du « *duty of care* ». Un autre procès est prévu en Côte d'Ivoire. En février 2007, la société Trafigura s'engage à verser 100 milliards de fcfa¹¹⁷⁶ à l'Etat ivoirien. Ce dernier lui garantit en contrepartie l'abandon des poursuites judiciaires¹¹⁷⁷. Le 6 Octobre 2009, Trafigura devait comparaître devant les juridictions britanniques. Cependant, la société décide de transiger et annonce, le 20 septembre 2009¹¹⁷⁸, avoir conclu un accord d'indemnisation des victimes. Chaque plaignant devrait recevoir environ 750 000 fcfa¹¹⁷⁹ pour une indemnisation totale d'environ 34 millions d'euros. L'action collective intentée au nom des victimes tendait à une indemnisation de plus de 180 millions d'euros. Greenpeace a saisi la justice néerlandaise¹¹⁸⁰ afin que la responsabilité de Trafigura puisse être engagée pour diverses infractions à la législation nationale en matière d'importations et d'exportations de déchets, de pollution maritime ainsi que de faux en écriture. Le 23 juillet 2010, un tribunal d'Amsterdam a condamné la société Trafigura à 1 million d'euros d'amende pour infraction à la législation européenne sur le transport transfrontalier de déchets et pour en avoir dissimulé la nature¹¹⁸¹.

Les contrats d'Etat ne sont donc pas l'occasion pour les investisseurs étrangers d'échapper totalement à toute responsabilité juridique à l'occasion de leurs activités. Parmi les

¹¹⁷⁵HOPQUIN (B.), « L'odeur de l'argent », *Le Monde*, 16 Octobre 2009.

¹¹⁷⁶152 millions d'euros.

¹¹⁷⁷VAN KOTE (G.), « L'affréteur est le grand absent du procès du Probo-Koala, le pétrolier grec », *Le Monde*, édition du 1^{er} octobre 2008. Le procès s'ouvre le 29 septembre 2008 en Côte d'Ivoire. Devant les juridictions ivoiriennes, comparaissent plusieurs personnes pour empoisonnement et complicité d'empoisonnement, pour diverses atteintes à la santé publique et au droit ivoirien de l'environnement. Parmi elles, le directeur de la société Tommy, société ayant organisé le déversement des déchets, un agent de la société consignataire du Probo-Koala au port d'Abidjan, le directeur du port autonome d'Abidjan ou encore des douaniers. Le directeur de la société Tommy a été condamné à 20 ans de réclusion criminelle. Une peine de 5 ans de réclusion criminelle a été prononcée contre l'agent de la société consignataire du Probo-Koala à Abidjan. Les autres accusés ont été acquittés.

¹¹⁷⁸HOPQUIN (B.), « Probo-Koala : accord entre les victimes ivoiriennes et Trafigura », *Le Monde*, 22 septembre 2009.

¹¹⁷⁹1150 euros.

¹¹⁸⁰Il faut savoir qu'un autre volet de l'affaire est en cours aux Pays-Bas, car diverses autorités s'interrogent notamment sur les conditions dans lesquelles Trafigura a pu repartir avec une telle cargaison vers l'Afrique.

¹¹⁸¹HOPQUIN (B.), « Première condamnation de Trafigura dans l'affaire du "Probo Koala" », *Le Monde*, 25 juillet 2010.

contentieux que nous avons cités, seules les affaires *Doe v. Unocal Corp*, *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum/Shell*, *Talisman Energy* ou encore l'affaire impliquant la société Chevron-Texaco en Equateur avaient pour contexte l'exécution de contrats d'Etat. Ce n'est pas le cas des autres. Cependant, l'ensemble des dispositifs dont nous avons fait état nous permet de démontrer qu'on ne peut parler d'absence totale de risques juridiques pour les sociétés internationales en matière de respect de certains droits comme les droits de l'homme ou encore le droit de l'environnement, qui sont des figures juridiques du développement durable. En effet, à travers différents dispositifs, nous l'avons vu, certaines obligations incombent aux sociétés transnationales qui mènent leurs activités dans un contexte international. Elles ne peuvent les méconnaître en complète impunité. Ces dernières doivent en avoir la mesure et envisager les risques juridiques auxquels elles pourraient être confrontées si elles ne s'en prémunissent pas. Il existe ainsi des risques encourus par les sociétés internationales, à l'occasion notamment des opérations d'investissement. Toutefois, ces risques sont limités et parcellaires au cœur de systèmes hétérogènes. Ils se situent également au cœur de différentes branches de droit. Cette réalité est renforcée par les exemples des systèmes français et belges. En effet, en France et en Belgique, on peut soulever l'existence de dispositifs internes différents, qui ont constitué autant de risques à la mise en œuvre de la responsabilité des firmes à l'occasion de leurs activités transnationales. A ce titre, le volet européen de l'affaire *Doe v. Unocal Corp* est significatif.

2) L'exemple des systèmes belge et français

Ainsi, alors que les juridictions américaines ont préféré la voie civile dans l'affaire *Doe V. Unocal Corp*, le volet européen de l'affaire s'est inscrit dans d'autres perspectives. Il est important de préciser, dans le cadre de cette affaire, qu'une plainte avait été déposée en Belgique par quatre travailleurs birmanes à l'occasion des mêmes faits. Le fondement juridique était la loi belge de compétence universelle qui visait à réprimer les infractions commises en violation des Conventions de Genève de 1949 et de ses deux protocoles. Cette loi couvrait essentiellement les crimes de guerre dans le cadre d'un conflit interne ou international. Une loi du 5 août 2003 a abrogé le précédent dispositif datant du 5 juin 1993, restreignant largement la compétence du juge belge en la matière. En effet, cette nouvelle loi prévoit la compétence des juridictions belges en cas d'infraction au droit international humanitaire dans des cas limitativement énumérés. Lorsque l'infraction est commise par un belge ou une personne ayant sa résidence en Belgique, lorsque la victime de l'infraction est un belge ou une

personne qui, au moment des faits, séjourne effectivement, habituellement et légalement depuis trois ans sur le territoire belge, lorsqu'une règle de droit international de source conventionnelle ou coutumière liant la Belgique lui impose la poursuite. C'est sur le fondement du dispositif transitoire que la Cour de cassation belge a prononcé le dessaisissement du juge belge dans cette affaire¹¹⁸². Aujourd'hui, le dispositif de compétence universelle belge a été réduit à une peau de chagrin. La voie pénale a également été choisie à l'occasion du volet français de l'affaire *Doe v. Unocal*. Il convient au préalable de présenter le dispositif français ayant servi de fondement à l'action des plaignants dans le cadre de ce contentieux.

En droit français, il existe également des risques, notamment sur le plan pénal, pour des auteurs d'actes portant atteinte aux dispositions du Code pénal français. Cela, dans des conditions particulières. Ainsi, si l'infraction pénale a été commise par un français, il existe le principe de personnalité active, qui confère compétence à la loi pénale française. On parle alors de compétence personnelle active. Ce principe veut que les ressortissants français puissent répondre de leurs actes devant les juridictions françaises¹¹⁸³. En vertu du principe de légalité, il faut de façon générale que ce crime ou ce délit soit punissable, d'après la loi française. L'article 113-9 du Code pénal pose le principe *non bis in idem*, en vertu duquel aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite.

L'article 113-5 du Code pénal pose le principe selon lequel : « *La loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère* ».

¹¹⁸²L'article 29 de la loi belge de 2003 avait prévu un régime transitoire pour les plaintes en cours d'information ou d'instruction au moment d'entrée en vigueur de la nouvelle loi et confiait à la Cour de cassation le soin de se prononcer sur le dessaisissement du juge pénal belge des affaires dont l'instruction était alors pendante. Voir la loi belge du 5 août 2003 relative à la répression des infractions graves en droit international humanitaire, article 29 § 3. Voir également CASSESE (A.), DELMAS- MARTY (M.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, 2002.

¹¹⁸³Ce principe est prévu à l'article 113-6 du Code pénal et à l'article 689 du Code de procédure pénale.

En outre, le principe de personnalité active est appliqué différemment selon que l'infraction en question constitue un crime ou un délit. En effet, en cas de crime, le principe en question s'applique sans autre restriction que celle préalablement énumérée. En revanche, en cas de délit, il faut une réciprocité d'incrimination. En effet, l'alinéa 2 de l'article 113-6 du Code pénal pose comme préalable à l'applicabilité de la loi pénale française, la nécessité que les faits soient également punis par la législation du pays où ils ont été commis¹¹⁸⁴. En outre, aux termes de l'article 113-8 du Code pénal, la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public. Elle doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis.

Face au litige l'opposant aux plaignants birmans, Total a préféré transiger dans le même sens que la société Unocal¹¹⁸⁵. L'accord date du 29 novembre 2005. Total a transigé en dédommageant les victimes et en versant dans un fonds les ressources nécessaires afin d'améliorer la vie des villageois. Les sommes versées par Total ont été respectivement de 10 000 euros pour chaque travailleur et de 5,2 millions d'euros pour la création du fonds¹¹⁸⁶. D'un point de vue strictement juridique, il est important de noter que les huit paysans birmans qui se prévalaient d'une action contre Total disaient avoir été victimes de « travail forcé ». Il s'avère cependant qu'une telle infraction n'est pas spécifiquement prévue par le Code pénal français. C'est la raison pour laquelle le fondement juridique de la mise en cause de la responsabilité de Total a été l'article 224-1 du Code pénal qui réprime les actes de séquestration¹¹⁸⁷. Le 22 juin 2006, le juge d'instruction chargé de l'affaire a rendu une ordonnance de non-lieu, arguant que l'infraction de « travail forcé » n'était pas prévue en tant que telle par le Code pénal français. La loi pénale étant d'interprétation stricte, les mêmes faits ne pouvaient en l'état faire l'objet d'une qualification de séquestration.

Sur le même fondement, nous pouvons évoquer un autre exemple, celui de l'affaire SFID et Rougier SA. Ce contentieux ne concerne pas l'exécution d'un contrat d'Etat mais permet de

¹¹⁸⁴La réciprocité est différente de l'identité. En effet, il suffit que les faits incriminés soient susceptibles d'être réprimés à l'étranger, même si la loi étrangère donne à ces faits une qualification différente. L'exigence de réciprocité est cependant écartée dans certains cas. Elle l'est si la victime est française (article 113-7 du Code pénal) ou lorsqu'il s'agit d'une infraction sexuelle. Pour de plus amples développements, voir DESPORTES (F.), LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} édition, 2008, pp. 356-362.

¹¹⁸⁵Voir nos développements supra, ce paragraphe, A, 1) La possible sanction d'un « dommage à l'humanité », p. 285.

¹¹⁸⁶*Le Monde*, 30 novembre 2005.

¹¹⁸⁷« Le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne, est puni de vingt ans de réclusion criminelle ».

mieux appréhender le mécanisme juridique par le biais duquel la responsabilité des sociétés de nationalité française pourrait être engagée.

Deux sociétés, SFID et Rougier SA ont été assignées devant les juridictions françaises en raison de plusieurs activités forestières qualifiées d'illicites. Une plainte avait été déposée au nom de sept villageois camerounais pour :

- 1) destruction de biens appartenant à autrui
- 2) Faux, usage de faux, escroquerie, recel, corruption de fonctionnaire, à l'encontre des dirigeants de la SFID.

La Société Forestière de Doumé (SFID) est une société de droit camerounais. Elle est détenue à la majorité par la société Rougier SA et ses comptes sont intégrés fiscalement dans ceux de la société Rougier SA¹¹⁸⁸.

La société Rougier SA est donc la maison mère française. En 1999, la SFID aurait à l'insu des villageois, dans le sud du Cameroun et en l'absence d'autorisation à cet effet, (devant notamment être délivrée par les autorités camerounaises), procédé à la découpe de diverses essences de bois. Elle s'est donc introduite dans les plantations de plusieurs habitants alors que les propriétaires avaient regagné le village. Pour ce faire, la SFID aurait procédé à la construction de pistes traversant des champs afin d'accéder aux zones forestières faisant l'objet de leur intérêt. Cela a eu pour conséquence la destruction de nombreuses cultures et certains villageois ont dû renoncer à toute activité source de revenus sur ces parcelles. La société a refusé de verser des indemnités aux villageois. Une plainte, déposée auprès des autorités camerounaises n'a pas abouti. Diverses associations ont saisi les tribunaux français.

Les faits dénoncés par les plaignants sont constitutifs de délits réprimés par le droit français et plusieurs personnes mises en cause sont françaises. Les responsabilités de Rougier SA et de sa filiale ont été recherchées. Les divers délits concernés étaient les suivants :

- 1) L'exploitation illégale de bois
- 2) La destruction de biens appartenant à autrui

¹¹⁸⁸Une telle intégration fiscale nécessite au regard de la législation fiscale française une participation d'au moins 95%.

- 3) L'escroquerie (La SFID a prétendu détenir les diverses autorisations lui permettant d'exploiter le domaine forestier, ce qui n'était pas le cas).
- 4) Le faux et l'usage de faux puisque les documents présentés par la SFID aux autorités administratives camerounaises à cet effet, n'étaient pas réguliers, la société ne disposant d'aucune licence d'exploitation.
- 5) Le recel pour la société Rougier, ayant encaissé en connaissance de cause des dividendes provenant d'activités constitutives d'infractions (escroquerie, destruction illégale de biens appartenant à autrui, faux et usage de faux, corruption).
- 6) La corruption de fonctionnaire car l'administration locale est censée avoir bénéficié durant de nombreuses années de largesses de la SFID et ce de façon directe ou indirecte. Cela pourrait expliquer son attitude face à un tel contentieux.

La compétence des tribunaux français résulte de la participation directe et effective de citoyens français aux faits dénoncés mais également des liens étroits entre la SFID et sa maison mère, notamment au regard financier. La participation majoritaire au capital et à plus de 95% emporte une importante dépendance de la SFID à la société Rougier SA. En outre, à l'époque des faits, la société SFID, de droit camerounais, dépendait de la société Rougier SA qui détenait la majorité de son capital. S'ajoutait à cela le fait que le directeur général de la maison mère, Francis Rougier, directeur général de Rougier SA, était également à l'époque des faits, directeur général de la SFID. Ainsi, le contrôle permanent par la société Rougier était possible. La société opérant alors un contrôle permanent sur sa filiale ne pouvait ignorer les agissements de cette dernière. En outre, les remontées financières sous forme de dividendes du produit de ces activités auraient pu justifier la recherche de la responsabilité du chef de recel pour la maison mère. Cette dernière aurait également pu être complice.

Le 27 septembre 2002, le parquet de Paris a requis le non-lieu auprès de la juridiction d'instruction au motif qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre sur les faits dénoncés. En effet, selon l'article 113-8 du Code pénal français, la poursuite des délits commis par des français à l'étranger ne peut être exercée qu'à la requête du Ministère public. Or, le parquet a estimé que les faits n'étaient pas de nature à justifier une investigation en France.

Le ministère public a également estimé que l'article 113-5 du Code pénal ne permettait pas la poursuite en France d'une personne en tant que complice d'une infraction commise à l'étranger, sans que l'infraction ne soit préalablement constatée par une décision définitive

émanant de la juridiction étrangère. En d'autres termes, dans la mesure où la filiale camerounaise n'avait pas été condamnée par les tribunaux nationaux, il était impossible de poursuivre son complice français. Une ordonnance d'irrecevabilité de la plainte avec constitution de partie civile a donc été rendue le 4 juin 2003 par le juge d'instruction, selon les réquisitions du parquet aux motifs que le dispositif de l'article 113-5 du Code pénal ne pouvait s'appliquer dans la mesure où aucune condamnation de la juridiction camerounaise n'avait constaté juridiquement les faits. Cette décision a fait l'objet d'un appel. Le 13 février 2004, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris a confirmé l'ordonnance du juge. La Cour d'appel a fondé sa décision sur les articles 113-8 et 113-5 du Code pénal. Ainsi, les juges ont tout d'abord rappelé que l'article 113-8 du Code pénal français prévoit que dans les cas de délits commis par des français à l'étranger, la poursuite ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public, que celui-ci s'y était refusé en l'espèce aux termes de ses réquisitions. Les juges se sont également fondés sur l'article 113-5 du Code pénal. Ils n'ont pas retenu l'argument soulevé par les plaignants en vertu duquel ils étaient parfaitement recevables à fonder l'existence d'obstacle de fait à obtenir la condamnation de la filiale, équivalent à une situation de force majeure. Les magistrats de la chambre de l'instruction ont jugé que les plaignants n'avaient pas apporté la preuve de leur impossibilité à obtenir une condamnation pénale au Cameroun. Ces derniers ont formé un pourvoi en cassation¹¹⁸⁹.

Les dispositifs que nous avons évoqués ainsi que ces exemples éparpillés, symboles d'un contentieux limité mais en émergence concernant la responsabilité de firmes internationales du fait d'actions commises sur des territoires étrangers peuvent-ils suffire à constituer la substance d'une responsabilité de principe engendrant un devoir de diligence ? Nous ne le pensons pas.

PARAGRAPHE 2. LES OBSTACLES A L'EMERGENCE DE PRINCIPES GENERAUX S'IMPOSANT A LA VOLONTE DES PARTIES

L'examen du droit comparé que nous avons opéré ne nous permet pas de révéler la substance d'éventuels principes généraux. Parmi les obstacles se dressant face à l'émergence de tels principes, celui de l'effet relatif des conventions que vient mettre en lumière la présence de

¹¹⁸⁹Site de l'association Sherpa qui a réalisé une enquête en la matière : <http://www.asso-sherpa.org/revuedepresse/rougier/irrecevable-dossierpresse.pdf>. L'association Les Amis de la Terre s'est constituée partie civile.

tiers victimes aux contrats dont il a été question à l'occasion des contentieux évoqués (A). En outre, il n'existe pas de règles homogènes tendant à constituer la substance de tels principes (B).

A. LE FREIN DE L'EFFET RELATIF DES CONVENTIONS

Les exemples tirés du droit comparé dont il vient d'être question permettent de façon limitée de montrer qu'une société internationale peut être responsable hors de son territoire d'action du fait d'activités dommageables menées sur ce même territoire. Dans le meilleur des cas, peut émerger à l'examen du droit comparé, l'idée d'un devoir de diligence des firmes multinationales, notamment en matière de figures juridiques du principe de développement durable. Il existe des risques juridiques. Cependant, ces mécanismes sont insuffisants à constituer la substance de principes généraux au sens où nous les avons définis. En effet, il s'avère que même si ces dispositifs présentent des pistes de réflexion intéressantes, pris dans leur généralité, ils ne peuvent donner lieu ni à systématisation, ni à généralisation, par un éventuel juge ou arbitre.

Au demeurant, si on compare la mécanique des principes généraux de droit que ce soit en droit du commerce international ou en droit international public aux dispositifs et contentieux dont nous avons pu faire état, il apparaît que la qualité des parties en cause diverge. En effet, les principes généraux que nous avons dégagés en matière de droit international public ont vocation à s'appliquer à des contentieux interétatiques, le juge ayant vocation à régler des litiges au sein desquels un Etat exprime certains griefs face à un autre. Au regard des principes généraux du commerce international, le constat est le même. Les principes énoncés s'appliquent en matière contractuelle internationale, entre les parties. Or, il s'avère que les éléments que nous avons présentés mettent en exergue des atteintes du contrat d'Etat à l'égard de tiers au contrat. Même si, en poussant une certaine logique à l'extrême, on peut considérer qu'un Etat partie qui s'engage sous-tend l'ensemble de la collectivité et des citoyens représentés par cet Etat, la réalité juridique est toute autre. Toutes les atteintes subies par les tiers en raison des effets néfastes du contrat ne s'avèrent pas l'être par l'Etat partie lui-même qui se distingue de ces tiers. Or, le contrat d'Etat, en tant qu'instrument de développement, est un acte juridique qui a intrinsèquement des conséquences et des implications à l'égard de tiers au contrat. S'il est difficile de voir comment de tels principes généraux vont devenir, à l'examen du droit comparé et selon la méthode des principes généraux, de véritables principes

généraux de droit, il n'en demeure pas moins que l'examen du contentieux en émergence auquel nous avons procédé nous permet de faire état d'un certain nombre de risques juridiques qui amènent inexorablement les firmes internationales à modifier leurs comportements.

Les principes généraux dont il est question, créés ou consacrés par les arbitres et les juges, font naître des obligations et s'appliquent entre les parties et non à l'égard des tiers. En conséquence, la mécanique des principes généraux que nous avons mise en lumière est incapable de prendre en compte de telles atteintes qui relèvent des dispositifs internes de chaque Etat et qui en définitive ne seront évoqués que dans le cas où les parties au contrat voudront bien s'en prévaloir afin de défendre leurs intérêts respectifs. Outre le principe de l'effet relatif des conventions, des difficultés liées à l'absence d'homogénéité des règles de développement durable se posent également.

B. LES DIFFICULTES LIEES A L'ABSENCE D'HOMOGENEITE DES REGLES

L'examen du droit comparé auquel nous avons procédé pose certaines difficultés. La question qui se pose est tout d'abord celle de savoir comment, au regard de la méthode des principes généraux, les arbitres peuvent découvrir un corps de principes communs aux différents systèmes juridiques ? Les perspectives semblent limitées dans un tel sens. Et pourtant, de façon générale, on ne peut écarter d'emblée l'existence d'une communauté de valeurs touchant aux droits de l'homme ainsi qu'au droit de l'environnement. Ainsi en est-il par exemple du droit à l'environnement sain¹¹⁹⁰, même si ce droit « *n'est pas consacré toujours et partout* »¹¹⁹¹. « *Dans ce cadre, si on retient que le droit à l'environnement concerne la totalité des hommes, présents et futurs et détermine leurs conditions de vie et de développement, qu'il ne connaît pas de frontières et ne peut d'ailleurs être pris réellement en compte qu'au niveau mondial, il concerne l'ensemble des pays, la protection de l'environnement semble naturellement se rattacher aux valeurs fondamentales de toute la société* »¹¹⁹². De ces valeurs communes, il semble cependant difficile de faire émerger un droit commun. A cet égard, il nous paraît intéressant de recourir aux réflexions développées par le professeur Mireille

¹¹⁹⁰Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 2, section 2, paragraphe 1, A), 1) a) Le droit à l'environnement, p. 123.

¹¹⁹¹BELAIDI (N.), « Droits de l'homme, environnement et ordre public : la garantie du bien-être », BOUTELET (M.), FRITZ (J.-C.), (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005, p. 57.

¹¹⁹²*Ibidem*.

Delmas-Marty sur les voies de l'émergence d'un tel droit. En effet, l'auteur reconnaît qu'il existe, dans la sphère du droit international, un « *ordonnement non hiérarchique du multiple* »¹¹⁹³ dont toute tentative d'unification semble *a priori* difficile. Mais est-ce dans l'idée d'une éthique universelle que pourront émerger des valeurs universelles à la base de principes universels ?

Le professeur Henri Atlan propose de rechercher une réponse commune, induite de la diversité des pratiques par tâtonnements successifs¹¹⁹⁴. Transposée aux divers systèmes normatifs, cette démarche, fondée sur la coexistence et le dialogue, peut favoriser la recherche d'un futur droit supranational¹¹⁹⁵. Cependant, selon le professeur Delmas-Marty, cela ne suffit pas à résoudre les conflits de valeurs les plus durs¹¹⁹⁶ et exhausser de telles valeurs à l'échelle universelle se heurte au relativisme des ordres étatiques. L'auteur souligne l'intérêt d'une autre piste suggérée par Paul Ricœur afin de dépasser la contradiction entre l'universalisme des valeurs et la diversité des cultures qui conditionne la représentation de ces droits et leur mise en œuvre¹¹⁹⁷. La réflexion de cet auteur est exprimée en ces termes : « *Je vous propose une comparaison que je fais souvent : je suis à la surface d'une sphère fragmentée entre des lieux religieux différents. Si j'essaye de courir à la surface de la sphère, d'être éclectique, je ne retrouverai jamais l'universel religieux parce que je ferai du syncrétisme. Mais si je m'approfondis assez dans ma tradition, je dépasserai les limites de ma langue. Pour aller vers ce que j'appellerai le fondamental-que d'autres rejoignent par d'autres voies-, je raccourcis la distance aux autres dans la dimension de la profondeur. A la surface la distance est immense, mais si je m'approfondis, je me rapproche de l'autre qui fait la même distance* »¹¹⁹⁸. Il ne s'agit pas de revenir sur les faiblesses de l'universalisme confrontées aux limites du relativisme mais bien de trouver une méthode pour résoudre la contradiction¹¹⁹⁹. Même s'il ne peut suffire, le droit est nécessaire à la consolidation des valeurs¹²⁰⁰. Il peut même parfois révéler celles qui n'avaient pas encore été exprimées comme telles, participant

¹¹⁹³DELMAS-MARTY (M.), « Avant-Propos », DUBOUT (E.), TOUZE (S.), (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, A. Pedone, 2010, p. 5, spéc. p. 6.

¹¹⁹⁴DELMAS-MARTY (M.), « Introduction », *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté des valeurs*, Seuil, 2011, p. 7, spéc. p. 18.

¹¹⁹⁵*Idem*, p. 19.

¹¹⁹⁶*Ibidem*.

¹¹⁹⁷*Ibidem*.

¹¹⁹⁸CHANGEUX (J.-P.), RICŒUR (P.), *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, Odile Jacob, 1998, pp. 300-302.

¹¹⁹⁹DELMAS-MARTY (M.), « Introduction », *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté des valeurs*, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹²⁰⁰*Idem*, p. 20.

alors à leur formation, parfois même anticipant sur elles¹²⁰¹. En l'occurrence, de quel droit s'agit-il ?

Pour le professeur Mireille Delmas-Marty : « *Selon que l'objectif est de s'accorder de façon positive sur les valeurs à promouvoir ou de façon négative sur les principaux interdits, on dégagera ces valeurs des droits de l'homme ou du droit pénal, tout en évitant de les classer en termes d'antériorité ontologique : pas de bonté ni de péché originels, mais sans doute un inextricable lien de l'une à l'autre* »¹²⁰². L'auteur a souvent défendu l'idée en vertu de laquelle à partir des droits de l'homme, il devient possible d'imaginer un « *droit des droits* » qui permettrait de rapprocher et non d'unifier les différents systèmes¹²⁰³. Le rapprochement s'analyserait en une harmonie faite à la fois de leur subordination à un ordre supranational et de leur coordination selon des principes communs¹²⁰⁴. Ainsi, l'émergence d'un droit commun suivrait une logique d'harmonisation des différents systèmes juridiques, sans pour autant nier et penser à l'anéantissement des spécificités propres à chacun¹²⁰⁵.

Parallèlement, est apparue, notamment dans le programme des Nations Unies pour le développement et celui de la Banque mondiale, la notion de « biens publics mondiaux » qui pourrait conduire à une vision des droits fondamentaux élargie au-delà des droits de l'homme¹²⁰⁶. En effet, selon l'auteur, malgré la dissymétrie apparente entre « *droits* » et « *biens* », cette notion exprime l'idée qu'il serait possible de répondre à la globalisation par une solidarité transnationale et même « *transtemporelle* »¹²⁰⁷. Il s'agit de « *penser le multiple* » sans pour autant le faire disparaître¹²⁰⁸. Alors que l'unification suppose des règles précises auxquelles les Etats sont tenus de se conformer à l'identique, l'harmonisation implique seulement un rapprochement autour de principes directeurs communs, définis de façon plus imprécise, de telle sorte que demeure une sorte de droit à la différence, chaque Etat conservant la possibilité d'adopter ses propres règles quant à la mise en œuvre de ces

¹²⁰¹ *Ibidem*.

¹²⁰² *Idem*, p. 21.

¹²⁰³ DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

¹²⁰⁴ *Ibidem*.

¹²⁰⁵ *Ibidem*.

¹²⁰⁶ DELMAS-MARTY (M.), « Introduction », *op. cit.*, p. 24.

¹²⁰⁷ *Ibidem*.

¹²⁰⁸ DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, *loc. cit.*

principes, à condition que ces règles soient suffisamment proches du principe de référence pour rester compatibles¹²⁰⁹.

Le droit international s'inscrit au sein du pluralisme des sources. Ce pluralisme doit être ordonné. Selon les professeurs Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, l'expression « pluralisme ordonné » suggère deux idées antagonistes en apparence. La première renvoie à la dispersion, au libre-mouvement, alors que le terme « ordonné » invite au contraire à penser en termes de structuration, voire de contrainte¹²¹⁰. En somme, vouloir « ordonner » le pluralisme est un pari audacieux¹²¹¹. « *Le mot ordre semble indiquer, et l'étymologie y invite, qu'il serait question de faire rentrer le pluralisme dans le rang* »¹²¹². Mais, selon les auteurs, il ne s'agit précisément pas d'aligner les divers éléments qui le composent mais plutôt de respecter le pluralisme tout en permettant son expression harmonieuse¹²¹³. En d'autres termes, il s'agit de « *composer une mosaïque* », ce qu'on ne saurait faire en jetant ses divers éléments au hasard, mais en les combinant de telle manière qu'il en ressorte un « *dessin d'ensemble* »¹²¹⁴, le plus harmonieux possible. Toutefois, une mosaïque ne se compose pas par une juxtaposition d'éléments¹²¹⁵. Il faut une matière qui les lie en même temps qu'elle les tient à distance¹²¹⁶. Il faut laisser entre eux une certaine marge afin qu'ils ne s'entrechoquent pas¹²¹⁷. Pour autant, cela ne saurait suffire à composer le dessin, il faudrait également organiser les éléments et structurer l'ensemble¹²¹⁸. C'est en ce sens que l'on peut concevoir d'ordonner, d'organiser le pluralisme, tout en respectant la diversité¹²¹⁹. La préservation des individualités n'est pas incompatible avec la création d'un schéma qui les dépasse et les englobe sans les gommer¹²²⁰. En droit international, l'existence d'un tel schéma ne se conçoit qu'au prix de la préservation d'un certain « *jeu* » entre les systèmes appelés à intervenir¹²²¹. Cependant, si la marge est trop lâche, les éléments ne seront pas assez resserrés pour qu'on

¹²⁰⁹DELMAS-MARTY (M.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, année 2000, volume 52, numéro 4, p. 753, spéc. p. 758.

¹²¹⁰*Idem*, p. 764.

¹²¹¹*Ibidem*.

¹²¹²*Ibidem*.

¹²¹³*Ibidem*.

¹²¹⁴*Idem*, pp. 764-765.

¹²¹⁵*Idem*, p. 764.

¹²¹⁶*Idem*, p. 765.

¹²¹⁷*Ibidem*.

¹²¹⁸*Ibidem*.

¹²¹⁹*Ibidem*.

¹²²⁰*Ibidem*.

¹²²¹*Ibidem*.

voie apparaître le schéma d'ensemble¹²²². Il faut donc réaliser un équilibre entre la nécessaire préservation d'une marge et sa maîtrise afin de conserver de la transparence et de la lisibilité¹²²³. Les lieux de l'internationalisation du droit demeurent dispersés, au propre comme au figuré¹²²⁴. Dans les méandres que constitue la diversité des droits, le comparatiste curieux de découvrir l'extrême variété de ces systèmes juridiques, doit également creuser afin de découvrir, au-delà de cette diversité, quelque chose qui puisse être universel ou universalisable. Il s'agit de ce que Raymond Saleilles qualifie d'« *unité foncière de la vie juridique universelle* »¹²²⁵.

La méthode comparatiste consiste à exprimer une préférence pour une internationalisation pluraliste, intégrant la diversité des systèmes. Mais elle impliquerait, pour être réussie, autre chose que leur juxtaposition. Il faut repérer les différences et trouver une garantie commune qui permette soit une mise en compatibilité, il s'agirait de l'harmonisation, soit une véritable fusion, il s'agirait de l'hybridation¹²²⁶. Mais y a-t-il seulement un chemin¹²²⁷? Comment décrire un objet de recherches alors qu'on ne voit à l'œil nu qu'une accumulation de fragments, balises innombrables, dispersées comme au hasard des lieux divers et indiquant des sens différents, parfois contradictoires¹²²⁸? Peut être que l'ordre public est finalement la réponse à une telle question.

¹²²²*Ibidem.*

¹²²³*Ibidem.*

¹²²⁴DELMAS-MARTY (M.), « Avant-propos », *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, *op. cit.*, p. 7, spéc. p. 8.

¹²²⁵SALEILLES (R.), « Conception et objet de la science du droit comparé », *Congrès international de droit comparé*, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, tome 1, L.G.D.J., 1905-1907, p. 107.

¹²²⁶DELMAS-MARTY (M.), « Avant-propos », *op. cit.*, p. 8.

¹²²⁷*Idem*, p. 9.

¹²²⁸*Idem*, p. 9.

CONCLUSION

Aujourd'hui, l'état du droit est tel qu'il ne permet pas de constater l'existence de principes généraux s'imposant à la volonté des parties en matière de contrats d'Etat et de développement durable. Certes, il est possible de déduire de l'examen de certains dispositifs internes que le fait qu'une personne morale exerce des activités économiques en dehors de son territoire national ne la dispense pas d'une certaine diligence qui s'exprime par le respect de certains droits. C'est notamment l'esprit dans lequel a émergé un certain contentieux tendant à mettre en cause la responsabilité de sociétés internationales à l'occasion de leurs activités extraterritoriales. Toutefois, si ce devoir leur est imposé, cela demeure du fait de dispositifs de droit interne assez disparates.

De ce fait, selon la méthode des principes généraux que nous avons évoquée, il ne peut exister en l'état actuel, des principes généraux tendant à soumettre les parties au contrat d'Etat à des exigences juridiques impératives qui seraient d'ordre international. Au demeurant, le rôle de l'arbitre ou du juge du commerce international, tel qu'il a été présenté, s'inscrit également dans une perspective limitée, même en partant du postulat que ces derniers pourraient avoir un rôle créateur en la matière. En conséquence, toute tentative de systématisation se heurte au relativisme et à la spécificité des ordres juridiques. Mais le recours à la méthode comparatiste ne peut-il pas s'ériger en un processus tendant à faire émerger de ce magma de normes disparates, un ensemble de règles pouvant tendre vers une certaine harmonisation ? Pour le professeur Mireille Delmas-Marty, une telle perspective n'est envisageable qu'en recourant aux droits de l'homme et au droit pénal¹²²⁹. En somme, aux règles présentant un certain caractère « fondamental ». En réalité, le recours à l'ordre public ne peut-il pas être la véritable solution à une telle harmonisation ?

¹²²⁹DELMAS-MARTY (M.), « Introduction », *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté des valeurs*, op. cit., p. 17 ; DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, loc. cit.

CHAPITRE 2. LA RECHERCHE DE PRINCIPES D'ORDRE PUBLIC

Nous venons de le voir : les lieux de l'internationalisation du droit restent dispersés au propre et au figuré¹²³⁰. En conséquence, à défaut d'un législateur mondial, comment un ordre quelconque pourrait-il émerger du désordre apparent¹²³¹? Comment trouver, au cœur de ces méandres, une espèce d'homogénéité, fondement d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat ? A cet égard, l'hypothèse de la référence à l'ordre public présente un certain intérêt. Nous nous aidons, afin de le justifier, du raisonnement saisissant tenu par des auteurs, qui voient les droits fondamentaux en tant qu'éléments de structuration et d'homogénéisation de l'ordre juridique¹²³². Ces derniers fondent les possibilités de rétablissement d'un certain ordre international à partir de ces droits¹²³³. C'est de leurs discours que nous extrayons la substance nous permettant de justifier le recours à l'ordre public.

Le qualificatif de « fondamental » fait référence à des valeurs fondatrices d'un système ou d'un ordre juridique qui expliquent et justifient que l'on se plie à son autorité¹²³⁴. De cette manière, peut être repensée la relation paradoxale qu'entretiennent le pouvoir et le droit : le premier étant à la fois à l'origine et soumis au second¹²³⁵. Dans cette conception, défendue par les professeurs Edouard Dubout et Sébastien Touzé, les droits fondamentaux exercent un rôle de structuration de l'ordre juridique, au-delà de celui de protection des individus¹²³⁶. Ils se situent en ce sens au fondement du droit¹²³⁷. Cette fonction structurelle est commune à la plupart des ordres ou systèmes juridiques. Ils constituent dans cette analyse une sorte de code génétique dont les principaux gènes sont partagés, avec des nuances, par la quasi-totalité des systèmes démocratiques dont les objectifs érigés en valeurs sont les mêmes : la liberté, l'égalité, la dignité, la justice, par exemple¹²³⁸. On pourrait les définir comme des « *équilibres*

¹²³⁰DELMAS-MARTY (M.), « Introduction », *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté des valeurs*, Seuil, 2011, p. 7, spéc. p. 11.

¹²³¹DUBOUT (E.), TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », DUBOUT (E.), TOUZE (S.), (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, A. Pedone, 2010, p. 11.

¹²³²*Ibidem*.

¹²³³*Ibidem*; DELMAS-MARTY (M.), « Introduction », *op. cit.*, p. 11 ; DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

¹²³⁴DUBOUT (E.), TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *loc. cit.*

¹²³⁵PIERRE-CAPS (S.), « La Constitution comme ordre de valeurs », *La Constitution et les valeurs. Mélanges en hommage à Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 283, spéc. p. 289.

¹²³⁶DUBOUT (E.), TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *op. cit.*, p. 20.

¹²³⁷GIRARD (C.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, thèse, Publications de la Sorbonne, 2010.

¹²³⁸DUBOUT (E.), TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *loc. cit.*

essentiels » sur lesquels l'ensemble des normes d'un système ou d'un ordre juridique repose¹²³⁹. Ces équilibres sont instables et variables d'un système juridique à un autre¹²⁴⁰. En ce sens, les droits fondamentaux resteraient invariablement les paramètres communs, permettant la définition de ces équilibres essentiels et fondateurs, la définition de « *valeurs* »¹²⁴¹.

Tel est le cas de l'ordre public auquel une telle analyse se prête également. En effet, il nous apparaît en tant qu'élément servant de fondement, socle de valeurs homogènes sur lequel pourrait être élevé un droit du développement durable appliqué aux contrats d'Etat. L'ordre public pourrait également servir de firmament, d'horizon suprême, en même temps qu'il serait une limite. Selon cette perspective, il a une fonction de structuration, permettant la définition d'équilibres essentiels et fondateurs, au cœur du contrat d'Etat et à la lumière des préoccupations de développement durable. La question qui se pose est celle de savoir si cette hypothèse est davantage qu'une vue théorique à partir de notre perception juridique de l'ordre public ou si elle peut avoir des perspectives pratiques. En ce sens, le postulat de l'existence d'un ordre public transnational a été soulevé. Ce dernier permet, de rassembler des préoccupations relevant du développement durable sous un seul et même manteau (**Section 1**). Cependant, un tel ordre public est contesté en tous points de vue. En réalité, l'ordre public dont relèverait la dialectique entre contrats d'Etat et développement durable semble indéterminable. Cela complexifie d'autant toute tentative d'homogénéisation (**Section 2**).

SECTION 1. L'HYPOTHESE DE PRINCIPES RELEVANT D'UN ORDRE PUBLIC TRANSNATIONAL

Selon un auteur : « *L'existence d'un ordre juridique international ne permet-il pas de faire respecter par tous une éthique jugée indispensable à la survie et à la cohésion du groupe social régi par l'ordre juridique considéré ?* »¹²⁴². Cela est lié, d'après celui-ci, à la notion d'ordre public¹²⁴³. Cela conduit également à s'intéresser à la distinction entre l'approche matérielle de l'ordre public et son approche fonctionnelle¹²⁴⁴. Dans son premier axe, l'ordre

¹²³⁹*Ibidem*.

¹²⁴⁰*Ibidem*.

¹²⁴¹*Idem*, p. 21.

¹²⁴²BELAIDI (N.), « Droits de l'homme, environnement et ordre public : la garantie du bien-être », BOUTELET (M.), FRITZ (J.-C.), (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005, p. 57, spéc. p. 60.

¹²⁴³*Ibidem*.

¹²⁴⁴*Ibidem*.

public ordonne le système juridique en fonction des vues de la société actuelle : il détermine la production juridique, y compris privée, afin d'assurer la conception que l'on a de l'homme et de la société¹²⁴⁵. Dans son second axe, l'ordre public préserve la collectivité contre des attitudes et des comportements individuels qui sont considérés comme lui étant contraires¹²⁴⁶. Mais alors, quel serait cet ordre public qui prendrait en compte des préoccupations de développement durable et qui s'appliquerait aux contrats d'Etat ? L'idée a été émise, d'un « *ordre public transnational* »¹²⁴⁷ qui pourrait jouer un tel rôle. Il apparaît cependant que le grand attrait de cet ordre public n'a d'égal que sa faible réalité. En effet, la recherche de principes d'ordre public transnational offre des perspectives intéressantes dans le sens où un tel ordre permettrait, à travers un seul et même mécanisme juridique, la protection et la mise en œuvre d'impératifs relevant du développement durable (**Paragraphe 1**). Il apparaît cependant qu'un tel ordre est contesté à tous points de vue. En ce sens, sa réalité est réduite à une peau de chagrin (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1 : UNE RECHERCHE OFFRANT DES PERSPECTIVES INTERESSANTES

Les éléments fondant l'existence d'un ordre public transnational présentent un certain nombre d'attraits au regard de notre problématique (**A**). Cet état de fait est conforté dans ce sens par le rôle dévolu aux arbitres en la matière (**B**).

A. LES ELEMENTS FONDANT L'EXISTENCE DE L'ORDRE PUBLIC TRANSNATIONAL

Le professeur Pierre Lalive a posé le postulat en vertu duquel la *lex mercatoria* a un ordre public qui lui est propre, réellement international, et qui se définirait comme l'ensemble des principes fondamentaux pour le droit du commerce international, exprimant les principes d'une société internationale de marchands¹²⁴⁸. Cet ordre public serait un ensemble de valeurs d'origine transnationale, c'est-à-dire obéissant au pluralisme des sources du droit

¹²⁴⁵*Ibidem.*

¹²⁴⁶*Ibidem.*

¹²⁴⁷LALIVE (P.), « Ordre public transnational (ou “réellement international”) et arbitrage international », *R.A.*, 1986, p. 329.

¹²⁴⁸*Ibidem.*

transnational¹²⁴⁹, auquel les opérateurs du commerce international ne pourraient déroger à l'occasion d'opérations du commerce international¹²⁵⁰. Il permettrait d'enrichir les relations commerciales transnationales de préoccupations éthiques, cela à travers des principes fondamentaux. Un auteur a renvoyé le qualificatif de « transnational » à deux conceptions¹²⁵¹. D'une part, l'ordre public transnational est qualifié et existe en tant que consensus de la communauté internationale se retrouvant autour de valeurs considérées comme fondamentales¹²⁵². Par communauté internationale, il faut alors entendre les acteurs et opérateurs du commerce international dont font partie les Etats¹²⁵³. D'autre part, l'ordre public transnational traduit les valeurs fondamentales « *d'un ordre juridique transnational, communément dénommé lex mercatoria* »¹²⁵⁴. La notion d'ordre public transnational a suscité l'intérêt et l'assentiment de certains auteurs¹²⁵⁵. Pour Monsieur Lofti Chedly, des valeurs non marchandes comme la préservation de l'environnement en feraient partie¹²⁵⁶. Ainsi, d'après ce dernier : « *La préservation de l'environnement paraît être aujourd'hui une préoccupation de la communauté internationale dans son ensemble. Des limites à l'investissement portant atteinte à la préservation de l'environnement sont par exemple posées à travers l'existence du principe de précaution. S'il s'avère qu'un investissement est dangereux pour l'environnement de manière certaine et réelle, l'accord conclu par un Etat avec un investisseur devrait être annulé pour contrariété à l'ordre public transnational. Dans une même logique, l'ordre public transnational devrait légitimer la rupture par un Etat d'un contrat d'investissement qui, conclu de manière conforme à la préservation de l'environnement, s'avère dangereux lors de l'exécution* »¹²⁵⁷. L'auteur ajoute que la préservation de l'environnement, qui est par définition un patrimoine commun de l'humanité, devrait inciter les arbitres à enrichir le contenu de l'ordre public¹²⁵⁸. Cet ordre public transnational intégrerait également les droits de l'homme¹²⁵⁹.

¹²⁴⁹ Vu ici comme étant la *lex mercatoria*.

¹²⁵⁰ RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, thèse, L.G.D.J., 1999, pp. 353 et s.

¹²⁵¹ CHEDLY (L.), « Ordre public transnational et investissement », HORCHANI (F.) (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, A. Pedone, 2006, p. 289

¹²⁵² *Ibidem*.

¹²⁵³ *Idem*, p. 293.

¹²⁵⁴ *Ibidem*.

¹²⁵⁵ *Ibidem*; KAHN (P.), « A propos de l'ordre public transnational : quelques observations », *Mélanges Fritz Sturm, offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, volume 2, Editions juridiques de l'université de Liège, 1999, p. 1539; RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2011, p. 479; MOHAMED SALAH (M.), « Droit économique et droit international privé », *Revue internationale de droit économique* 1/2010 (t. XXIV, 1), p. 9.

¹²⁵⁶ CHEDLY (L.), « Ordre public transnational et investissement », *loc. cit.*

¹²⁵⁷ *Idem*, pp. 310-311.

¹²⁵⁸ *Ibidem*.

¹²⁵⁹ *Idem*, spéc. note de bas de page n° 141.

La thèse de l'appartenance des droits de l'homme et du droit de l'environnement à l'ordre public transnational est aussi défendue par le professeur Jean-Baptiste Racine pour qui la protection des droits de l'homme reflète assurément des valeurs fondamentales¹²⁶⁰. C'est la raison pour laquelle, selon l'auteur, ces droits de l'homme appartiennent, devant l'arbitre, à l'ordre public transnational¹²⁶¹. D'après lui, l'arbitre peut se référer à des instruments généraux tels que la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹²⁶², la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948¹²⁶³, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950¹²⁶⁴. Il a également la possibilité de se référer à des conventions internationales ayant un objet spécifique. Selon le même auteur, l'environnement culturel et l'environnement naturel appartiennent à l'ordre public transnational en tant que valeurs universelles, suscitant un consensus de la communauté des Etats¹²⁶⁵. De ce fait, en matière d'environnement naturel : « *Les Etats sont, dans l'ensemble, d'accord pour faire de la protection de l'environnement une priorité. Au plan international, on assiste depuis une vingtaine d'années à une multiplication de textes reflétant tous, à des degrés divers, le consensus de la communauté internationale. De très nombreuses conventions internationales couvrent des domaines variés de la protection de l'environnement, comme par exemple la Convention de Bâle sur les mouvements transfrontières de déchets dangereux de 1989 ou la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique de 1992. A ces conventions, s'ajoutent des déclarations ayant posé les principes du droit international de l'environnement telles la Déclaration de Stockholm de 1972, la Charte mondiale de la nature de 1982 ou la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992* »¹²⁶⁶. Pour le professeur Racine, il existe aussi sur ce point des codes de conduite privés¹²⁶⁷. L'auteur cite la Charte des entreprises pour un développement durable établie sous l'égide de la Chambre de commerce international en 1991¹²⁶⁸. Pour ce dernier, « il est envisageable » que des principes d'ordre public transnational permettent à l'avenir la protection de l'environnement¹²⁶⁹. Car toutes les conditions d'émergence d'un

¹²⁶⁰RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 399.

¹²⁶¹*Ibidem.*

¹²⁶²*Ibidem.*

¹²⁶³*Ibidem.*

¹²⁶⁴*Idem*, p. 400.

¹²⁶⁵*Idem*, pp. 412 à 418.

¹²⁶⁶*Idem*, p. 417.

¹²⁶⁷*Ibidem.*

¹²⁶⁸*Ibidem* ; RACINE (J.-B.), « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *RJE*, 1996, p. 409.

¹²⁶⁹RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 417.

ordre public transnational de protection de l'environnement seraient réunies : l'existence d'un véritable consensus des Etats et la multiplicité des instruments de protection¹²⁷⁰.

L'auteur ajoute cependant que le contenu matériel de cet ordre public reste à déterminer¹²⁷¹. Ce dernier suggère : « *Le principe de précaution, qui relève de l'intérêt général, pourrait servir de guide dans l'élaboration d'un principe d'ordre public transnational de protection de l'environnement* »¹²⁷². Pour le professeur Racine, il est également possible de songer à la sanction du dommage écologique¹²⁷³. L'auteur ajoute : « *Il faudrait cependant qu'un arbitre soit saisi d'une action de nature délictuelle* »¹²⁷⁴. Dans le domaine contractuel, toujours selon l'auteur, on pourrait imaginer que certaines transactions soient interdites comme par exemple celles portant sur le transfert de déchets dangereux¹²⁷⁵. Oui mais par qui ? Comment ? L'arbitre possède-t-il un tel pouvoir ? Il convient de s'interroger sur le rôle joué par ce dernier au regard de l'ordre public transnational.

B. LE ROLE DEVOLU A L'ARBITRE

L'arbitre aurait un rôle important au regard de la construction de l'ordre public transnational. C'est notamment à lui, selon les auteurs, que reviendrait principalement la sanction de l'atteinte à l'ordre public transnational¹²⁷⁶. D'après ces derniers, de nouvelles tâches sont confiées aux arbitres¹²⁷⁷. Leur intervention ne se limite plus aux litiges commerciaux entre personnes privées mais à des opérations d'investissement qui mettent directement en jeu l'intérêt général¹²⁷⁸. L'importance majeure de certaines questions leur étant confiées emporterait ainsi deux conséquences. D'une part, celle-ci donne un sens nouveau à leur mission. D'autre part, elle fait du contrat d'Etat un terrain de questionnements cruciaux : « *Telle mesure de protection de l'environnement adoptée par l'Etat entraîne-t-elle une expropriation larvée de l'investisseur privé ? La résiliation unilatérale d'un contrat par l'Etat*

¹²⁷⁰*Ibidem.*

¹²⁷¹*Ibidem.*

¹²⁷²*Ibidem.*

¹²⁷³*Ibidem.*

¹²⁷⁴*Idem*, p. 418.

¹²⁷⁵*Idem*, p. 417.

¹²⁷⁶RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, *loc. cit* ; CHEDLY (L.), « Ordre public transnational et investissement », *op. cit.*, p. 289 ; RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit* ; KAHN (P.), « A propos de l'ordre public transnational : quelques observations », *loc. cit.*

¹²⁷⁷RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 169.

¹²⁷⁸*Ibidem.*

*dans le secteur de la distribution de l'eau peut-elle être justifiée par le droit de l'eau en tant que droit de l'Homme »*¹²⁷⁹ ?

Dans cette perspective, la contrariété à l'ordre public transnational pourrait justifier la nullité d'un contrat¹²⁸⁰. A titre d'illustration, l'exemple de la corruption est cité¹²⁸¹ puisque les arbitres se sont clairement prononcés en ce sens¹²⁸². Dans le domaine contractuel, les arbitres n'hésitent pas à prononcer la nullité d'un contrat qualifié d'illicite pour corruption. Il est cependant important de préciser que, dans un tel contentieux, les contrats encourageant la nullité ne sont pas les contrats de corruption eux-mêmes, mais les contrats annexes, tels les contrats de sponsor, de conseil ou encore les contrats de mandat qui permettent l'aboutissement de l'investissement. Ainsi, seules ces conventions pourraient encourir la nullité. Dans une sentence CIRDI, rendue en 2000, concernant un litige opposant une société française à un Etat africain, un contrat de « corruption » avait été conclu afin de permettre l'aboutissement d'un investissement. Ce contrat a été annulé par un tribunal arbitral ayant ainsi considéré qu'un contrat favorisant la corruption de fonctionnaires est contraire à l'ordre public transnational¹²⁸³. L'exemple de la corruption peut paraître singulier, lorsqu'il est question de développement durable. Cependant, il ne se situe pas hors des frontières de notre sujet puisque les deux notions sont liées. En effet, la corruption est considérée comme un frein au développement des pays du Sud¹²⁸⁴. Ce mal endémique touche à des problématiques de gouvernance et révèle une faiblesse structurelle des institutions internationales. Il est également le reflet de difficultés qu'éprouvent les pouvoirs publics à contrôler de façon rigoureuse les actes des fonctionnaires et des opérateurs économiques, lorsque cette volonté est affichée. Au demeurant, le fait qu'un tel phénomène puisse affecter la croissance

¹²⁷⁹ *Ibidem* ; KAHN (P.), « Investissements internationaux et droits de l'homme », HORCHANI (F.), (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, op. cit., p. 95.

¹²⁸⁰ Cela est le cas en matière de corruption. Nous pouvons à ce titre citer la sentence CCI n° 8891 rendue en 1998 : « Sur la base des considérations qui précèdent, le tribunal arbitral estime qu'un contrat incitant ou favorisant la corruption de fonctionnaires est contraire à l'ordre public transnational. En l'espèce, si tel s'avère être l'objet du contrat de consultance, il n'y a pas d'autre option que d'en constater la nullité », *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1996-2000*, publication CCI n° 553, Kluwer, 2003, p. 561, note Sigvard Jarvin. Voir également sentence CCI n° 1110, rendue en 1963 par l'arbitre G. A. Lagergren, *YBCA*, XXI, 1996, p. 47 et s. ; sentence CCI n° 3913 rendue en 1981, citée par Yves Derains, dans sa note sous CCI n° 2730 en 1982, JARVIN (S.), DERAIS (Y.), (dir.), *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985*, volume 1, publication CCI n°433, Kluwer, 1990, pp. 497 et s. ; sentence CCI n° 3916 rendue en 1982, *Ibidem* (Recueil), pp. 507 et s., note Sigvard Jarvin.

¹²⁸¹ CHEDLY (L.), « Ordre public transnational et investissement », *loc. cit.*

¹²⁸² KAHN (P.), « Les réactions des milieux économiques », KAHN (P.), KESSEDJIAN (C.), (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, CREDIMI, Litec, 1996, p. 477.

¹²⁸³ CIRDI, Aff. n° ARB 97/1 de 2000, inédite, citée par MEZGHANI (A.), « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *RCADI*, volume 303, 2003, p. 119, spéc. pp. 184 et s.

¹²⁸⁴ ROBINSON (M.) (eds.), *Corruption and development*, Frank Cass Publishers, 1998.

économique et même la protection de l'environnement a été démontré¹²⁸⁵. En droit du commerce international, la question s'est posée de l'illicéité de la corruption¹²⁸⁶. Certains auteurs considèrent les actes de corruption comme étant illicites¹²⁸⁷.

Afin de fonder sa décision, l'arbitre se fonderait sur des sources d'origine publique et privées. Au rang des sources publiques de l'ordre public transnational, le professeur Jean-Baptiste Racine cite les normes de *jus cogens* au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités¹²⁸⁸. Ce *jus cogens* serait un ordre public applicable aux relations entre sujets de droit international. Il serait un ordre public international au sens du droit des gens¹²⁸⁹. Selon le professeur Racine, si un arbitrage international ne s'insère généralement pas dans l'ordre juridique du droit international, cela sauf exception, un arbitre peut relever l'appartenance d'une norme au *jus cogens* afin de conclure qu'elle est partagée par l'ensemble des Etats composant la société internationale¹²⁹⁰. Mais l'auteur reconnaît lui-même que la notion de *jus cogens* est extrêmement floue¹²⁹¹ et contestée en son principe car elle remet en cause celui de la souveraineté des Etats dans l'ordre international¹²⁹². Mais, selon ce dernier, elle n'en demeure pas moins utile pour l'arbitre¹²⁹³. En effet, celui-ci, en annulant un contrat ou en évinçant la loi applicable, ne remet pas en cause la souveraineté d'un Etat¹²⁹⁴. Le contenu du *jus cogens* faisant l'objet d'un consensus des Etats, l'arbitre, en faisant référence à celui-ci, aura la rare opportunité de s'appuyer sur une norme qui présente un caractère d'universalité¹²⁹⁵.

¹²⁸⁵PELLEGRINI (L.), *Corruption, development and the environment*, Dordrecht (Pays-Bas), New York, Springer, 2011.

¹²⁸⁶OPPETIT (B.), « L'illicite dans le commerce international », KAHN (P.), KESSEDJIAN (C.), (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, CREDIMI, Litec, 1996, p. 13, spéc. p. 20.

¹²⁸⁷Voir la thèse de COURT DE FONTMICHEL (A.), *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, thèse, éditions Panthéon Assas, 2004 ; LAMETHE (D.), « L'illicite en matière de services liés au commerce international », KAHN (P.), KESSEDJIAN (C.), (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, op. cit., p. 177, spéc. pp. 203 et s. ; FADLALLAH (I.), « Les instruments de l'illicite », KAHN (P.), KESSEDJIAN (C.), (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, op. cit., p. 291. Voir également la « discussion », pp. 299-303.

¹²⁸⁸RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 368. Il convient de rappeler que la France n'est pas partie à cette Convention.

¹²⁸⁹ROLIN (H.), « Vers un ordre public réellement international », *Hommages d'une génération de juristes au Président Basdevant*, A. Pedone, 1960, p. 441, spéc. n°14, p. 451.

¹²⁹⁰RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, loc. cit.

¹²⁹¹*Ibidem*.

¹²⁹²*Ibidem*.

¹²⁹³*Ibidem*.

¹²⁹⁴*Ibidem*.

¹²⁹⁵*Idem*, p. 369.

Parmi les sources publiques de l'ordre public transnational, le professeur Racine cite également les principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice et les conventions internationales. Au regard des conventions internationales, le professeur Pierre Mayer écrit : « *L'adoption de règles par la voie conventionnelle traduit parfois l'attachement des Etats parties à des valeurs supérieures, qu'ils s'engagent mutuellement à respecter. L'arbitre pourra les invoquer, soit directement, afin de mettre en échec telle prétention contraire, soit dans le cadre de l'exception d'ordre public opposée à la règle étatique normalement applicable. De quelque façon qu'on analyse la notion d'ordre public transnational - jus cogens de la lex mercatoria, ou réaction de la conscience individuelle de l'arbitre - il est préférable d'en justifier le contenu en se référant à des textes qui l'ont consacré de façon solennelle* »¹²⁹⁶. D'après le professeur Racine, parce qu'elle a un caractère consensuel, une convention internationale permettrait donc à l'arbitre de trouver un fondement précieux à l'ordre public transnational¹²⁹⁷. La *soft law* du droit international serait également une source de l'ordre public transnational¹²⁹⁸. Les sources privées de l'ordre public transnational seraient les usages du commerce international, les codes de conduite privés et les règles adoptées par les professionnels eux-mêmes¹²⁹⁹. L'ordre public transnational permettrait de limiter la volonté des parties en écartant la loi applicable, c'est-à-dire le contrat (la volonté des parties) ou une loi étatique normalement applicable¹³⁰⁰. Pour le professeur Racine, l'ordre public transnational serait supérieur aux droits étatiques ainsi qu'à la volonté des parties¹³⁰¹.

Le professeur Lalive a envisagé l'enrichissement éventuel de la notion d'ordre public transnational par un contenu garantissant le développement des pays du tiers monde¹³⁰². On le voit, le recours à la notion d'ordre public transnational est d'un intérêt certain au regard de notre problématique. Il serait un mécanisme de structuration, offrant ainsi l'opportunité de voir émerger un certain ordre du désordre apparent. Il permettrait de voir apparaître un ensemble de valeurs, socle à partir duquel s'élèverait la construction d'un droit transnational,

¹²⁹⁶MAYER (P.), « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 275, spéc. n° 7, p. 285.

¹²⁹⁷RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 370.

¹²⁹⁸*Idem*, pp. 368-373.

¹²⁹⁹*Idem*, pp. 373-376.

¹³⁰⁰*Idem*, p. 419.

¹³⁰¹*Ibidem*.

¹³⁰²LALIVE (P.), « Ordre public transnational (ou "réellement international") et arbitrage international », *op. cit.*, p. 330.

voire commun à tous les contrats d'Etat en matière de développement durable. L'ordre public transnational serait l'occasion d'ordonner un ensemble de normes hétérogènes, issues de systèmes juridiques, d'ordres et de sources différents. La référence à un tel ordre serait vectrice d'un pluralisme ordonné qui offrirait en l'occurrence aux contrats d'Etat un ensemble de principes auxquels ils ne pourraient déroger d'une part et devraient se conformer de l'autre.

En se construisant, l'ordre public transnational ferait référence à des valeurs fondatrices communes, justifiant le fait que l'on se plie à son autorité. Il se situerait, en ce sens, au fondement d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. Il formerait un ensemble de normes impératives qui pourraient se décliner, sous réserve de leur respect, au gré des divers droits internes et des traditions juridiques. Il confirmerait cette spécificité d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat partagé entre le relativisme et l'universalisme. En définitive, cet ordre public transnational permettrait un certain équilibre. A défaut de principes généraux s'imposant à la volonté des parties, ce caractère impératif proviendrait de principes d'ordre public transnational. De cette façon, seraient posés les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. Un tel tableau serait parfait ou presque, si la référence à l'ordre public transnational n'était pas tant controversée. Celle-ci soulève davantage de questions qu'elle n'apporte de réponses.

PARAGRAPHE 2 : UNE RECHERCHE OFFRANT DES PERSPECTIVES LIMITEES

Bien que séduisantes, les perspectives offertes par le recours à l'ordre public transnational n'en demeurent pas moins limitées tant cet ordre est sujet à de multiples interrogations. Au premier rang de celles-ci, se pose la question de savoir si la *lex mercatoria* a un ordre public qui lui est propre (A). La réalité du contenu de l'ordre public transnational soulève également de nombreuses difficultés (B).

A. LES INTERROGATIONS LIEES A L'EXISTENCE D'UN ORDRE PUBLIC PROPRE A LA *LEX MERCATORIA*

La question de l'existence d'un ordre public transnational ne supposerait-elle pas au préalable la réalité d'un ordre juridique transnational dont l'ordre public en jeu traduirait les valeurs, puis les principes essentiels ? En effet, l'existence même de la *lex mercatoria* est toujours fortement débattue, son caractère d'ordre juridique également. Toutefois, les professeurs

Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman répondent à cette affirmation par la négative¹³⁰³. Pour les auteurs, la question de savoir si la *lex mercatoria* constitue un ordre juridique est aujourd'hui dépassée. En outre, selon ces derniers : « *Il n'est nullement établi que pour faire valablement l'objet du choix des parties, des règles doivent nécessairement être organisées en un ordre juridique* »¹³⁰⁴.

Chez les partisans de la *lex mercatoria*, comme le professeur Philippe Kahn, l'existence d'un ordre public transnational est utilisée en faveur de la thèse de la réalité d'un ordre juridique autonome¹³⁰⁵. L'auteur reconnaît qu'il n'existe pas d'ordre public sans ordre juridique¹³⁰⁶. Selon lui, les principes formant l'ordre public des arbitres viennent en quelque sorte donner les moyens de contrôler les comportements des agents économiques et apporter de la substance à la notion d'ordre juridique transnational¹³⁰⁷.

En somme, le recours à la notion d'ordre public transnational imposerait de concevoir la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique autonome. Selon le professeur Antoon Struycken, l'ordre public transnational est un facteur de structuration de l'ordre juridique de la *lex mercatoria*¹³⁰⁸. Le professeur Irineu Strenger décrit le milieu du commerce international en ces termes : « *Cette plate-forme transnationale constitue le théâtre du commerce où s'est développée une notion relativement autonome de l'ordre public dont l'objet est de défendre le standard minimum de cohérence et d'homogénéité avec lequel on doit produire la régulation juridique des transactions qui ont lieu dans ce contexte* »¹³⁰⁹. Cela revient à dire, selon le professeur Racine, que si l'existence d'un tel ordre juridique est niée, l'hypothèse d'un ordre public de la *lex mercatoria* tombe d'elle-même¹³¹⁰. Il s'avère que la *lex mercatoria* en elle-même demeure contestée¹³¹¹.

¹³⁰³FOUCHARD (P.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1450.

¹³⁰⁴*Ibidem*.

¹³⁰⁵KAHN (P.), « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI*, 1989, p. 305, spéc. p. 318.

¹³⁰⁶*Ibidem*.

¹³⁰⁷*Ibidem*.

¹³⁰⁸STRUYCKEN (A.V.M.), « La *lex mercatoria* dans le droit des contrats internationaux », *L'évolution contemporaine du droit des contrats*. Journées René Savatier, Faculté de droit de Poitiers, 1985, PUF, 1986, p. 207, spéc. p. 220.

¹³⁰⁹STRENGER (I.), « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *RCADI*, volume 227, 1991, II, p. 207, spéc. p. 328.

¹³¹⁰RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 366.

¹³¹¹ROBERT (J.), *Le phénomène transnational*, L.G.D.J., Publications de l'association française d'arbitrage, 1988, p. 34 et s.

Au regard de ces différents éléments, il nous apparaît que la notion d'ordre public transnational présente déjà l'importante faille d'être niée non seulement dans son existence, mais également dans sa nature et sa consistance. En conséquence, il nous apparaît difficile de poser les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat sur un fondement manquant lui-même de bases solides, d'autant que le contenu de cet ordre public est lui-même très flou.

B. LES INTERROGATIONS LIEES AU CONTENU DE L'ORDRE PUBLIC TRANSNATIONAL

Malgré le fait que l'ordre public transnational prenne sa source au sein de nombreuses règles à la fois diverses et variées, les arbitres, dont le rôle semble crucial en la matière, sont peu prolifiques en ce sens et peu audacieux dans la recherche ou l'application de cet ordre public¹³¹². Selon le professeur Philippe Kahn, le bilan est très peu fourni et la jurisprudence est très décevante sur l'ordre public transnational¹³¹³. En effet, si l'on fait exception des sentences condamnant la corruption que nous avons pu évoquer, on ne trouve aucune décision marquante en matière d'ordre public transnational¹³¹⁴. Au-delà d'exemples parcellaires, on peut se poser la question de savoir comment un tel ordre public se construirait de façon circonstanciée. A partir de quelle méthode l'arbitre participerait-il à la construction et à la sanction d'un tel ordre? Sur quoi se fonderait-il? En-a-t-il d'ailleurs le pouvoir et toute la légitimité? Autant de questions qui demeurent, à notre sens, sans véritable réponse. Les sources de l'ordre public transnational telles qu'elles ont été présentées par le professeur Jean-Baptiste Racine ne font qu'ajouter à cette confusion¹³¹⁵. Outre le fait que l'auteur énonce celles-ci davantage sur le ton de la suggestion que sur celui du constat, les exemples manquent, permettant de vérifier et de constater comment l'arbitre international se fonderait sur cette pléthore normative afin de faire émerger un ensemble de valeurs, socle d'un véritable ordre public transnational.

¹³¹²KAHN (P.), « A propos de l'ordre public transnational : quelques observations », *loc. cit.*

¹³¹³*Idem*, p. 1542.

¹³¹⁴EL KOSHERI (A.), LÉBOULANGER (P.), « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *R.A.*, 1984, p. 3 ; OPPETIT (B.), « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI*, 1987, p. 5 ; HEUZE (V.), « La morale, l'arbitre et le juge », *R.A.*, 1993, p. 179 ; KAHN (P.), KESSEDJIAN (C.), (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996.

¹³¹⁵Voir nos développements *supra*, ce chapitre, pp. 320 et s.

Le professeur Jean-Baptiste Racine inclut l'environnement culturel et naturel au sein de l'ordre public transnational en tant que valeurs universelles, fondées sur un consensus de la communauté des Etats¹³¹⁶. Si cette idée présente un certain intérêt, on peut se poser la question de savoir à qui revient le rôle de consacrer ces éléments en tant que tels, c'est-à-dire à la fois en tant que consensus de la communauté des Etats et en tant que principes relevant de l'ordre public transnational. On peut supposer que celui-ci revienne à l'arbitre. Encore une fois, la question de la légitimité de l'arbitre à cet égard se pose si aucune partie n'a soulevé un tel argument. Pour le professeur Racine, il est seulement « envisageable » que des principes d'ordre public transnational puissent permettre dans l'avenir la protection de l'environnement¹³¹⁷. D'autres sources de l'ordre public transnational soulèvent également des difficultés. La référence au *jus cogens* peut donner lieu à certaines interrogations dans le sens où il s'agit d'une notion dont le contenu demeure imprécis. Est-ce qu'il appartient à l'arbitre du commerce international de préciser une telle notion ou de la consacrer en tant que valeur universelle puisqu'elle serait le fruit d'un consensus des Etats ? Appartient-il encore à l'arbitre de constater qu'une telle norme est le fruit d'un consensus des Etats ?

Parmi les sources publiques de l'ordre public transnational, le professeur Racine cite également les principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice ainsi que les conventions internationales¹³¹⁸. Les principes généraux de droit au sens de l'article 38 de la Cour internationale de justice sont également des principes au contenu imprécis et difficile à déterminer. Là encore, le rôle et la légitimité de l'arbitre à cet égard se posent avec une acuité particulière. En outre, les principes dont il est question ont vocation à s'appliquer à des relations interétatiques. Il importe alors de savoir comment les arbitres du commerce international pourraient décliner de tels principes à l'échelle des contrats du commerce international. Encore une fois, les exemples en la matière font cruellement défaut reléguant, en l'état actuel, ces hypothèses au domaine du quasi-improbable. Les conventions internationales présenteraient l'intérêt d'être le résultat d'un consensus formellement édicté. En ce sens, elles sont considérées par les professeurs Racine et Mayer comme des sources appropriées de l'ordre public transnational¹³¹⁹. Dans ce dernier domaine, si de telles perspectives paraissent attrayantes, les exemples permettant de

¹³¹⁶RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., pp. 412 à 418.

¹³¹⁷*Idem*, p. 417.

¹³¹⁸*Idem*, p. 369.

¹³¹⁹*Ibidem*; MAYER (P.), « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », loc. cit.

circonstancier une telle mise en œuvre font aussi défaut. En somme, quelles que soient les sources de l'ordre public transnational qui ont été évoquées, en y incluant la *soft law* internationale ainsi que les sources d'origine privée parmi lesquelles se trouvent les usages du commerce international, le manque d'illustration ajoute à la confusion provoquée par le manque de précision inhérent aux sources invoquées. En outre, les théories énoncées par les auteurs en matière de droit de l'environnement ou encore au regard du droit de l'eau en tant que droit de l'homme sont des hypothèses d'école¹³²⁰, formulées au conditionnel, qui n'ont pas encore trouvé de consécration, si tant est que cela puisse être le cas un jour.

Ainsi, bien que le recours à l'ordre public transnational offre des perspectives intéressantes au regard de notre sujet, ces dernières sont, comme nous l'avons vu, fortement limitées. En conséquence, la question qui se pose est celle de savoir quel ordre public peut jouer un tel rôle de structuration. A moins que cet ordre public ne soit en réalité indéfinissable.

SECTION 2. L'HYPOTHESE D'UN ORDRE PUBLIC INDETERMINABLE

La recherche de principes d'ordre public relatifs à la dialectique entre contrats d'Etat et développement durable nous impose de nous intéresser aux fondements même d'un tel ordre public (**Paragraphe 1**), ainsi qu'à ses perspectives d'évolution (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1. LES FONDEMENTS D'UN ORDRE PUBLIC APPLICABLE A LA DIALECTIQUE ENTRE CONTRATS D'ETAT DEVELOPPEMENT DURABLE

Tenter de déterminer les fondements d'un ordre public applicable à la dialectique entre contrats d'Etat et développement durable nécessite un retour à la notion même d'ordre public (**A**). Cette démarche va nous permettre de mettre en exergue un concept aux contours infinis et aux déclinaisons multiples. De cette complexité et de ce caractère pluriel, se déduisent l'impossibilité de recourir à un ordre public déterminé au regard du sujet qui nous occupe (**B**).

¹³²⁰CHEDLY (L.), « Ordre public transnational et investissement », *op. cit.*, p. 289 ; RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 144 ; KAHN (P.), « Investissements internationaux et droits de l'homme », HORCHANI (F.), (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, *op. cit.*, p. 95.

A. LE RETOUR NECESSAIRE A LA DEFINITION DE L'ORDRE PUBLIC

Selon Marcel Planiol : « Une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par des considérations d'intérêt général qui se trouveraient compromises si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »¹³²¹. Au sein d'un ordre juridique, les dispositions d'ordre public sont celles qui s'imposent avec une force particulière¹³²². En droit privé, une règle est d'ordre public lorsque les individus ne peuvent s'en écarter ni dans leurs comportements, ni dans leurs conventions¹³²³. L'ordre public est une norme directive qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (par exemple sociales ou politiques) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens, l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle)¹³²⁴. C'est également un intérêt supérieur hors d'atteinte des volontés particulières contraires¹³²⁵. C'est une limite à la liberté qui fait positivement ressortir les valeurs fondamentales qu'elle protège¹³²⁶. Il est important de garder à l'esprit que la notion d'ordre public est difficile à définir et à circonscrire. Elle est protéiforme, mouvante et son contenu est variable.

En droit international privé, l'ordre public est considéré comme un ensemble de principes écrits ou non, qui sont, au moment où on raisonne, considérés dans un ordre juridique comme fondamentaux et qui, pour cela, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée mais aussi des lois étrangères et des actes des autorités étrangères ainsi que des jugements étrangers¹³²⁷. Dans ces cas, l'ordre public a une fonction d'éviction du droit étranger¹³²⁸. Afin de marquer la distinction avec le droit interne, on parle souvent d'ordre public international ou encore d'ordre public au sens du droit international privé¹³²⁹. Pour rappeler la spécificité de la notion dans chaque ordre juridique, on parle par

¹³²¹Cité par Philippe Malaurie, MALAURIE (P.), *L'ordre public et le contrat. Etude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, thèse, Editions Matot-Braine, 1953, p. 10.

¹³²²CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, « Ordre public », 9^{ème} édition, PUF, 2011.

¹³²³*Ibidem.*

¹³²⁴*Ibidem.*

¹³²⁵*Ibidem.*

¹³²⁶*Ibidem.*

¹³²⁷*Ibidem.*

¹³²⁸*Ibidem.*

¹³²⁹*Ibidem.*

exemple d'ordre public international français, allemand ou italien¹³³⁰. Il est important de préciser que les méthodes de conflit du droit international privé ont évolué. En effet, la règle de conflit normalement neutre, se préoccupe de plus en plus du contenu substantiel de la loi désignée¹³³¹. Elle contient maintenant des critères de rattachement alternatifs qui permettent de désigner une loi en fonction de son contenu¹³³². Dans cette optique, l'ordre public est intégré dans la règle de conflit elle-même et influence directement la désignation de la loi compétente¹³³³. Dans ce cas, selon le professeur Racine, l'ordre public n'est plus seulement une exception à la règle de conflit, il devient une composante de celle-ci¹³³⁴.

Lorsque les principes d'ordre public sont considérés comme ne reflétant pas uniquement les conceptions d'un ordre juridique particulier mais la conviction dans celui-ci que ces principes sont en fait, ou devraient être consacrés dans le monde entier, on parle alors d'« ordre public véritablement international »¹³³⁵. Toutefois, la notion d'« ordre public réellement international » désigne également l'ordre public propre aux relations internationales publiques.

Il faut distinguer l'ordre public de protection de l'ordre public de direction¹³³⁶. L'ordre public de direction équivaut à des règles obligatoires qui ont vocation à orienter ses destinataires dans un comportement déterminé. En ce sens, cet ordre public est dirigiste dans le sens où il impose une certaine conduite. Au sein d'un contrat, l'ordre public de direction se substitue à la volonté libre des parties. L'ordre public de protection permet de protéger une catégorie particulière de personnes considérées comme étant les plus faibles¹³³⁷. Il peut s'agir des consommateurs, des salariés, des locataires. Il est dirigiste lorsqu'il impose aux contractants le contenu du contrat¹³³⁸.

Il ressort de cet ensemble de définitions de l'ordre public que celui-ci est une limite à une liberté déterminée. L'ordre public limite le libre-jeu de la volonté des parties et celui des

¹³³⁰*Ibidem.*

¹³³¹RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 16.

¹³³²*Ibidem.*

¹³³³*Ibidem.*

¹³³⁴*Ibidem.*

¹³³⁵CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, « Ordre public », *loc. cit.*

¹³³⁶CARBONNIER (J.), *Les obligations*, PUF, Thémis, 1998, p. 141.

¹³³⁷COUTURIER (G.), « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 95.

¹³³⁸RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 9.

règles de conflit. Il intervient afin de protéger un intérêt considéré comme général au regard de l'idée que l'on se fait de la liberté des individus ainsi que du rôle de l'Etat. L'ordre public exprime le principe en vertu duquel l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier¹³³⁹. Il existe, suivant les orientations politiques et économiques du moment, plusieurs conceptions de l'intérêt général¹³⁴⁰. L'ordre public varie également au gré de l'évolution des mœurs et de l'opinion publique. En droit français, l'ordre public a considérablement évolué depuis le Code civil en ce sens que la doctrine distingue entre l'ordre public politique et moral et l'ordre public économique¹³⁴¹. L'ordre public politique et moral aurait ainsi pour objectif de protéger l'Etat, la famille, les individus et les bonnes mœurs¹³⁴². C'est un ordre public « classique » qui préserve les valeurs fondamentales de la société. Dans cette conception, l'ordre public est réduit à un corps de règles minimales qui expriment les règles sociales élémentaires sur lesquelles est fondée la vie sociale¹³⁴³. En effet, le caractère d'ordre public d'une norme est inhérent au fait qu'elle mette en œuvre un intérêt touchant aux valeurs sociales essentielles. Or, ce trait résulte de la substance de la disposition et non principalement de son énoncé formel. C'est pourquoi l'ordre public est autant textuel que virtuel, ce dernier caractère nourrissant l'indétermination relative de son contenu¹³⁴⁴.

Dans la doctrine libérale, il n'est aucunement besoin de discipliner les comportements des agents économiques¹³⁴⁵. Ainsi, la satisfaction des intérêts individuels conduit, selon la doctrine d'Adam Smith, à la satisfaction de l'intérêt général¹³⁴⁶. Il n'est en conséquence nul besoin d'un ordre public. Il faut laisser faire et laisser passer. Toutefois, au fur et à mesure des évolutions politiques, sociales et surtout économique, l'immixtion des Etats dans la vie économique s'est accrue. Cela a donné naissance à la notion d'ordre public économique¹³⁴⁷.

¹³³⁹MALAUURIE (P.), *L'ordre public et le contrat. Etude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, loc. cit.

¹³⁴⁰RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 8.

¹³⁴¹*Idem*, p. 9.

¹³⁴²*Ibidem*.

¹³⁴³*Ibidem*.

¹³⁴⁴DEUMIER (P.), REVET (T.), « Ordre public », ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1119.

¹³⁴⁵RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, loc. cit.

¹³⁴⁶*Ibidem*.

¹³⁴⁷*Ibidem* ; RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, tome II, Vaduz (Liechtenstein), Topos, Paris, E. Duchemin, 1977, p. 347 ; FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, L.G.D.J., 1963 ; FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, Thémis, 1982, p. 49 ; SAVATIER (R.), « L'ordre public économique », *D.* 1967, chronique, p. 37 ; MESTRE (J.), « L'ordre public dans les relations économiques », REVET (T.) (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 33.

En droit français, il existe un ordre public économique de protection distinct ou presque de celui de direction¹³⁴⁸. L'ordre public économique de direction est animé par le dirigisme et le néo-libéralisme¹³⁴⁹. En droit français, l'ordre public économique a d'abord connu une période de dirigisme. Durant cette période, selon Georges Ripert, l'ordre public équivalait à une « *réglementation obligatoire des rapports économiques* »¹³⁵⁰. En vertu de cela, les principes du libéralisme économique étaient inversés et l'ordre public économique était devenu « *l'antithèse de la liberté contractuelle* »¹³⁵¹. L'interventionnisme néo-libéral coexistait avec le dirigisme¹³⁵². Au milieu des années 1980, le domaine de l'ordre public dirigiste s'est restreint tandis que la place de l'ordre public néo-libéral s'est accrue¹³⁵³. Cela s'explique par un interventionnisme étatique moins marqué au sein des affaires économiques¹³⁵⁴. Cela n'a pas fait disparaître l'ordre public économique pour autant¹³⁵⁵. S'ensuit alors un processus décrit par le professeur Jacques Mestre en ces termes : « *L'ordre public est en régression et également en renouvellement. De façon générale, on peut résumer les choses en disant que cet ordre régresse parce qu'il y a déclin de l'Etat, qui prévoit de moins en moins de règles générales s'imposant impérativement à tous et, donc, en particulier, au contractant. Il y a également un renouvellement dans la mesure où l'Etat, néanmoins, continue dans certains cas à intervenir mais assez paradoxalement au regard de la notion d'ordre public, il le fait alors pour défendre des libertés* »¹³⁵⁶. Alors que l'ordre public dirigiste substituait la loi impérative à la liberté contractuelle¹³⁵⁷, l'ordre public néo-libéral reconnaît le principe de la liberté contractuelle et en fixe les limites¹³⁵⁸. La question qui se pose est celle de savoir quel ordre public est applicable à la dialectique entre contrats d'Etat et développement durable. Est-ce l'ordre public international ? Un ordre public interne ? Un ordre public de développement ou des droits de l'homme ? Un ordre public contractuel ? Un ordre public économique ? Il semblerait que cela soit difficile à déterminer.

¹³⁴⁸RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, loc. cit.

¹³⁴⁹*Ibidem*. Pour l'auteur, il est cependant faux d'opposer dirigisme et neo-libéralisme. Le professeur Racine se réfère en ce sens au professeur Laurence Boy en vertu de laquelle le néo-libéralisme utilise constamment les techniques dirigistes. La référence au néo-libéralisme vise le but d'une politique économique alors que celle au dirigisme désigne des moyens d'action impératifs qui peuvent être utilisés aussi bien dans le cadre d'une politique économique libérale que planifiée, BOY (L.), *Le cadre civil des affaires*, Economica, 1989, p. 240.

¹³⁵⁰RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *op. cit.*, p. 348.

¹³⁵¹FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, *op. cit.*, n° 21 et s., p. 31 et s.

¹³⁵²RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁵³*Ibidem*.

¹³⁵⁴*Ibidem*.

¹³⁵⁵*Ibidem*.

¹³⁵⁶MESTRE (J.), « L'ordre public dans les relations économiques », *op. cit.*, p. 18.

¹³⁵⁷RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, loc. cit.

¹³⁵⁸BOY (L.), *Le cadre civil des affaires*, *op. cit.*, p. 233.

B. LE RECOURS IMPOSSIBLE A UN ORDRE PUBLIC DETERMINE

Le recours à un ordre public déterminé comporte certaines difficultés (1). Face à cela, le recours à la notion de lois de police présente un certain intérêt (2).

1) Les difficultés du recours à un ordre public déterminé

La vision du droit du commerce international proposée par Bruno Oppetit est significative : « *Le droit du commerce international, à la différence des disciplines plus classiques axées sur la recherche de fins supérieures d'ordre social et individuel et sur la promotion de certaines valeurs morales ou spirituelles, baigne de manière générale dans un utilitarisme considérablement amplifié à l'époque actuelle par le règne sans partage des idées libérales et de l'économie de marché. Par suite, les finalités de la matière paraissent procéder quasi exclusivement, aujourd'hui, de la poursuite d'enjeux immédiats et matériels, traduits en droit positif par la notion d'intérêts ou de besoins du commerce international, mise en avant pour justifier telle ou telle solution légale ou jurisprudentielle ; et ce n'est qu'exceptionnellement que le droit du commerce fait place à des valeurs supérieures relevant de l'éthique ou de l'intérêt public mais au prix d'une difficile conciliation entre l'énoncé de principes et la tolérance d'assez larges dérogations* »¹³⁵⁹.

L'arbitre est un juge investi par un accord de volonté. Sa tâche est celle de réaliser ce qui est ou a été voulu par les parties. Pour le professeur Jean-Baptiste Racine, la véritable raison motivant l'édition de règles particulières au commerce international réside dans le dessein de conférer le maximum de liberté aux agents économiques internationaux¹³⁶⁰. L'arbitre n'est rattaché à aucun for particulier. En ce sens, il ne défend *a priori* aucune valeur politique, sociale, ou économique, sauf celle propre à la *lex causae*. La *lex causae* est synonyme de droit applicable au fond du litige. Elle désigne littéralement la loi de la cause¹³⁶¹. Il s'agit de la loi compétente pour régir la situation de droit litigieuse ou la situation juridique envisagée¹³⁶². C'est tantôt la loi du pays du juge saisi, tantôt la loi étrangère, selon la localisation du rapport

¹³⁵⁹ OPPETIT (B.), « L'illicite dans le commerce international, Introduction », KAHN (P.), KESSEDJIAN (S.), (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, Université de Bourgogne, CNRS, travaux du CREDIMI, Litec, 1996, p. 13, spéc. p. 17.

¹³⁶⁰ RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 347.

¹³⁶¹ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, « Lex », loc. cit.

¹³⁶² *Ibidem*.

et le critère de rattachement retenu par la règle de conflit applicable¹³⁶³. Selon le professeur Racine, la *lex causae* est davantage que la *lex contractus*, considérée comme trop étroite¹³⁶⁴. Elle est le droit applicable à l'ensemble du litige, que ce dernier soit contractuel ou non¹³⁶⁵.

De ce fait, quel ordre public est applicable au contrat d'Etat ? Il est vrai que le but de l'arbitre est de se conformer à la loi applicable au contrat dans l'intérêt des parties. Et surtout à celle qui, le cas échéant, a été choisie par elles. Mais l'arbitre est un juge à part entière qui exerce une fonction juridictionnelle¹³⁶⁶. Aussi, la fonction de *jurisdictio* passe naturellement par la mise en œuvre de règles d'ordre public relevant de la *lex causae*¹³⁶⁷. En conséquence, l'arbitre est tenu d'appliquer le droit régissant le fond du litige dans toutes ses dispositions, y compris celles d'ordre public¹³⁶⁸.

Mais il semble que l'ordre public appartenant au droit applicable au fond du litige n'est pas le seul à s'imposer à l'arbitre. Ce dernier doit également veiller au respect de l'ordre public étranger à la *lex causae*. Pour le professeur Racine, cela s'explique par le fait que ce dernier doit en premier lieu rendre une sentence efficace. Si l'ordre public du lieu de contrôle de la sentence est extérieur à la loi de la cause, l'arbitre doit s'efforcer de le respecter afin d'éviter un refus d'*exequatur*. En matière de contrats d'Etat, cette réalité est d'autant plus accrue que le contrat en question possède des liens solides avec un for particulier qui est celui de l'Etat d'accueil de l'investissement. Etant donné que l'exécution du contrat a lieu au sein de ce for particulier, il est impossible de contrevenir aux dispositions d'ordre public de ce for. En conséquence, l'arbitre est tenu de respecter l'ordre public des Etats d'accueil de l'investissement. Il ne faut cependant pas perdre de vue le fait que l'arbitre a vocation à concilier les intérêts des parties. Ainsi il est susceptible de se livrer à un dur numéro d'équilibriste entre ces derniers et l'ordre public. Il est dans une situation de « *liberté sous contrôle* » qui doit l'inspirer à respecter l'ordre public étatique¹³⁶⁹.

Ces développements nous révèlent que le recours à la notion d'ordre public, qui a pourtant une fonction de structuration, ne nous permet pas d'espérer une sorte de corps harmonisé de

¹³⁶³*Ibidem*.

¹³⁶⁴RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 237.

¹³⁶⁵*Ibidem*.

¹³⁶⁶JAROSSON (C.), *La notion d'arbitrage*, L.G.D.J., 1987, n°174 et s., p. 101 et s.

¹³⁶⁷RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 237.

¹³⁶⁸*Ibidem*.

¹³⁶⁹*Idem*, p. 233.

principes de développement durable qui s'appliqueraient en matière de contrats d'Etat et qui seraient charpentés et juridicisés sous le couvert de l'ordre public. D'une part car l'ordre public dont il est question en matière de développement durable et de contrats d'Etat est pluriel. D'autre part car en réalité, on ne saurait déterminer de façon précise de quel ordre public il s'agit en définitive. Il s'avère qu'à propos de l'ordre public, l'importance des droits locaux appert considérablement. En définitive, que l'on parle indifféremment d'ordre public économique, contractuel, écologique, de développement ou des droits de l'homme, ceux-ci trouveront leur impulsion majeure au sein même des ordres et droits internes. Cela signifie que c'est en majeure partie dans la construction des valeurs propres à ces droits locaux qu'il faut aller chercher les évolutions éventuelles d'un ordre public prenant en compte des préoccupations de développement durable. A cet égard, le recours aux lois de police présente un certain intérêt.

2) L'intérêt du recours aux lois de police

Selon le professeur Phocion Francescakis, les lois de police sont des lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays¹³⁷⁰. Bien que notoire, cette définition a été critiquée pour son manque de précision¹³⁷¹ et, de façon générale, une telle approche finaliste a été dénoncée¹³⁷². D'après le professeur Christophe Seraglini, un accord relatif semble se réaliser sur la description du phénomène et sur une définition fonctionnelle, donc quelque peu minimaliste de ces lois¹³⁷³. Selon cette définition fonctionnelle, dans le domaine des conflits de lois, les lois de police constituent une méthode dérogatoire au raisonnement conflictuel de type savignien, qui conduit le juge à appliquer une loi en fonction de sa volonté d'application aux situations qu'elle définit¹³⁷⁴. La loi de police est applicable même si l'ordre juridique auquel elle appartient n'est pas désigné par la règle de conflit, dès lors que l'Etat qui l'a édictée estime nécessaire de la voir appliquée aux situations présentant avec lui un certain rattachement¹³⁷⁵. Pour le professeur Bernard

¹³⁷⁰FRANDESCAKIS (P.), « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 1.

¹³⁷¹AUDIT (B.), *Droit international privé*, 6^{ème} édition, Economica, 2010, p. 111, § 119.

¹³⁷²SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, thèse, Dalloz, 2001, p. 1 ; LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2007, n° 130 et s., p. 146 et s.

¹³⁷³SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op. cit.*, p. 2.

¹³⁷⁴*Ibidem*.

¹³⁷⁵MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé*, Montchrestien-Lextenso éditions, 10^{ème} édition, 2010, pp. 90-91, §120.

Audit, on parle de loi de police afin de désigner le mécanisme d'application d'une règle interne à une situation internationale en fonction de sa volonté d'application et indépendamment de sa désignation par une règle de conflit¹³⁷⁶. Ainsi, cette loi fait l'objet d'une application immédiate, sans l'intermédiation d'une règle de conflit¹³⁷⁷. Sa volonté ainsi que son champ d'application impérative se déduisent de son but, des intérêts qu'elle entend protéger¹³⁷⁸. Pour les professeurs Jean-Baptiste Racine et Fabrice Siirainen, les lois de police font partie de l'ordre public international¹³⁷⁹. Elles présentent la caractéristique d'être des dispositions impératives¹³⁸⁰. C'est en principe au juge qu'il appartient d'apprécier si une loi relève de cette catégorie. Celui-ci n'a pas à sa disposition des critères certains, seulement des indices. Parmi ces derniers, l'ordre public tient une place importante. On peut également se poser la question de la place des lois de police dans ce que le professeur Pierre Mayer qualifie de « *justice arbitrale internationale* »¹³⁸¹. Selon l'auteur, l'arbitre n'est pas envisagé dans son seul rapport contractuel avec ceux qui l'ont désigné¹³⁸². Il est le représentant d'une institution à laquelle est dévolu le règlement des litiges du commerce international. La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure les politiques étatiques peuvent être prises en compte, au besoin contre la volonté des parties, dans le système juridictionnel auquel les Etats, autant que les opérateurs du commerce international ont reconnu un rôle prépondérant¹³⁸³. Dans l'arbitrage, la définition de la méthode des lois de police consisterait à déterminer les conditions de la prise en compte de lois, ou plus précisément de dispositions, qui revendiquent leur application à un ou plusieurs aspects du litige international, quelle que soit la loi normalement applicable au fond de ce litige, cela afin d'atteindre le but qu'elles poursuivent¹³⁸⁴. Le champ d'application voulu par ces lois, défini en fonction de leur but et de leur teneur, ne correspond pas nécessairement à celui que l'arbitre leur reconnaîtra¹³⁸⁵.

La référence aux lois de police permet le recours à un droit étatique impératif qui se veut applicable¹³⁸⁶. Ainsi, face à un ordre public indéterminé, qui ne fournit pas de solutions

¹³⁷⁶AUDIT (B.), *Droit international privé, op. cit.*, p. 108.

¹³⁷⁷SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale internationale, loc. cit.*

¹³⁷⁸*Ibidem.*

¹³⁷⁹RACINE (J.-B.), SIIRAINEN (F.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2011, p. 478

¹³⁸⁰MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), FABRE (R.), PIERRE (J.-L.), *Droit du commerce international*, 3^{ème} édition, 2003, p. 98, §141.

¹³⁸¹SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale internationale, op. cit.*, p. XI.

¹³⁸²*Ibidem.*

¹³⁸³*Ibidem.*

¹³⁸⁴*Idem*, p. 3.

¹³⁸⁵*Ibidem.*

¹³⁸⁶*Idem*, p. 310.

juridiques complètes, la méthode des lois de police permettrait de se référer à une réglementation précise, issue du pays concerné par le litige, afin d'assurer le respect par les parties de certains principes et règles impératifs. Selon le professeur Seraglini, l'arbitre gagne à appliquer une loi de police¹³⁸⁷. « *Il disposera ainsi d'un arsenal juridique véritablement complet et précis, puisqu'étatique* », afin de résoudre le litige¹³⁸⁸. Au demeurant, il doit garder en tête qu'une disposition impérative ne prend pas l'aspect formel d'une loi ou d'un texte¹³⁸⁹. Elle peut consister en un principe d'interdiction appliqué dans le pays en cause¹³⁹⁰. En apparence, la loi de police est alors réduite à sa plus simple expression, mais elle peut être complétée par des solutions jurisprudentielles¹³⁹¹. L'ensemble doit être considéré comme une loi de police¹³⁹². Les lois de police visent avant tout à protéger les intérêts d'une société déterminée, des intérêts qui peuvent être purement nationaux ou particularistes¹³⁹³. Ces lois sont en tout cas fortement marquées par leur dimension étatique¹³⁹⁴. La méthode des lois de police peut expliquer une dérogation à l'autonomie de la volonté, tout en assurant que cette dérogation ne s'opère que lorsqu'elle est nécessaire¹³⁹⁵.

Le recours aux lois de police vient mettre en exergue l'importance des droits étatiques. C'est le cas en matière de contrats d'Etat et de développement durable. En effet, le recours à cette méthode permettrait que certains dispositifs internes soient applicables immédiatement à tout contrat d'Etat en raison de leur caractère nécessairement impératif et quelle que soit la loi applicable au fond. A cet égard, le droit à l'environnement est inscrit dans de nombreuses constitutions¹³⁹⁶. Cela peut emporter de multiples conséquences, au regard de l'applicabilité immédiate au contrat d'Etat de certains dispositifs relatifs à ce droit. En outre, les contrats d'Etat sont des instruments de développement, donc de développement durable. Même si la prise en compte par les juges et les arbitres de l'impératif de développement au sein de ces instruments juridiques particuliers n'a jamais été fermement établie¹³⁹⁷, l'objectif de développement est inhérent à ces contrats. En outre, les contrats d'Etat dont il est question au

¹³⁸⁷*Idem*, p. 316.

¹³⁸⁸*Ibidem*.

¹³⁸⁹*Idem*, p. 317.

¹³⁹⁰*Ibidem*.

¹³⁹¹*Ibidem*.

¹³⁹²*Ibidem*.

¹³⁹³*Idem*, p. 4.

¹³⁹⁴*Ibidem*.

¹³⁹⁵*Idem*, p. 320.

¹³⁹⁶Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 2, section 2, paragraphe 1, A), 1) a) Le droit à l'environnement, p. 123.

¹³⁹⁷Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1, section 2, paragraphe 2, B) Le contrat d'Etat, instrument juridique particulier, p. 98.

cœur de nos développements sont des contrats d'investissement et le problème du développement en tant que critère de la définition d'investissement a été fortement débattu¹³⁹⁸. Ainsi, la question du développement durable est intrinsèque à ces contrats. Cela peut renforcer la nécessité pour le juge ou l'arbitre d'appliquer à la relation contractuelle des dispositifs environnementaux considérés comme impératifs. Si un tel recours aux droits locaux prend de plus en plus d'importance, il est important que ces derniers connaissent d'importants changements.

Autrement dit, la question de l'évolution de ces sociétés se pose. Il est ainsi intéressant à cet égard de s'interroger sur les transformations de certains systèmes juridiques locaux au regard de la préservation de l'environnement, pilier principal du développement durable. Vers quelles valeurs fondamentales ces sociétés s'orientent-elles à ce sujet ? Cela peut-il avoir des effets sur la pratique des contrats d'Etat ?

Afin de répondre à ces questionnements, l'exemple de l'Afrique subsaharienne présente de l'intérêt. En effet, cette région connaît d'importants retards au niveau du développement en général et du développement durable en particulier. Mais l'état des dispositifs locaux est-il à l'image de ces retards ? On ne peut recourir à la méthode des lois de police qu'à la condition qu'il existe effectivement des dispositifs pouvant être considérés comme telles. A cet égard, le pilier environnemental du développement durable est significatif à plus d'un titre. D'une part, car il s'agit de l'un des piliers les plus « importants » du principe de développement durable, d'autre part car la prise en compte des impératifs environnementaux en leur sein peut rendre compte de l'état d'évolution des sociétés. C'est dans un contexte plus général de l'évolution de l'ordre public de ces sociétés, qu'il faudra aller chercher les possibilités d'émergence d'éventuelles lois de police, applicables en matière de contrats d'Etat et de développement durable.

¹³⁹⁸Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1, section 2, paragraphe 1, A), 1) La complexe acception juridique de l'investissement, p. 64.

PARAGRAPHE 2. LES PERSPECTIVES D'UN ORDRE PUBLIC APPLICABLE A LA DIALECTIQUE ENTRE CONTRATS D'ETAT ET DEVELOPPEMENT DURABLE

L'adjectif « fondamental » désigne des valeurs fondatrices d'un système ou d'un ordre juridique qui expliquent et justifient que l'on se plie à son autorité¹³⁹⁹. L'ordre public est construit sur un ensemble de valeurs considérées comme telles. Il exerce une fonction de structuration dans l'ordre juridique interne. Il est le reflet de la construction d'une société à un moment donné. Celle-ci est politique, économique, sociale. Elle touche à l'évolution des mœurs et des mentalités. Cela est à la source de valeurs particulières dont l'ordre public est l'expression et sur lesquelles il est construit. En matière de protection de l'environnement, au sein de certains droits internes des pays en voie de développement, le processus tendant à l'apparition de préoccupations liées à la préservation de l'environnement est enclenché. Ce dernier se situe à la fois entre volonté politique et nécessité juridique (A). La place que les Etats d'accueil de l'investissement accordent à la protection de l'environnement est révélatrice en ce sens qu'elle nous offre certaines clés permettant de mieux appréhender les perspectives d'évolution de la pratique des contrats d'Etat en leur sein. Cela se fait à travers la question du caractère impératif des dispositifs relatifs à l'environnement. Cela offre-t-il au juge ou à l'arbitre des possibilités de recours à la méthode des lois de police ? L'exemple de certains Etats d'Afrique subsaharienne est en ce sens significatif (B).

A. LA PRESERVATION DE L'ENVIRONNEMENT AU SEIN DES DROITS LOCAUX : ENTRE VOLONTE POLITIQUE ET NECESSITE JURIDIQUE

Deux types de raisons peuvent, à notre sens, mener les Etats à se doter de dispositifs prenant en compte des normes de protection de l'environnement. Il y a d'une part leur volonté politique, de l'autre, des nécessités en provenance de l'ordre international. Ces raisons sont à notre sens complémentaires, notamment lorsque des impératifs issus de l'ordre international influent sur la volonté politique qui emporte elle-même certaines conséquences juridiques. On peut penser que la mise en œuvre de dispositifs en adéquation avec le développement durable procède davantage de la volonté affichée par les Etats d'affirmer leur souveraineté au regard

¹³⁹⁹DUBOUT (E.), TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *op. cit.*, p. 11.

de leurs ressources naturelles¹⁴⁰⁰. Pour le professeur Laurence Boisson de Chazourne, cette réalité juridique ne procède pas totalement d'une crainte étatique face à des règles internationales qui de toutes façons ont une portée juridique limitée¹⁴⁰¹. Elle serait davantage le fruit d'une volonté politique, morale et économique¹⁴⁰². Il nous semble cependant que si la conférence de Rio a été, pour certains pays, l'occasion d'un réveil écologique, d'autres ont adhéré et se sont lancés dans cette perspective davantage par la pression internationale caractérisée par des exigences de conditionnalité posés par de nombreux bailleurs de fonds que par celles d'une réelle conscience écologique. En outre, la juridicité de certains principes de droit international peut entraîner la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat qui les violerait. Il en va par exemple ainsi du principe de l'utilisation non dommageable du territoire qui a été illustré à l'occasion de l'affaire de la fonderie de Trail¹⁴⁰³. Entre volonté politique et nécessité juridique, l'exemple du développement de la prise en compte des préoccupations environnementales fait état de situations aussi différentes que complexes, qui possèdent cependant un dénominateur commun, aussi petit soit-il, celui d'un « éveil » environnemental.

B. L'EXEMPLE DE L'AFRIQUE SUBSAHARIENNE

La conférence de Rio a été l'occasion pour de nombreux pays d'Afrique subsaharienne d'un réveil socio-écologique. Cependant, il appartient bien à chaque Etat dans l'exercice discrétionnaire de sa souveraineté de tenir compte de la norme internationale dans l'ordre interne. Il faudra constater des évolutions similaires entre deux grandes régions d'Afrique subsaharienne : l'Afrique de l'ouest (1), ainsi que l'Afrique centrale (2).

1) Les évolutions constatées en Afrique de l'ouest

Les préoccupations environnementales, ne sont pas inexistantes au sein des pays d'Afrique subsaharienne. La Constitution est la norme suprême dans l'ordre juridique interne. De nombreux Etats comme le Bénin et le Togo en Afrique de l'ouest, confèrent valeur

¹⁴⁰⁰Voir OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice Sophia Antipolis, 2002, introduction générale, p. 16.

¹⁴⁰¹BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *RGDIP*, 1995, p. 37.

¹⁴⁰²*Ibidem*.

¹⁴⁰³Tribunal arbitral, affaire *La Fonderie de Trail*, sentence arbitrale du 11 mars 1941 (Décision finale), *RSA*, Volume III, p. 1938.

constitutionnelle au droit à l'environnement sain. Très souvent, cette consécration constitutionnelle n'est pas relayée par un arsenal légal adapté. Certains Etats n'ont pas attendu Rio afin de se découvrir une conscience écologique tout d'abord et d'œuvrer en ce sens. En Afrique de l'ouest, région en pleine croissance du continent africain, c'est le cas par exemple du Bénin. D'autres, comme le Burkina Faso, se sont vus quelque peu « imposer » cette conscience. C'est ainsi que l'on peut constater une différence entre un arsenal béninois qui est plutôt avancé en matière de préoccupations liées tout d'abord à l'environnement mais également au développement durable (a) et un dispositif burkinabé qui connaît davantage de difficultés malgré des efforts méritoires compte effectués dans ce sens (b). Le dispositif togolais se situe à mi-chemin entre les précédents (c).

a) Le Bénin : un élan volontaire

Selon un rapport concernant la mise en œuvre nationale du droit international dans les pays francophones, le Bénin « possède l'une des constitutions les plus « vertes » de la sous région ouest africaine »¹⁴⁰⁴. La protection de l'environnement y a un statut constitutionnel. L'article 27 de la Constitution béninoise fait de l'environnement sain, satisfaisant et durable, un droit fondamental de l'homme qui a le devoir de le défendre¹⁴⁰⁵. L'Etat a, quant à lui, l'obligation de veiller à sa protection¹⁴⁰⁶. Selon l'article 74 de la Constitution : *Il y a haute trahison lorsque le Président de la République a violé son serment, est reconnu auteur, co-auteur ou complice de violations graves et caractérisées des Droits de l'homme, de cession d'une partie du territoire national ou d'acte attentatoire au maintien d'un environnement sain, satisfaisant, durable et favorable au développement* ». Les articles 28 et 29 sont relatifs au traitement des déchets dangereux. La Constitution béninoise prévoit également dans son article 98 que les principes fondamentaux de la protection de l'environnement et de la conservation des ressources naturelles relèvent du domaine de la loi. La Loi n°98-030 du 12 février 1999 portant loi-cadre sur l'environnement a vocation à mettre en œuvre les articles 27, 28, 29, 74, 98 de la Constitution¹⁴⁰⁷. Elle est l'expression juridique de la politique de protection de l'environnement décidée par les autorités béninoises.

¹⁴⁰⁴KANA GABA (B.) « Le Bénin », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 93, spéc. p. 94.

¹⁴⁰⁵Il s'agit de l'article 27 de la Constitution du 11 décembre 1990.

¹⁴⁰⁶KANA GABA (B.) « Le Bénin », *op. cit.*, p. 93.

¹⁴⁰⁷Article 1 : « La présente loi définit les bases de la politique en matière d'environnement et organise sa mise en œuvre, en application des articles 27, 28, 29, 74 et 98 de la Constitution de la République du Bénin ».

Au Bénin, il existe également des structures institutionnelles chargées de faire appliquer ces normes. Il s'avère cependant que ces structures institutionnelles sont inefficaces du fait que les différentes compétences afférentes à la mise en œuvre de la politique et du droit interne de l'environnement sont relativement éclatées et relèvent de différents organismes¹⁴⁰⁸. Le juge a, quant à lui, une propension à protéger l'environnement de par les compétences lui ayant été attribuées par le législateur¹⁴⁰⁹. Cependant, le manque de moyens, de compétences générales et juridiques sont des problématiques qui mettent en doute l'effectivité de cette propension judiciaire à protéger les ressources naturelles¹⁴¹⁰.

Concernant la mise en œuvre par les Etats des normes issues du droit international, la Constitution béninoise confère une force juridique importante aux instruments internationaux qui ont, en vertu de l'article 47 de cette Constitution, dès leur ratification, une autorité supérieure à celle des lois. Le Bénin a ratifié, le 16 mars 1993, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone ainsi que le Protocole de Montréal relatif à des substances appauvrissant la couche d'ozone (SAO)¹⁴¹¹. De nombreux textes réglementaires ont été adoptés pour le contrôle des SAO, notamment à l'importation¹⁴¹². Outre la mise en place d'un programme aux fins d'application du Protocole de Montréal, la stratégie de l'Etat béninois s'inscrit dans un programme visant à éliminer ces substances¹⁴¹³. L'ère est à la faveur de l'importation de substances de substitution.

La population béninoise, quant à elle, est informée au travers d'un programme d'action¹⁴¹⁴. Des institutions ont été créées, une politique de contrôle des investissements industriels concernant des matériels ne fonctionnant pas avec les SAO est également mise en place. La Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques¹⁴¹⁵ ainsi que le Protocole de Kyoto font également l'objet d'une application concrète¹⁴¹⁶. La Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse a été ratifiée par le Bénin en juin 1996. Dans la mise en œuvre de cette Convention, les autorités

¹⁴⁰⁸KANA GABA (B.) « Le Bénin », *loc. cit.*

¹⁴⁰⁹*Ibidem.*

¹⁴¹⁰*Ibidem.*

¹⁴¹¹*Ibidem.*

¹⁴¹²*Ibidem.*

¹⁴¹³*Ibidem.*

¹⁴¹⁴*Ibidem.*

¹⁴¹⁵Cette Convention a été ratifiée par le Bénin le 30 juin 1994

¹⁴¹⁶KANA GABA (B.) « Le Bénin », *loc. cit.*

bénoises identifient notamment des projets d'investissement et les politiques économiques en la matière¹⁴¹⁷.

Le chapitre 12 de l'Agenda 21 béninois prévoit notamment, mis à part l'intensification des activités de conservation des sols, de boisement et de reboisement, le renforcement du développement intégré de la lutte contre la pauvreté dans ces zones, la préparation de plans de secours et d'auto-assistance pour les réfugiés écologiques¹⁴¹⁸. Le Bénin a également adopté une stratégie de lutte contre les pollutions atmosphériques, fondée notamment, concernant le secteur industriel, sur le contrôle opérationnel des installations classées sur la base des normes de qualité et de rejet¹⁴¹⁹. Un contrôle et une régulation accrues tendent à pallier le risque industriel¹⁴²⁰. En matière agricole, il existe un contrôle de pesticides utilisés dans l'agriculture ainsi que des études d'impact sur la santé humaine de ces pesticides¹⁴²¹. Le Chapitre 9 de l'Agenda 21 béninois intitulé « protection de l'atmosphère », envisage les moyens de promouvoir le développement durable à travers diverses thématiques telles l'énergie, le transport, l'industrie, les ressources terrestres et marines et le sol¹⁴²². Les chapitres 18 et 19 de l'Agenda 21 local sont respectivement relatifs à la « Gestion écologiquement rationnelle des substances chimiques toxiques et des déchets dangereux y compris la prévention du trafic international illicite des produits toxiques et dangereux » ainsi qu'à la « gestion rationnelle des déchets solides et des eaux usées »¹⁴²³. Le Chapitre 19 tend à limiter la production des déchets à la base, à accroître la réutilisation et le recyclage écologiquement rationnel des déchets, à promouvoir l'élimination et le traitement écologiquement rationnel des déchets et étendre les services en matière de gestion des déchets¹⁴²⁴. Le 16 Octobre 1997, le Bénin a ratifié la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination¹⁴²⁵.

Enfin, au regard de la protection du milieu marin et littoral, le Bénin a ratifié de nombreuses conventions dont celle sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les

¹⁴¹⁷ *Ibidem.*

¹⁴¹⁸ *Ibidem.*

¹⁴¹⁹ *Ibidem.*

¹⁴²⁰ *Ibidem.*

¹⁴²¹ *Ibidem.*

¹⁴²² *Ibidem.*

¹⁴²³ *Ibidem.*

¹⁴²⁴ *Ibidem.*

¹⁴²⁵ Cette Convention a été conclue le 22 mars 1989, site de la Convention, <http://www.basel.int>, consulté le 20 octobre 2011.

hydrocarbures¹⁴²⁶, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer a été ratifiée le 30 Août 1983¹⁴²⁷. Le 30 janvier 1986, le pays a également ratifié la Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures¹⁴²⁸. L'indemnisation des dommages dus à une pollution résultant du déversement d'hydrocarbures par des navires-citernes est régie par un régime international élaboré sous les auspices de l'Organisation maritime internationale (OMI). A l'origine, le régime avait pour cadre la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et la Convention internationale de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Ce régime, devenu « ancien » régime, a été modifié par deux protocoles. Les Conventions ainsi modifiées portent le nom de Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et de Convention internationale de 1992 portant création d'un Fonds international pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Les Conventions de 1992 sont entrées en vigueur le 30 mai 1996¹⁴²⁹. En mai 2003, un troisième niveau d'indemnisation a été mis en place sous la forme d'un Fonds complémentaire international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, créé en vertu d'un Protocole à la Convention internationale de 1992 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures¹⁴³⁰.

Le Chapitre 16 de l'Agenda 21 béninois s'intitule : « Protection et valorisation de la zone côtière et mise en valeur des ressources biologiques dans les écosystèmes marins et lagunaires du Bénin ». Sont prévus notamment la gestion intégrée et le développement durable de la zone côtière et marine ainsi que l'utilisation durable et la conservation des ressources dans les écosystèmes marins et lagunaires¹⁴³¹.

¹⁴²⁶Cette Convention a été conclue le 29 novembre 1969, site du ministère des Affaires étrangères et européennes, <http://www.diplomatie.gouv.fr>, consulté le 20 octobre 2011.

¹⁴²⁷Cette Convention a été conclue le 10 décembre 1982, <http://www.un.org/>, site des Nations Unies consulté le 20 octobre 2011.

¹⁴²⁸Cette Convention a été conclue le 12 octobre 1971. Elle a cessé d'être en vigueur le 24 mai 2002, date à laquelle le nombre d'Etats contractants est devenu inférieur à 25.

¹⁴²⁹Site des Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL), <http://fr.iopcfund.org>, consulté le 20 octobre 2011.

¹⁴³⁰*Ibidem*.

¹⁴³¹KANA GABA (B.) « Le Bénin », *loc. cit.*

Au regard de ces divers éléments, nous pouvons dire que la protection de l'environnement bénéficie *a priori* d'une certaine juridicité au Bénin. La présence du droit à l'environnement au sein de la Constitution vient conforter cette idée et même celle que cela pourrait suffire à l'émergence de lois de police. En réalité, dans ce pays, comme dans de nombreux autres Etats d'Afrique subsaharienne, la conciliation entre développement durable et investissement est difficile¹⁴³². L'impression est celle de sphères juridiques totalement hermétiques l'une à l'autre. Cela est paradoxal car elle ne ressort pas, en théorie, de l'esprit du dispositif béninois de protection de l'environnement et de mise en œuvre du développement durable. Dans la même région, la particularité du Burkina Faso est également à relever.

b) Le Burkina Faso : un élan imposé

Le Burkina Faso, un des pays les plus pauvres de l'Afrique de l'ouest, est un cas particulièrement intéressant dans le sens où ce dernier cumule les défaillances et est représentatif à l'échelle locale de ce que l'on peut constater au niveau de la région ouest-africaine ou dans l'ensemble du continent. Le pays, parfois tributaire des largesses de certaines ONG, mû par certains impératifs de conditionnalité, a dû introduire dans sa Constitution un dispositif relatif à la préservation et au respect de l'environnement¹⁴³³. Les justifications de la prise en compte de l'environnement au sein de la Constitution burkinabé sont à rechercher d'abord dans le processus de prise de conscience des acteurs du pays concerné, mais également à travers l'environnement socio-politique et diplomatique international de la période d'adoption de cette Constitution¹⁴³⁴. Outre le préambule, les dispositions constitutionnelles relatives à l'environnement sont les articles 14, 29 et 101¹⁴³⁵. Mais le dispositif constitutionnel est plutôt vague et flou en la matière, il est également

¹⁴³²Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1, section 2, paragraphe 1, A) La difficile conciliation entre investissement et développement durable, p. 64.

¹⁴³³KONE (S.I.), GARANE (A.), « Le Burkina Faso », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, op. cit., PULIM, 2003, p. 109, spéc. p. 112.

¹⁴³⁴GARANE (A.), « Le cadre juridique de la protection de l'environnement au Burkina Faso », *Annuaire africain de droit international*, volume 4, 1996, p. 156.

¹⁴³⁵Selon l'article 14 de la Constitution du Burkina Faso : « *Les richesses et les ressources naturelles appartiennent au peuple. Elles sont utilisées pour l'amélioration de leurs conditions de vie* ». Selon l'article 29 de la Constitution du Burkina Faso : « *Le droit à un environnement sain est reconnu; la protection, la défense et la promotion de l'environnement sont un devoir pour tous* ». Selon l'article 101, la loi détermine les principes fondamentaux de la protection et de la promotion de l'environnement.

faiblement prescriptif¹⁴³⁶. Il nécessite toujours le recours à la loi ou au règlement aux fins d'effectivité juridique¹⁴³⁷.

L'environnement relève de la compétence réglementaire tandis que la loi n'en fixe que les principes fondamentaux¹⁴³⁸. On peut souligner l'adoption, en 1997, du Code de l'environnement et du Code forestier¹⁴³⁹. Un Code minier a également été adopté¹⁴⁴⁰. Il s'agit d'un signal fort de la volonté des autorités d'intégrer les valeurs environnementales constitutionnelles et de les transformer en normes applicables¹⁴⁴¹. Les différents décrets d'application de ces codes ont également été pris dans le respect de l'esprit et de la lettre de la Constitution¹⁴⁴². Depuis 1992, la législation burkinabé a introduit une obligation d'études d'impact ayant vocation à garantir le développement durable en permettant aux décideurs d'éviter d'autoriser des activités pouvant être attentatoires « *de façon sensible* » à l'environnement¹⁴⁴³. L'organisme institutionnel chargé de ces études d'impact est un organisme étatique : le bureau d'études d'impact sur l'environnement¹⁴⁴⁴.

Il est chargé de veiller à la coordination et à la mise en application des politiques en matière d'études d'impact¹⁴⁴⁵. Il se présente comme un organe d'expertise à la disposition des promoteurs d'activités de développement susceptibles d'avoir un impact sensible sur l'environnement¹⁴⁴⁶. Cependant, la mise en œuvre de ces objectifs de développement durable est limitée. En outre, tout est aux mains de l'autorité étatique qui fait prévaloir d'autres impératifs eu égard à la pauvreté extrême que le pays connaît¹⁴⁴⁷. Aussi, malgré le caractère impératif de la réalisation des études d'impact, ces dernières sont peu suivies d'effets.

Il existe également au Burkina Faso un fonds d'intervention pour l'environnement qui s'analyse en un mécanisme financier destiné à soutenir la politique de sauvegarde de

¹⁴³⁶KONE (S.I.), GARANE (A.), « Le Burkina Faso », *op. cit.*, p. 109.

¹⁴³⁷*Ibidem.*

¹⁴³⁸*Ibidem.*

¹⁴³⁹*Ibidem.*

¹⁴⁴⁰*Ibidem.*

¹⁴⁴¹*Ibidem.*

¹⁴⁴²*Idem*, p. 113.

¹⁴⁴³*Idem*, p. 116.

¹⁴⁴⁴*Idem*, p. 116.

¹⁴⁴⁵*Ibidem.*

¹⁴⁴⁶*Ibidem.*

¹⁴⁴⁷*Idem*, p. 113.

l'environnement¹⁴⁴⁸. Les deniers en provenance de ce fonds sont destinés à être consacrés de façon exclusive au financement des opérations de restauration de l'environnement et de lutte contre les pollutions¹⁴⁴⁹. Ils sont ainsi destinés à la prévention comme à la réparation. Les ressources de ce fonds proviennent de diverses sources dont des dotations de l'Etat, ou encore des produits de la coopération¹⁴⁵⁰. On retrouve également de nombreuses difficultés de mise en œuvre institutionnelle de telles normes de par des compétences partagées et éclatées, sources de conflits¹⁴⁵¹. La conséquence en est que les divers organismes spécialisés ne coopèrent pas entre eux¹⁴⁵². Les moyens de l'Etat, en matière de connaissances techniques, en matière financière mais également d'expertise sont limités et insuffisants¹⁴⁵³.

Dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention sur la diversité biologique adoptée à Rio en 1992, des experts ont tenté de définir l'objectif global à atteindre pour le Burkina Faso d'ici 2025, c'est-à-dire assurer une gestion responsable de la biodiversité par les populations¹⁴⁵⁴. A cet égard, il a été décidé de susciter un réflexe de préservation et de restauration des espèces et de leur milieu, ainsi qu'une gestion durable et dynamique des ressources naturelles¹⁴⁵⁵. Un document unique intitulé « Stratégie et Plan d'action » a été élaboré, tendant à améliorer à terme la situation écologique du pays, la protection de la biodiversité ainsi que l'éveil des consciences collectives au point de vue national¹⁴⁵⁶. Il est intéressant de signaler le mode d'élaboration d'un tel document. Ce dernier est en effet la résultante de diverses consultations entre les autorités étatiques burkinabé, les autorités coutumières mais également les ONG et opérateurs privés¹⁴⁵⁷. Cette stratégie s'inscrit dans le long terme puisque cette dernière couvre une période de 25 ans, allant de 2001 à 2025¹⁴⁵⁸.

Toutes ces actions ne sont pas corroborées par l'existence d'un cadre législatif contraignant. Le Burkina Faso est à l'image de nombreux pays africains au regard de la mise en œuvre du développement durable. Une volonté qui est exprimée au travers de nombreuses actions dont l'adoption et la ratification même de textes internationaux, qui rencontre cependant de

¹⁴⁴⁸*Idem*, p. 116.

¹⁴⁴⁹*Idem*, pp. 116-117

¹⁴⁵⁰*Idem*, p. 117.

¹⁴⁵¹*Idem*, pp. 117-118.

¹⁴⁵²*Idem*, p. 118.

¹⁴⁵³*Idem*, p. 109.

¹⁴⁵⁴*Idem*, p. 122.

¹⁴⁵⁵*Ibidem*.

¹⁴⁵⁶*Idem*, p. 122 et s.

¹⁴⁵⁷*Ibidem*.

¹⁴⁵⁸*Idem*, p. 123.

nombreuses difficultés face aux impératifs de développement et de ce fait à la primauté d'autres priorités. Ces difficultés sont d'ordre financier, technique, humain. L'arsenal légal en matière de développement durable suscite deux types de réactions. Si l'on ne peut que louer son existence même faible, on ne peut que déplorer son manque d'effectivité, donc d'efficacité. La question qui se pose est celle de savoir si, malgré cette impression d'ensemble, de telles dispositions, notamment la consécration constitutionnelle de la nécessité de préserver l'environnement, peuvent suffire à l'émergence de lois de police. Cela peut-il suffire au juge étatique ou à l'arbitre du commerce international ? Le dispositif togolais présente également un certain intérêt.

c) Le Togo : un dispositif à mi-chemin

En Afrique de l'ouest, situé entre les dispositifs béninois et burkinabé, on retrouve le dispositif togolais. Le Togo a accédé à l'indépendance le 27 avril 1960 et vit actuellement sa quatrième République, depuis le 14 octobre 1992. La Constitution de la troisième République togolaise, adoptée par référendum le 30 décembre 1979, ne comportait aucune disposition spécifique relative à l'environnement¹⁴⁵⁹. Elle consacrait cependant à travers son article 43 la primauté des dispositions des traités et accords régulièrement ratifiés et publiés sur les lois nationales, donc y compris ceux relatifs à la protection de l'environnement, sous réserve que chaque accord ou traité soit appliqué par l'autre partie¹⁴⁶⁰. En conséquence, les dispositions de cette constitution consacraient les préoccupations relatives à l'environnement pour autant que ces dernières soient contenues dans les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés par le Togo avant le 12 octobre 1992¹⁴⁶¹. Ce fut le cas de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 21 juin 1981 dont l'article 24 dispose : « *Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement* ».

C'est la Constitution de la quatrième république togolaise qui, tout en reprenant la rédaction de l'article 43 que nous venons de mentionner, a expressément consacré pour la première fois des dispositions constitutionnelles relatives à l'environnement en ses articles 41 et 84¹⁴⁶². En vertu de l'article 41 : « *Toute personne a droit à un environnement sain. L'Etat veille à la*

¹⁴⁵⁹DJERI-ALASSANI (B.K), TCHAKEI (E.), « Le Togo », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 425, spéc. p. 426.

¹⁴⁶⁰*Ibidem*.

¹⁴⁶¹*Ibidem*.

¹⁴⁶²*Idem*, p. 427.

protection de l'environnement ». Selon l'article 84, la loi fixe les règles concernant la protection et la promotion de l'environnement et la conservation des ressources naturelles.

Ces dispositions viennent renforcer l'article 1^{er} de la Loi n°88-14 du 3 novembre 1988 portant Code de l'environnement qui avait déjà consacré l'intérêt général de la protection de l'environnement en ces termes : « *Sont déclarés d'intérêt général : la conservation de l'environnement, le maintien ou la restauration des ressources que la nature offre à la vie humaine, la prévention ou la limitation des activités susceptibles de le dégrader et d'entraîner des atteintes à la santé des personnes et à leurs biens, la réparation ou la compensation des dégradations qu'il aura subies* ». La politique nationale de l'environnement, dont le principal organe compétent en la matière est le ministère chargé de l'environnement, a vocation à promouvoir une gestion générale et rationnelle de l'environnement afin d'améliorer le cadre et les conditions de vie des populations dans la perspective d'un développement durable¹⁴⁶³. Ses grandes orientations sont axées sur les problématiques suivantes : la prise en compte des préoccupations environnementales dans les politiques, plans, programmes et projets de développement en vue de l'amélioration du cadre et des conditions de vie des populations, la suppression et/ou la réduction des impacts négatifs sur l'environnement des programmes et projets de développement publics ou privés¹⁴⁶⁴, le renforcement des capacités nationales de gestion de l'environnement et des ressources naturelles avec notamment celui du cadre juridique et institutionnel de la protection de l'environnement¹⁴⁶⁵.

Le cadre institutionnel de mise en œuvre de l'environnement présente les mêmes lacunes qu'au Bénin et au Burkina Faso. Un manque de cohésion générale ayant pour conséquence des compétences trop éclatées, qui se chevauchent ainsi que le manque de coopération entre les acteurs. Depuis plusieurs années, malgré le développement du droit international de l'environnement, on n'a pas assisté à une amélioration du cadre institutionnel dans le pays¹⁴⁶⁶. L'immobilisme institutionnel dans ce domaine maintient et consolide la gestion sectorielle des conventions alors que la vision et l'approche de la gestion de l'environnement ont évolué vers des perspectives plus générales, en développant des synergies autant que possible¹⁴⁶⁷. Comme c'est le cas dans la majeure partie des pays en voie de développement, la question des moyens

¹⁴⁶³*Ibidem.*

¹⁴⁶⁴*Ibidem.*

¹⁴⁶⁵*Ibidem.*

¹⁴⁶⁶*Idem*, pp. 434-435

¹⁴⁶⁷*Idem*, p. 435.

se pose, tant sur le plan qualitatif que quantitatif¹⁴⁶⁸. Ainsi, le pays est confronté à une insuffisance de ressources humaines, techniques et financières¹⁴⁶⁹.

Au Togo, en matière d'environnement, le juge constitutionnel apprécie la conformité des dispositions des traités et des accords internationaux avec la Constitution et les juges judiciaires et administratifs interviennent dans l'application des lois et des règlements¹⁴⁷⁰. Le juge administratif intervient plus rarement que le juge judiciaire dans l'application du droit au Togo¹⁴⁷¹. En l'occurrence, il en va ainsi des questions environnementales. Si cette situation est en voie d'amélioration, elle est due au fait que les stigmates du système du parti unique consacré par la Constitution de la troisième République ont entravé les recours au contentieux administratif dans plusieurs domaines¹⁴⁷². Le pluralisme politique est relativement récent : il n'existe au Togo que depuis 1991¹⁴⁷³. Le juge judiciaire intervient davantage dans l'application de la législation nationale relative à l'environnement, bien que ses décisions se soient limitées à certains domaines tels que la protection de la faune et la flore en matière pénale¹⁴⁷⁴.

Le Togo a consenti à de nombreux efforts, que ce soit dans le domaine de la biodiversité¹⁴⁷⁵, bien que le dispositif ait des fondements juridiques plutôt anciens¹⁴⁷⁶ ou dans les domaines de la protection de l'air. En matière de déchets, s'agissant notamment de déchets industriels, la loi n° 88-14 du 3 novembre 1988 portant Code de l'environnement interdit formellement, dans son article 29, l'importation de déchets toxiques et fait obligation à tout producteur ou détenteur de déchets d'en assurer ou d'en faire assurer l'élimination. Des dispositifs assurant la protection du milieu marin et du littoral existent également. Ils sont cependant moins développés que ceux relatifs aux déchets et surtout à l'air¹⁴⁷⁷. En matière de lois de police, les mêmes questions ayant été suscitées par les exemples du Togo et du Bénin s'imposent. La consécration constitutionnelle du droit à l'environnement et au-delà, l'ensemble des autres dispositifs sauraient-ils suffire au regard de la problématique des lois de police ? La question

¹⁴⁶⁸*Idem*, p. 437.

¹⁴⁶⁹*Idem*, p. 437 et s.

¹⁴⁷⁰*Idem*, p. 436.

¹⁴⁷¹*Idem*, p. 437.

¹⁴⁷²*Ibidem*.

¹⁴⁷³*Ibidem*.

¹⁴⁷⁴*Ibidem*.

¹⁴⁷⁵*Idem*, p. 444.

¹⁴⁷⁶*Idem*, p. 446. Au Togo, la quasi-totalité de la législation nationale relative à la biodiversité est antérieure aux années 1990. Il existe cependant des politiques nationales en matière de biodiversité.

¹⁴⁷⁷*Idem*, p. 454 et s.

se pose également de savoir si la situation constatée en Afrique de l'ouest est similaire à celle de l'Afrique centrale.

2) Les évolutions constatées en Afrique centrale

En Afrique centrale, règne une certaine hétérogénéité des normes et des politiques en matière de prise en compte d'impératifs de développement durable. Le droit à l'environnement sain a valeur constitutionnelle au Cameroun¹⁴⁷⁸. Il en est de même pour la République Démocratique du Congo¹⁴⁷⁹ ainsi que pour le Congo¹⁴⁸⁰. Le Cameroun a participé à l'élaboration d'importantes conventions telles que celle de Montego Bay sur le droit de la mer de 1982 qu'il a ratifiée le 19 novembre 1985. Le 14 mai 1984, le pays a également ratifié la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures adoptée le 29 novembre 1969 ainsi que celle portant création d'un Fonds International d'Indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures du 12 octobre 1971. Il n'a pas fait preuve de célérité, concernant la ratification de certains instruments internationaux comme la Convention internationale sur la réparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures, adoptée à Londres le 30 novembre 1990 ainsi que la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination¹⁴⁸¹.

C'est au lendemain de la Conférence de Rio que la volonté de ce pays de s'inscrire dans une perspective de développement durable s'est réellement révélée¹⁴⁸². Au regard de la protection de la diversité, la loi n° 96/12 du 5 août 1996 porte loi-cadre relative à la protection de l'environnement. Elle comporte au sein du chapitre III de son titre I des principes fondamentaux liés au développement durable. Il s'agit du principe de précaution, du principe d'action préventive et de correction, du principe pollueur-payeur et du principe de

¹⁴⁷⁸En effet, la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 2 juin 1972 dispose dans son préambule, qui a désormais valeur constitutionnelle (article 65 de ce texte) : « *Toute personne a droit à un environnement sain. La protection de l'environnement est un devoir pour tous. L'Etat veille à la défense et à la Promotion de l'environnement* », DASSE (P.), « Le Cameroun », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 131.

¹⁴⁷⁹KALAMBAY LUMPUNGU (G.), MUNENE YAMBA-YAMBA (P.), NDAYA-MOLEKA (A. K.), « La République Démocratique du Congo », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 247.

¹⁴⁸⁰NIANGOU (M.), « Le Congo Brazzaville », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 217.

¹⁴⁸¹DASSE (P.), « Le Cameroun », *loc. cit.*

¹⁴⁸²*Ibidem.*

participation. Elle est en quelque sorte une expression de la prise en compte nationale des impératifs du développement durable.

Le Cameroun a tenté d'améliorer son dispositif institutionnel, notamment en instaurant une commission interministérielle ayant vocation à centraliser et à coordonner les actions de tous les ministères en matière de politique de gestion de l'environnement et des ressources naturelles¹⁴⁸³. Cet état de fait est la solution au problème des compétences éparpillées et éclatées qui contribuent à l'affaiblissement de la mise en œuvre des politiques afférentes. Malgré cela, le dispositif juridique camerounais semble encore très insuffisant eu égard aux enjeux du développement durable. Ainsi, par exemple, les autorités ne se sont pas encore lancées dans un travail de fond consistant à donner au droit camerounais une véritable consistance en matière de développement durable. Pour cela, il faudra préférer à de maigres assemblages d'opportunité qui, dans le meilleur des cas, n'auront pas l'effet escompté, un véritable dispositif tenant compte de la norme internationale mais également des spécificités nationales afin d'ériger un véritable arsenal juridique de dédié. C'est donc un travail fondamental dans la polysémie du terme qu'il faudra envisager.

De nombreux autres Etats d'Afrique centrale connaissent un réel vide législatif malgré la ratification de nombreuses conventions internationales. C'est le cas de la Centrafrique, qui relaie faiblement en droit interne l'écho qu'elle donne aux normes internationales en matière de protection de l'environnement¹⁴⁸⁴. D'autres, à l'image du Gabon, offrent un droit plus construit, notamment un cadre juridique et institutionnel tourné vers la prise en compte du développement durable et du droit de l'environnement¹⁴⁸⁵. Dans ce pays, par exemple, l'article 67 de la loi 16/93 relative à l'amélioration et à la protection de l'environnement exige une étude d'impact préalable pour les travaux pouvant avoir certaines incidences d'un point de vue environnemental¹⁴⁸⁶. L'article 1^{er} de la même loi prône des principes comme la préservation et l'utilisation durable des ressources naturelles, l'harmonisation du développement avec la sauvegarde du milieu naturel. Cette loi prévoit même des sanctions pénales pour certaines infractions portant atteinte à la biodiversité. Ces missions sont mises à

¹⁴⁸³*Ibidem*.

¹⁴⁸⁴KOMBA (J. H.), « La République centrafricaine », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 195.

¹⁴⁸⁵MALOLAS (J. M.), « Le Gabon », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 195.

¹⁴⁸⁶*Ibidem*.

la charge du « département gabonais pour l'environnement »¹⁴⁸⁷. Malgré cela, on rencontre au Gabon les mêmes difficultés que dans les autres pays d'Afrique subsaharienne. En effet, du fait du contexte économique particulier que connaît le pays, la question environnementale n'est pas une priorité pour les pouvoirs publics¹⁴⁸⁸. En définitive, le constat que nous faisons au regard des lois de police en la matière est le même pour l'Afrique de l'ouest et l'Afrique centrale. A cet égard, nous dirons que l'éventualité de lois de police et le recours à une telle méthode n'est pas impossible bien que cela soit incertain. Dans tous les cas, cela renforce également le fait qu'une évolution toujours plus importante des droits locaux est nécessaire, afin que les dispositifs dont nous avons fait état se transforment en véritables impératifs.

Les exemples que nous venons de voir illustrent le fait qu'il semble qu'on ne peut dire qu'aucun processus n'est en marche concernant les valeurs essentielles sur lesquelles reposent le développement durable. Le respect de l'environnement en fait partie au premier chef. La question qui importe en réalité est sous-jacente : savoir comment ces valeurs fondamentales, qui peinent à révéler toute leur efficacité au sein des ordres juridiques internes, seront exhausées au rang de règles d'ordre public.

L'ordre public participe des instruments juridiques par lesquels est structuré le groupe social. Il ressortit, ainsi, à un projet de type constitutionnel car il articule les relations entre la loi nationale et la loi étrangère, entre la règle de *jus cogens* et les conventions particulières, entre la règle transnationale et le contrat international, entre la loi et le contrat, entre l'acte réglementaire et l'initiative individuelle¹⁴⁸⁹. Au sein d'un ordre interne, l'ordre public vient ériger en minimum contractuel les dispositions qu'il désigne¹⁴⁹⁰. En l'occurrence, peut-on réellement parler d'un ordre public de développement durable tendant à se poser en minimum contractuel ?

L'ordre public est souvent opposé à la liberté contractuelle, selon une vision déjà présente chez Jérémy Bentham ou Jean-Jacques Rousseau qui suggéraient l'existence de deux sphères ayant chacune un champ propre, celle de la liberté contractuelle et celle de l'ordre public¹⁴⁹¹. L'ordre public est alors posé comme une stricte exception à la liberté des parties de régler

¹⁴⁸⁷*Ibidem*.

¹⁴⁸⁸*Ibidem*.

¹⁴⁸⁹DEUMIER (P.), REVET (T.), « Ordre public », ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1119, spéc. p. 1120.

¹⁴⁹⁰*Idem*, p. 1122.

¹⁴⁹¹*Idem*, p. 1120.

leurs propres affaires¹⁴⁹². Toutefois, il apparaît que l'ordre public fonctionne à la fois par la contrainte, c'est-à-dire l'interdiction de faire quelque chose ou encore l'obligation de faire telle autre mais également par la collaboration entre la puissance publique et les particuliers¹⁴⁹³. Sans cette seconde modalité, la diffusion des valeurs qui fondent et fédèrent le corps social demeurerait imparfaite¹⁴⁹⁴. Alors, à défaut de valeurs qui peinent à se doter d'une réelle efficacité juridique au sein des ordres juridiques internes, en matière de contrats d'Etat et de développement durable, en définitive, pourquoi l'ordre public applicable ne tirerait-il pas sa substance et son existence du contrat lui-même ? Il faudrait pour cela une véritable transformation de la substance même des contrats d'Etat, à travers le processus de contractualisation mené au bout de sa logique et qui constitue le point d'orgue de la pratique contractuelle.

¹⁴⁹²*Ibidem.*

¹⁴⁹³*Idem*, p. 1122.

¹⁴⁹⁴*Ibidem.*

CONCLUSION

Les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat pourraient émerger de l'existence d'un ordre public. En effet, l'ordre public a une fonction de structuration de l'ordre social qu'il organise autour de principes juridicisés, reposant sur un ensemble de valeurs et qui sont le reflet d'une société déterminée à un moment de son évolution. Mais les attentes en ce sens se heurtent à de nombreuses difficultés.

La référence à l'ordre public transnational offre des perspectives intéressantes puisqu'elle permettrait de faire exister un certain nombre de valeurs non marchandes au sein de la société des marchands. Les auteurs ont été prolifiques sur les valeurs sur lesquelles cet ordre public transnational pourrait reposer. Celles relatives au développement durable en feraient partie. Elles s'analyseraient en autant de principes de protection de l'environnement, du patrimoine de l'humanité ou encore des droits fondamentaux de l'homme. L'ordre public transnational offre des perspectives illimitées et constituerait en définitive un fondement idéal. Il semble qu'il ne soit pas davantage qu'un fondement idéal. Car cet enthousiasme d'une partie de la doctrine n'a d'égal que la réticence des juges du commerce international. Il s'avère que cet ordre public fait l'objet de profonds questionnements qui remettent en cause son existence même. En ce sens, cette hypothèse, qui ne manque pas d'attraits théoriques, semble dépourvue de toute réalité en l'état actuel des choses.

Les limites de l'ordre public transnational mettent en exergue le fait qu'en dehors de ce dernier qui a le mérite d'une certaine unicité conceptuelle, l'ordre public qui s'appliquerait à l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable semble indéterminable. Il l'est notamment par sa nature. De quel ordre public s'agit-il ? Est-ce l'ordre public international ? Un ordre public interne ? Un ordre public de développement ou des droits de l'homme ? Un ordre public contractuel ? Un ordre public économique ? En outre, la question se pose également de savoir comment le juge ou l'arbitre va faire application de cet ordre public. Ces derniers ont vocation à se conformer au droit applicable à la *lex causae*. En ce sens, l'importance des droits locaux, que nous avons toujours soulignée, s'affirme avec d'autant plus d'acuité.

Ces droits reposent sur un ensemble de valeurs fondamentales et essentielles dont les préoccupations de développement durable font partie, comme le montrent les cas particuliers

de certains Etats d'Afrique subsaharienne que nous avons évoqués. Mais un tel ensemble de valeurs peut-il constituer la substance nécessaire à la formation d'un ordre public ? Nous répondrons à cela par l'affirmation suivante : si on ne peut nier que de nombreuses valeurs de développement durable existent au sein de certains Etats, on peut être dubitatif quant à leur consécration au sein d'un ordre public tant elles sont en réalité l'expression d'un pluralisme désordonné dont nous avons fait état et qui peine à être juridicisé. Face à un tel constat, ne peut-on pas se poser la question de savoir s'il n'est pas plus opportun de partir du contrat vers l'ordre public plutôt que de l'ordre public vers le contrat ?

CONCLUSION DU TITRE 1

Les résultats de la recherche d'un ensemble de principes constituant les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etats sont décevants dans le sens où ils ne permettent pas de conclure à l'existence de principes homogènes et unifiés, constituant un ensemble de règles systématisées. Nous avons vu, d'une part, que certains dispositifs juridiques existaient mais ils semblent trop parcellaires, voire indirects pour offrir au juge ou à l'arbitre la matière nécessaire lui permettant d'ériger des principes généraux de développement durable, au regard des contrats d'Etat. Nous avons vu, d'autre part, que le recours à l'ordre public est incertain puisqu'il s'agit d'un ordre public indéterminable dont il est impossible en l'état actuel de définir le contenu et la nature.

Nous ne pouvons en ce sens parler de réels vides mais davantage d'un pluralisme très limité, qui n'a pas matière à être ordonné en l'état actuel des choses¹⁴⁹⁵. Mais nous avons déjà pu démontrer que la dialectique entre contrats d'Etat et développement durable reposait sur des mécanismes particuliers dont ressortissait avec force l'omnipotence du contrat. En conséquence, n'est ce pas du contrat lui-même que pourront émerger les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat ? Ce dernier ne sera-t-il pas finalement la résultante d'un ensemble de pratiques contractuelles ?

¹⁴⁹⁵Nous faisons allusion à l'expression usitée par le professeur Mireille Delmas-Marty, DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

TITRE 2 : LA RECHERCHE D'UN ENSEMBLE DE PRATIQUES

La pratique contractuelle constitue le noyau dur d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. En droit du commerce international, cette pratique est à plusieurs titres source de droit. C'est donc au cœur de celle-ci que doit se poursuivre notre quête de jalons d'un droit du développement durable. Cette recherche va être menée à travers deux axes principaux. Il s'agira d'une part de mettre en exergue quelques éléments de pratique contractuelle pouvant constituer autant de figures juridiques de développement durable au sein des contrats d'Etat. Il s'agira d'autre part de se poser la question de l'importance de cette pratique que nous avons soulevée tout au long de notre recherche. En ce sens, la question de la pratique contractuelle, en tant que source de droit du commerce international, doit être spécifiquement soulevée et traitée. Il faudra alors s'interroger sur les voies de l'émergence d'usages ou de coutumes. Entre autonomie, dépendance, indépendance et interdépendance qui constituent les fondements de la dialectique entre contrats d'Etat et développement durable, se posera la question de savoir comment ces interactions, davantage que des mécanismes de fonctionnement et d'existence spécifiques, peuvent mener à l'émergence d'un véritable droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. A cet égard, quelques éléments de pratique contractuelle doivent être exposés (**Chapitre 1**), avant de tirer les conséquences de l'important recours au contrat lui-même en tant que source de droit, concernant les contrats d'Etat et le développement durable (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. QUELQUES ELEMENTS DE PRATIQUE CONTRACTUELLE

En droit international, le recours à la technique contractuelle offre des possibilités illimitées et les cocontractants déterminent librement leur loi au regard des objectifs du contrat et de chacun. En ce sens, quelques éléments de pratique contractuelle nous semblent présenter un certain intérêt en matière de développement durable et de contrats d'Etat car ils nous apparaissent à la fois significatifs et représentatifs. A cette fin, tenter de circonscrire de façon exhaustive l'ensemble des clauses liées au développement durable serait d'emblée voué à l'échec. Notre tâche sera bien plus modeste. Elle aura vocation à exposer et à proposer des grandes lignes pouvant guider l'action des cocontractants.

Remettre le développement durable au cœur des objectifs des contrats d'Etat nécessite que les éléments substantiels du principe soient réaffirmés tout au long de ces instruments. En définitive, les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat reposent également sur une série de pratiques contractuelles qui peuvent s'analyser en des clauses générales et particulières, qui fondent la substance de ces contrats au regard des préoccupations de développement durable. A cet effet, nous pensons que des clauses d'ordre général doivent côtoyer des stipulations plus circonstanciées, notamment adaptées à la matière régie par le contrat d'Etat. En conséquence, les quelques éléments de pratique contractuelle que nous nous proposons d'étudier permettent de mieux appréhender ce que peut être la substance d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat puisque la pratique contractuelle en constitue le noyau.

Le recours à des stipulations d'ordre général offre aux cocontractants des principes généraux de comportement à l'aune desquels leurs actions seront mesurées (**Section 1**). Les stipulations plus précises, quant à elles, ont vocation à permettre à la technique contractuelle d'être la loi spécifique des parties, adaptée à leurs objectifs et tendant à régir de façon précise leurs activités (**Section 2**).

SECTION 1. L'INTERET DE STIPULATIONS D'ORDRE GENERAL

Afin d'empreindre les contrats d'Etat d'un « esprit » particulier tendant au développement durable, il nous apparaît que la référence à des impératifs généraux de comportement est incontournable. En effet, une telle sollicitation permet que les actions des parties contractantes

soient soumises à des règles générales qui, à l’instar de la bonne foi, transcendent l’ensemble du contrat. En ce sens, la référence à des impératifs généraux (**Paragraphe 1**) permet de remplir ce rôle aux côtés des règles de l’art (**Paragraphe 2**), qui sont des normes générales d’ordre technique.

PARAGRAPHE 1. LA REFERENCE A DES IMPERATIFS GENERAUX

En matière de contrats d’Etat, se référer de façon générale au développement durable permet, sur un plan juridique de redonner à ce type de convention sa finalité première. En effet, bien que des stipulations plus circonstanciées se posent ensuite en autant de figures contractuelles du principe, s’y référer tel quel permet de poser de façon générale la matière et l’orientation du contrat, à partir desquelles pourront être déduites un certain nombre de conséquences juridiques (**A**). Cette référence peut exister aux côtés d’autres stipulations d’ordre général qui sont des standards de comportement spécifiques au domaine considéré (**B**).

A. LA REFERENCE GENERALE AU DEVELOPPEMENT DURABLE

Le développement durable est encore mentionné de façon insuffisante au sein des contrats d’Etat¹⁴⁹⁶. En l’absence de règles de développement durable naturellement impératives et s’imposant en tant que telles à la volonté des parties, il nous apparaît que le principe lui-même doit être contractualisé. En conséquence, tout contrat d’Etat doit comporter de façon expresse la référence générale au principe de développement durable.

Nous avons pu démontrer que les interactions entre contrats d’Etat et développement durable reposaient sur une mécanique spécifique en vertu de laquelle ces conventions particulières conféraient une assise juridique à des règles et principes dont la juridicité intrinsèque était en plein questionnement, à tout le moins ne s’imposait pas telle quelle aux conventions dont il est question¹⁴⁹⁷. Nous avons vu que cela nécessitait la référence explicite au sein même de

¹⁴⁹⁶OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d’hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice Sophia Antipolis, 2002.

¹⁴⁹⁷Voir nos développements *supra*, Première partie, Titre 1, chapitre 2) L’évolution de l’interaction entre contrats d’Etat et développement durable, p. 113.

l'instrument contractuel au principe de développement durable et à ses principales figures juridiques¹⁴⁹⁸.

Dans cette perspective, la technique contractuelle est mise au service d'objectifs politiques. Elle vise à remettre le développement durable au cœur du contrat d'Etat afin d'éviter, dans la mesure du possible que ce dernier ne soit dévoyé de son but principal. Elle tend également à empreindre le contrat tout entier de l'esprit du principe. A cet égard, la contractualisation du développement durable tend à transformer cet instrument juridique particulier « dans le corps et l'esprit », de façon implicite et explicite, en affectant la substance. De cette référence peut émerger l'idée d'un intérêt supérieur du contrat qui primerait les intérêts antagonistes des parties, fondant le contrat d'Etat sur la recherche de l'utile et du juste, basés sur les principes d'égalité et de solidarité revus à la lumière du principe d'équité¹⁴⁹⁹. En ce sens, la référence générale au principe de développement durable doit être accompagnée d'une définition de ce principe d'intégration.

Le principe de développement durable ainsi posé ne peut se suffire à lui-même. Nous pensons qu'il doit être accompagné de ses principales figures juridiques, déclinées à l'échelle contractuelle. Il nous semble primordial de se référer de façon explicite dans le contrat au droit à l'environnement sain, au principe de prévention, à celui de précaution. Il faut également se référer de façon expresse aux principes d'utilisation non dommageable du territoire et de pollueur-payeur.

Dans la mesure du possible, il nous semble important de poser un principe général de respect des droits de l'homme ainsi que des droits sociaux fondamentaux, ces derniers compris comme les droits des travailleurs. Toutefois, en matière de droits de l'homme et à l'égard de certains droits sociaux fondamentaux tels que le travail des enfants qui en est l'un des points les plus délicats, nous avons conscience du fait qu'une telle stipulation n'est pas toujours possible et peut même constituer une provocation. Dans cette perspective, nous pensons que les devoirs afférents peuvent de ce fait devenir des obligations implicites et silencieuses, auxquelles les parties peuvent s'astreindre sans pour autant qu'elles ne figurent de façon

¹⁴⁹⁸*Ibidem.*

¹⁴⁹⁹Voir nos développements *supra*, Première partie, Titre 2, chapitre 2) La consécration du contrat d'Etat en tant qu'instrument normatif singulier, p. 215. Il nous paraît important de rappeler que les principes d'égalité et de solidarité revus à la lumière de la notion d'équité sont des principes fondamentaux du droit international du développement.

expresse dans le contrat. Elles peuvent être la manifestation du respect de leurs engagements volontaires.

Les droits socioculturels des individus doivent être affirmés à travers les principes de protection du patrimoine social et culturel des individus¹⁵⁰⁰, le principe de préservation du patrimoine commun de l'humanité, ainsi que les principes d'information et de participation des individus au regard de leur environnement socioculturel.

Il nous semble que tant que tous ces principes ne s'imposeront pas de façon directe aux parties aux contrats, les difficultés engendrées par leur irrespect demeureront réglées *a posteriori* à l'occasion de l'apparition de certains contentieux. En outre, de telles stipulations remettent le contrat d'Etat dans son objectif d'origine qui est celui de participer au développement d'une collectivité et de lui être bénéfique. Car, s'il est certain qu'un tel contrat est juridiquement conclu entre un Etat cocontractant et une société privée internationale, il a vocation à profiter à un ensemble puisque son but est le développement économique de l'Etat d'accueil. En conséquence, à travers la référence au développement durable, les intérêts des tiers concernés par le contrat sont pris en compte au sein de l'instrument contractuel.

Ainsi en va-t-il de principes que nous relierions au pilier économique du développement durable et qui doivent être rappelés au sein de l'instrument contractuel. Il s'agit des principes relatifs à la transmission du savoir, du savoir-faire et des connaissances, ceux relatifs à l'embauche, l'emploi et la formation de la main d'œuvre locale. Il y a également le principe d'approvisionnement des marchés locaux, qui peut être l'expression du rapport entre la production générée par le contrat d'Etat et le bénéfice retiré par l'Etat contractant. Il est important de souligner que ces principes relèvent intrinsèquement de la pratique des contrats d'Etat¹⁵⁰¹.

La question s'est posée de savoir s'il existait un impératif de développement qui pouvait fonder la décision des arbitres en matière d'accords de développement économique¹⁵⁰². La

¹⁵⁰⁰Voir sur le sujet, BORIES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international. Les compétences des Etats à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, thèse, A. Pedone, 2011.

¹⁵⁰¹OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, *loc. cit.*

¹⁵⁰²Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1, section 2, paragraphe 2, B), 1) L'inégale prise en compte de l'impératif de développement au sein des contrats d'Etat, p. 99.

réponse ne peut être positive en l'état actuel des choses. A cet égard, mettre un tel impératif de façon explicite au cœur même de l'instrument contractuel pourrait permettre d'en déduire des conséquences juridiques qui ne s'imposaient pas au préalable. C'est ainsi que la référence au développement durable pourrait être accompagnée de l'affirmation d'un droit au développement.

Un tel positionnement peut paraître simple. A ce titre, la question se pose de savoir pourquoi une telle évidence n'en est justement pas une et ne s'impose pas au sein de la relation contractuelle. La raison est peut être la peur des obligations qui pourraient découler de telles stipulations, celle des engagements, des conséquences et des implications auxquels devront faire face les Etats d'accueil de l'investissement et les firmes internationales.

D'un point de vue juridique, une telle stipulation a le mérite de redonner au contrat d'Etat sa finalité d'instrument de développement économique. De cette référence que l'on souhaite être généralisée, si le processus poursuit son cours jusqu'au bout, pourraient émerger des standards de comportement.

B. LA REFERENCE A DES STANDARDS DE COMPORTEMENT

Dans le secteur des hydrocarbures, certains contrats d'Etat, en guise de stipulations protectrices de l'environnement, se réfèrent à des standards de comportement que l'on pourrait comparer au principe de bonne foi ou alors à la référence au bon père de famille¹⁵⁰³. Le recours à la notion de « *good oilfield practice* »¹⁵⁰⁴ en est un exemple probant. En effet, dans de nombreux contrats d'hydrocarbures sous leur forme traditionnelle ou moderne, on retrouve, en tant que norme de comportement, la référence à ce qui est qualifié de « *good petroleum industry practice* »¹⁵⁰⁵. Cette notion brille par son caractère général et son absence de définition. Selon un auteur, les stipulations environnementales contenues dans certains

¹⁵⁰³OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., p. 414.

¹⁵⁰⁴« *In order to protect and preserve the natural environment, including flora, fauna and marine life of the contract area, including in particular the special ecological conditions of the Caspian Sea, contracts shall implement such environment protection actions as are dictated by good oilfields practice*», (Art. 28.2 du Modèle de contrat du Turkménistan), confère HINES (J. H.), VARANESE (J. B.), «Turkmenistan's Oil and Gas Sector, IELTR (ex-OGLTR), 2001, p. 8, cité par OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, loc. cit.

¹⁵⁰⁵*Idem*, p. 405.

types de contrats d'hydrocarbures sous cette forme ne sont que formelles, sans contenu juridique réel, faute de précisions dans les termes employés qui, de façon involontaire ou non, sont trop équivoques¹⁵⁰⁶. Cela correspond à la volonté générale des pays en voie de développement de ne pas freiner l'exploitation des hydrocarbures, source de financement de leur développement par des contraintes environnementales¹⁵⁰⁷. A cet égard, l'étude des concessions traditionnelles de la première moitié du 20^{ème} siècle fait état de trois types d'attitude en matière de protection de l'environnement¹⁵⁰⁸. Une partie des concessions traditionnelles écartait totalement cette problématique¹⁵⁰⁹. Une autre l'évoquait mais en des termes très généraux. Les concessions devaient ainsi être menées « *selon les règles de l'art, en prenant les précautions raisonnables* »¹⁵¹⁰. Enfin, une troisième partie des concessions avait intégré dès l'origine la question de la pollution due à l'exploitation des hydrocarbures¹⁵¹¹. La référence à des standards est insuffisante si elle existe seule. En effet, elle ne peut permettre d'assurer une protection minimale de l'environnement qu'à une double condition : d'une part, elle constitue un instrument de mesure comportementale à la lumière duquel les actions des cocontractants peuvent être examinées et d'autre part si elle est accompagnée de clauses circonstanciées. Dans le premier cas, cela confère au juge ou à l'arbitre une certaine marge d'appréciation et peut venir combler certains vides laissés par les stipulations contractuelles. Dans le second, un tel standard ne peut suffire en tant que stipulation protectrice de l'environnement. Il doit en réalité accompagner, si ce n'est « coiffer » un ensemble de clauses plus spécifiques. En conséquence, et de façon générale, les standards sont importants et doivent prendre toute leur place en matière de contrats d'Etat et de développement durable si on a bien conscience de leur rôle, de leur valeur et qu'ils sont utilisés à bon escient.

Le standard est un terme d'origine anglaise qui signifie « *étalon, type, modèle* »¹⁵¹², il puise ses sources dans le droit anglo-saxon¹⁵¹³. Il est le « *procédé qui permet au juge de prendre en*

¹⁵⁰⁶*Idem*, p. 414.

¹⁵⁰⁷*Ibidem*.

¹⁵⁰⁸*Ibidem*.

¹⁵⁰⁹*Ibidem*, c'était le cas des premières concessions pétrolières, les concessions d'Arcy de 1901, d'Aramco, de 1933 et celle d'Abu Dhabi Marine Areas (ADMA) de 1953.

¹⁵¹⁰*Ibidem*, c'est le cas d'une clause figurant par exemple à l'article 2 de la concession de Koweït oil company de 1934 en ces termes : « *In workmanlike manner with reasonable precautions* ». La formulation française est le fruit d'une traduction personnelle de l'auteur.

¹⁵¹¹*Ibidem*.

¹⁵¹²CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Standard », PUF, 9^{ème} édition, 2011 ; BLOUD-REY (C.), « Standard », ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1439.

considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'actes qu'il s'agit de juger »¹⁵¹⁴. Il donne une mesure moyenne de conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée¹⁵¹⁵. Il est en quelque sorte l'instrument qui permet au commandant d'un navire de faire le point en longitude et en latitude¹⁵¹⁶. Pour le professeur Al-Sanhoury, si la règle donne une solution fixe à une hypothèse déterminée¹⁵¹⁷, le standard ne possède pas cette fixité rigide¹⁵¹⁸. C'est une grande ligne de conduite, une directive générale pour guider le juge. Contrairement à la règle, l'application du standard exige un pouvoir discrétionnaire, « l'intuition d'un expert »¹⁵¹⁹. « Il lui faut non pas le travail d'une machine aveugle mais le doigté d'un artisan habile »¹⁵²⁰. Cela aboutit à des solutions variées et concrètes, adaptées à la particularité des faits en présence et non à la situation invariable qui est le résultat de l'application de la règle¹⁵²¹. Ainsi, à la fixité et à la rigidité de la règle, s'oppose la souplesse et l'adaptabilité du standard¹⁵²². Le standard se distingue du principe¹⁵²³. On ne retrouve pas dans ce dernier la fixité et la précision de la règle puisque celui-ci ne vise pas des faits précis¹⁵²⁴. Ainsi, contrairement au standard, la caractéristique même du principe est l'abstraction¹⁵²⁵. Le standard formule une façon normale de se conduire sans abstraction ni généralisation¹⁵²⁶. Il suppose de par son existence même qu'il existe plusieurs façons de se comporter selon les circonstances et c'est au juge qu'il incombe d'apprécier une attitude à la lumière du standard et au gré des circonstances de l'espèce¹⁵²⁷. C'est l'intuition et l'expérience pratique des choses de la vie qui inspirent et guident le juge dans l'application empirique du standard¹⁵²⁸.

¹⁵¹³ *Ibidem*.

¹⁵¹⁴ MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, introduction à l'étude du droit*, 2^{ème} édition, Sirey, 1980, n° 62.

¹⁵¹⁵ AL-SANHOURY (A.-A.), « Le standard juridique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny, tome II, les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 143, spéc. p. 145. Voir également AL-SANHOURY (A.-A.), *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle du droit et du standard juridique*, Marcel Giard, 1925.

¹⁵¹⁶ HAURIOU (M.), *Police juridique et fond du droit. A propos du livre d'Al Sanhoury : les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon*, Recueil Sirey, 1926, p. 265.

¹⁵¹⁷ AL-SANHOURY (A.-A.), « Le standard juridique », *loc. cit.*

¹⁵¹⁸ *Ibidem*.

¹⁵¹⁹ *Idem*, p. 146.

¹⁵²⁰ *Ibidem*.

¹⁵²¹ *Ibidem*.

¹⁵²² *Ibidem*.

¹⁵²³ *Ibidem*.

¹⁵²⁴ *Ibidem*.

¹⁵²⁵ *Ibidem*.

¹⁵²⁶ *Ibidem*.

¹⁵²⁷ *Ibidem*.

¹⁵²⁸ *Ibidem*.

Le standard est un élément précieux d'évolution dans le domaine économique dont le contrat est un des principaux aspects juridiques¹⁵²⁹. Il est un vecteur de souplesse et d'adaptabilité¹⁵³⁰. Il est préexistant à la règle¹⁵³¹. Il peut être considéré comme « *un instrument technique précieux qui fournit au droit les moyens d'évoluer avec les transformations successives du milieu social* »¹⁵³². En ce sens, il est une mesure moyenne de conduite sociale correcte, saisie en fonction de l'idéal en vigueur à un moment et dans un lieu donnés qui implique un certain bon sens envers les choses de la vie et une marge d'appréciation pour celui qui l'applique¹⁵³³. Il est une notion où le fait prédomine sur le droit¹⁵³⁴. Selon Madame Céline Bloud-Rey : « *Il permet ainsi d'aborder tout de suite le débat politique qui sous-tend la règle juridique* »¹⁵³⁵.

Le professeur Stéphane Rials pose la définition suivante: « *Le standard est une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure d'un comportement et de situations en termes de normalité, dans la double acception de ce terme* »¹⁵³⁶. Ainsi, le standard renvoie à l'idée de « normalité ». Le professeur Rials met en lumière la fonction normalisatrice du standard textuel, créé par le législateur ou l'autorité réglementaire, qui est interprété par les tribunaux, ainsi que le rôle du standard créé *ex nihilo*, qui est interprété par la jurisprudence¹⁵³⁷. « *Les diverses formes de normalité sont mises en œuvre par des standards. Coexistent des standards purement descriptifs, notamment dans le droit fiscal et des standards dogmatiques, la plupart des standards se tenant dans l'entre deux en promouvant une normalité dogmatique en ce qu'elle ne transcrit pas ce qui est, et néanmoins descriptive en ce qu'elle peut être tenue pour le produit des mentalités de l'époque et non pour un choix solitaire du juge* »¹⁵³⁸.

¹⁵²⁹*Idem*, p. 147.

¹⁵³⁰*Ibidem*.

¹⁵³¹*Ibidem*.

¹⁵³²*Idem*, p. 154.

¹⁵³³POUND (R.), *Reports of American Bar association, (Administrative Application of Legal Standards)*, volume 44, 1919 ; BLOUD-REY (C.), « Standard », *op. cit.*, p. 1440.

¹⁵³⁴*Ibidem*.

¹⁵³⁵*Ibidem*.

¹⁵³⁶RIALS (S.), *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, L.G.D.J., 1980, p. 120.

¹⁵³⁷PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, thèses, L.G.D.J., 1989, p. 8.

¹⁵³⁸RIALS (S.), *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, *op. cit.*, p. 76.

En droit civil français, le juge introduit dans la détermination du comportement de référence, la recherche d'une certaine qualité, d'un idéal destiné à « normaliser » l'ensemble des comportements¹⁵³⁹. Selon le professeur Anne Penneau, cela est particulièrement vrai à l'occasion de l'utilisation du standard dans le domaine de la responsabilité professionnelle, où l'on voit se détacher un standard distinct du « bon professionnel »¹⁵⁴⁰. La jurisprudence introduit à cet égard des exigences qui illustrent le rôle créateur qu'elle joue dans le maniement du concept¹⁵⁴¹. Ainsi, loin de recueillir le « donné », elle s'efforce de « construire »¹⁵⁴². Le standard sert de filtre et de moule¹⁵⁴³.

En matière de contrats d'Etat et de développement durable, il nous apparaît que la référence à des standards de comportement peut présenter un certain intérêt si tant est que l'on confère à ces standards un contenu réel et effectif. A des standards de comportement doivent être attachés des devoirs. L'exigence de bonne foi emporte à titre d'exemple un devoir de loyauté, c'est-à-dire un certain degré de sincérité contractuelle. La référence au bon père de famille emporte le devoir de se conduire de façon responsable, c'est-à-dire de façon prudente, soigneuse et diligente face à ses obligations. Il appartient ainsi au juge ou à l'arbitre d'apprécier et de déterminer concrètement ces standards au gré des circonstances de la cause.

Se référer contractuellement à des standards, c'est conférer une marge d'appréciation importante au juge ou à l'arbitre. Selon le professeur Jean-Louis Bergel, le standard, participant à la formation progressive du droit, remplit une fonction d'engendrement du droit¹⁵⁴⁴. En droit international, le standard a une fonction rhétorique de persuasion¹⁵⁴⁵. Dans ce cas, il peut tendre à faire passer une mesure politique¹⁵⁴⁶. Le standard possède également une fonction unificatrice en ce sens qu'il coordonne les règles de droit qui s'y réfèrent et peut éventuellement opérer un rapprochement des différents droits nationaux¹⁵⁴⁷. Les standards sont devenus incontournables dans les droits anglo-américains¹⁵⁴⁸. En droit international, le standard sert notamment à apprécier le comportement normal et moyen des Etats dans les

¹⁵³⁹PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, loc. cit.

¹⁵⁴⁰*Ibidem*.

¹⁵⁴¹*Ibidem*.

¹⁵⁴²*Idem*, p. 9.

¹⁵⁴³*Ibidem*.

¹⁵⁴⁴BERGEL (J.-L.) (dir.), « Les standards dans les divers systèmes juridiques », Cahier de Méthodologie Juridique n°3, (Congrès AIMJ, Aix en Provence, septembre 1988), *RRJ*, 1988, p. 4.

¹⁵⁴⁵BLOUD-REY (C.), « Standard », *op. cit.*, p. 1441.

¹⁵⁴⁶*Ibidem*.

¹⁵⁴⁷*Ibidem*.

¹⁵⁴⁸*Ibidem*.

relations internationales, ce comportement servant de référence pour apprécier la conduite d'un Etat dans un domaine donné. On parle de « standard minimum » pour marquer un seuil au-dessous duquel les Etats, en principe, ne doivent pas descendre dans le traitement qu'ils accordent à d'autres Etats ou à leurs ressortissants¹⁵⁴⁹. Il est un standard de comportement qui nous apparaît intéressant au regard de notre problématique, il s'agit de celui des règles de l'art.

PARAGRAPHE 2. LA REFERENCE AUX REGLES DE L'ART

Au regard de notre problématique, la référence contractuelle aux règles de l'art permet d'enrichir le contrat d'Etat de normes à la fois juridiques et techniques, permettant de conférer une autre dimension au respect des impératifs de développement durable. En effet, les règles de l'art présentent de l'intérêt au regard du pilier environnemental du développement durable. Elles désignent en ce sens un ensemble de pratiques techniques professionnelles, propres à la préservation et à la protection de l'environnement, dans un ou dans des secteurs déterminés. La définition des règles de l'art (A) permet déjà de révéler tout l'intérêt qu'un tel standard peut représenter à l'égard de notre sujet (B).

A. LA DEFINITION DES REGLES DE L'ART

Certains contrats d'hydrocarbures traditionnels conclus sous la forme de contrats d'Etat ne disposent, pour unique référence à la protection de l'environnement, que des formulations très vagues telles que la nécessité de mener à bien les opérations pétrolières « *selon les règles de l'art en prenant les précautions raisonnables* »¹⁵⁵⁰. Selon Monsieur Philippe Leboulanger, qu'il s'agisse de recherches pétrolières ou minières, de travaux de génie civil, de construction d'usines, d'*engineering* ou d'études techniques, de nombreux contrats stipulent expressément que l'entrepreneur doit respecter les règles de l'art généralement reconnues dans le domaine en cause¹⁵⁵¹. Un contrat d'*engineering* prévoit de la sorte que : « *Le constructeur a l'obligation de fournir, dans le cadre du contrat, une usine conforme aux règles de l'art et*

¹⁵⁴⁹CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, « Standard », *loc. cit.*

¹⁵⁵⁰OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, *op. cit.*, p. 405.

¹⁵⁵¹LEBOULANGER (PH.), *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, *Economica*, 1985, p. 65.

aux pratiques internationales en matière d'engineering et de construction »¹⁵⁵². L'auteur ajoute qu'afin de statuer sur la responsabilité de l'entrepreneur, les arbitres apprécient souverainement si les usages de la profession ont été respectés, aidés en cela par les expertises techniques¹⁵⁵³. Au vu de ces éléments, le fait de se référer aux règles de l'art présente un certain intérêt en matière de développement durable et de contrats d'Etat, notamment au regard de la préservation de l'environnement. En effet, sur ce dernier sujet, se référer à des règles de l'art permet de mettre en œuvre certains standards de comportement auxquels le professionnel doit techniquement se conformer. Cela permet concrètement d'harmoniser la pratique en la matière. Juridiquement, se référer au standard des règles de l'art permet de déterminer et de préciser le comportement que l'on attend des cocontractants qui s'engagent et d'avoir, à cet égard, des modèles et des normes auxquels les cocontractants pourront se référer et à la lumière desquels les juges et les arbitres pourront apprécier leurs actions. Il est important, pour que ces règles d'ordre juridique aient des impacts concrets en matière d'environnement, que les pratiques des opérateurs qu'elles désignent et auxquelles elles se réfèrent, évoluent dans le sens de la recherche de techniques tendant à la préservation et à la protection de l'environnement.

La règle de l'art est un standard qui se définit comme « *un comportement technique approprié, accessible à l'ensemble du corps professionnel dont son application relève, et qui correspond à l'état de la technique au moment de la réalisation de l'acte* »¹⁵⁵⁴. Ces règles sont le fruit de pratiques spontanées et imposent généralement des moyens à mettre en œuvre. Elles consistent en des techniques dont la fonction est d'aménager des phénomènes naturels. En droit français, elles s'épanouissent dans le domaine de la responsabilité professionnelle, parfois de façon plus précise pour les médecins et les constructeurs¹⁵⁵⁵.

Pendant longtemps, le mot « art » est utilisé dans les mêmes circonstances que le mot « technique », qui n'est pas encore connu sous sa forme substantivée et qui vient du mot grec *technè*¹⁵⁵⁶. L'industrialisation massive qu'a connue le 19^{ème} siècle a entraîné des bouleversements qui ont fait évoluer le sens des mots¹⁵⁵⁷. Dès l'origine, les règles de l'art sont considérées comme les règles qui dirigent l'activité de l'artisan dans la réalisation d'un

¹⁵⁵²*Ibidem*.

¹⁵⁵³*Ibidem*

¹⁵⁵⁴PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 105.

¹⁵⁵⁵*Idem*, p. 9.

¹⁵⁵⁶*Idem*, p. 17. Le terme *technè* désigne le savoir-faire.

¹⁵⁵⁷*Ibidem*.

ouvrage¹⁵⁵⁸. Dérivé du substantif latin « *ars* », le mot désigne dans sa première acception « *les procédures de fabrication qui ont un caractère très méthodique* »¹⁵⁵⁹. En l'occurrence, « *le second trait qui caractérise souvent le professionnel est qu'il soit technicien. Dans un certain sens, la technique n'est pas autre chose que l'art, au sens philosophique du mot, c'est-à-dire l'application d'une science à la réalisation d'un dessein. En ce sens, tous les professionnels sont des techniciens* »¹⁵⁶⁰.

Le standard des règles de l'art contribue à déterminer la teneur des obligations des professionnels et par contre-coup, en droit français, les hypothèses dans lesquelles leur responsabilité se trouve engagée. Elles correspondent aux données acquises de la science et de la technique à une époque et dans un lieu donnés et prennent toute leur place au sein du contentieux de la construction et de la responsabilité médicale. Selon le professeur Anne Penneau, le domaine des règles de l'art est composé d'un ensemble de règles techniques réalisant la maîtrise par l'homme des phénomènes naturels qui existent sans sa volonté¹⁵⁶¹. Le standard des règles de l'art est à la fois dogmatique et prescriptif. La jurisprudence française considère de ce fait le manquement aux règles de l'art comme une faute génératrice de responsabilité¹⁵⁶². Ainsi, les règles de l'art représenteraient les attentes légitimes des créanciers et parallèlement la loyauté du débiteur dans l'exécution du contrat, l'échelle de mesure étant l'état de la science et de la technique spécifique à un environnement socio-économique donné¹⁵⁶³. Les règles de l'art doivent être appréciées au moment de l'exécution du contrat¹⁵⁶⁴. La règle de l'art est une notion souple¹⁵⁶⁵. S'y référer possède certains attraits.

B. L'INTERET DE LA REFERENCE AUX REGLES DE L'ART

Selon le professeur Penneau, le recours par la jurisprudence à la notion de règle de l'art doit être compris comme un moyen de contraindre les professionnels à une vigilance optimisée¹⁵⁶⁶. Les règles de l'art ne se confondent pas avec le simple état de la pratique. En outre, elles ne

¹⁵⁵⁸*Ibidem.*

¹⁵⁵⁹*Idem*, p. 16

¹⁵⁶⁰MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 6^{ème} édition, 1965, n°705. B.

¹⁵⁶¹PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, *op. cit.*, p. 36, § 41.

¹⁵⁶²*Ibidem* ; PENNEAU (A.), « Règles de l'art et normes techniques », ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1329.

¹⁵⁶³*Ibidem.*

¹⁵⁶⁴*Ibidem.*

¹⁵⁶⁵*Ibidem.*

¹⁵⁶⁶PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, *op. cit.*, p. 105.

reflètent pas nécessairement le plus haut niveau de la technique et de la science¹⁵⁶⁷. Par le biais de la référence aux règles de l'art, s'opère un phénomène de juridicisation de la règle qui lui confère un caractère mixte, à la fois technique et juridique¹⁵⁶⁸. Cela traduit ainsi une réception dans le droit de règles d'une autre nature¹⁵⁶⁹. Les règles de l'art servent de référence aux normes techniques¹⁵⁷⁰. Un tel raisonnement peut être suivi en matière de contrats d'Etat et de développement durable. En effet, dans ce domaine, le fait de se référer aux règles de l'art permet à la règle juridique de s'enrichir des évolutions techniques des milieux professionnels. Cela est d'autant plus intéressant que la technique évolue vers des procédés tendant à préserver davantage l'environnement. La référence au sein de l'instrument contractuel à la notion de « règles de l'art » doit être vue comme un moyen de contraindre les professionnels à un comportement particulièrement précis et diligent. Elle permet de conférer au juge ou à l'arbitre un rôle important en matière de contrats d'Etat et de développement durable. En outre, tout contentieux afférent ne peut faire l'économie de l'intervention d'un expert.

Un autre parallèle peut être opéré avec le droit français. En effet, en droit français, dans les contrats, la référence aux règles de l'art se fait généralement *in fine* et semble en conséquence avoir pour fonction de ratisser dans le champ contractuel toutes les obligations qui n'ont pas été expressément visées par le contrat¹⁵⁷¹. Toutefois, cela peut contribuer à amoindrir leur valeur¹⁵⁷². Pour pallier cela, il conviendrait, selon le professeur Penneau de définir plus précisément les critères en vertu desquels le domaine des règles de l'art doit être fixé¹⁵⁷³. Le critère proposé par l'auteur se déduit de la convergence des caractères communs aux activités pour lesquelles la jurisprudence semble réserver la notion¹⁵⁷⁴. Ainsi, la jurisprudence française vise tout d'abord des métiers qui supposent à la fois une activité réfléchie et une intervention manuelle de l'homme¹⁵⁷⁵. L'activité est réfléchie car, dans chaque cas, l'intervention matérielle est conditionnée par une analyse théorique préalable de la situation de fait qui doit être traitée¹⁵⁷⁶. Dans la mesure où, dans les règles de l'art, l'homme se trouve confronté à des phénomènes physiques et biologiques qui s'imposent à lui comme une réalité extérieure

¹⁵⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁶⁸ *Idem*, p. 11.

¹⁵⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁷⁰ *Idem*, p. 16 ; voir également nos développements *supra*, première partie, titre 2, chapitre 1, section 1, paragraphe 2, A) 3) b) La normalisation, p. 192.

¹⁵⁷¹ PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁷² *Ibidem*.

¹⁵⁷³ *Ibidem*.

¹⁵⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁷⁶ *Ibidem*.

objective, la règle ne traduit pas simplement une représentation de la réalité imaginée par l'homme, elle est soumise à l'épreuve des faits¹⁵⁷⁷. Au regard du développement durable et des contrats d'Etat, il appartient aux cocontractants de circonscrire de façon précise les domaines concernés par les « règles de l'art ». Les règles de l'art sont constituées tantôt par des prescriptions tout à fait détaillées dictant tel mode d'agir ou telle abstention, tantôt par un appel à la recherche des modalités inspirées de la prudence et de la diligence, propres à favoriser l'évitement de certains inconvénients¹⁵⁷⁸.

En droit français, la jurisprudence admet le manquement aux règles de l'art tant pour des comportements matériels que pour des comportements intellectuels¹⁵⁷⁹. Ces règles de l'art y sont une obligation de moyens¹⁵⁸⁰. Pour exister, les règles de l'art n'ont pas besoin d'être constatées par écrit¹⁵⁸¹. Elles existent, indépendamment de tout formalisme¹⁵⁸². En effet, leur contenu évolue en fonction d'un savoir-faire, apprécié par référence à l'état de la science et de la technique du moment¹⁵⁸³. Les règles de l'art résultent d'un ensemble où la pratique professionnelle et l'état de la science doivent être pris en considération en même temps¹⁵⁸⁴.

Les règles de l'art sont forgées par la pratique et les recherches d'un milieu professionnel, la convention ne pouvant qu'opérer une référence à ces règles déjà existantes¹⁵⁸⁵. Il apparaît donc certain que, contrairement aux usages dont elles se distinguent fondamentalement en ce sens, les règles de l'art n'ont pas d'origine conventionnelle. Elles constituent donc une catégorie juridique autonome et distincte¹⁵⁸⁶. Elles sont trouvées soit parmi les données « acquises » de la science, soit parmi ses données « actuelles »¹⁵⁸⁷. En droit français, selon le professeur Penneau, l'usage tire son caractère impératif du jeu des articles 1135 et 1160 du Code civil¹⁵⁸⁸. L'idée d'équité est au cœur de ce caractère impératif¹⁵⁸⁹. En effet, la référence à l'équité ne s'entend pas simplement de la recherche d'un équilibre économique entre la

¹⁵⁷⁷*Ibidem.*

¹⁵⁷⁸*Idem*, p. 44.

¹⁵⁷⁹*Ibidem.*

¹⁵⁸⁰*Idem*, p. 52.

¹⁵⁸¹*Idem*, p. 93.

¹⁵⁸²*Ibidem.*

¹⁵⁸³*Ibidem.*

¹⁵⁸⁴*Idem*, p. 94.

¹⁵⁸⁵*Idem*, p. 99.

¹⁵⁸⁶*Ibidem.*

¹⁵⁸⁷*Idem*, p. 108.

¹⁵⁸⁸*Idem*, p. 108.

¹⁵⁸⁹*Ibidem.*

valeur des prestations fournies respectivement par les cocontractants¹⁵⁹⁰. Elle correspond plus profondément à l'idée de justice commutative à travers laquelle la bonne foi est recherchée dans l'exécution de la prestation¹⁵⁹¹. Cela doit également être le cas au sein des contrats d'Etat, au regard des préoccupations de développement durable. Il apparaît toutefois que la référence aux règles de l'art ne peut faire l'économie de clauses plus circonstanciées.

SECTION 2. LE RENFORT DE CLAUSES CIRCONSTANCIEES

Il convient de rappeler que le développement durable est un principe d'intégration, sous-tendant d'autres principes à travers ses trois piliers : social, environnemental et économique. La protection de l'environnement fait partie du pilier environnemental du développement durable. La protection des droits liés au travail, celle des droits de l'homme et des droits socioculturels appartiennent au pilier social du principe. Grâce à la technique contractuelle, des clauses circonstanciées ont vocation à organiser la vie du contrat ainsi que la relation contractuelle à la lumière de ces enjeux. En matière de développement durable, certaines clauses ont des visées préventives et curatives (**Paragraphe 1**). A leurs côtés, les autres clauses organisant la vie du contrat (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1. LES CLAUSES A VOCATION PREVENTIVE ET CURATIVE

Nous avons souligné toute l'importance que revêtaient la prudence et la prévention au regard du développement durable. A ce titre, la spécificité de clauses à vocation préventive doit être mise en exergue (**A**). Cela étant, la fin de la période contractuelle doit également être une préoccupation majeure qui se pose en termes de réhabilitation des sites (**B**).

A. LA SPECIFICITE DES CLAUSES A VOCATION PREVENTIVE

Le souci de prudence, de diligence et de prévention doit être matérialisé par la nécessaire réalisation d'études d'impact (**1**). Dans la même perspective, l'intérêt d'un plan de gestion circonstancié doit également être souligné (**2**) ainsi que celui de stipulations relatives à un inventaire des ressources (**3**). Les stipulations tendant à vérifier les capacités de la société

¹⁵⁹⁰*Ibidem.*

¹⁵⁹¹*Ibidem.*

opératrice en cas de dommage à l'environnement doivent également être au cœur de la mécanique de prévention (4) ainsi que les clauses financières à vocation préventive (5).

1) La nécessaire réalisation d'études d'impact

Au regard des contrats d'Etat, l'étude d'impact nous paraît être le préalable nécessaire à toute activité. A côté de l'étude d'impact environnemental, la plus connue (a), existe également l'étude d'impact socioculturel (b).

a) L'étude d'impact environnemental

Selon le principe 17 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : « *Une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente* ».

Les données propres à un espace doivent être prises en compte si l'environnement doit y être sauvegardé et il en est surtout ainsi des activités humaines les affectant qui peuvent y porter atteinte¹⁵⁹². Deux procédures spécifiques peuvent servir d'outils afin d'assurer la prise en compte de l'avenir en matière d'environnement. La procédure d'étude d'impact, introduite dans des législations nationales et la réglementation communautaire depuis la fin des années 1960, a fait son apparition dans des traités internationaux au cours des années 1970 et a été développée progressivement dans des traités régionaux. Ainsi en est-il à ce dernier titre de la Convention régionale de Koweït du 24 avril 1978 pour la coopération dans le domaine du milieu marin contre la pollution du golfe Persique¹⁵⁹³. Nous pouvons également citer la directive communautaire 85/337 du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. Sur le plan international, la procédure d'étude d'impact a été définie de façon complète par la Convention d'Espoo du 25 février 1991 sur l'évaluation d'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière. La Convention d'Espoo a été élaborée sous l'égide de la Commission économique des Nations

¹⁵⁹²KISS (A.-C.), « Une étude d'impact. Les effets de la protection de l'environnement sur le droit international », *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 207, spéc. p. 217.

¹⁵⁹³Article 11, a).

Unies pour l'Europe et regroupe plusieurs Etats d'Europe, d'Asie centrale et de Transcaucasie ainsi que le Canada et les Etats-Unis.

Selon l'article 1^{er} de la Convention, l'évaluation de l'impact sur l'environnement désigne une procédure ayant pour objet d'évaluer l'impact probable d'une activité proposée sur l'environnement. « L'impact » désigne tout effet sur l'environnement, notamment sur la santé et la sécurité, la flore, la faune, le sol, l'air, l'eau, le climat, le paysage et les monuments historiques et autres constructions, ou l'interaction entre ces facteurs, voire sur le patrimoine culturel ou les conditions socio-économiques qui résultent de la modification de ces facteurs¹⁵⁹⁴. Le protocole de Madrid du 4 octobre 1991 au Traité sur l'Antarctique, relatif à la protection de l'environnement, est largement bâti sur la procédure d'étude d'impact qui devient le principal outil pour sauver l'environnement¹⁵⁹⁵.

A côté des études d'impact, existent l'évaluation stratégique environnementale qui a été introduite dans le droit international suivant des idées et des expériences de la Communauté économique européenne, à l'époque. Elle est formulée par le protocole de Kiev du 21 mai 2003 à la Convention d'Espoo que nous avons citée précédemment. Le protocole de Kiev en donne la définition suivante : « *L'évaluation des effets probables sur l'environnement, y compris sur la santé, qui comprend la délimitation du champ d'un rapport environnemental et son élaboration, la mise en œuvre d'un processus de participation et de consultation du public et la prise en compte du rapport environnemental et des résultats du processus de participation et de consultation du public dans un plan ou programme* ». L'expression « effet sur l'environnement » vise tout effet y compris ceux sur la santé de l'homme, la flore, la faune, la diversité biologique, les sols, le climat, l'air, l'eau, les paysages, les sites naturels, les biens matériels, le patrimoine culturel et l'interaction entre ces facteurs¹⁵⁹⁶.

L'étude d'impact est une procédure scientifique préalable, permettant de mesurer les enjeux et les perspectives d'un projet. D'après le professeur Michel Prieur, procéder à des études d'impact ne signifie pas aller plus loin dans ces études. « *Avec l'étude d'impact, la recherche préalable change de nature et d'échelle : il s'agit d'étudier scientifiquement l'insertion du projet dans l'ensemble de son environnement en examinant les effets directs et indirects,*

¹⁵⁹⁴KISS (A.-C.), « Une étude d'impact. Les effets de la protection de l'environnement sur le droit international », *op. cit.*, p. 214 ;

¹⁵⁹⁵Article 8 et annexe 1, *Ibidem*.

¹⁵⁹⁶Article 2, alinéas 6 et 7.

immédiats et lointains, individuels et collectifs. On réalise une sorte de socialisation des actions d'investissements »¹⁵⁹⁷.

La technique de l'étude d'impact est apparue aux Etats-Unis avec la loi sur la politique nationale de l'environnement de 1969¹⁵⁹⁸. La technique consiste à évaluer les effets des projets de lois¹⁵⁹⁹ et « *autres actions fédérales importantes de nature à affecter sensiblement la qualité de l'environnement* »¹⁶⁰⁰. La naissance des études d'impact en droit français est liée directement à la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature¹⁶⁰¹. L'alinéa 2 de l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976, qui est la base légale des études d'impact, vise des études préalables permettant d'apprécier les conséquences d'un ouvrage sur le milieu naturel. Une confusion est ainsi opérée entre le terme environnement et celui de milieu naturel. En effet, en matière d'études d'impact, le législateur français conçoit l'environnement de façon large : il s'étend au-delà du seul milieu naturel¹⁶⁰². L'entrée en vigueur du régime des études d'impact date du 1^{er} janvier 1978.

Selon le professeur Michel Prieur, en droit de l'environnement, « *Il est de fait que les constructeurs, aménageurs, ingénieurs, industriels, ont toujours fait précéder leur projet d'études approfondies pour évaluer la solidité, l'utilité et la nocivité de leur construction. Mais ces dossiers techniques ne concernaient que des aspects limités : la fiabilité de l'ouvrage en lui-même et sa rentabilité dans la seule logique économique de l'investisseur (...). Avec l'étude d'impact, la recherche préalable change de nature et d'échelle. Il s'agit d'étudier scientifiquement l'insertion du projet dans l'ensemble de son environnement en examinant les effets directs et indirects, immédiats et lointains, individuels et collectifs* ». L'auteur ajoute : « *On réalise une sorte de socialisation des actions d'investissement* »¹⁶⁰³.

L'article L.122-1 du Code de l'environnement pose l'obligation d'une étude d'impact pour les projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements publics et privés, qui par leur nature, leurs

¹⁵⁹⁷PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2004, p. 72.

¹⁵⁹⁸*National Environmental Protection Act*, 1970, article 102 : « *Environmental impact statement* ».

¹⁵⁹⁹CANS (C.), « Variations autour d'une innovation environnementale. L'impact des études d'impact sur le droit public », *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, op. cit.*, p. 461.

¹⁶⁰⁰KISS (A.-C.), LAMBRECHTS (C.), « Les procédures d'études d'impact en droit comparé », *RJE*, 1976, n°3-4, p. 239.

¹⁶⁰¹Loi n°76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, *JORF* du 13 juillet 1976, p. 4203

¹⁶⁰²PRIEUR (M.), « Etude d'impact et protection de la nature », *20 ans de protection de la nature. Hommage au Professeur Michel Despax*, PULIM, 1998, p. 61, spéc. p. 70.

¹⁶⁰³PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement, loc. cit.*

dimensions ou leur localisation sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine. Ainsi, les études d'impact sont obligatoires en droit français, face à des projets d'ampleur. Le principe énoncé en 1976 et le mécanisme du décret n°77-1141 du 12 octobre 1977 pris pour l'application de l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976 reposent sur l'idée que tout aménagement ou ouvrage qui peut avoir des impacts sur le milieu naturel, doit nécessairement comporter une étude d'impact¹⁶⁰⁴.

D'un point de vue environnemental, en matière de contrats d'Etat, il semble réellement que les stipulations contractuelles doivent prévoir, en tant que préalable, une étude d'impact avant toute opération d'ampleur. Cette étude d'impact s'accompagnerait ainsi d'un plan de gestion détaillé qui tiendrait compte de la spécificité de la matière concernée, s'appuierait sur de la documentation ainsi que sur des données scientifiques et techniques précises et circonstanciées. Il faudrait associer à ces études d'impact, des études d'évaluation de risques, des audits environnementaux¹⁶⁰⁵. Les études d'impact devront accompagner les opérations et s'inscrire à chaque étape. Le principe de la soumission de tous les ouvrages à l'étude d'impact doit réellement prendre toute son ampleur. Il faudrait également un contrôle *a posteriori* de l'étude d'impact. C'est par exemple ce que prévoit la Convention d'Espoo du 25 février 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière. Effectivement, cette Convention prévoit en son article 7 et dans l'annexe 5, une étude *a posteriori* qui permet de vérifier si les mesures correctives sont efficaces et également si les prévisions de l'étude d'impact sont confirmées¹⁶⁰⁶.

S'exprimerait au travers des contrats d'Etat un certain devoir de diligence qui serait ainsi l'expression de la prudence, de l'anticipation et de la prévention. Les études d'impact permettraient de déterminer comment et dans quelle mesure une opération serait réalisable, à travers de nombreuses questions. Quels sont les risques potentiels pour l'environnement dans sa diversité ? Comment les prévenir ? Comment les pallier ? Comment remédier à d'éventuelles atteintes qui pourraient survenir ? Comment les limiter ? Comment remettre en

¹⁶⁰⁴Voir conclusions de Michel Pinault sur CE Sect., *Association de défense de la qualité de la vie du Val de Loire*, 5 février 1982, *AJDA*, 1982, p. 472 ; CE, 28 septembre 1984, *SA Mortera*, *RJE*, 1984, p. 332 ; pour la construction d'une route supérieure à 6 millions de francs, CE, 24 février 1993, *Melle Descours*, *RJE*, 2-1993, p. 279.

¹⁶⁰⁵OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice Sophia Antipolis, 2002, p. 420. Selon l'auteur, ces études d'impact, réalisées par des experts indépendants, devraient porter sur toutes les phases de l'exécution du contrat.

¹⁶⁰⁶PRIEUR, « Etude d'impact et protection de la nature », *op. cit.*, pp. 81 et 82.

état après l'achèvement des opérations ? Comment réutiliser ce qui aura déjà été utilisé ? Comment pérenniser ? En d'autres termes, comment une telle opération d'envergure serait réalisable tout en préservant l'environnement ?

Les études d'impact, prévues par le contrat, devraient à notre sens être suivies de stipulations contractuelles qui seraient le fruit des résultats de cette étude. Elles permettraient à terme d'éviter tout risque, en l'état certain ou incertain des données scientifiques, de porter certaines atteintes graves et irréversibles à l'environnement¹⁶⁰⁷. Ainsi, cela se matérialiserait en une série d'obligations, souvent à la charge du contractant étranger. En matière d'études d'impact, il serait bon de prévoir un suivi *a posteriori* de l'étude, consistant à vérifier la pertinence de l'étude d'impact et à prendre des mesures correctrices appropriées¹⁶⁰⁸.

A titre d'exemple, si un projet d'exploitation d'hydrocarbures est envisagé, il faudrait que les cocontractants conviennent d'une étude permettant de mesurer les impacts de ce projet sur l'environnement. Cette étude, à vocation scientifique, aurait pour préalable un inventaire des ressources naturelles composant la biosphère et la lithosphère. Rappelons à cet effet que la lithosphère est la sphère principale du substrat planétaire. Il s'agit d'une couche minérale non renouvelable alimentant les sociétés en matières premières¹⁶⁰⁹ : énergie¹⁶¹⁰, métaux¹⁶¹¹, engrais¹⁶¹², matériaux de construction¹⁶¹³. La biosphère est la sphère du vivant¹⁶¹⁴. Sa base est principalement constituée par les sols qui sont la résultante de l'interaction entre le substrat (la lithosphère), le climat (l'atmosphère) et l'ensemble du vivant, (plantes, champignons, microbes, animaux)¹⁶¹⁵. Elle peut donc être vue comme un tissu vivant planétaire. Une fois cet

¹⁶⁰⁷ Nous préférons le terme de « certaines atteintes » car nous avons conscience du fait que certaines activités par essence auront des répercussions sur l'environnement. C'est le cas notamment en matière d'hydrocarbures. En outre, toute activité de l'Homme a forcément des répercussions sur son environnement. Il s'agit ici d'en limiter les effets négatifs.

¹⁶⁰⁸ PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 99.

¹⁶⁰⁹ GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, Odile Jacob, 2010, p. 89 ; Voir nos développements *supra*, Introduction, pp. 22-24.

¹⁶¹⁰ Nous pouvons citer de façon non exhaustive le pétrole, le charbon (carbone), l'uranium, l'hydrogène, les schistes bitumeux, le méthane du gaz naturel.

¹⁶¹¹ Par exemple le fer, l'aluminium, le cuir, le zinc, le platine, l'or, ou encore le mercure.

¹⁶¹² Comme le potassium, le phosphore, l'azote du gaz naturel, les oligoéléments.

¹⁶¹³ Notamment le granit, le calcaire, les schistes, l'ardoisier, le gypse pour le plâtre.

¹⁶¹⁴ GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, loc. cit. Elle se définit comme étant l'ensemble des écosystèmes de la planète comprenant tous les êtres vivants et leurs milieux. La biosphère correspond à la mince couche de 20 km maximum comprenant les portions de l'atmosphère, de l'hydrosphère et de la lithosphère où la vie est présente. D'après *Le petit Larousse illustré 2012*, « Biosphère », Larousse, 2011.

¹⁶¹⁵ Plus précisément, la photosynthèse réalisée par les plantes et algues vertes à partir de la lumière solaire et du gaz carbonique produit les molécules (la biomasse constituée de carbone, oxygène, hydrogène et azote) qui constituent la base alimentaire et énergétique de longues chaînes d'êtres vivants allant jusqu'aux sociétés humaines. L'ensemble des substrats biochimiques (biotopes) et des êtres vivants qui en vivent (biocénoses)

inventaire établi, les résultats de l'étude d'impact seraient accompagnés de propositions scientifiques et techniques tendant à supprimer, réduire, si possible, compenser, à tout le moins, limiter les impacts négatifs attendus de l'activité sur l'environnement. Ces propositions pourraient figurer sur un document de référence, sur lequel les cocontractants devront s'appuyer tout au long de l'évolution de l'activité envisagée. Des clauses contractuelles tenant compte des résultats de l'étude d'impact ainsi que du document de référence pourraient également être prévues, obligeant les cocontractants à se conformer aux résultats obtenus. A la fin de la période d'opération, une étude *a posteriori* pourrait être établie afin de faire état des impacts réels de l'activité sur l'environnement. Cette étude se distinguerait en ce sens de l'étude d'impact *a priori*. L'étude d'impact *a posteriori* permettrait d'établir la comparaison entre les prévisions *a priori* et les conséquences réelles. Elle pourrait permettre de mesurer également l'efficacité des mesures prises afin de limiter les impacts négatifs sur l'environnement. Enfin, elle permettrait de prévoir les mesures à vocation curative, tendant notamment à la remise en état et à la réhabilitation des sites et des sols.

En droit français, l'étude d'impact fait l'objet de mesures de publicité. En effet, la loi pose le principe de la publicité de l'étude d'impact¹⁶¹⁶. Pour le professeur Prieur : « *Le mécanisme de l'étude d'impact n'a d'utilité que s'il s'accompagne d'une transparence du processus de prise de décision et permet au public d'exprimer ses réticences avant qu'il ne soit trop tard* »¹⁶¹⁷. Nous pensons également que cela doit être l'un des buts de l'étude d'impact. Cette publicité doit être prévue au sein des contrats d'Etat.

Il faudrait également donner la possibilité de s'exprimer à la « démocratie participative » prônée par les instruments de Rio. Cela se traduirait par la recherche de l'opinion des populations locales à travers n'importe quel canal de communication. Chacun pourrait alors être informé, consulté et pourrait en retour donner son avis sur des mesures susceptibles d'affecter sa vie et son bien-être¹⁶¹⁸. Ces études d'impact auraient également, en définitive,

constituent les écosystèmes ou l'écosystème ou l'écosystème global que l'on appelle biosphère. La biosphère ne recouvre cependant qu'une partie de la surface terrestre. Elle est absente des déserts, des zones froides et des sommets montagneux. Elle recouvre inégalement les sols vivants en fonction des climats. Les sols se décomposent également de façon différenciée en fonction des climats. Ils sont donc une ressource vivante planétaire, GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable: du développement au développement durable*, op. cit., pp. 89-90.

¹⁶¹⁶Article L.122-1 du Code de l'environnement.

¹⁶¹⁷PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 91 §101.

¹⁶¹⁸Cette exigence est quant à elle posée par les principes 10 et 22 de la Déclaration de Rio qui prône ainsi la participation des populations locales pour tout projet ayant trait à leur environnement ; Selon Monsieur Zia Oloumi : « *Les populations doivent ainsi être informées mais également consultées. Il est à noter que la*

une vocation sociale. L'étude d'impact remplirait alors ce double rôle : à la fois prévenir et fédérer.

En matière de contrats d'Etat, l'existence même de ces études d'impact semble être une nécessité et l'existence effective de telles études serait un grand pas. En outre, l'idée d'une entité extérieure, exerçant un contrôle indépendant sur celles-ci est d'un grand intérêt. Un tel contrôle extérieur, ne pourrait atteindre son objectif et sa vertu qu'à partir de l'instant où l'entité effectuant ces contrôles, étatique ou non, est réellement indépendante. Sinon, demeure la possibilité, moins satisfaisante, d'études d'impact réalisées par le cocontractant privé étranger avec la collaboration et le contrôle de la partie étatique.

En France, l'article 2 du décret du 12 octobre 1977 modifié par le décret du 25 février 1993 et abrogé au 23 mars 2007, prévoyait cinq rubriques pour l'étude d'impact. Ces cinq rubriques ne sont pas dépourvues d'intérêt car elles soulignent bien, à notre sens, les grandes étapes que doit connaître une étude d'impact environnemental. Le décret prévoyait tout d'abord l'analyse de l'état initial du site et de son environnement¹⁶¹⁹.

Selon le professeur Prieur : « *C'est la recherche du point zéro qui, sur le plan scientifique, est le plus aisé puisqu'il s'agit d'un constat concret des données existantes. Cette analyse sera menée d'autant plus facilement qu'on disposera d'un inventaire écologique ou d'une carte écologique nationale ou régionale pour chacun des éléments à recenser. Le champ territorial du constat n'est pas limité à l'espace directement prévu pour l'ouvrage, mais il porte sur tout l'espace qui peut être affecté par les aménagements ou les ouvrages* »¹⁶²⁰.

Le décret prévoyait également un état de l'analyse des effets sur l'environnement. Les éléments à prendre alors en compte étaient ceux concernant l'environnement actuel : sites et paysages, faune, flore, milieux naturels, équilibres biologiques, eau, air, sol, climat. Les effets sur l'environnement physique devaient également être pris en considération. Il s'agissait des diverses pollutions dans la mesure où ces dernières portaient atteinte à la commodité du voisinage. Le bruit, les vibrations, les odeurs, les émissions lumineuses étaient ainsi

Déclaration de Rio souligne l'importance de ce processus notamment au regard des connaissances du milieu que possèdent les populations autochtones », OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., p. 423.

¹⁶¹⁹PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 86.

¹⁶²⁰*Ibidem*.

mentionnées. L'analyse des effets sur l'hygiène, la sécurité et la salubrité publique devait également être prise en compte¹⁶²¹.

En droit français, en 1993, les études des effets sur la protection des biens et du patrimoine culturel avaient également été introduites. En 2003, ce fut le cas des études des effets sur la santé¹⁶²². Les effets analysés étaient non seulement les effets directs mais également les effets indirects, secondaires, cumulatifs, à court et à moyen terme, temporaires ou permanentes, positifs et négatifs du projet sur l'environnement¹⁶²³.

Les études d'impact devaient mentionner les raisons pour lesquelles le projet avait été retenu, les mesures envisagées par le pétitionnaire et l'estimation des dépenses¹⁶²⁴. A cet égard, le maître de l'ouvrage devait présenter dans l'étude d'impact l'ensemble des dispositions devant être prises pour supprimer, réduire et si possible compenser les conséquences dommageables du projet sur l'environnement et depuis 2003 sur la santé. Le choix des mesures à prendre lui était donc laissé. Cela devrait également être le cas au regard des études d'impact prévues par les contrats d'Etat.

Les études d'impact devaient enfin exposer de façon obligatoire les méthodes utilisées et les difficultés rencontrées¹⁶²⁵. En effet, en droit français, le décret du 25 février 1993, exigeait la présentation des méthodes utilisées dans l'étude d'impact pour la rendre scientifiquement plus sérieuse. Un résumé non technique était prévu afin de faciliter la lecture de l'étude d'impact par le public¹⁶²⁶.

Selon le professeur Michel Prieur, le mécanisme d'étude d'impact n'a d'utilité que s'il s'accompagne d'une transparence du processus de prise de décision et permet au public d'exprimer ses réticences avant qu'il ne soit trop tard. Les effets en dehors du territoire national doivent aussi être pris en compte dans l'étude d'impact. Le droit français prévoit également des études d'impact transfrontières lorsque des activités menées sont susceptibles de porter atteinte à l'environnement d'un Etat voisin¹⁶²⁷.

¹⁶²¹*Idem*, p. 87.

¹⁶²²*Ibidem*.

¹⁶²³*Ibidem*.

¹⁶²⁴*Idem*, pp. 87-89.

¹⁶²⁵*Idem*, p. 89.

¹⁶²⁶*Ibidem*.

¹⁶²⁷*Idem*, p. 84.

L'étude d'impact d'un projet susceptible d'affecter l'environnement d'un Etat voisin ne peut se limiter aux seuls effets sur l'environnement à l'intérieur du territoire français, comme l'a énoncé assez tôt le Tribunal administratif de Strasbourg¹⁶²⁸. Ce principe existe sous la réserve que la recherche des effets à l'étranger par l'auteur de l'étude d'impact ne se heurte pas à des difficultés liées à la collecte d'informations. La directive communautaire du 25 juin 1985 modifiée le 3 mars 1997¹⁶²⁹, impose une procédure d'information de l'Etat voisin susceptible d'être affecté par un projet et de consultation du public étranger. Il peut-être important de prévoir des études d'impact transfrontières au sein des contrats d'Etat. Selon Madame Chantal Cans, c'est probablement sur l'une de ses fonctions intrinsèques, l'amélioration de l'information, que s'est fondée la généralisation de l'étude d'impact à d'autres domaines que celui de l'environnement¹⁶³⁰. Cela concerne par exemple les études d'impact socioculturel.

b) L'étude d'impact socioculturel

Les contrats d'Etat peuvent avoir pour lieu d'exécution des milieux au sein desquels certains enjeux socioculturels sont forts et s'imposent. De nombreuses interrogations peuvent se poser quant à la manière dont les opérations d'investissement peuvent peser sur les modes de vie des populations locales. En matière sociale, des études d'impact socioculturel ont non seulement vocation à éviter d'éventuels conflits mais aussi à préserver les équilibres culturels d'un territoire donné. Ces études porteraient sur les impacts directs et indirects des opérations envisagées tels que la migration des populations, les violences ou encore les changements en termes de modes de vie et d'organisation. En effet, n'oublions pas que les contrats d'Etat doivent consacrer le droit à un environnement sain. Or, au sens commun du terme, dans une de ses nombreuses acceptions, l'environnement désigne également le cadre de vie objectif et subjectif.

Aussi, les études d'impact semblent être le recul suffisant nécessaire avant d'aborder tout projet d'une ampleur certaine, ayant des conséquences à la fois sur le plan économique, social

¹⁶²⁸TA Strasbourg, *Province de Hollande*, 3 août 1989, *RJE*, 1990, p. 125.

¹⁶²⁹Article 7.

¹⁶³⁰CANS (C.), « Variations autour d'une innovation environnementale. L'impact des études d'impact sur le droit public », *op. cit.*, p. 483.

et environnemental. Afin de remplir au mieux les objectifs de développement durable, l'étude d'impact préconisée devrait évoluer et exister tout au long de l'exécution du contrat¹⁶³¹.

A titre d'exemple, dans le domaine des hydrocarbures, une étude menée par la Banque mondiale a démontré que les études d'impact réalisées en matière sociale permettaient d'éviter de nombreux conflits et de mener à bien les contrats d'hydrocarbures d'une certaine durée en général¹⁶³². Cela a également des conséquences sur la pérennité du projet en évitant les conflits susceptibles de survenir. En ce sens, la rentabilité des grands projets semble liée à la réalisation d'études d'impact à vocation sociale¹⁶³³. Ces études d'impact pourraient être rendues publiques car les populations ont besoin d'être informées. Mais les seules études d'impact ne suffisent pas. Ces dernières doivent s'accompagner d'un plan de gestion qui permettrait, une fois l'étude réalisée, de prévoir l'avancée des opérations dans le respect des résultats de l'étude en question.

2) La référence à un plan de gestion circonstancié

Un plan de gestion circonstancié préconiserait ainsi, en pratique, une attitude à adopter, précise, appuyée sur des documents techniques détaillés. Une stipulation contractuelle devrait à notre sens prendre en compte cet état de fait. Les obligations des contractants pourraient alors être mesurées à la lumière de ces documents. Il en résulterait, à notre sens, moins d'incertitudes concernant les éventuelles défaillances contractuelles puisque les référents juridiques seraient plus précis. Dès lors, le plan de gestion propre au contrat d'Etat pourrait s'inscrire au sein d'un processus plus large de gestion et de planification.

Dans sa réflexion consacrée spécifiquement à la mise en œuvre du droit international de l'environnement en matière de gestion du milieu marin et littoral au Cameroun, un auteur préconise la mise en œuvre des principes de gestion et de planification¹⁶³⁴. Bien que son

¹⁶³¹OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., p. 434.

¹⁶³²Plus de 20 ans.

¹⁶³³OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., p. 432.

¹⁶³⁴DASSE (P.), « La mise en œuvre du droit international dans le secteur marin et littoral », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 131,

analyse soit limitée au domaine spécifique du milieu marin et littoral, il nous semble que l'idée qui en ressort peut avoir une portée et un domaine plus généraux.

La mise en œuvre de ces principes de gestion et de planification s'effectuerait par exemple à travers le principe de zonage : « *Le principe du zonage consistant en la spécialisation dans l'utilisation des sols, permet de tenir compte de la complémentarité des activités qui peuvent être localisées en zone marine et côtière conformément aux objectifs prioritaires de développement définis par les pouvoirs publics. Ainsi, les parties les plus précieuses ou les plus fragiles peuvent être, soit préservées intégralement, soit réservées aux activités non destructrices telles que les loisirs pendant que les espaces les moins précieux ou moins vulnérables sont affectés aux activités à forte potentialité de dégradation telles les activités industrielles* »¹⁶³⁵. Un tel principe nous semble pouvoir être applicable à tous les milieux. Il impliquerait qu'une réelle politique d'aménagement des milieux soit mise en œuvre afin de préserver les ressources naturelles. Une telle politique incomberait aux pouvoirs publics. Elle pourrait cependant voir associés les opérateurs étrangers. En conséquence, les études d'impact réalisées dans le cadre de contrats d'Etat pourraient déterminer les milieux qui seraient plus ou moins sensibles à l'activité envisagée afin d'en tirer des conséquences.

Les clauses relatives à la gestion et à la planification de ces contrats pourraient imposer la mise en œuvre et le respect de ce zonage dans la mesure du possible. Cela permettrait notamment de préserver les territoires fragiles et de limiter les impacts sur l'environnement d'activités polluantes. Ces clauses pourraient finalement contribuer à la détermination ainsi qu'à la mise en œuvre d'une véritable politique d'aménagement des territoires et des milieux. Ces développements mettent en exergue le fait que la réalisation d'études d'impact, la gestion ainsi que la planification du contrat d'Etat ne peuvent se faire sans la réalisation d'un inventaire.

3) Les stipulations liées à un inventaire nécessaire des ressources

En matière de protection du milieu littoral et marin, Monsieur Dasse recommande la mise en œuvre de principes relatifs à l'état des ressources¹⁶³⁶. Ce dernier préconise de consacrer le

¹⁶³⁵ *Idem*, p. 151.

¹⁶³⁶ *Idem*, p. 150.

principe d'inventaire¹⁶³⁷ qui devrait permettre, selon lui, de mettre en œuvre un inventaire, non pas occasionnel mais systématique et permanent, permettant de créer une base de données la plus fiable possible, où seraient recensées les ressources naturelles, les ressources humaines, les infrastructures de mise en valeur ainsi que les méthodes et techniques mises en œuvre. Un tel principe d'inventaire devrait selon nous être prévu au sein des contrats d'Etat. Cet inventaire, qui pourrait être limité à des lieux ou à des domaines déterminés aurait pour nous deux intérêts principaux. D'une part, celui de mettre en œuvre le droit international de l'environnement en accompagnant l'Etat contractant dans un processus d'inventaire de ses ressources, de ses infrastructures de mise en valeur ainsi que des méthodes et techniques mises en œuvre. D'autre part, un tel inventaire permettrait à travers l'étude d'impact et le processus de prise de décision, d'avoir toute visibilité quant à la réalisation de l'investissement et de respecter au mieux les impératifs de développement durable

Pour l'auteur, le principe d'inventaire sous-tend les principes de surveillance et de recherche¹⁶³⁸, permettant aux décideurs de disposer à chaque instant de l'information la plus précise et complète. Nous entendons bien sûr étendre notre raisonnement à l'ensemble des milieux naturels, au-delà des simples milieux côtiers et des littoraux. Poser contractuellement l'exigence d'un tel inventaire nous semble détailler et préciser la recherche d'un certain degré d'information. Celle-ci permet notamment un usage durable et pérenne des ressources.

4) Les stipulations tendant à vérifier les capacités de la société opératrice en cas de dommage à l'environnement

L'exemple de la catastrophe mettant en cause la société BP dans le golfe du Mexique a réellement prouvé que s'assurer des moyens dont dispose un opérateur pour faire face à certains risques n'est pas un luxe, mais bien une nécessité. Ainsi, une clause portant sur les capacités d'intervention de la société opératrice en cas de dommages causés à l'environnement pourrait également être prévue. Celle-ci pourrait s'appuyer sur un document décrivant des procédures permettant au cocontractant étranger de réagir, face à des risques environnementaux susceptibles de se réaliser. Il s'agirait par exemple de procédures internes,

¹⁶³⁷*Ibidem*. Cet inventaire concerne le milieu marin et côtier camerounais. Ce dernier se prononce sur le cas spécifique du Cameroun. Ainsi, le pays devrait selon lui réformer le système tendant à la mise en œuvre du droit international de l'environnement.

¹⁶³⁸*Ibidem*. Ce principe implique une connaissance complète des milieux marins à un instant donné. Pour l'auteur, la recherche doit être accentuée de façon soutenue sur les aspects physiques, chimiques, biologiques, économiques, sociaux et juridiques.

liées à la maîtrise du personnel, confronté à de tels risques. Il pourrait également s'agir de procédures ayant trait à l'effectivité, la fiabilité, les performances et l'efficacité des moyens techniques nécessaires. Cette clause aurait pour but de vérifier que le cocontractant dispose de tous les moyens de réaction nécessaires, face à la réalisation d'un risque environnemental. Cela consisterait à vérifier la capacité technique du cocontractant en la matière, son expérience du domaine, ses ressources, et ses procédures¹⁶³⁹. La prévention peut également exister dans le fait de s'assurer de l'existence de moyens financiers nécessaires, face à la survenance d'un éventuel évènement ou alors à la volonté de faire évoluer, à terme, la gestion des ressources énergétiques.

5) Les stipulations financières à vocation préventive

Les clauses environnementales au sein des contrats d'Etat peuvent aussi se matérialiser par le biais de stipulations financières qui mettraient à la charge des contractants des obligations d'ordre financier, destinées aux impératifs environnementaux. Par exemple, le fait de contracter de façon obligatoire une assurance permettant d'intervenir en cas de dommages éventuels à l'environnement est une mesure préventive à vocation curative possible et intéressante¹⁶⁴⁰. La généralisation de telles clauses présente un certain intérêt en matière de droit de l'environnement.

Certains contrats pétroliers prévoient l'obligation pour le cocontractant étranger de remettre à l'Etat, dans les trois premières années de l'exploitation, une certaine somme destinée à la protection de l'environnement à travers un fonds d'affectation pour l'environnement¹⁶⁴¹. Afin

¹⁶³⁹ OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., p. 442.

¹⁶⁴⁰ Certains contrats prévoient en effet une telle assurance. C'est le cas de contrats conclus avec le gouvernement thaïlandais. Ainsi, le modèle de contrat de concession thaïlandais prévoit une assurance en cas de dommages causés à l'environnement. C'est un système qui tend à intervenir une fois le dommage survenu. La clause est ainsi rédigée : « *As an assurance for obligation to prevent and make good such damages the concessionaire shall secure insurance coverage with an insurance company acceptable to the Government with coverage amount appropriate for its operations* ». Le modèle contractuel chinois, quant à lui, prévoit que le partenaire étranger contracte une police d'assurance couvrant sa responsabilité si des pollutions venaient à survenir. Cette police d'assurance couvre également les coûts de nettoyage et d'arrêt des incendies ; OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., pp. 409 et 415.

¹⁶⁴¹ OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., pp. 407-408. Pour l'auteur, c'est le cas du contrat de concession *Esso Exploration Inc.*, n° 2/2522/17 en date du 16 mars 1979, Barrows Company, Asia Contracts 1980, p. 72, qui a porté à la fois sur les questions du contrôle de la pollution et sur les questions sanitaires.

d'éviter qu'une telle mesure ne soit pas effective et/ou n'ait pour unique conséquence que d'être un bonus supplémentaire pour l'Etat d'accueil si les sommes versées ne sont pas destinées aux causes pour lesquelles elles ont été allouées, il est alors important que puisse être prévue dans le secteur, le versement de ces sommes, non à l'Etat contractant mais à un fonds indépendant, un tiers, qui aurait vocation à recevoir de telles sommes et à s'acquitter des missions pour lesquelles les sommes lui seraient versées. Enfin, dans une perspective à très long terme, Monsieur Zia Oloumi préconise d'affecter « *une partie des recettes pétrolières au développement des ressources renouvelables de substitution* »¹⁶⁴². Ainsi, selon cet auteur, les recettes tirées de l'exploitation des ressources non renouvelables pourraient être affectées à un fonds destiné à développer les ressources renouvelables de substitution. « *La réduction irrémédiable des ressources non renouvelables se transformerait en une création de ressources renouvelables* »¹⁶⁴³. La mise en œuvre de ce projet consisterait en la pratique suivante : « *Le développement quasi-durable exige que chaque investissement dans l'exploitation des ressources non renouvelables soit couplé avec un investissement compensatoire dans la substitution des ressources renouvelables. Ainsi, par exemple, l'extraction des hydrocarbures pourrait être couplée avec la culture d'alcool de bois* »¹⁶⁴⁴. Les cocontractants pourraient insérer une clause au sein des contrats d'Etat obligeant le versement par l'opérateur étranger de deniers dans un fonds destiné à promouvoir à terme le développement des énergies renouvelables et de substitution¹⁶⁴⁵.

En matière d'hydrocarbures, un tel principe consiste à affecter une partie des ressources liées à l'exploitation des hydrocarbures au développement des ressources naturelles renouvelables de substitution, de sorte qu'il y ait à terme une réduction de la consommation des ressources non renouvelables remplacée par une progression de la consommation des ressources renouvelables. Ce serait le passage progressif, dans une perspective à long terme, à d'autres modes de production et en conséquence, de consommation¹⁶⁴⁶. Il pourrait en aller de façon semblable en matière de réalisation de travaux d'envergure et d'opérations d'ampleur liées au

¹⁶⁴² *Idem*, p. 444.

¹⁶⁴³ *Ibidem*.

¹⁶⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁴⁵ Concrètement pour Monsieur Oloumi, il faudrait par exemple que l'exploitation des ressources non renouvelables soit couplée avec « *un investissement compensatoire dans la substitution de ressources renouvelables* ». Certains Etats du Canada et des Etats-Unis ont mis en place de tels fonds. L'idée en droit du commerce international est d'inscrire de tels fonds dans une mission d'investissement dans le développement de modes alternatifs de production et de consommation durables. Voir OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., p. 445.

¹⁶⁴⁶ *Idem*, p. 446.

développement. L'affectation de certaines sommes à un fonds dédié permettrait le remplacement progressif de techniques menant à des modes de consommation de ressources non renouvelables par des techniques modernes s'inscrivant dans une perspective d'action permettant des modes et procédés de développement durable. Les sommes affectées à un tel fonds pourraient servir à la recherche et au développement en matière de modes de production et de consommations alternatives. Il est important de souligner que la gestion d'un tel fonds ne peut relever de la responsabilité d'aucun contractant mais bien de celle d'un tiers indépendant, qui aurait vocation à fédérer l'ensemble du secteur en question. Il pourrait s'agir d'un organisme indépendant créé dans la sphère du commerce international, qui pourrait emporter à la fois la confiance des sociétés internationales et des Etats. Il existe cependant, face à une telle proposition, une difficulté majeure. En effet, au sein d'un tel dispositif, Etat et sociétés internationales doivent s'accorder pour « renoncer » ainsi à une partie de leurs recettes ou pour supporter des charges qui pourraient être plus importantes, notamment pour le contractant étranger. Il est donc important qu'une telle démarche résulte d'une pratique commune à l'ensemble des professionnels du secteur. Une pratique commune peut être également celle des clauses régissant la fin de la période contractuelle et qui consiste en la remise en état des sites. De telles clauses ont également une dimension préventive.

B. LES CLAUSES REGISSANT LA FIN DU CONTRAT : LA REMISE EN ETAT DES SITES

Les contrats d'Etat devraient comporter une obligation de remise en état des sites après leur utilisation afin que l'usage de ces derniers soit pérenne. Cette obligation passe par exemple par le démantèlement des installations. En effet, certains contrats d'hydrocarbures prévoient, à la fin de l'exploitation, une obligation de démantèlement des installations pétrolières¹⁶⁴⁷. A titre d'exemple, le modèle de contrat de concession thaïlandais de 1981 prévoit que le démantèlement des installations en mer est obligatoire et que les zones y ayant été exploitées

¹⁶⁴⁷La clause est ainsi intitulée « *Abandonment Obligation* ». Il existe également des clauses contractuelles prévoyant non seulement le démantèlement mais également la réhabilitation des sites. Cette obligation est dénommée *Abandonment obligation*, OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable, op. cit.*, p. 408. En revanche, selon l'auteur, l'exigence de réhabilitation des sites est prévue par la plupart des contrats dans ce type de domaine. Les législations nationales le prévoient aussi, *Idem*, pp. 439 -440.

doivent retrouver leur état originel aussi rapidement que possible¹⁶⁴⁸. Ce dispositif a été repris dans de nombreux modèles contractuels, notamment au sein des contrats de concession modernes¹⁶⁴⁹. Une clause posant une obligation de remise en état et de réhabilitation des sites exploités nous semble nécessaire au sein des contrats d'Etat. Là encore, la référence à des instruments de gestion et de planification est nécessaire. D'autres clauses organisant aussi la vie du contrat présentent un certain intérêt.

PARAGRAPHE 2. LES AUTRES CLAUSES ORGANISANT LA VIE DU CONTRAT

Les autres clauses organisant la vie du contrat d'Etat sont des stipulations contractuelles particulières à vocation environnementale et sociale (A) et à vocation économique (B).

A. LES CLAUSES ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES

Le principe d'usage durable des ressources permet de renforcer l'importance de la préservation de l'environnement dans l'activité régie par le contrat d'Etat (1). Touchant également à la vie du contrat, l'importance des stipulations liées à la participation et à l'information des populations locales doit également être soulevée (2).

1) Le principe d'usage durable des ressources

Un principe contractuel d'usage durable des ressources pourrait permettre à notre sens de mener à bien les activités déterminées par l'investissement en ayant à l'esprit le fait que le terrain des opérations ne doit pas faire l'objet d'un usage unique mais pérenne. Ainsi, après certaines activités d'envergure comme cela peut être le cas en matière d'exploitation des hydrocarbures, les sites pollués n'ont souvent plus aucune utilité une fois pollués ou encore détruits. Le principe d'usage durable des ressources pose notamment la nécessité de remise en état des sites utilisés. Celle d'éviter toute « pollution étendue » est également un moyen de parvenir à la réalisation d'un tel objectif.

¹⁶⁴⁸La clause est rédigée en ces termes: « *The Properties that are not usable shall be removed by the concessionaire in accordance with the Minister's instruction within three months from the date of the instruction* », *Idem*, p. 408.

¹⁶⁴⁹Appelés également « contrats de concession aménagés ». C'est ainsi que Monsieur Zia Oloumi les qualifie dans sa thèse. Voir OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice Sophia Antipolis, 2002.

Dans certains modèles contractuels¹⁶⁵⁰, en matière d'hydrocarbures, un type de clause s'analyse en une obligation générale pour les contractants, de prendre toutes les précautions nécessaires afin de protéger la navigation et la pêche et d'empêcher toute « pollution étendue » de la mer ou des rivières. Il est également précisé que l'exécution du contrat ne doit pas porter atteinte aux obligations auxquelles l'Etat est soumis en la matière, en droit international. Un tel type de clause accentue la réalité en vertu de laquelle certaines opérations ne peuvent se faire sans la moindre pollution. Cette clause a vocation à imposer à tous une obligation de diligence. En d'autres termes, il faudrait que l'activité ne cause pas davantage de dommages que ceux qui sont déjà admis à survenir. La notion de « pollution étendue » semble vague et floue. Nous pouvons nous poser la question de savoir ce qu'est une « pollution étendue ». Comment une telle pollution peut être mesurée ? Il nous semble ainsi que de telles clauses doivent nécessairement prendre appui sur des études d'impact. Celles-ci auront ainsi pris le soin de prévoir et d'exposer les dommages potentiellement attendus. Des mesures de gestion et de planification auront, quant à elles, déterminé les perspectives à travers lesquelles les atteintes inexorables à l'environnement provoquées par ce genre d'activité pourront être limitées. Elles pourraient figurer dans un document de référence, servant de base à l'action des cocontractants. Se pose alors la question suivante : comment serait-il possible de constater la défaillance du débiteur d'une telle obligation ? Il faudrait à notre sens se référer à l'étude d'impact réalisée avant l'activité en question, au document de référence accompagnant celle-ci, déterminant les mesures à prendre au regard des résultats de l'étude, ainsi qu'aux stipulations contractuelles en découlant, cela afin de limiter toute conséquence dommageable de l'activité sur l'environnement¹⁶⁵¹. En effet, Il nous semble que l'on pourrait, en la matière, se reporter à l'étude d'impact réalisée *a priori*. Ainsi, la pollution étendue pourrait se mesurer à la lumière de ce qui y a été prévu, des conséquences dommageables en matière de pollution qui étaient attendues. La défaillance du débiteur

¹⁶⁵⁰Il s'agit du modèle de contrat de partage de production turkmène et du modèle indonésien. Dans le modèle contractuel indonésien, nous retrouvons cette clause: « *Responsible for the Preparation and execution of the Work Program, which shall be implemented in a workmanlike manner and by appropriate scientific methods, and CONTRACTOR shall take necessary precautions for the protection of navigation and fishing and shall prevent extensive pollution of the sea or rivers. It is also understood that the execution of the Work Program shall be exercised so as not to conflict with Government obligations imposed on the Government by international Law* ». Dans le modèle chinois, figure une obligation de moyens qui désigne la nécessité pour les contractants de tout mettre en œuvre afin de prévenir la survenance des pollutions et le cas échéant, en limiter les éventuels effets, OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit. pp. 412 et 415.

¹⁶⁵¹Voir notre exemple *supra*, ce chapitre, section 2, paragraphe 1, A, 1, a) L'étude d'impact environnemental, p. 376.

devrait également se mesurer à l'aune des mesures de gestion et de planification, déterminées afin d'éviter, de réduire, de limiter les impacts négatifs attendus sur l'environnement de l'activité considérée. Ces instruments pourraient figurer dans un document de référence qui servirait de base au comportement des cocontractants à cet égard. Ils devront s'y référer tout au long de l'évolution de l'activité envisagée. La défaillance du débiteur devrait également être mesurée à l'aune de stipulations contractuelles définies en fonction des résultats de l'étude d'impact réalisée *a priori* et des mesures figurant dans le document de référence.

Dans le domaine de l'exploitation des hydrocarbures, le modèle contractuel chinois pose certaines obligations détaillées. Il impose une étude d'impact environnemental, des plans d'urgence, des normes de déchargement, des mesures de protection des ressources, des mesures préventives d'urgence et de protection, un rapport sur les données anti-pollution¹⁶⁵². Ces mesures présentent l'intérêt de circonstancier l'action du contractant étranger à travers un certain nombre d'actions lui permettant de s'inscrire dans une réelle démarche de protection de l'environnement. Cette clause vise non seulement les éventuels dommages à l'environnement maritime, mais également aux environnements terrestres et aériens¹⁶⁵³. Dans tous les cas, une démarche de développement durable exige que les populations locales soient associées aux projets.

2) L'importance de stipulations liées à la participation et à l'information des populations locales

Conformément à la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, notamment à son principe 22¹⁶⁵⁴, les populations locales ont besoin d'être associées et informées sur les impacts des opérations d'investissement sur leurs vies. Aussi, des clauses contractuelles prévoyant la consultation et la participation de ces populations, sont nécessaires. De telles clauses auraient vocation à garder un dialogue constant avec les populations en les associant

¹⁶⁵²*Idem*, p. 416.

¹⁶⁵³Au sein de l'article 24 du modèle contractuel chinois, figure ainsi la clause suivante: « *make its best efforts to prevent pollution and damage to the atmosphere, oceans, rivers lakes, harbours and land (...) and use all reasonable endeavour to climate promptly any pollution occurring in the performance of the Petroleum Operations and minimise its consequences*», *Idem*, p. 216.

¹⁶⁵⁴Principe 22 : « *Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les Etats devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable* ».

aux projets. De telles décisions pourraient prévenir et empêcher d'éventuels conflits et s'inscriraient également dans une démarche de préservation du patrimoine culturel¹⁶⁵⁵. En conséquence, les principes de consultation et de participation doivent être consacrés contractuellement. Les études d'impact ainsi que leur publicité pourraient servir un tel but. En matière de développement durable et de contrats d'Etat, les clauses d'ordre économique ont également leur importance.

B. LES CLAUSES D'ORDRE ECONOMIQUE

Les contrats d'Etat ont, dans une certaine perspective, vocation à participer à la croissance ou au développement économique des Etats hôtes au sein desquels ils s'exécutent. C'est la raison pour laquelle il nous apparaît que cette vocation sous-jacente se doit d'être matérialisée à travers certaines clauses insistant sur un impératif de développement. Ces clauses tendent à l'obligation d'approvisionner le marché national pour certains biens (1), il existe également les clauses de préférence nationale (2), les clauses relatives au transfert du savoir, des connaissances, des compétences et de la technologie (3).

1) L'obligation d'approvisionner le marché national

Au sein de certains contrats, il existe par exemple une obligation qualifiée de « *Domestic Market Obligation* » ou l'obligation d'approvisionner le marché national¹⁶⁵⁶. Une telle clause sous-tend que les ressources naturelles appartiennent à l'Etat et doivent être utilisées pour le bien-être de la population. Ces stipulations d'ordre économique sont liées à l'idée de croissance ou de développement et permettent ainsi aux pays concernés de pouvoir bénéficier d'une production issue de ses propres ressources à des tarifs issus de la négociation contractuelle. Elles s'inscrivent dans le même esprit que les clauses de préférence nationale.

¹⁶⁵⁵Voir à cet égard BORIES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international. Les compétences des Etats à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, loc. cit.

¹⁶⁵⁶OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., p. 167.

2) Les clauses de préférence nationale

En matière d'hydrocarbures, les clauses de « préférence nationale »¹⁶⁵⁷ imposent au contractant étranger d'employer de préférence du personnel local et d'utiliser du matériel et des services provenant du marché intérieur. Le contrat prévoit également qu'il faut pour cela que les prix et la qualité soient compétitifs. C'est, par exemple, le cas de certains modèles contractuels asiatiques qui prévoient des clauses de préférence pour le marché national. En effet, au-delà de l'obligation d'approvisionnement du marché national, les modèles contractuels thaïlandais¹⁶⁵⁸ et chinois¹⁶⁵⁹, en matière d'hydrocarbures, font obligation au contractant étranger de privilégier les services disponibles dans le pays. Pour le modèle contractuel thaïlandais, cela concerne notamment : « *Les prestations liées au transport de véhicules, à la construction de routes ou aux matériaux nécessaires* »¹⁶⁶⁰. Il est important dans l'énoncé de cette clause de tenir compte bien évidemment des capacités que possède l'Etat contractant à répondre aux besoins en la matière.

Pour nous, cette préférence pour le marché national a pour corollaire la nécessité de faire appel en priorité, dans la mesure du possible, à de la main d'œuvre locale, en la formant, le cas échéant. Le poids financier qui pourrait résulter de telles charges sociales, notamment de l'embauche et de la formation du personnel local, pourrait être allégé par une politique fiscale appropriée. Le coût pourrait ainsi être inclus dans les charges opérationnelles du cocontractant étranger¹⁶⁶¹. Les clauses mettant à la charge du cocontractant étranger une obligation de préférence du marché national, aussi bien à la production qu'à la vente, s'inscrivent dans une logique de développement durable.

Les clauses relatives à l'embauche du personnel local doivent avoir pour corollaire le paiement à un prix « raisonnable permettant une vie digne eu égard au coût de la vie locale ». Il ne s'agit pas d'une main d'œuvre à bas coût qui serait payée défavorablement face au personnel expatrié. Permettre des conditions de vie dignes par un salaire « décent »,

¹⁶⁵⁷ *Preference clauses, Idem*, p. 168.

¹⁶⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁵⁹ Ainsi, au sein de ce modèle contractuel particulier, les clauses de « préférence nationale » imposent au contractant étranger d'employer de préférence du personnel chinois et d'utiliser du matériel et des services provenant du marché intérieur, *Idem*, p. 310.

¹⁶⁶⁰ *Idem*, p. 168.

¹⁶⁶¹ C'est ainsi que le suggère Monsieur Zia Oloumi, *Ibidem*.

convenable, suffisant, équitable. Le caractère « décent » pourrait s'apprécier au regard des spécificités économiques nationales.

L'embauche de main d'œuvre locale doit être stipulée au cœur de ces contrats de développement. Des clauses sociales de formation du personnel doivent également être prévues. Ces dernières ont pour objectif de participer à la formation du personnel local et autochtone en le dotant notamment d'une véritable compétence dans le domaine et dont il pourrait se prévaloir à l'occasion d'autres projets par exemple. Dans un élan similaire, il semble également qu'il est important de prévoir des clauses de transfert de technologie et de savoir-faire¹⁶⁶². En conséquence, il est important au sein des contrats d'Etat de prévoir des obligations d'embauche et de formation du personnel local. La transmission du savoir et des connaissances s'inscrit au cœur même du processus de développement durable. Elle passe par le transfert de technologie.

3) Les clauses relatives au transfert du savoir, des connaissances, des compétences et de la technologie

Le développement technologique est indispensable aux pays en voie de développement. Or, l'accession aux technologies modernes est rendue difficile par l'état de dépendance extrême dans lequel se trouvent ces pays par rapport aux détenteurs de la technologie qu'ils importent qui sont les grandes sociétés privées internationales¹⁶⁶³.

Le transfert de technologie peut se définir comme étant l'ensemble des opérations par lesquelles un détenteur de technologie met une partie réceptrice en mesure d'exploiter celle-ci¹⁶⁶⁴. Juridiquement, il consiste en un contrat à titre onéreux par lequel une entité dénommée l'« acquéreur » achète des connaissances techniques à une autre entité dénommée le « détenteur » ou le « fournisseur »¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶²Les clauses relatives au transfert de technologie et à la formation du personnel s'inscrivent dans une perspective de développement durable. De nombreuses questions peuvent alors se poser en la matière. Celle de savoir ce qu'il faut transférer. Est-ce juste un « savoir-faire » ? Ce transfert s'accompagne-t-il de transfert de logiciels par exemple ? Pendant longtemps, la Chine a mis à la charge des cocontractants étrangers des clauses très contraignantes en matière de transfert de technologie. La notion de transfert s'entendait alors dans une acception très large, *Idem*, p. 229.

¹⁶⁶³FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, 2^{ème} édition, Dalloz, 1991, p. 338.

¹⁶⁶⁴SCHAPIRA (J.), « Maîtrise et autonomie technologique en droit international du développement », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 327.

¹⁶⁶⁵FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, *op. cit.*, § 285.

Si dans le transfert, « l'émetteur est un sujet de droit privé, le récepteur, en l'état actuel s'il appartient au tiers monde et s'il est juridiquement indépendant de l'émetteur, est le plus souvent l'Etat, une société nationale, une centrale, un établissement public, c'est-à-dire une personne de droit public. Le contrat n'en sera pas moins négocié comme un accord commercial dont, d'ailleurs, il adopte la structure »¹⁶⁶⁶. Le rôle majeur du contrat produit diverses conséquences parmi lesquelles le choix de la structure adéquate qui appartient souvent au récepteur du transfert. A lui de décider, selon ce qu'il en attend et en fonction de sa capacité d'assimilation, s'il suffit d'une licence de brevet, d'un accord de communication de *know how* assorti le cas échéant d'une convention d'assistance et de formation ou si le transfert technologique doit être incorporé dans une vente de biens d'équipements ou dans un contrat de construction d'ensemble industriel¹⁶⁶⁷.

En matière d'acquisition de technologie, il existe trois niveaux qui sont la maîtrise, l'indépendance et l'autonomie¹⁶⁶⁸. Il y a maîtrise d'une technologie quand le récepteur, ayant assimilé les connaissances et le savoir-faire qui s'y rapportent et disposant du personnel compétent, peut exploiter cette technologie avec les mêmes résultats que l'émetteur¹⁶⁶⁹. Il y a indépendance technologique lorsque le récepteur, disposant d'une infrastructure de recherche et de moyens matériels adéquats, peut innover et exploiter ses innovations sans avoir à recourir à une contribution extérieure ou étrangère¹⁶⁷⁰. Enfin, il y a autonomie technologique lorsque le récepteur exploite la technologie transférée sans être contraint par les nécessités de l'exploitation ou par des clauses contractuelles, de solliciter le concours ou l'autorisation de l'émetteur¹⁶⁷¹. La maîtrise technologique est l'étape minimale susceptible d'amorcer un développement réel¹⁶⁷².

Le transfert de technologie doit être réel pour qu'il y ait maîtrise technologique¹⁶⁷³. En effet, certains transferts, par le biais de contrats licites, s'avèrent en réalité inopérants. Il existe donc

¹⁶⁶⁶SCHAPIRA (J.), « Maîtrise et autonomie technologique en droit international du développement », *op. cit.*, p. 328.

¹⁶⁶⁷*Ibidem.*

¹⁶⁶⁸*Idem*, p. 331.

¹⁶⁶⁹*Ibidem.*

¹⁶⁷⁰*Ibidem.*

¹⁶⁷¹*Ibidem.*

¹⁶⁷²FEUER (G.), « Contrats Nord-Sud et transferts de technologie », CASSAN (H.) (dir.), *Contrats internationaux et pays développement*, Economica, 1989, p. 137, spéc. p. 142.

¹⁶⁷³SCHAPIRA (J.), « Maîtrise et autonomie technologique en droit international du développement », *op. cit.*, p. 334.

certaines impératifs. Tout d'abord la nécessité pour l'émetteur de mettre à la disposition du récepteur la totalité des éléments et des procédés d'information concernant la technologie sous contrat. L'auteur indique ainsi : « *Cette proposition doit être interprétée au sens le plus large tout en variant concrètement selon la nature de l'accord, depuis la vérification du contenu du know how jusqu'à un contrôle sophistiqué dans les contrats complexes* »¹⁶⁷⁴. Un autre impératif réside dans le fait que le transfert doit porter sur une technologie privatisée. En d'autres termes, l'émetteur ne peut prétendre conférer une maîtrise si le contenu est déjà connu et divulgué au sein de l'Etat récepteur. Par exemple, s'il s'agit d'une technologie déjà disponible¹⁶⁷⁵ ou encore obsolète¹⁶⁷⁶. En effet, les pays en développement doivent éviter que leurs fournisseurs ne leur livrent une technologie dont ils n'ont plus l'usage eux-mêmes¹⁶⁷⁷. Le risque est grand puisque les progrès technologiques sont de plus en plus rapides et qu'il est tentant pour les fournisseurs d'écouler des stocks devenus obsolètes dans des pays en voie de développement¹⁶⁷⁸. Dans de tels cas, les transferts aboutiraient à un résultat contraire au but recherché, en consolidant le retard technologique de ces Etats¹⁶⁷⁹.

Enfin, la technologie transférée doit être qualitativement irréprochable. La question qui va se poser pour l'Etat contractant sera de savoir si d'une part celle-ci est conforme au dernier état de la recherche-développement et si, d'autre part, elle permet d'atteindre effectivement les performances stipulées¹⁶⁸⁰.

La technologie doit être adaptée au niveau et aux besoins de développement des Etats en voie de développement¹⁶⁸¹. En effet, l'accès trop brutal à des techniques sophistiquées comporte le risque de perpétuer, voire d'accentuer le phénomène de dépendance en maintenant le personnel local à l'écart d'une véritable maîtrise de la technologie transférée¹⁶⁸². Aussi des débats prolongés ont-ils depuis longtemps mis en avant des stratégies de transfert de technologie « *douces* », « *intermédiaires* », « *appropriées* »¹⁶⁸³.

¹⁶⁷⁴*Ibidem.*

¹⁶⁷⁵*Ibidem.*

¹⁶⁷⁶FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement, loc. cit.*

¹⁶⁷⁷*Ibidem.*

¹⁶⁷⁸*Ibidem.*

¹⁶⁷⁹*Ibidem.*

¹⁶⁸⁰SCHAPIRA (J.), « Maîtrise et autonomie technologique en droit international du développement », *op. cit.*, p. 331.

¹⁶⁸¹FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement, loc. cit.*

¹⁶⁸²*Ibidem.*

¹⁶⁸³*Ibidem.*

C'est ainsi que les contrats d'Etat doivent s'inscrire dans la volonté de doter l'Etat d'accueil de l'investissement de véritables compétences technologiques qui consisteraient au minimum en la maîtrise de la technologie transférée. Ainsi, selon Monsieur Jean Schapira : « *Il convient, selon nous, par une classification réaliste, de partir du fait que la maîtrise technologique, objectif de tout accord de transfert, s'acquiert soit par une transmission de connaissances, soit par une transmission de compétences, soit par une transmission de performances* »¹⁶⁸⁴. Pour l'auteur, la connaissance juridiquement protégée par la loi ou la volonté des parties s'acquiert grâce aux cessions et aux licences de brevets et aux accords¹⁶⁸⁵. « *La compétence s'acquiert grâce aux conventions d'assistance technique et de formation qui sont des louages de service*¹⁶⁸⁶. *La performance s'acquiert soit par l'alliance des types précédents, soit par des clauses ad hoc, contenues dans les ventes de biens industriels ou dans les accords de constructions d'usines en état de marche. Clauses pouvant, à la limite, imposer à l'émetteur des obligations de résultat* »¹⁶⁸⁷.

Selon le professeur Guy Feuer : « *Il faut souligner toutefois que la formation du personnel n'entraîne pas toujours un transfert de compétences conduisant à l'initiation technologique du receveur. Tout dépend du niveau auquel la place le contrat : si elle ne vise que le personnel d'exécution, elle peut ne correspondre qu'à une volonté de créer des emplois, c'est-à-dire à une finalité purement économique et sociale. Ce n'est que lorsque la formation s'adresse à la totalité des cadres, y compris les cadres du plus haut niveau, que l'on peut parler de maîtrise industrielle* »¹⁶⁸⁸.

Les contrats d'Etat doivent également permettre et prévoir la recherche-développement. Ils doivent aussi favoriser la formation, la recherche et l'acquisition de connaissances par le biais de certaines clauses financières ayant cette vocation. Par exemple, au sein de certains types de contrats d'hydrocarbures, des clauses financières prévoient des avantages spéciaux devant être versés par le cocontractant privé. Ces avantages spéciaux prennent la forme de bourses d'études, de financements à titre gratuit ou de prestations et d'allocations à objectif social¹⁶⁸⁹.

¹⁶⁸⁴SCHAPIRA (J.), « Maîtrise et autonomie technologique en droit international du développement », *op. cit.*, p. 335.

¹⁶⁸⁵*Idem*, p. 334.

¹⁶⁸⁶*Idem*, p. 336.

¹⁶⁸⁷*Ibidem*.

¹⁶⁸⁸FEUER (G.), « Contrats Nord-Sud et transferts de technologie », *op. cit.*, p. 144.

¹⁶⁸⁹Il s'agit par exemple du modèle contractuel thaïlandais. Ces « avantages spéciaux » sont le fruit de négociations. Ni la législation pétrolière thaïlandaise, ni les modèles de contrats ne précisent le contenu, la nature et le montant de ces avantages. Il est à noter qu'en cas de non respect de ces avantages, le gouvernement

Durant de nombreuses années, le transfert de technologie était l'expression à la fois d'une situation de dépendance des Etats en voie de développement à l'égard des Etats développés et d'une lutte de pouvoirs. A l'origine, les sociétés détentrices de technologie utilisaient à leur profit une situation qui leur était objectivement favorable¹⁶⁹⁰. Les procédés contractuels ont donc été pour elles un instrument de domination économique¹⁶⁹¹. Une telle situation était facilitée par le fait que les pays en voie de développement étaient fortement demandeurs de technologie et qu'ils ne disposaient pas d'une maîtrise suffisante pour négocier sur un pied d'égalité les modalités et le contenu des contrats. Cela explique le fait qu'à l'époque, beaucoup de ces instruments aient contenu des clauses léonines dont les Etats en voie de développement ont tenté progressivement de s'exonérer et qu'ils ont par la suite entendu faire disparaître de la pratique. En effet, plusieurs pays ont adopté une réglementation tendant à limiter certaines pratiques considérées comme restrictives en matière de transfert de technologie au début des années 1970¹⁶⁹². Il en va ainsi non seulement de l'Algérie¹⁶⁹³, de l'Inde¹⁶⁹⁴, du Nigéria¹⁶⁹⁵, de l'Espagne, mais aussi de très nombreux pays d'Amérique latine comme l'Argentine, le Brésil, la Bolivie, la Colombie, l'Equateur, le Mexique, le Pérou, le Venezuela¹⁶⁹⁶.

Ces nouvelles dispositions ont imposé que chaque contrat de transfert technologique à l'importation soit enregistré préalablement à son exécution. L'enregistrement de ces contrats devait être refusé si ces derniers comportaient certaines clauses restrictives. Ces clauses étaient de trois sortes :

- Les stipulations d'achats liés, c'est-à-dire l'obligation faite au récepteur de s'approvisionner chez l'émetteur exclusivement en marchandises, pièces ou machines, par exemple.

thaïlandais peut annuler le contrat, OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., pp. 164-165.

¹⁶⁹⁰FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, op. cit., § 296

¹⁶⁹¹*Ibidem*.

¹⁶⁹²*Idem* § 291.

¹⁶⁹³FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, loc. cit.

¹⁶⁹⁴*Ibidem*.

¹⁶⁹⁵*Ibidem*.

¹⁶⁹⁶*Ibidem* ; SCHAPIRA (J.), « Maîtrise et autonomie technologique en droit international du développement », op. cit., p. 339.

- Les limitations du potentiel de « croissance de l'entreprise réceptrice », privée par exemple du libre choix de ses modes de production ou contrainte, sans réciprocité, de communiquer ses perfectionnements.
- Les restrictions à l'exportation des produits fabriqués avec la technologie en cause.

Il apparaît cependant qu'au-delà de la législation, le recours à la technique contractuelle a progressivement prévalu. Ainsi, pendant longtemps, les apports de technologie se sont effectués à travers les investissements directs opérés par les entreprises privées étrangères dans les pays en développement¹⁶⁹⁷. Le concept même de technologie était absorbé dans celui d'investissement et le régime juridique de l'apport technologique se confondait avec la protection de ces investissements¹⁶⁹⁸. Puis, fruit de certaines évolutions, de nouvelles formes de rapports économiques fondés essentiellement ou exclusivement sur le commerce de la technologie prise en tant que telle ont émergé. Sous l'influence des pays et des penseurs latino-américains, on a commencé à parler de « *transfert* » et on a vu apparaître des formes de contrats ayant précisément ce transfert de technologie pour objet¹⁶⁹⁹. L'évolution s'est précipitée lorsqu'au cours des années les acquéreurs ont conquis un pouvoir de négociation plus important. Ce phénomène a entraîné un affinement progressif des procédés contractuels, ce qui s'est traduit dans la pratique par une grande diversité de formes contractuelles¹⁷⁰⁰. Le recours à la technique contractuelle s'est alors imposé, entraînant dans son émergence de nouvelles formes contractuelles ainsi qu'une pratique située à mi-chemin entre tradition et innovation. En son cœur, se trouve le problème de la conciliation entre la logique du contrat, qui est dans son essence une logique de droit privé, et l'impératif de développement, qui, par sa nature, constitue une prérogative de puissance publique¹⁷⁰¹. D'où la nécessité de coopération. A cet égard, en matière de transfert de technologie, Monsieur Jean Schapira écrivait au début des années 1980 : « *Les clauses de coopération, qui se superposent aux usages de coopération, dégagés par la pratique arbitrale, organisent entre les parties au transfert technologique une collaboration de nature obligatoire* »¹⁷⁰².

¹⁶⁹⁷*Idem*, § 295.

¹⁶⁹⁸*Ibidem*.

¹⁶⁹⁹*Ibidem*.

¹⁷⁰⁰*Idem*, § 296.

¹⁷⁰¹*Ibidem* ; FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, *op. cit.*, § 296. Pour les diverses typologies contractuelles, voir § 297.

¹⁷⁰²SCHAPIRA (J.), « Maîtrise et autonomie technologique en droit international du développement », *op. cit.*, pp. 336-337.

CONCLUSION

Les quelques éléments de pratique contractuelle que nous avons eu l'occasion d'exposer montrent à quel point les interactions entre contrats d'Etat et développement durable sont tributaires de cette technique spécifique. Elle permet de poser les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. Toutefois, il importe de rappeler que le fait que la pratique contractuelle soit par essence plurielle peut être le premier obstacle à l'émergence de ce droit. A moins que cela n'en constitue justement la particularité.

En effet, une telle pratique s'analyse en un procédé de personnalisation du droit. Selon un auteur, la contractualisation participe au processus d'individualisation et de « sectorialisation » du droit¹⁷⁰³. « *Le droit s'individualise tant au stade de son élaboration que de son application. Il est investi par des "normes différenciées", distinguant les personnes et les situations* »¹⁷⁰⁴. La règle de droit économique aspire à être « individualisante », afin de toujours coller au fait, au concret¹⁷⁰⁵. A l'inverse, la norme traditionnelle est par nature même « généralisante ». Ainsi, sous peine d'aboutir à une règle différente pour chaque cas d'espèce, elle est condamnée à effacer les particularités individuelles pour se situer à un certain niveau d'abstraction et de généralité.

Un droit fondé sur la pratique contractuelle mène à l'existence et la cohabitation d'une pluralité de « communautés contractuelles »¹⁷⁰⁶ et peut en conséquence constituer un frein à toute tentative d'unification, à moins que l'individualisation du droit ne finisse par mener à un droit généralisé, fondé sur la répétition d'une pratique. Un tel mécanisme de création de la norme participe à la singularité du droit du commerce international.

¹⁷⁰³MORAND (C.-A.), « Régulation, complexité et pluralisme juridique », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 615, spéc. p. 626.

¹⁷⁰⁴*Idem*, p. 622.

¹⁷⁰⁵S.F.D.I., colloque d'Orléans, *Aspects du droit international économique. Elaboration, contrôle, sanction*. Editions A. Pedone, 1972, p. 6.

¹⁷⁰⁶Selon une expression utilisée en droit international public : « *La succession des traités dans le temps peut soulever des problèmes complexes, notamment si des traités successifs portant sur le même objet ne comprennent pas les mêmes parties. Il y aura en pareil cas pluralité de communautés contractuelles* », PERRIN DE BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.), COULEE (F.), *Leçons de droit international public*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2^{ème} édition, 2011, p. 284.

CHAPITRE 2. L'IMPORTANCE DE LA PRATIQUE CONTRACTUELLE

Le contrat d'Etat est régi par un droit transnational, fruit de normes de sources diverses¹⁷⁰⁷. En effet, en son sein, se côtoient des règles de droit international et de droit interne, aux origines publiques et privées, certaines originales, d'autres spécifiques au contrat dont il est question. On y retrouve également des règles propres à un secteur donné.

L'unique élément coordinateur de cet ensemble disparate est l'instrument contractuel. Le droit du commerce international est un droit particulier au sein duquel le contrat occupe une place importante en tant que source normative. En effet, il est le résultat de règles tantôt classiques, tantôt originales parmi lesquelles les usages du commerce international qui sont le fruit et/ou l'expression de pratiques répétées au sein des relations contractuelles. Ces usages peuvent-ils en matière de contrats d'Etat mener à l'émergence d'un véritable droit du développement durable ? En réalité, la véritable interrogation réside dans le fait de savoir si la pratique contractuelle peut mener à l'émergence d'un tel droit. Est-ce au sein de la pratique des contrats d'Etat que doivent être posés les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat ?

En droit international, le contrat peut être source de normes. Cependant celles-ci sont *a priori* strictement conventionnelles. Dans quel contexte ces dernières peuvent-elles prétendre à l'abstraction et à la généralisation ? Est-ce d'ailleurs nécessaire ? Quelles en sont les conséquences ? Il nous semble que c'est au cœur de cette réflexion générale sur l'importance de la pratique contractuelle que doivent être recherchées les perspectives d'un droit du développement durable. Cela nécessite qu'à travers le contrat d'Etat, l'expression et les modalités d'un droit particulier soient circonscrites (**Section 1**). Il faudra ensuite qu'à la lumière du même instrument, le processus menant de la pratique à l'émergence d'un véritable droit soit étudié (**Section 2**).

¹⁷⁰⁷Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1, section 2, paragraphe 2, A), 5) La réalité d'un droit transnational, p. 95.

SECTION 1. LE CONTRAT D'ETAT : EXPRESSION ET MODALITES D'UN DROIT PARTICULIER

Le contrat est le noyau dur des rapports juridiques entre Etats d'accueil de l'investissement et sociétés internationales privées. A tel point que l'on peut se poser la question de savoir si le droit du développement durable ne pourrait être issu du contrat lui-même. Mais un tel droit peut-il tendre vers l'abstraction et la généralisation ? Car s'il est certain que l'instrument contractuel est omniprésent dans ces relations juridiques internationales (**Paragraphe 1**), il n'en est pas moins empreint d'une certaine relativité (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1 : L'OMNIPRESENCE DU CONTRAT

L'instrument contractuel revêt une certaine importance car il constitue le principal cadre juridique des rapports entre Etats et investisseurs privés (**A**). De cette réalité, se pose la question de la valeur du contrat en tant que source normative particulière (**B**).

A. LE CONTRAT D'ETAT EN TANT QUE PRINCIPAL CADRE JURIDIQUE DES RAPPORTS ENTRE ETATS ET INVESTISSEURS PRIVES

Les contrats d'Etat ne peuvent être réduits à un simple rôle d'application du droit car ils participent à la création de celui-ci. En ce sens, ils peuvent créer des normes et appartenir à l'ordre juridique. Nous avons déjà eu l'occasion de mettre en lumière les particularités du contrat d'Etat en tant qu'instrument normatif¹⁷⁰⁸. En outre, nous avons démontré que les relations originelles entre contrats d'Etat et développement se situaient entre dépendance, indépendance et interdépendance¹⁷⁰⁹. Nous avons également souligné le caractère autonome de cet instrument juridique¹⁷¹⁰. Des règles transnationales émanent du contrat d'Etat. Elles sont le fruit d'un droit négocié, concerté, individualisé. Au demeurant, ce type de contrat est vecteur de normes originales et le résultat de sources diversifiées. Par l'intermédiaire du contrat d'Etat, la mise en œuvre du développement durable dans l'ordre interne des Etats est le résultat de procédés à la fois classiques et inhabituels.

¹⁷⁰⁸Voir nos développements *supra*, première partie, titre 2, chapitre 2) La consécration du contrat d'Etat en tant qu'instrument normatif singulier, p. 215.

¹⁷⁰⁹Voir nos développements *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1, section 2, paragraphe 2, B) Le contrat d'Etat instrument juridique particulier, p. 98.

¹⁷¹⁰*Ibidem*.

Nous avons également relevé que le contrat d'Etat a constitué durant de nombreuses années le cadre juridique exclusif et autonome des relations entre Etats d'accueil et investisseurs. L'importance de la convention dans les rapports entre Etats hôtes et firmes privées est encore prégnante aujourd'hui. A titre d'illustration, les codes pétroliers et les législations pétrolières forment en principe le cadre légal de l'exploitation d'hydrocarbures. Il s'agit cependant d'un cadre incomplet. En réalité, dans la majorité des pays, il existe des modèles contractuels qui constituent ce cadre légal, souvent en combinaison avec le code pétrolier national ou les législations pétrolières¹⁷¹¹. Ces contrats-types constituent alors un enjeu de première importance. En l'absence d'une législation nationale protectrice des intérêts du pays, ce sont les contrats d'hydrocarbures qui constituent dès l'origine, le cadre juridique de l'activité pétrolière et gazière en Indonésie¹⁷¹².

Le dispositif brésilien, quant à lui, propose davantage un « modèle contractuel » qu'une législation pétrolière sous la forme d'un code pétrolier comme c'est le cas dans certains pays¹⁷¹³. La législation n'est pas très approfondie en la matière. Le modèle légal en vigueur est le modèle contractuel *Petrobras*, qui est la compagnie nationale¹⁷¹⁴. Aux côtés de la législation nationale en vigueur, le modèle contractuel chinois revêt également une certaine importance¹⁷¹⁵. A titre d'illustration, au début des années 1980, ce modèle contractuel sera présenté comme la base des négociations dans le premier tour d'appel d'offres international, alors que le pays s'ouvre à l'investissement étranger¹⁷¹⁶. Il comprend trois séries de dispositions spécifiques qui organisent les modalités de la coopération entre les sociétés d'Etat et les investisseurs étrangers¹⁷¹⁷. En réalité, du seul fait de la particularité des contrats d'hydrocarbures fortement marqués par le sceau de la souveraineté, la plupart des termes contractuels ne sont pas négociables¹⁷¹⁸. Bien que ce modèle ait connu des évolutions

¹⁷¹¹OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice Sophia Antipolis, 2002.

¹⁷¹²*Idem*, p. 227. Aujourd'hui, par exemple, c'est notamment le modèle de contrat de partage de production qui fournit l'essentiel des réponses quant au mécanisme qui assure l'équilibre contractuel entre les cocontractants, *idem*, p. 244.

¹⁷¹³*Idem*, p. 183.

¹⁷¹⁴*Idem*, p. 184. Le gouvernement brésilien crée Petrobras (Petroleo Brasileiro SA), par la loi n°2004 du 3 Octobre 1953, *idem*, p. 186.

¹⁷¹⁵*Idem*, p. 296.

¹⁷¹⁶*Idem*, p. 297.

¹⁷¹⁷*Ibidem*.

¹⁷¹⁸*Ibidem*.

majeures, son importance demeure¹⁷¹⁹. Au-delà des exemples indonésien, brésilien et chinois, de nombreux autres modèles contractuels constituent le cadre juridique permettant la mise en œuvre de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures.

Certaines pratiques en vigueur au sein d'un secteur donné peuvent également être une source d'inspiration. En effet, toujours en matière d'hydrocarbures, nous pouvons citer l'exemple de la Chine qui, ne disposant pas à l'origine d'un arsenal juridique particulier, s'est inspirée de modèles contractuels appartenant au secteur. Le pays entame au début des années 1970 un processus d'ouverture du territoire à l'investissement direct étranger. À l'époque, il n'est doté dans le domaine d'aucune législation particulière tendant à organiser les relations contractuelles avec les partenaires privés étrangers¹⁷²⁰. Les autorités mettent alors en place un contrat standard¹⁷²¹. Ces relations existent alors sous le régime de modèles contractuels assez simples et concis. Ces derniers ont été élaborés à partir d'autres modèles de contrats internationaux, utilisés dans le secteur¹⁷²². Toujours au regard des contrats d'hydrocarbures, l'Iran a conclu en mai 1997 un important contrat avec la société Total. Ce contrat portait sur un important gisement dans le golfe persique¹⁷²³. Le pays a adopté à cette occasion un modèle contractuel proposé par la société Total à l'occasion d'un précédent contrat signé en 1995. Ces développements soulignent l'importance, voire l'omniprésence, du contrat au sein des rapports juridiques entre Etats d'accueil de l'investissement et firmes privées internationales. Le recours à un tel instrument juridique semble incontournable, cela à plusieurs points de vue, car le contrat constitue à plus d'un titre le cadre juridique de ces opérations économiques particulières. En outre, le fait que la pratique contractuelle dans un secteur déterminé puisse inspirer certains Etats souligne davantage tout son intérêt et son importance.

Il importe de préciser que si ces contrats-types constituent des modèles de contrats déterminés en tant que tels par le législateur, ils ne constituent qu'une base posant les jalons ainsi que déterminant les principaux éléments de la relation entre Etats hôtes et investisseurs. En effet, certaines clauses particulières du contrat, souvent secrètes, seront par la suite négociées et

¹⁷¹⁹*Idem*, p. 297 et s.

¹⁷²⁰*Idem*, p. 293

¹⁷²¹*Ibidem*.

¹⁷²²*Ibidem*.

¹⁷²³Ce contrat était au moment de sa conclusion, le plus important jamais signé par l'Iran avec une firme pétrolière depuis la révolution islamique de 1979, *Le Monde*, 19 mai 1997; *Pétrostratégies*, 27 novembre 1995 ; OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., spéc. pp. 214-215.

déterminées entre les parties. Dans certains pays en voie de développement, les contrats-types accompagnent la loi et font l'objet d'adaptations importantes selon les projets¹⁷²⁴. De ce fait, on peut se poser la question de la valeur de tels contrats-types. Ces contrats posent-ils des règles de droit ? Nous pouvons répondre à cela que les contrats-types dont nous venons de faire état se distinguent de ceux rédigés par exemple par des associations professionnelles en ce que ces contrats émanent directement du législateur qui propose lui-même un modèle à la pratique¹⁷²⁵. Dans certains cas, un tel modèle est apparu en l'absence d'un dispositif légal venant réglementer une activité considérée¹⁷²⁶. On peut en conclure que la valeur de tels modèles contractuels est supérieure à celle de « simples contrats-types » à cause de l'autorité ayant établi ces modèles. Ils peuvent poser un certain nombre de règles impératives auxquelles la pratique ne peut déroger. Ils constituent les jalons déterminant la perspective dans laquelle la relation contractuelle doit être entretenue. En ce sens, il nous apparaît qu'ils posent un ensemble de normes juridiques. Cette omniprésence du contrat et cette valeur hybride confèrent à l'instrument contractuel une importance particulière. La recherche d'éléments d'un droit du développement durable ne peut résolument pas faire l'économie d'une étude de l'instrument contractuel.

De façon générale, en droit du commerce international, les contrats-types sont l'une des plus célèbres illustrations du mouvement de contractualisation. Ils sont des modèles destinés à être suivis par la pratique. Ils forment une sorte de socle contractuel, une modalité de respect de la réglementation que les parties pourront approfondir¹⁷²⁷. Ainsi, si on examine leurs modes d'élaboration, on se rend compte que ces contrats sont créés d'une part par des professionnels qui visent la « *promotion de pratiques harmonisées, justes et équitables* »¹⁷²⁸, d'autre part par des Etats animés par une volonté similaire d'harmonisation, afin d'offrir un cadre contractuel favorable à certaines opérations. Ils peuvent refléter les tendances généralement observées dans le domaine concerné ou encore favoriser une évolution dans les pratiques contractuelles. Cependant, on remarque une tendance des instruments juridiques à s'aligner sur les modèles dominants imposés par les pays industrialisés, parce qu'ils répondent aux besoins des

¹⁷²⁴LEBEN (C.), « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement. Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986) », *JDI*, 1986, II, p. 895, spéc. p. 927.

¹⁷²⁵Voir la thèse de Monsieur Oloumi, OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice Sophia Antipolis, 2002.

¹⁷²⁶*Ibidem*.

¹⁷²⁷BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, 2008, p. 779.

¹⁷²⁸*Ibidem*.

opérateurs économiques issus de ces pays¹⁷²⁹. Ces contrats-types constitueraient ainsi un enjeu de pouvoir entre divers systèmes juridiques et divers antagonismes¹⁷³⁰. Ces développements soulignent l'importance du contrat en tant qu'instrument normatif. Cela est particulièrement vrai en droit du commerce international.

B. L'IMPORTANCE DU CONTRAT EN TANT QUE SOURCE NORMATIVE

Le contrat d'Etat est un instrument normatif particulier. En droit du commerce international, le contrat est source de droit. La question de la place du contrat dans le domaine des affaires internationales est de première importance. L'idée du contrat en tant que source de normes au sein du droit du commerce international a souvent été liée à la notion de *lex mercatoria*. Selon le professeur Philippe Kahn, les années 1960 ont notamment été marquées par un débat à l'intérieur du droit commercial international privé : la question se posait de savoir s'il existait un droit international spécifique des relations commerciales économiques¹⁷³¹. Ce droit reposait à la fois sur le contrat international, les stipulations de droit matériel contenues dans un tel instrument ainsi que sur l'arbitrage commercial international¹⁷³².

« *Berthold Goldman a théorisé la lex mercatoria comme un "droit spontané", créé par les opérateurs du commerce international identifiés comme les entreprises qui concluent des contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international, les institutions privées qui participent à l'organisation de ce commerce et les tribunaux arbitraux, juges privés du commerce international* »¹⁷³³. La *lex mercatoria* se définit comme étant la loi des marchands, un ensemble de règles spécifiques applicables à la *societas mercatorum* dans les nombreux rapports qu'entretiennent ses membres. Les sources de la *lex mercatoria* seraient la jurisprudence arbitrale, les principes généraux, les usages du commerce international ainsi que

¹⁷²⁹CHARVIN (R.), « Régulation juridique et mondialisation néolibérale. "Droit mou", "droit flou" et non-droit », *Actualité et droit international*, janvier 2002, <http://www.ridi.org/adi/articles/2002/200201chr.pdf>, consulté le 25 octobre 2010, p. 3.

¹⁷³⁰FAVERO (M.), « La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition entre systèmes juridiques : l'exemple du contrat du *Loan Market Association* », *RTD Com*, 2003, p. 429.

¹⁷³¹KAHN (P.), « droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*, concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 97 ; voir également GOLDMAN (B.), « frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, tome IX, Sirey, 1964, p. 177.

¹⁷³²*Ibidem*.

¹⁷³³LOQUIN (E.), « Où en est la *lex mercatoria* ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, p. 23, spéc. p. 25.

d'autres instruments juridiques internationaux¹⁷³⁴. Les règles de droit international ainsi que les règles à vocation communautaire figureraient également à leur nombre. Selon le professeur Eric Loquin, la *lex mercatoria* a pour support naturel le contrat¹⁷³⁵.

D'autres auteurs reconnaissent que la pratique contractuelle compte parmi les sources de la *lex mercatoria*¹⁷³⁶. Les professeurs Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque et Sabine Corneloup ont affirmé, pour leur part, que la pratique contractuelle n'avait pas encore trouvé sa place parmi les sources de ce droit¹⁷³⁷. Pour ces auteurs, cela signifiait que s'il existait une *lex mercatoria* contractuelle, cette dernière n'aurait qu'une portée relative car elle n'aurait de force qu'entre les parties¹⁷³⁸. Il semble que ces derniers aient quelque peu nuancé leur position et font désormais figurer les pratiques contractuelles parmi les sources de la *lex mercatoria*¹⁷³⁹. Ainsi, selon les auteurs : « *Les pratiques ont pu, plus aisément qu'ailleurs, produire leurs conséquences au niveau des contrats et des usages du commerce (...) les organismes corporatifs ou professionnels, à l'écoute de leurs adhérents, ont apporté leur concours à l'écllosion d'un corps de règles, de niveau en soi modeste, mais très efficace avec les contrats-types et les conditions générales (...) à l'égard de ces sources, le tout représente-t-il davantage que l'assemblage des parties ?* »¹⁷⁴⁰. Pour le professeur Eric Loquin : « *La force obligatoire de la lex mercatoria contractuelle résultera d'un accord de volontés sauf à considérer que la pratique considérée s'est transformée en usage, auquel cas l'opinio juris qui s'attache à l'usage lui donnera par lui-même une force obligatoire* »¹⁷⁴¹.

« *Les partisans de la lex mercatoria ont défendu cette théorie car ils ont cru apercevoir une richesse dans les contrats internationaux qu'ils ne percevaient ni dans les codes, ni dans les*

¹⁷³⁴Certains auteurs qualifient ces instruments de droit transnational en les définissant comme étant : « *des règles établies afin d'être appliquées à certains types de rapports juridiques internationaux et dont les conditions d'émission sont affranchies des exigences des ordres juridiques internes comme de l'ordre juridique international* », JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007, p. 53. Il s'agit notamment de règles dont les auteurs sont des organismes privés ou des organisations internationales comme la CNUDCI et la CNUCED, mais également de règles élaborées par des organismes tels que la CCI dont l'une des plus célèbres concerne les règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire, datant de 1993.

¹⁷³⁵LOQUIN (E.), « *Où en est la lex mercatoria ?* », *op. cit.*, p. 29.

¹⁷³⁶MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), FABRE (R.), PIERRE (J.-L.), *Droit du commerce international*, Litec, 3^{ème} édition, 2003, p. 80.

¹⁷³⁷JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p.74, note n°7.

¹⁷³⁸*Ibidem*.

¹⁷³⁹JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2010, p. 57 et s.

¹⁷⁴⁰*Idem*, p. 57.

¹⁷⁴¹LOQUIN (E.), « *Où en est la lex mercatoria ?* », *op. cit.*, p. 32.

*décisions jurisprudentielles : richesses des figures contractuelles elles-mêmes, innovations dans les régimes juridiques nés de l'accumulation des clauses provoquant l'optimisme des premières découvertes, des premières curiosités »*¹⁷⁴².

Le professeur Berthold Goldman a posé l'idée en vertu de laquelle la *lex mercatoria* peut exprimer un dynamisme face à des règles étatiques assez pauvres. Cela non seulement au regard des modes d'organisation formelle des marchands, mais également au regard des règles matérielles et substantielles régissant leurs nombreux rapports commerciaux. Le contrat se situe au cœur de ce dynamisme et lui confère toute son impulsion. Les réseaux d'entreprises multinationales ou encore les entreprises conjointes se forment autour de relations contractuelles privilégiées. La multitude de variétés de contrats d'assistance technique ou encore les contrats clés en main étaient également en leur temps des exemples cités par Berthold Goldman afin d'illustrer cette dynamique¹⁷⁴³.

Il apparaît cependant que les nombreuses années qui ont suivi l'apparition de la *lex mercatoria* n'ont pas permis aux auteurs de s'accorder sur celle-ci. Aujourd'hui, son existence même demeure contestée¹⁷⁴⁴. Parmi les autres interrogations dont elle fait l'objet, se pose la question de savoir si elle constitue un ordre juridique à part entière¹⁷⁴⁵. Il est également difficile de lui conférer un contenu positif. En effet, quelles normes relèveraient de la *lex mercatoria* en tant que telle ? De quoi serait-elle formée ? Nous parlons ici de règles matérielles ou de sources substantielles, au-delà des sources formelles.

¹⁷⁴²KAHN (P.), « “*Lex mercatoria*” et pratique des contrats internationaux. L'expérience française », *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, Travaux des 7^{ème} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées à Louvain-La-Meuse les 22-23 novembre 1973, Bruylant, Pedone 1975, p. 71, spéc. p. 77.

¹⁷⁴³GOLDMAN (B.), *Droit du commerce international*, Les Cours de droit, 1970 ; GOLDMAN (B. « La *Lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », *JDI*, 1979, p. 475.

¹⁷⁴⁴KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, L.G.D.J., 1984, p. 578 ; GAILLARD (E.), « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI*, 1995, p. 5 ; MOUSSERON (J.-M.), « *Lex mercatoria*, bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée ? », *Mélanges dédiés à Louis Boyer, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1996, p. 469.

¹⁷⁴⁵VIRALLY (M.), « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125, p. 373 ; PELLET (A.), « La *lex mercatoria*, “tiers ordre juridique” ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, p. 53 ; LAGARDE (P.), « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125 ; PAMBOUKIS (C.), « La *lex mercatoria* reconsidérée », *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 635.

Philip Jessup et Ernst Rabel ont soutenu l'idée d'un droit « *transnational* » dont les règles seules devaient régir les contrats internationaux parmi lesquels les contrats d'Etat¹⁷⁴⁶. L'existence de ce droit a été réfutée de la façon suivante : « *Si elle a le mérite de souligner dans l'état présent de cloisonnement des ordres juridiques internes et internationaux l'inadéquation du droit international privé et du droit international public pour régir à la satisfaction de tous des relations privées internationales, il paraît difficile de lui prêter un contenu positif* »¹⁷⁴⁷. Un auteur avait affirmé en son temps : « *Peut être le droit transnational désignera t-il demain une catégorie de règles uniformes individualisées par l'internationalisation de leur objet privé et de leur source. Il reste aujourd'hui un concept dépourvu de portée en droit positif, quelles que soient ses vertus descriptives éventuelles* »¹⁷⁴⁸.

Mais la qualification de « transnational » désigne également les relations mixtes entre Etats d'accueil et cocontractants étrangers¹⁷⁴⁹. Effectivement, il convient de rappeler que sous le manteau conventionnel, les règles applicables au contrat d'Etat sont en réalité plurielles et mixtes¹⁷⁵⁰ : le contrat d'Etat est en réalité le fruit d'une multiplicité de sources. En effet, les contrats d'Etat sont soumis au droit international public. Cela s'explique notamment par l'influence que ce droit exerce indirectement sur ces contrats à travers les engagements auxquels l'Etat d'accueil de l'investissement a souscrit en droit international. C'est le cas des différents accords relatifs à l'investissement international. Les contrats d'Etat sont également soumis aux droits locaux, expression non seulement de la souveraineté de l'Etat contractant mais aussi du principe de territorialité de l'investissement. Effectivement, il est difficile de concevoir qu'un investissement ayant lieu sur le territoire d'un Etat d'accueil puisse complètement échapper au droit de cet Etat, notamment à son dispositif impératif. L'objectif de développement appelle en lui-même la collaboration du droit interne et du droit international¹⁷⁵¹.

En outre, le contrat d'Etat ne peut se départir des normes spécifiques régissant la matière à laquelle il s'applique. Car en effet, sous la dénomination de contrats d'Etat, se cachent des

¹⁷⁴⁶VERHOEVEN (J.), « Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, Travaux des 7ème Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées à Louvain-La-Meuse les 22-23 novembre 1973. Bruylant, A. Pedone, 1975. p. 115, spéc. p. 143.

¹⁷⁴⁷*Ibidem*.

¹⁷⁴⁸*Idem*, p. 142.

¹⁷⁴⁹Voir nos développements supra, chapitre 1, section 2, paragraphe 2, A, 5) La réalité d'un droit transnational, p. 95.

¹⁷⁵⁰*Ibidem*.

¹⁷⁵¹FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Dalloz, 1991, p. 159.

opérations et des montages contractuels plus ou moins complexes, tendant à organiser des activités particulières. En ce sens, les normes spécifiques en la matière trouvent à s'appliquer au contrat. En conséquence, la pratique contribue à l'élaboration d'un droit substantiel des contrats d'Etat pour un secteur déterminé. Elle est alors celle d'un secteur déterminé, que l'origine de cette dernière soit étatique ou privée. Ainsi, le contrat d'Etat trouve ses sources dans le droit international, le droit national, dans les sources d'origine privée, également dans la pratique inhérente à un secteur donnée, pratique provenant autant des Etats que des personnes privées.

Nous pensons ainsi la pratique contractuelle fondamentale en droit du commerce international, car source normative potentielle. Considéré dans une telle perspective, le contrat, outre le fait qu'il constitue une source normative potentielle, permet de transporter des normes d'un ordre juridique à un autre. Ainsi, Santi Romano a souligné l'idée suivante : *« Pris comme instrument de rencontre entre ordres juridiques non étatiques et ordres juridiques étatiques, le contrat présente une double face. D'un côté, il permet aux parties de se placer sous la protection d'un ordre juridique non étatique et de s'évader du même coup de l'ordre juridique étatique. Mais de l'autre, dans la mesure où ce dernier admet de donner effet à la volonté des parties, le contrat constitue le moyen d'insérer dans l'ordre juridique étatique tout ou partie de cet ordre non étatique »*¹⁷⁵².

Selon le professeur Paul Lagarde : *« C'est parce que l'ordre étatique a prise sur le contrat que ce dernier pourra servir de moyen d'insertion dans l'ordre étatique des normes non étatiques. Les sujets de droit, en recourant au contrat, pourront donc chercher à mettre aussi sous la protection de l'ordre étatique la plupart des normes secrétées par l'ordre non étatique »*¹⁷⁵³. Ainsi, les contrats d'Etat sont au cœur et constituent l'expression même de cette réalité. Il existe une constante articulation entre droits étatiques et droits non étatiques qui finalement s'analyse en un transfert de normes, dans un sens comme dans l'autre, dans la perspective de relations commerciales internationales.

Pour le professeur Philippe Kahn : *« il existe dans le domaine des relations économiques internationales un ensemble de règles qui ne sont pas toutes nées de l'action des Etats. Ces*

¹⁷⁵²ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, §45, spéc. p. 146 et s.

¹⁷⁵³LAGARDE (P.), « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, note 16, p. 141.

*règles, qui ont souvent le même objet apparent, ne répondent pas exactement aux mêmes besoins et ne reposent pas sur le même champ d'observation »¹⁷⁵⁴. L'auteur parle ainsi de la *lex mercatoria*. Nous pensons, pour notre part, que cela est bien une réalité, sans que ces règles ne prennent nécessairement la dénomination de *lex mercatoria*. En effet, il existe de plus en plus, fruits d'initiatives privées, des règles qui sont nées de l'absence de législations étatiques spécifiques et complètes en des domaines déterminés. Elles sont liées aux nécessités et à la pratique professionnelle. Il s'agit des usages. Ces règles sont un ensemble de normes dont l'existence ne peut aujourd'hui être contestée sans qu'elles ne soient incontestablement dénommées *lex mercatoria*. Ces normes s'appuient sur le contrat afin d'être véhiculées à travers les ordres juridiques.*

Nous partageons l'avis du professeur Kahn en vertu duquel : « (...) *il semble que l'on puisse en tout cas admettre qu'il existe un consensus pour constater l'existence d'un espace international, transnational, mondial, dans lequel travaillent des agents économiques de natures diverses. Pour les uns, les mots international, transnational, mondial sont synonymes et l'emploi de l'un pour l'autre différent ; pour les autres, les sens sont différents et il y aurait une progression dans l'effacement des frontières nationales au regard du développement du phénomène économique. Et cet effacement des frontières, ou plutôt la superposition d'espaces étatiques et d'un espace mondial économique entraînerait une modification de l'organisation juridique (juridicité) des relations économiques internationales se déroulant dans l'espace ainsi déterminé »¹⁷⁵⁵.*

Dans l'espace économique international, le contrat permet le transfert de normes d'un ordre juridique à un autre. Toutefois, si les contrats d'Etat permettent l'unification et l'harmonisation d'une certaine pratique professionnelle, il semble que l'omniprésence des ordres étatiques peut mettre un frein à toute tentative d'abstraction et de généralisation.

¹⁷⁵⁴KAHN (P.), « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*, concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, spéc. p. 106.

¹⁷⁵⁵*Idem*, p. 99.

PARAGRAPHE 2. LA RELATIVITE DU CONTRAT D'ETAT

La relativité des contrats d'Etat peut être un obstacle à toute abstraction ou généralisation. Cet état de fait est la résultante de la persistance de garants étatiques (A) et de l'omniprésence des droits locaux (B).

A. LES CONSEQUENCES DE LA PERSISTANCE DE GARANTS ETATIQUES

Du fait de la localisation du contrat au sein d'Etats souverains différents, la recherche d'une certaine homogénéité en matière de contrats d'Etat se heurte en réalité à une relativité accrue. Cette dernière, inexorable (1), peut être une protection face au risque d'un tout contractuel, pouvant engendrer des effets non souhaitables (2).

1) Les effets d'une relativité inexorable

Au regard des contrats d'Etat, les Etats sont à la fois les garants et les contractants. Placé sous l'égide de l'Etat, le contrat voit sa relativité restreinte par l'unité de cette référence¹⁷⁵⁶. Pour le professeur Alain Supiot, s'il peut être pensé comme un instrument abstrait, indépendant de la diversité des personnes et des choses, cela n'est possible que dans la mesure où sa validité est assurée par un Etat¹⁷⁵⁷. Au demeurant, cette garantie ne vaut que dans les limites du territoire étatique¹⁷⁵⁸. Selon l'auteur, si l'Etat demeure garant des conventions, la relativité est restreinte¹⁷⁵⁹. Si les conventions s'émancipent de l'Etat, la relativité devient générale¹⁷⁶⁰, du fait de l'absence de garant fixe.

L'affaiblissement de la figure de l'Etat peut produire ses effets par le haut, par une homogénéisation de l'espace normatif à l'échelle internationale. L'abstraction contractuelle ébranle les Etats car, dans ce cas, les conventions perdent leur caractère local et concret et leur hétérogénéité foncière¹⁷⁶¹. Les Etats ne peuvent garantir les conventions qu'à l'intérieur de

¹⁷⁵⁶SUPIOT (A.), « La relativité du contrat en questions. Conclusion générale », *La relativité du contrat*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome IV, L.G.D.J., 2000, p. 183, spéc. p. 208.

¹⁷⁵⁷*Idem*, p. 214.

¹⁷⁵⁸*Ibidem*.

¹⁷⁵⁹*Idem*, p. 218.

¹⁷⁶⁰*Ibidem*.

¹⁷⁶¹*Ibidem*.

leurs territoires¹⁷⁶². En droit international privé, des efforts sont réalisés afin de les doter de règles substantielles universelles. C'est aussi le cas en droit international public. Mais on n'y parvient qu'au cas par cas, c'est-à-dire en recourant, selon le professeur Supiot, à la vieille technique des contras nommés¹⁷⁶³. Cela se fait donc au prix de la perte, à l'échelle internationale d'une certaine unité conceptuelle¹⁷⁶⁴.

En outre, le phénomène de contractualisation n'a pas forcément vocation à fédérer, notamment en matière de contrats d'investissement, en créant une sorte de coutume spécifique à ce domaine. Au contraire, il peut conduire à une diversification des régimes contractuels en vertu de leur objet, à l'intérieur même d'un Etat, et mener à la création de nombreux contrats spéciaux. Finalement, une hégémonie ne chasse-t-elle pas l'autre ?

2) Le rejet de l'idée d'une relativité dommageable

Le professeur Supiot rejette toute idée de contractualisme qui renverrait à une organisation du « *tout contractuel* »¹⁷⁶⁵. L'affaiblissement de l'Etat, s'il se réalise, emportera également affaiblissement et relativité du contrat. En effet, en droit international, cet effacement ne pourra s'accompagner que d'une pléthore de références et de garants, loin des perspectives d'un ordre juridique planétaire unifié par le respect des droits de l'homme et du marché réunis¹⁷⁶⁶. Ainsi, selon l'auteur : « *cette hypothèse laisse entrevoir un pullulement de Références situées, concrètes, et donc une relativité accrue du contrat* »¹⁷⁶⁷. Il ajoute : « *Il n'est pas de contrat qui ne se réfère à un Garant des paroles ou des actes qui le forment. La foi dans l'universalité du contrat postule l'existence de ce Garant. Et c'est lui que le droit du commerce international s'efforce de mettre aujourd'hui en scène au travers d'institutions mondiales dont le crédit demeure tout de même relatif* »¹⁷⁶⁸.

Ainsi le professeur Supiot en conclut que le sort des contrats est encore suspendu à celui des Etats qui en sont les garants et si ces derniers perdent toute légitimité, il est difficile

¹⁷⁶²*Idem*, p. 213.

¹⁷⁶³*Ibidem*. L'auteur donne l'exemple du contrat de vente de marchandise.

¹⁷⁶⁴*Ibidem*.

¹⁷⁶⁵*Idem*, p. 187.

¹⁷⁶⁶*Idem*, p. 218.

¹⁷⁶⁷*Ibidem*.

¹⁷⁶⁸*Idem*, p. 185.

d'entrevoir qui les remplacera¹⁷⁶⁹. Selon lui, il faut donc rejeter l'idée du « tout contractuel »¹⁷⁷⁰. Il faut se méfier du fait que le contrat l'emporte sur la loi, ce qui aurait pour conséquence une hybridation de la loi et du contrat et une autre manière de tisser les liens contractuels qui serait cette fois « féodale »¹⁷⁷¹. Le risque est de voir émerger par ailleurs, de par l'effacement du rôle de l'Etat, un autre processus de « reféodalisation » du lien social à travers le contrat¹⁷⁷². En conséquence, l'essor de la contractualisation ne comporte-t-il pas le risque de voir dénaturer le contrat¹⁷⁷³? En réalité, la relativité du contrat demeure, du fait de l'omniprésence des droits locaux.

B. LES CONSEQUENCES DE L'OMNIPRESENCE DES DROITS LOCAUX

L'omniprésence des droits locaux permet de renforcer la relativité des contrats d'Etat. La souveraineté de l'Etat d'accueil importe au regard de ces conventions. Elle va être affirmée de façon absolue ou de façon limitée en fonction de la situation de l'investissement. L'importance du droit local en est la principale modalité. En effet, à travers le droit interne de l'Etat d'accueil, la souveraineté de l'Etat hôte s'exprime de façon absolue au moment de l'entrée de l'investissement sur le territoire d'accueil (1) puisque c'est l'Etat qui décide, par le biais de son dispositif interne, des conditions d'entrée sur le marché national. L'Etat souverain contrôle alors de façon totale l'accès de l'investissement sur son territoire. En revanche, la souveraineté de l'Etat hôte est davantage limitée une fois que l'investissement national a pénétré le marché (2). Cette influence des droits locaux appelle à la réflexion (3).

1) L'accès de l'investissement au marché national : la suprématie du droit local

Le droit local prédomine au moment de l'accès de l'investissement au marché national car il conditionne cet accès. Cette réalité emporte alors certaines conséquences. Cela signifie qu'en principe, au moment d'accéder au territoire national, l'investissement national doit être conforme au droit local. Le contrat d'Etat doit être en adéquation avec certaines normes impératives en relevant. Cela concerne les conditions auxquelles un investissement peut être

¹⁷⁶⁹*Idem*, p. 219.

¹⁷⁷⁰SUPIOT (A.), « La contractualisation de la société », MICHAUD (Y.) (dir.), *Qu'est ce que l'humain ?*, Odile Jacob, 2000, tome 2, p. 156.

¹⁷⁷¹*Ibidem*.

¹⁷⁷²*Ibidem*.

¹⁷⁷³CHEVALLIER (J.), « La gouvernance et le droit ». *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 189, spéc. p. 199.

accepté sur le marché national ainsi que celles permettant de répondre et d'être éligible à un appel d'offre. Cela concerne aussi les conditions de validité du contrat, la forme contractuelle de l'investissement et également de nombreuses modalités d'exécution du contrat. Le droit local peut également proposer un dispositif permettant l'attractivité du territoire. Il en est ainsi, par exemple, en matière fiscale¹⁷⁷⁴. La négociation des nombreuses stipulations contractuelles réglant la vie de l'investissement tiendra également compte en principe des impératifs du droit interne, souvent influencés à leur tour par ceux de la politique locale. En conclusion, le droit local influence largement le contrat d'Etat qui doit être *a priori* conforme à ses nombreuses exigences. Les parties pouvant contracter, les modalités de conclusion des contrats ne peuvent contrevenir aux dispositions impératives nationales et doivent au contraire s'y conformer. C'est la raison pour laquelle le contrat d'Etat ne peut d'emblée se détacher du droit interne de l'Etat d'accueil. Le droit local prédétermine le contrat à la naissance même de ce dernier. Cette puissance de la souveraineté de l'Etat permet de renforcer la relativité des contrats d'Etat puisqu'en définitive la substance de ceux-ci dépendra du droit et de la politique internes de l'Etat d'accueil de l'investissement. La primauté du droit local s'étioule cependant une fois que l'investissement a pénétré le marché national.

2) L'investissement au sein du marché national : l'effacement relatif du droit local

Lorsque le contrat d'Etat a répondu aux conditions impératives déterminant son accès au marché interne, la suprématie du droit local s'efface un peu sans pour autant disparaître totalement. Ainsi, les nombreux traités bilatéraux et multilatéraux sur l'investissement protègent l'investissement du cocontractant privé étranger. En effet, le nouveau régime juridique des investissements internationaux et des contrats d'Etat consacre la propriété privée. En outre, le cocontractant privé retrouve une liberté contractuelle dont il ne disposait pas totalement en amont. Effectivement, s'il est certain que le droit interne s'applique au contrat d'Etat, d'autres dispositions, d'origine internationale, trouvent également à s'appliquer. C'est le cas, par exemple, des normes propres à un secteur déterminé, des usages, qui viennent compléter une législation souvent obsolète, défailante, voire inexistante. En conséquence, en plus du droit interne de l'Etat contractant, certaines obligations du contrat d'Etat peuvent relever d'un « système extérieur ». Par ce biais, l'émergence d'un corps de

¹⁷⁷⁴En effet, de nombreux droits locaux attirent l'investissement étranger par le biais d'une fiscalité attractive. C'est le cas notamment dans de nombreux pays d'Afrique subsaharienne.

règles indépendantes des ordres internes est consacrée. Selon un auteur, ce corps de normes est la « *base d'une régulation transnationale des contrats d'Etat* »¹⁷⁷⁵. Par le biais de ce corps de règles, les contrats d'Etat échappent un peu à la sphère des droits locaux afin d'intégrer un système normatif international. Ce principe de distributivité contractuelle possède néanmoins certaines limites constituées par le droit local. En effet, s'il est certain que le contrat d'Etat peut relever de normes externes, c'est bien à la condition que ces normes ne contreviennent pas au dispositif impératif du droit local. Ainsi, le contrat devra être soumis à toutes les normes supérieures telles que la Constitution de l'Etat d'accueil. Au regard des règles de fond, il est évident que le contrat ne pourra, à titre d'exemple, contrevenir à certains dispositifs impératifs tels le dispositif pénal en vigueur, ni déroger aux lois de police. En d'autres termes, le système de règles extérieures viendrait s'appliquer à titre supplétif et trouvera ses limites au travers des règles impératives du droit local. Cela montre l'importance des droits locaux en matière de contrats d'Etat. De cette importance fondamentale, se justifie la façon dont ces dispositifs internes peuvent et pourraient peser au sein des contrats d'Etat, en matière de développement durable.

3) Les implications d'une influence déterminante

Les politiques de développement durable et les normes relatives à celui-ci sont divergentes en fonction des Etats. Ainsi, l'hétérogénéité des droits locaux emportera celle des contrats d'Etat et accroîtra d'autant la relativité de ces derniers. Les dispositifs internes sur l'investissement n'ont pas pour objet le développement durable. La plupart d'entre eux portent principalement sur la définition de ce qui sera considéré comme étant un « investissement », sur la forme contractuelle usitée à l'occasion de ces opérations, sur les modalités de traitement de l'investissement une fois entré sur le territoire local ainsi que sur la fiscalité applicable. Les droits internes des Etats n'auront une influence positive en matière de développement durable que s'ils mènent à la mise en œuvre de stipulations contractuelles adaptées. Or, il est certain que la plupart des systèmes internes présentent certaines carences et défaillances. C'est le cas en matière de droit de l'environnement, qui demeure un droit relativement jeune et qui demeure difficile dans sa mise en œuvre malgré l'existence de certaines velléités en ce sens. La question des droits de l'homme et des normes sociales fondamentales est encore plus

¹⁷⁷⁵ OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., pp. 100-101.

délicate. En somme, l'évolution des droits locaux est importante en matière de développement durable et de contrats d'Etat dans le sens où ce droit est omniprésent dans le contrat. Bien qu'il doive être adapté aux impératifs de développement durable, il s'avère que si on ne peut parler à notre sens d'un réel vide juridique, on peut parler de profondes insuffisances. Les droits locaux s'avèrent souvent incapables de répondre aux nécessités de développement durable. Ils ne sont pas assez construits. L'évolution est cependant nécessaire car ils constituent le moyen pour l'Etat partie au contrat d'introduire au sein de la relation contractuelle des préoccupations et des impératifs de développement durable. Ces insuffisances affectent indubitablement les contrats d'Etat. En outre, les droits locaux de ces Etats ne sont généralement pas aptes à réglementer les opérations spécifiques dont les contrats d'Etat sont le support. C'est la raison pour laquelle les normes venues d'un « système extérieur », *a priori* supplétives, ont en réalité une importance majeure. En réalité, ces lacunes leur confèrent un regain d'importance. Il convient de s'interroger davantage sur leur valeur ainsi que sur leur portée.

SECTION 2. LE CONTRAT D'ETAT : DE LA PRATIQUE A L'EMERGENCE D'UN VERITABLE DROIT

Nous l'avons vu, en matière de développement durable et de contrats d'Etat, la pratique contractuelle est vectrice de normes venues d'un système extérieur. La combinaison de ces deux éléments peut-elle mener à l'émergence d'un véritable droit ? Si la réponse à cette question est positive, cela signifie que les enjeux et perspectives du développement durable en matière de contrats d'Etat concentrent leur épiscentre au cœur de la pratique des professionnels. Dans ce cas, c'est au sein de cette pratique que doivent être concentrés les efforts tendant à poser les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. En droit du commerce international, l'usage est l'expression de la pratique professionnelle. Il convient alors de s'interroger sur les perspectives offertes par le recours aux usages du commerce international (**Paragraphe 1**) à moins que le droit ne réside en réalité dans l'existence d'une coutume (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1. LES PERSPECTIVES OFFERTES PAR LE RECOURS AUX USAGES DU COMMERCE INTERNATIONAL

En matière de contrats d'Etat, le recours aux usages du commerce international peut-il participer à l'émergence d'un droit du développement durable ? Répondre à cette question nécessite tout d'abord de s'interroger sur la valeur des usages du commerce international (A) avant d'envisager les conséquences d'un tel recours (B).

A. LA VALEUR DES USAGES DU COMMERCE INTERNATIONAL

Le contrat international peut également être à l'origine de ce qui est juridiquement qualifié d'usages du commerce international. En effet, selon Philippe Fouchard : « *Le domaine propre des usages est celui des obligations contractuelles, qu'ils précisent ou interprètent* »¹⁷⁷⁶. La notion d'usage est polysémique. Au sens commun du terme, l'usage se définit comme l'action d'employer, d'utiliser, de pratiquer¹⁷⁷⁷. De façon plus spécifique et dans une de ses nombreuses acceptions, l'usage est une pratique particulière, comportant une idée d'habitude, de généralité d'une action commune dans un sens déterminé¹⁷⁷⁸.

En droit, l'usage est défini comme une « *espèce de source de droit* », parfois synonyme de coutume¹⁷⁷⁹. Dans une autre acception, l'usage désigne plutôt qu'une véritable règle de droit, une pratique particulière à une profession (usages professionnels), à une région (usages régionaux), ou à une localité (usages locaux) et dont la force obligatoire est variable¹⁷⁸⁰. L'usage procède d'une pratique générale et ancienne qui s'observe dans les faits sans considération de sa qualité particulière¹⁷⁸¹. Aucune connotation dogmatique ne guide *a priori* sa constatation¹⁷⁸². Selon le doyen Carbonnier, traditionnellement, en droit privé français, quatre critères permettent de déterminer l'usage : l'ancienneté, la constance, la notoriété et la généralité¹⁷⁸³.

¹⁷⁷⁶FOUCHARD (P.), « Les usages, l'arbitre et le juge. À propos de quelques récents arrêts français » ; *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 67, spéc. p.85.

¹⁷⁷⁷*Le nouveau petit Littré*, « Usage », Garnier, 2009.

¹⁷⁷⁸*Ibidem*.

¹⁷⁷⁹CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, « Usage », 9^{ème} édition, PUF, 2011.

¹⁷⁸⁰*Ibidem*.

¹⁷⁸¹PENNEAU (A.), « Règles de l'art et normes techniques », ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1329.

¹⁷⁸²*Ibidem*.

¹⁷⁸³CARBONNIER (J.), *Introduction au droit civil*, PUF, 1984, n°2, p. 122.

Les usages du commerce international se sont développés en marge des lois nationales parce que celles-ci ne fournissaient pas forcément les solutions adéquates ou étaient d'applicabilité incertaine¹⁷⁸⁴. Ce sont les parties au contrat qui sont à l'origine des usages. Pour Berthold Goldman, les usages sont les « *comportements des opérateurs dans les relations économiques internationales qui ont acquis progressivement par leur généralisation dans le temps et dans l'espace, que peut renforcer leur constatation dans la jurisprudence arbitrale, ou éventuellement étatique, la force de véritables prescriptions qui s'appliquent sans que les intéressés aient à s'y référer dès lors qu'ils n'y ont pas expressément ou clairement dérogé* »¹⁷⁸⁵. Les usages du commerce international se définissent en tant que pratiques réitérées par les opérateurs du commerce international.

Les usages peuvent mener aux contrats-types et les contrats-types peuvent mener aux usages. « *Une des sources des usages demeure les contrats-types* »¹⁷⁸⁶. Les règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire et les *Incoterms* élaborés sous les auspices de la Chambre de commerce international sont qualifiés d'instruments du commerce international. Pour certains auteurs, les *Incoterms* sont surtout des usages codifiés¹⁷⁸⁷. Pour le professeur Eric Loquin, « *la nature d'usage d'une pratique contractuelle est renforcée par le constat que celle-ci a été consacrée par son incorporation dans un contrat-type proposé aux opérateurs du commerce international par une institution corporative* »¹⁷⁸⁸. L'auteur cite à titre d'illustration les règles contenues dans les *Incoterms* de la Chambre de commerce international. En effet, selon lui, en l'absence de référence à ces règles au sein de contrats litigieux, les tribunaux arbitraux les ont tout de même appliquées en raison de leur caractère usuel¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁴JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2010, p. 27.

¹⁷⁸⁵GOLDMAN (B.), note sous Cass., Civ. 1^{ère}, *Compañia Valenciana*, 22 octobre 1991, *JDI*, 1992, p. 177.

¹⁷⁸⁶KASSIR (W.), *Etude critique du contrat sans loi, réflexion sur le droit des relations contractuelles*, thèse, Université de Paris 1, 1992, p. 271.

¹⁷⁸⁷*Idem*, p. 273; RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2011, p. 245. Les professeurs Jean-Baptiste Racine et Fabrice Siirainen reconnaissent cependant qu'une telle qualification ne fait pas l'unanimité des auteurs.

¹⁷⁸⁸LOQUIN (E.), « Où en est la *Lex mercatoria* ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p.29, spéc., p. 31.

¹⁷⁸⁹ Sentence CCI n°3130, *JDI*, 1981, p. 932 ; Sentence CCI n°3894, *JDI*, 1982, p. 983. Citées par LOQUIN (E.), « Où en est la *Lex mercatoria* ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p.29, spéc., p. 32.

L'article 9, §2 de la Convention internationale des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 pose le principe en vertu duquel l'usage est applicable, sauf en cas de convention contraire des parties, dès lors que les parties en avaient ou auraient dû en avoir connaissance. La Convention de Vienne pose également en tant que condition au caractère obligatoire d'un usage, le fait que ce dernier soit « *largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée* ». L'article VII de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, signée à Genève en 1961, prévoit que : « *Les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce* ».

Ces développements nous mènent à l'hypothèse suivante : dans le domaine des contrats d'Etat, les pratiques tendant à contractualiser les figures juridiques du développement durable ne peuvent-elles pas avoir pour conséquence la naissance d'usages du commerce international ? Rien ne semble d'emblée s'y opposer, d'autant que tout usage est d'origine conventionnelle et a *a priori* une valeur supplétive.

Les auteurs distinguent les usages des parties des usages du commerce¹⁷⁹⁰. Selon l'article 1.205 du Code de commerce uniforme américain, les usages des parties sont considérés comme « *une série d'agissements antérieurs entre les parties à une transaction qui peuvent être raisonnablement considérés comme établissant entre elles une base commune d'interprétation de leurs expressions et de leurs actes* »¹⁷⁹¹. Les usages des parties sont confinés au cercle des contractants concernés et sont insusceptibles de généralisation¹⁷⁹². Ils correspondent à des habitudes établies entre des cocontractants au sein de relations d'affaires particulières. Cette pratique peut par exemple être prise en compte afin d'interpréter une situation particulière ou en cas de litige. L'article 9 de la Convention internationale des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises indique en ce sens que : « *Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles* ». Ce type d'usage est qualifié d'usage conventionnel¹⁷⁹³. En tant que tel, il n'est pas transposable à d'autres contrats¹⁷⁹⁴. Les usages conventionnels sont des usages suivis dans certains contrats, dérivant d'anciennes clauses de style aujourd'hui

¹⁷⁹⁰JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international, op. cit.*, p. 23.

¹⁷⁹¹*Ibidem.*

¹⁷⁹²*Ibidem.*

¹⁷⁹³*Idem*, p. 24.

¹⁷⁹⁴*Ibidem.*

sous-entendues, qui tirent leur force obligatoire de la volonté tacite des contractants et n'ont qu'une valeur supplétive¹⁷⁹⁵. D'origine conventionnelle, il nous apparaît que ces usages contenus dans les contrats, qui sont eux-mêmes la loi des parties, ont une valeur juridique qu'on ne peut nier. Même si ces derniers ne sont pas du droit au même titre que la loi, ne sont-ils pas du droit quand même à la lumière duquel les comportements des parties seront examinés ? Il nous semble de ce fait que les usages des professionnels peuvent être le premier pas vers la juridicisation des normes de développement durable dans le domaine des contrats d'Etat. D'autant plus que ces usages peuvent mener à l'émergence d'usages du commerce même s'ils s'en distinguent de prime abord.

Les usages conventionnels se distinguent des usages du commerce. Selon l'article 1.205 du Code de commerce uniforme américain, l'usage du commerce correspond à « *une pratique ou une habitude observée si régulièrement dans un lieu, une profession ou une branche du commerce que l'on peut s'attendre à ce qu'elle soit observée dans la transaction en question (...)* »¹⁷⁹⁶. Selon l'article 9, §2 de la Convention de Vienne : « *Sauf convention contraire des parties celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée* ». Ces « *pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée* »¹⁷⁹⁷ sont des usages-règles¹⁷⁹⁸. Ils ont pour particularité de déborder le cercle étroit et limité de contractants déterminés¹⁷⁹⁹. Associés à une branche d'activité, ils visent les opérations semblables susceptibles de s'y reproduire¹⁸⁰⁰. Ils sont donc propres à recevoir des applications répétées à un type d'opérations présentant les caractéristiques qu'ils envisagent¹⁸⁰¹. L'usage du commerce possède donc l'un des attributs de la normalité : l'aptitude à la généralisation¹⁸⁰². Ce type d'usage possède une portée plus importante que celle de l'usage conventionnel. Il s'étend à tout un secteur d'activité considéré. A y regarder de plus près, le processus tendant à

¹⁷⁹⁵CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, « Usage », 9^{ème} édition PUF, 20011.

¹⁷⁹⁶*Idem*, p. 23.

¹⁷⁹⁷GAILLARD (E.), « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 203.

¹⁷⁹⁸JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁹⁹*Ibidem*.

¹⁸⁰⁰*Ibidem*.

¹⁸⁰¹*Ibidem*.

¹⁸⁰²*Ibidem*.

l'émergence d'usages du commerce peut avoir pour support des usages conventionnels présentant un certain intérêt, copiés, répétés, généralisés à un domaine déterminé. En ce sens, l'usage a pour caractéristique d'être une source spontanée de droit. Les règles et usances relatives au crédit documentaire sont par exemple considérées comme des usages-règles¹⁸⁰³.

Le crédit documentaire est une opération par laquelle une banque, (la banque émettrice ou apéritrice), agissant à la demande et sur instruction d'un client-acheteur, (le donneur d'ordre ou l'ordonnateur), accepte d'effectuer un paiement à un tiers-vendeur (le bénéficiaire) ou autorise une autre banque à effectuer le paiement en question (la banque intermédiaire), en échange de la remise de documents constatant la bonne exécution d'une vente¹⁸⁰⁴. Issu de la pratique commerciale internationale, le crédit documentaire est considéré comme l'une des plus belles réussites du commerce international dans le domaine bancaire¹⁸⁰⁵. Il est l'un des instruments les plus importants du commerce international¹⁸⁰⁶. Pour le professeur Jean Stoufflet : « *Le crédit documentaire est l'opération par laquelle un banquier, intervenant en vue du règlement financier d'une vente commerciale, le plus souvent internationale, promet de payer le vendeur contre remise de certains documents justifiant de l'exécution du contrat et, ordinairement, procurent au banquier un gage sur la marchandise, objet de la transaction* »¹⁸⁰⁷. Cette technique est fondée sur des pratiques conventionnelles.

Particulièrement utilisée dans les relations Nord-Sud, pour assurer les paiements de transactions internationales, le crédit documentaire s'est vu conférer une portée universelle par l'œuvre de codification privée, entreprise il y a plus de soixante-dix ans, et constamment adaptée aux évolutions du commerce depuis lors, par la Chambre de commerce internationale (CCI)¹⁸⁰⁸. C'est un moyen de paiement facilitant l'exécution d'une vente internationale. C'est également une garantie car le banquier ne se dessaisit de fonds que contre remise de certains documents. Il a une fonction de sécurité¹⁸⁰⁹. L'un des seuls dogmes du crédit documentaire réside dans son originalité¹⁸¹⁰ : sa démarche relève exclusivement de la pratique commerciale

¹⁸⁰³CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, L.G.D.J., 2008, p. 8.

¹⁸⁰⁴KENFACK (H.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2009, p. 145 ; voir également NEUVILLE (S.), *Droit de la banque et des marchés financiers*, PUF, 2005, n° 167.

¹⁸⁰⁵KENFACK (H.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁸⁰⁶COSTA (L. M.), *Le crédit documentaire*, thèse, L.G.D.J., 1998, p. 2.

¹⁸⁰⁷STOUFFLET (J.), « Crédit documentaire », *Jurisclasser Banque-Crédit-Bourse*, fascicule 1080, §1.

¹⁸⁰⁸DOISE (D.), « La révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaire », *RDAI*, n°1, 2007, p. 106.

¹⁸⁰⁹KENFACK (H.), *Droit du commerce international*, *loc. cit.*

¹⁸¹⁰COSTA (L. M.), *Le crédit documentaire*, *op. cit.*, p. 10.

et la distingue en ce sens¹⁸¹¹. Selon Madame Ligia Maura Costa : « *Certains auteurs affirment que l'engagement documentaire est un dérivé de l'ancienne lettre de crédit rencontrée chez les Phéniciens, Babyloniens, Assyriens ou encore chez les Grecs. D'autres considèrent que l'on doit chercher sa provenance dans la lettre de crédit médiévale du XII^{ème} siècle. Cependant, les uns et les autres s'accordent sur l'apparition de la version moderne du crédit documentaire au début de ce siècle* »¹⁸¹². La technique a émergé au début de ce siècle¹⁸¹³, de la pratique bancaire internationale, sans intervention législative¹⁸¹⁴.

Mais la multiplication des ouvertures de crédits documentaires a fait apparaître la nécessité de doter cette institution d'un statut juridique précis et, si possible, internationalement unifié. C'est là une des conditions de la sécurité qu'y cherchent les parties et tout spécialement le vendeur¹⁸¹⁵. Dans ces conditions, les praticiens, après quelques tentatives nationales insuffisantes, ont songé à établir, dans un cadre privé, une réglementation internationale des crédits documentaires¹⁸¹⁶. L'entreprise a connu un certain succès¹⁸¹⁷. Menés sous les auspices de la Chambre de commerce internationale par les représentants des diverses professions et activités intéressées et spécialement des banquiers, des assureurs, des transporteurs maritimes, les travaux ont consisté à la fois à codifier les usages antérieurs, à dégager les solutions applicables aux cas non réglés et à unifier les pratiques divergentes¹⁸¹⁸. Un texte fut adopté en 1933 qui reçut la dénomination de "Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires". Il a été refondu à de nombreuses reprises, notamment en 1951, 1962, 1974 et 1983. La version de 1983¹⁸¹⁹ a été approuvée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Une nouvelle rédaction des Règles et usances a été achevée en 1993¹⁸²⁰. Les Règles et usances ont également été révisées en 2007¹⁸²¹. Elles ont connu un succès international important, puisque universel¹⁸²². Après avoir été adoptées progressivement par les principales associations bancaires nationales ou, individuellement,

¹⁸¹¹*Ibidem.*

¹⁸¹²*Idem*, p. 2; voir également KAWAN (K.), *Le formalisme documentaire dans la lettre de crédit*, thèse, Paris 1, 1990, p. 1 ; STOUFFLET (J.), *Le crédit documentaire*, Litec, 1957, n° 18-20, pp. 23-26.

¹⁸¹³COSTA (L. M.), *Le crédit documentaire*, *loc. cit.*

¹⁸¹⁴DOISE (D.), « La révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaire », *op. cit.*, p. 110.

¹⁸¹⁵STOUFFLET (J.), « Crédit documentaire », *op. cit.*, §8.

¹⁸¹⁶*Ibidem.*

¹⁸¹⁷*Ibidem.*

¹⁸¹⁸*Ibidem.*

¹⁸¹⁹Publication CCI n°400.

¹⁸²⁰Publication CCI n°500.

¹⁸²¹Publication CCI n°600.

¹⁸²²DOISE (D.), « La révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaire », *loc. cit.*

par les banques d'autres pays, elles régissent aujourd'hui la quasi-totalité des crédits documentaires émis dans le monde¹⁸²³.

A titre d'exemple, en matière de développement durable et des contrats d'Etat, la mise en œuvre de certaines pratiques en matière de responsabilité sociale de l'entreprise, par la pratique réitérée d'engagements volontaires propres à un secteur déterminé, à l'image des « Principes Equateur »¹⁸²⁴ que nous avons évoqués pourrait se muer en usages conventionnels et, poussés au bout de leur logique, en usages-règles du commerce international. Les juges et arbitres tiennent compte des usages du commerce international et cela emporte certaines conséquences.

B. LES CONSEQUENCES DU RECOURS AUX USAGES DU COMMERCE INTERNATIONAL

Depuis trois décennies, le juge français a accueilli favorablement dans l'ordre juridique interne des sentences arbitrales se référant à des usages pour dire le droit, cela tant au regard de litiges nationaux qu'internationaux¹⁸²⁵. Ainsi, à titre d'exemple, nous pouvons citer en matière de litige international, l'affaire *Fougerolle c. Banque du Proche-Orient*¹⁸²⁶. En matière de litige national, l'arrêt de la Cour de Paris du 24 octobre 1980, opposant la société Prodis à la société Les films de l'Alma¹⁸²⁷. Il ressort d'une analyse de Philippe Fouchard de ces décisions datant du début des années 1980, que le juge français reconnaît, lorsqu'il a à

¹⁸²³*Ibidem*.

¹⁸²⁴Le 4 juin 2003, dix banques internationales, ont adopté les « Principes Equateur ». Ces principes visent à définir des standards et des procédures communes de sélection en matière sociale et environnementale, applicables au financement de projets d'investissement d'un montant égal ou supérieur à cinquante millions de dollars dans des secteurs tels que les pipelines, les barrages, les centrales électriques, les activités minières ou les grands travaux d'infrastructure. Ils respectent les standards édictés par la Banque mondiale. Une sorte de politique commune de standardisation s'est ainsi décidée, consistant à refuser tout financement aux projets ne répondant pas à des critères sociaux et environnementaux, voir nos développements *supra*, première partie, titre 2, chapitre 1, section 1, paragraphe 2, A), 3), a) Les accords conclus entre professionnels d'un même secteur, p. 187.

¹⁸²⁵FOUCHARD (P.), « Les usages, l'arbitre et le juge », *Le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1981, p. 67.

¹⁸²⁶CA Paris, *Fougerolle c. Banque du Proche-Orient*, 12 juin 1980, R.A., 1981, p. 292, note Gérard Couchez, 2^{ème} arrêt ; voir également, Cass. civ. 2^{ème}, *Fougerolle c. Banque du Proche-Orient*, 9 décembre 1981, R.A., 1982, p. 183, note Gérard Couchez.

¹⁸²⁷CA Paris, *Les films de l'Alma*, 24 octobre 1980, R.A., 1982, p. 54, note Philippe Fouchard. Voir également dans le même sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 février 1981, opposant une coopérative hollandaise, la coopérative Agrio à un grossiste français, Monsieur Vilate, CA Paris, *Vilate*, R.A., 1982, p. 3, note Leppoitevin. ; voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 mars 1981, opposant l'éditeur d'une revue, la société L'Ami des jardins et de la maison à son ancien régisseur de publicité, la société Agence Archat, cité par FOUCHARD (P.), « Les usages, l'arbitre et le juge », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 67, spéc. pp. 72-73.

connaître d'une sentence arbitrale portant tant sur un litige national qu'international, l'applicabilité de principe des usages du commerce international, dans la mesure où les parties en cause sont des professionnels¹⁸²⁸.

D'après Philippe Fouchard, l'applicabilité de principe des usages du commerce s'explique de diverses manières. D'une part, selon l'auteur, le juge reconnaît que les parties, en soumettant leur litige à l'arbitre et non à la justice étatique, ont implicitement voulu que celui-ci soit tranché en tenant compte des règles habituellement suivies dans leur milieu professionnel. D'autre part, l'auteur émet l'idée en vertu de laquelle le juge français, sans contredire le fait que la référence aux usages résulte d'une volonté implicite des parties, élève ceux-ci au véritable rang de droit objectif¹⁸²⁹. Ainsi, pour l'auteur, dans l'arrêt rendu en date du 10 février 1981 par la Cour d'appel de Paris dans un litige opposant une coopérative hollandaise, la coopérative Agrio à un grossiste français, Monsieur Vilate, la Cour d'appel de Paris transpose en matière d'usage, l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* »¹⁸³⁰. L'auteur en conclut que pour cette juridiction, les usages sont donc, au moins lorsque les parties ont choisi un arbitrage de type professionnel, la loi de l'arbitre. Mais en réalité, les usages ne sont-ils pas supplétifs à la volonté des parties au même titre que le seraient des règles de droit supplétives ? N'est ce pas opérer une confusion entre l'usage et la coutume ? Car en effet, si on reconnaît la valeur des usages du commerce international en tant que règles de droit auxquelles les parties pourraient être soumises, l'idée prégnante en vertu de laquelle ces règles sont supplétives de volonté demeure. Toutefois, selon nous, deux questions fondamentales se posent encore: que se passe-t-il, en cas de silence du contrat, si des parties n'ont pas expressément écarté un usage conventionnel régulièrement suivi entre elles et si d'autres n'ont pas expressément écarté un usage du commerce ou usage-règle? Dans le premier cas, il serait logique de penser que l'usage habituellement suivi entre les parties aurait vocation à s'appliquer. Dans le deuxième, il est difficile de répondre même si l'article 9, §2 de

¹⁸²⁸Philippe Fouchard cite ainsi les arrêts *Vilate*, *Les films de l'Alma*, *L'ami des jardins* qui mettent en exergue une réalité : le juge français a à plusieurs occasions reconnu que la qualité de professionnels pour des parties à un litige emportait en tant que conséquence une présomption. Cette présomption étant que les parties avaient voulu l'application des usages en vigueur dans leur milieu professionnel, FOUCHARD (P.), « Les usages, l'arbitre et le juge », *op. cit.*, p. 67.

¹⁸²⁹La Cour de Paris relève en outre que l'arbitre qui applique un usage n'est aucunement tenu d'en faire la démonstration. Il est également précisé que la constatation et l'application de ces usages relèvent du pouvoir souverain d'appréciation de ces arbitres. Il suffit ainsi pour l'arbitre d'en rapporter l'existence. Pour Philippe Fouchard, cet état du droit est davantage lié à l'absence de pouvoir de révision au fond du juge étatique qu'à la nature juridique de l'usage. En effet, on se trouve dans le cas où la décision a été rendue en dernier ressort. Il n'en résulte pas moins le fait, à notre sens, que cela contribue à donner une certaine force juridique à l'usage, du fait de cette absence de contrôle.

¹⁸³⁰CA Paris, *Vilate*, R.A., 1982, p. 3, note Leppoitevin.

la Convention de Vienne pose certains éléments dignes d'intérêt, puisque le cadre de cet article est strictement défini. Dans tous les cas, la volonté des parties suffit à écarter l'application des usages. Elle doit être expresse dans le premier cas.

Dans l'arrêt *L'ami des jardins*¹⁸³¹, la Cour d'appel de Paris pose le principe en vertu duquel l'arbitre n'est pas tenu de rappeler expressément dans sa sentence les sources et les références des usages professionnels qu'elle a mission d'appliquer. Ce faisant, le juge procède lui-même à la reconnaissance de l'usage en question en précisant son contenu sans être lié aux fondements de l'usage utilisés par l'arbitre. Il conclut en définitive que les arbitres ont fait une « *exacte application* » de l'usage en question¹⁸³².

Dans l'affaire *Fougerolle c. Banque du Proche-Orient*, la Cour d'appel de Paris se contente d'une référence implicite à un usage que les arbitres n'ont même pas constaté. Selon Philippe Fouchard, les juges énoncent en effet, en faisant référence aux arbitres, que : « *ceux-ci, après avoir décidé qu'ils appliqueraient au litige les principes généraux des obligations généralement reconnues dans le commerce international, n'ont pu appliquer ces règles qu'à la question qu'ils avaient à trancher, c'est-à-dire aux conséquences de la résiliation du contrat qu'ils avaient constatée. Mais l'arrêt reconnaît que les arbitres ne se sont pas référés à un usage déterminé pour le définir et en faire application à l'espèce ; de leur sentence, il résulte qu'ils sont implicitement mais nécessairement référés à un usage du commerce international s'imposant avec la force de l'évidence* »¹⁸³³. Les juges de la Cour d'appel de Paris définissent ensuite l'usage en question sans que cette définition ne soit puisée dans la sentence en cause¹⁸³⁴. Dans la même affaire, la Cour de cassation décide qu'un tribunal arbitral peut se référer aux seuls principes généraux des obligations applicables dans le commerce international.

Philippe Fouchard consacre la valeur des usages du commerce international au sein des contrats internationaux en ces termes : « *Au surplus, chaque droit national laisse une marge d'application aux usages, spécialement aux usages du commerce international (...) donc s'il existe des usages internationaux en vigueur dans le milieu juridique dans lequel opèrent les*

¹⁸³¹ 1^{ère} Ch. Suppl., rôle gén. : H. 9323, Prés. de M.C. Bernard, cité par FOUCHARD (P.), « *Les usages, l'arbitre et le juge* », *op. cit.*, p. 72.

¹⁸³² *Idem*, p. 81.

¹⁸³³ *Idem*, p. 82.

¹⁸³⁴ *Idem*. Rappelons que Philippe Fouchard regrette et dénonce cette absence de précision qui pourrait selon lui s'analyser en une insuffisance de motifs.

parties à un même contrat international, il sera possible de faire appel à ces usages, par délégation du droit étatique compétent, et d'aboutir ainsi à une solution conforme aux besoins du commerce international et matériellement proche de (sinon identique) celle à laquelle on serait parvenu par une application directe de la lex mercatoria »¹⁸³⁵. Ainsi : « *Le juge étatique applique aussi des règles de droit qui n'ont pas leur source dans le droit souverain mais dans une communauté de justiciables, les marchands, les forestiers ou les agriculteurs(...) et lorsque les produits donnent lieu à des échanges au-delà des frontières, les usages deviennent nécessairement anationaux ; le juge français les applique lorsque cela est opportun. Même dans un procès entre deux commerçants français* »¹⁸³⁶.

Selon Monsieur Jean-Paul Beraudo : « *En matière contractuelle internationale, il y'a une sorte de fonds commun. Le juge cherche à s'ouvrir aux pratiques, aux nécessités internationales, à tout ce que vous avez appelé usages, principes du droit international, règles générales (...) le magistrat applique sa loi dans son cadre national même s'il est fondé à y ajouter certains principes d'application immédiate. En somme, pour prendre une image, le juge conserve toujours un pied par terre -sa loi nationale - ce qui lui permet, dans une mesure qui s'élargit au gré des circonstances, de monter sans danger vers un fonds supranational ou international* »¹⁸³⁷.

Il convient de garder à l'esprit que notre propos n'est pas de faire de la question des usages du commerce, une spécificité du droit du commerce international. En effet, ceux-ci existent également en droit interne. Selon Monsieur Antoine Kassis : « *Il n'y a pas un droit commercial international autonome, ni une explication théorique des usages du commerce international foncièrement différente de celle des usages du commerce en droit interne* »¹⁸³⁸. Ainsi, l'idée d'usages spécifiques qui ne s'expliquent que dans un contexte international doit être écartée¹⁸³⁹. Pour l'auteur : « *La plupart des usages du commerce international ne sont pas propres à ce commerce mais s'appliquent tout autant dans les relations commerciales internes* »¹⁸⁴⁰. En ce sens, ces usages sont communs aux droits interne et international. Les usages ne sont pas l'apanage du commerce international. Il n'existe alors pas de différence de

¹⁸³⁵FOUCHARD (P.), « L'Etat face aux usages du commerce international », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1973-1975, p. 71.

¹⁸³⁶BERAUDO (J.-P.), « *Faut-il avoir peur du contrat sans loi ?* », *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 93, spéc. p. 98.

¹⁸³⁷*Idem*, p. 100.

¹⁸³⁸KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, thèse, L.G.D.J., 1984, p. 12.

¹⁸³⁹*Idem*, p. 291.

¹⁸⁴⁰*Idem*, p. 288.

nature entre les usages du commerce interne et les usages du commerce international¹⁸⁴¹. Aussi, il faut exclure la thèse en vertu de laquelle le seul fait que la relation commerciale soit internationale commande sinon toujours, du moins dans certains cas, que celle-ci soit régie par une règle distincte de celle qui régit une relation du même genre se nouant sur le plan interne¹⁸⁴². Cela étant, d'après Monsieur Kassis : « *Les usages créés par la pratique du commerce international dérogent, il est vrai, à beaucoup de concepts et de règles étatiques. Mais de là à parler de différence de nature et d'autonomie, il y a loin* »¹⁸⁴³. En effet, ces usages peuvent coexister au sein du droit national lui-même, avec les concepts et règles auxquels ils s'opposent¹⁸⁴⁴. Le paradoxe n'est qu'apparent car ces derniers ont en réalité un caractère supplétif qui rend la coexistence possible¹⁸⁴⁵. L'indépendance relative des usages du commerce international des règles et concepts de base des divers droits étatiques ne suffit pas à justifier un statut autonome « *anational* » de ces usages¹⁸⁴⁶. Aussi, nous n'opposons pas les usages du commerce international et ceux de droit interne en tant que les premiers auraient une nature juridique distincte des seconds. Nous voulons simplement mettre en exergue ce phénomène normatif et son importance en droit du commerce international, sans nous livrer à un travail d'opposition ni de confrontation avec les usages du droit interne. Nous ne pouvons cependant nier que les usages occupent une place particulière en droit du commerce international, matière, qui, sans être autonome, profite de l'espace de liberté laissé par l'absence de garants étatiques fixes pour s'épanouir.

Les usages du commerce international sont des règles auxquelles les professionnels se soumettent volontairement en droit du commerce international. Ces pratiques, nées dans un secteur déterminé, ont logiquement leur place au sein des droits internes même si selon le professeur Paul Lagarde : « *Les ordres juridiques étatiques sont libres d'accueillir ou de ne pas accueillir en leur sein les règles issues de la pratique commerciale internationale* »¹⁸⁴⁷. En conséquence, les usages du commerce international ont toute leur place au sein des contrats d'Etat. Librement négociés et convenus entre les parties, ils sont naturellement, par la voie contractuelle, intégrés au sein des ordres juridiques internes. De façon générale, la participation directe ou indirecte des Etats aux contrats économiques internationaux joue dans

¹⁸⁴¹ *Ibidem*.

¹⁸⁴² *Idem*, p. 291.

¹⁸⁴³ *Idem*, p. 292.

¹⁸⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁴⁶ *Idem*, p. 293.

¹⁸⁴⁷ Note de Paul Lagarde sous Cass. Civ., 1^{ère}, *Compañia Valenciana*, 22 octobre 1991, R.A., 1992, p. 457.

le sens de la consolidation des pratiques suivies par les professionnels quand ils les ont acceptées. Les Etats prennent une part active à cette construction¹⁸⁴⁸.

Les usages peuvent-ils mener à l'émergence d'un « droit modélisé » ? Le professeur Eric Loquin évoque la *lex mercatoria* en tant que « *droit modélisé* »¹⁸⁴⁹. Il entend par là un ensemble de normes préconstruites offertes à la volonté des parties¹⁸⁵⁰. Ainsi, les opérateurs du commerce international s'y réfèrent automatiquement quels que soient leur nationalité, leur établissement, quelle que soit la localisation géographique ou juridique de leur contrat¹⁸⁵¹. Dès lors, cet ensemble de règles se transformerait en « normes mondialisées »¹⁸⁵². Le professeur Loquin définit la norme mondialisée comme « *une norme ayant vocation à régir une opération déterminée indépendamment de sa localisation dans l'espace juridique international et effectivement appliquée par l'ensemble des opérateurs du commerce international* »¹⁸⁵³. Les normes internationales modélisées ont besoin, afin de pouvoir être effectives, d'un accord spécifique des parties en ce sens. Au cœur de cette mécanique, la pratique contractuelle s'inscrit dans un processus de création dans le sens où des pratiques contractuelles réitérées et généralisées mènent à des usages du commerce international.

Selon Monsieur Antoine Kassis, la formation des usages modernes du commerce interne et celle des usages du commerce international ne présentent pas de différences sensibles par rapport à la genèse des usages commerciaux dans les cités italiennes au Moyen Age et à la Renaissance¹⁸⁵⁴. Ce processus est bien décrit par Jean Escarra en ces termes : « *Sur une même place, on voyait deux ou plusieurs commerçants adopter, dans leurs relations d'affaires, une certaine manière d'agir, une pratique déterminée. Une clause expresse était par eux introduite dans leurs conventions et cette clause pouvait porter sur les points les plus divers. Elle réglait aussi bien des détails matériels, par exemple, le mode d'emballage des*

¹⁸⁴⁸D'ailleurs, selon certains auteurs, une étude des dispositions environnementales des principaux modèles de contrat démontre qu'une grande majorité de ces dispositions provient des législations nationales, OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, op. cit., p. 338 ; LESCHALLIER DE LISLE (M), *Influence des régimes miniers d'hydrocarbures français et anglo-saxons sur les contrats d'hydrocarbures*, mémoire DESS droit des affaires, université de Paris V, 1997.

¹⁸⁴⁹LOQUIN (E.), « Où en est la *Lex mercatoria* ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, op. cit., p. 29.

¹⁸⁵⁰*Idem*, p. 33.

¹⁸⁵¹*Idem*, p. 32.

¹⁸⁵²*Idem*, p. 33.

¹⁸⁵³*Ibidem*.

¹⁸⁵⁴KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, thèse, op. cit., p. 110.

marchandises, que des questions de haute importance juridique, comme celle de l'attribution des risques de la marchandise transportée ou toute autre de ce genre. Ces commerçants continuaient, pendant un temps plus ou moins long, à insérer dans les contrats qu'ils stipulaient, la clause relative à la pratique qu'ils avaient adoptée. Lorsque cette pratique était devenue chez eux une habitude, définitivement mûrie par l'expérience, il arrivait un moment où les contractants cessaient de s'expliquer à son égard. Il était admis, une fois pour toutes, que leurs marchandises seraient emballées suivant telle technique dont les avantages avaient été reconnus, ou bien que les risques du voyage seraient supportés d'après tel principe de répartition. D'expresse, la clause primitive devenait tacite et sous-entendue dans tous les contrats de même sorte ; c'était là une première ébauche de l'usage lui-même : on a très heureusement appelé cette phase de sa genèse la phase de la pratique individuelle.^o Fréquemment, l'habitude qui s'était consolidée chez un petit nombre de commerçants faisait, pour ainsi dire, tâche d'huile sur la place. D'autres venaient à la connaître, l'appréciaient en faisant état, expressément d'abord, puis par préterition, dans leurs relations avec leurs correspondants. Parfois, la pratique généralisée sur une place ou dans une "partie" passait à d'autres places ou à d'autres branches de commerce. La pratique individuelle se transformait en pratique générale. Dans les deux cas, on partait toujours de clauses de style, qui, répétées dans les contrats de même sorte avec un certain degré d'uniformité et de stabilité, devenaient usuelles »¹⁸⁵⁵. Selon Monsieur Kassis, les usages modernes les plus compliqués, les plus variés et les plus sophistiqués du commerce interne ou international ne se forment pas d'une manière différente¹⁸⁵⁶.

Toutefois, la réserve de la volonté contraire des parties démontre la validité et la persistance de la distinction entre usage et coutume¹⁸⁵⁷. En effet, systématiquement permise à l'égard du premier, la dérogation ne saurait être permise à l'égard de la seconde¹⁸⁵⁸. Il s'agit de la rencontre entre règles impératives et supplétives. On ne peut déroger aux premières. Les secondes s'appliquent en l'absence de volonté contraire. L'usage et la coutume posent la question du rapport entre le fait et le droit. Est-il nécessaire à l'émergence d'un droit du

¹⁸⁵⁵ ESCARRA (J.), *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, A. Rousseau, 1910, pp. 4-5 ; KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, op. cit., p. 111.

¹⁸⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁵⁷ JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, op. cit., p. 24.

¹⁸⁵⁸ *Ibidem* ; MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil*, tome 1, 2^{ème} édition, Sirey, 1972, p. 204 ; DIDIER (P.), *Droit commercial*, tome 1, PUF, 1970, p. 51.

développement durable en matière de contrats d'Etat que la pratique contractuelle mène à la coutume ?

On définit souvent l'usage par opposition à la coutume qui est considérée comme désignant une norme de droit objectif fondée sur une tradition populaire qui prêche à une pratique constante un caractère juridiquement contraignant¹⁸⁵⁹. Véritable règle de droit comme la loi mais d'origine non étatique et en général non écrite et que la collectivité a fait sienne par habitude, dans la conviction de son caractère obligatoire (*opinio necessitatis*)¹⁸⁶⁰.

Au Moyen Age, la coutume se dit d'une redevance seigneuriale et d'une suite d'actions qui, répétées souvent, donne l'habitude de les faire¹⁸⁶¹. L'usage se dit d'une prestation due en vertu de la coutume et d'un droit d'utiliser un bois ou un pâturage¹⁸⁶². La coutume est un droit acquis par le temps et le *consensus totius populi* et que le temps peut éteindre par *desuetudo*, c'est-à-dire par désuétude¹⁸⁶³. La coutume est issue de la tradition, elle est aussi création¹⁸⁶⁴. Elle résulte d'une adaptation factuelle à l'existant et fait l'objet d'une contentation par l'autorité¹⁸⁶⁵. Elle émane du peuple mais n'existe que reconnue par un pouvoir¹⁸⁶⁶. Elle est un comportement, mais également un précepte¹⁸⁶⁷. Elle est un contrat formé par le consentement populaire et une règle de droit voulue par le souverain¹⁸⁶⁸.

D'abord comme fait, la coutume est porteuse de droit dans la mesure où les habitudes individuelles et collectives des hommes sont des tendances innées de leur personnalité¹⁸⁶⁹. Selon le professeur Brigitte Stern, la coutume est un certain état de fait considéré comme étant du droit¹⁸⁷⁰. En ce sens, le droit n'est qu'une modalité particulière du fait¹⁸⁷¹.

¹⁸⁵⁹CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, « Coutume », 9^{ème} édition, PUF, 2011.

¹⁸⁶⁰*Ibidem*.

¹⁸⁶¹ASSIER-ANDRIEU (L.), « Coutumes et usages », ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 317, spéc. p. 318.

¹⁸⁶²*Ibidem*.

¹⁸⁶³*Ibidem*.

¹⁸⁶⁴*Ibidem*.

¹⁸⁶⁵*Idem*, p. 319.

¹⁸⁶⁶*Ibidem*.

¹⁸⁶⁷*Ibidem*.

¹⁸⁶⁸*Ibidem*.

¹⁸⁶⁹*Idem*, p. 319.

¹⁸⁷⁰STERN (B.), « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, A. Pedone, 1981, p. 479, spéc. p. 480.

¹⁸⁷¹*Idem*, p. 484.

La dimension temporelle qui s'attache à toute habitude gratifie la coutume de la valeur sociale et d'une certaine légitimité¹⁸⁷². Elle est donc une orientation générale de la société, identifiable dans la répétition inaltérée des mêmes faits¹⁸⁷³. En droit interne, la question de la place de la coutume par rapport à la loi et à l'autorité dont elle est censée procéder se pose¹⁸⁷⁴. En droit du commerce international, cette interrogation n'existe pas dans les mêmes perspectives puisqu'il n'existe aucune autorité supraétatique, à la légitimité supérieure.

Selon Monsieur Louis Assier-Andrieu, le contrat ou convention est à la base de la coutume, comme il est à la base de l'usage¹⁸⁷⁵. Il s'agit ici d'une convention dûment formée, capable de faire la loi des parties¹⁸⁷⁶. La coutume est estimée pouvoir secréter des catégories juridiques encore inconnues jusqu'alors, comme un droit casuistique qui forme sa jurisprudence¹⁸⁷⁷. Elle offre une conceptualisation de l'habitude, connue des juristes comme une « *genèse de l'obligation* »¹⁸⁷⁸.

En droit international public, dans une opinion individuelle au sujet de l'affaire du droit de passage en territoire indien, le juge Arman Ugon désigne la coutume en ces termes : « *Ce qui est devient ce qui doit être* »¹⁸⁷⁹. La question qui se pose est celle de savoir quelles sont les perspectives d'émergence de coutumes en droit du commerce international ?

PARAGRAPHE 2. LES PERSPECTIVES DE L'EMERGENCE DE COUTUMES INTERNATIONALES

Est-il possible que la pratique contractuelle puisse mener à l'émergence de véritables coutumes en droit du commerce international ? La coutume présente l'intérêt d'être vectrice de normes impératives. En ce sens, elle se distingue de l'usage. Toutefois, au regard de notre sujet, l'émergence d'une éventuelle coutume est peu probable dans le sens où le processus menant à son apparition et à sa reconnaissance est à la fois long et complexe. Il importe, afin

¹⁸⁷²ASSIER-ANDRIEU (L.), « Coutumes et usages », ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, loc. cit.

¹⁸⁷³*Ibidem*.

¹⁸⁷⁴*Ibidem*.

¹⁸⁷⁵*Ibidem*.

¹⁸⁷⁶*Ibidem*.

¹⁸⁷⁷*Ibidem*.

¹⁸⁷⁸CARBONNIER (J.), *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. L.G.D.J., 8^{ème} édition, 1995, p. 325.

¹⁸⁷⁹CIJ, *Affaire du droit de passage sur le territoire indien*, 12 avril 1960, Recueil, 1960, p. 6, spéc. p. 82.

de s'en convaincre, de définir la notion de coutume (A) et de circonscrire ses conditions d'existence (B).

A. LA DEFINITION DE LA COUTUME

En droit privé français, la coutume relève du droit tandis que l'usage relève du fait. Les romains avaient procédé à une confusion en ne distinguant pas la coutume proprement dite (*consuetudo*) du simple usage (*usus* ou *mos*)¹⁸⁸⁰. Ainsi, la répétition d'un usage, simple fait matériel, ne suffit pas à constituer la coutume¹⁸⁸¹. Pour que cet usage devienne du droit, il faut aussi un élément intentionnel, la volonté du peuple¹⁸⁸². Les usages et les mœurs sont les causes lointaines de la coutume, mais la cause proche est le tacite consentement du peuple qui se manifeste à travers ces usages et mœurs¹⁸⁸³. En conséquence, la coutume est un usage juridique de formation spontanée accepté par tout le groupe social intéressé¹⁸⁸⁴. Cet usage accepté par la population d'un territoire déterminé doit en outre être consacré par le temps¹⁸⁸⁵.

Pour Monsieur Antoine Kassis, le fait coutumier est incontestable¹⁸⁸⁶. A ce sujet, Henri Batiffol a écrit : « *Que les coutumes ou les simples usages, à supposer la distinction possible, donnent des réponses à des questions de droit, le fait n'est pas niable* »¹⁸⁸⁷. « *Toutes les sociétés ont connu des coutumes qui s'enracinent si profondément dans les mœurs qu'elles sont respectées comme étant du droit, ayant une force obligatoire, avant même d'avoir été sanctionnées par les tribunaux. On trouve la coutume considérée par les groupes sociaux comme étant du droit obligatoire avant toute intervention judiciaire* »¹⁸⁸⁸.

En droit du commerce international, certains auteurs ont analysé dès l'origine les usages en tant que normes coutumières. C'est le cas de Berthold Goldman¹⁸⁸⁹, telle est également la

¹⁸⁸⁰CARBASSE (J.-M.), « Coutumes françaises », ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 326.

¹⁸⁸¹*Ibidem*.

¹⁸⁸²*Ibidem*.

¹⁸⁸³*Ibidem*.

¹⁸⁸⁴*Ibidem*.

¹⁸⁸⁵*Ibidem*.

¹⁸⁸⁶KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁸⁸⁷BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, p. 75.

¹⁸⁸⁸KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, *loc. cit.*

¹⁸⁸⁹GOLDMAN (B.), « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », *JDI*, 1979, p. 475, spéc. p. 502.

position de Gerhard Kegel¹⁸⁹⁰. Les professeurs Yvon Loussouarn et Jean-Denis Bredin ont vu dans le droit spontané un « *droit coutumier* », un « *corps de normes coutumières* »¹⁸⁹¹. Cependant, il y a presque trente ans, Monsieur Kassis constatait déjà, chez les internationalistes privatiste, l'ambiguïté de la notion d'usage commercial international, qui consistait pour ces derniers à ne pas la distinguer de la coutume¹⁸⁹². En effet, selon l'auteur : « *Jamais on ne trouve dans leurs écrits une analyse de ces notions, du moins une évocation, fût-elle rapide, des questions qu'elles ont posées et posent toujours aux civilistes et aux commercialistes* »¹⁸⁹³. Ainsi, Philippe Fouchard, voit dans l'usage du commerce international une règle coutumière et estime que la distinction entre l'usage et la coutume est sans portée car ses contours n'ont jamais pu être distingués avec précision, sauf que l'usage a peut être un degré de généralité moins grand que la coutume¹⁸⁹⁴. L'auteur considère que la distinction ne se justifie pas pleinement¹⁸⁹⁵. En effet, pour ce dernier, celle-ci relève plutôt du droit interne français et se réduit à des questions d'ordre procédural (question de preuve, d'application d'office et de contrôle de la Cour de Cassation)¹⁸⁹⁶. Monsieur Yves Derains emprunte le mot « usage » aux conventions internationales sans référence à la distinction française entre « usages » et « coutumes »¹⁸⁹⁷. Ainsi, la difficulté est esquivée au motif que la distinction serait procédurale et particulière aux « *legal technicalities* » d'un système national particulier, alors qu'elle est autrement plus sérieuse et qu'une théorie des usages du commerce international ne saurait se construire sans que l'on s'y réfère d'entrée de jeu¹⁸⁹⁸. Concernant le domaine du droit du commerce international, les internationalistes de droit privé ne se sont pas attachés à théoriser ni à expliciter la coutume. Les notions d'« usage » et de « coutume » ont ainsi été assimilées sans aucune autre forme de procédé. En général, les auteurs ne s'embarrassent pas à dire comment et pourquoi l'usage commercial international est une coutume¹⁸⁹⁹. Dans ce domaine, Monsieur Clive Schmitthoff a été l'un des seuls à définir la coutume, distincte de l'usage. Selon l'auteur : « *Le développement de la coutume commerciale est un processus graduel. Elle commence souvent comme un procédé d'affaires*

¹⁸⁹⁰KEGEL (G.), « *The Crisis of conflict of laws* », *RCADI*, volume 112, 1964, p. 91, spec. pp. 260-261.

¹⁸⁹¹LOUSSOUARN (Y.), BREDIN (J.-D.), *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, pp. 46-47.

¹⁸⁹²KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, op. cit., p. 308.

¹⁸⁹³*Ibidem*.

¹⁸⁹⁴CA Paris, *Les films de l'Alma*, 24 octobre 1980, *R.A.*, 1982, p. 54, note Philippe Fouchard.

¹⁸⁹⁵FOUCHARD (P.), « L'Etat face aux usages du commerce international », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1973-1975, p. 71, spéc. p. 73.

¹⁸⁹⁶*Ibidem*.

¹⁸⁹⁷DERAINS (Y.), « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *R. A.*, 1973, p. 122, note 1 ; KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, loc. cit.

¹⁸⁹⁸*Ibidem*.

¹⁸⁹⁹*Idem*, p. 309.

dû à l'initiative de quelques entreprises de premier plan ; puis devient une pratique générale (general practice) dans un commerce particulier, fondée sur un parallélisme de l'action ; cette pratique se développe par la suite en un "trade usage" (usage) ; et elle acquiert éventuellement la certitude et le statut juridique. La coutume internationale a été définie comme consistant en "pratiques", usages ou modèles (standards) qui sont si souvent utilisés que les hommes d'affaires engagés dans le commerce international s'attendent à ce que leurs partenaires s'y conforment »¹⁹⁰⁰. Le contrat-type international « n'a pas le caractère d'une coutume commerciale parce qu'on ne s'attend pas à ce qu'il lie le contractant qui ne l'a pas accepté. Il est d'un ordre inférieur à la coutume commerciale ; il ne peut être qu'une pratique ou un usage commercial selon le cas. Il a cependant la potentialité de se développer en coutume commerciale par une utilisation générale et constante »¹⁹⁰¹. Monsieur Schmitthoff distingue ainsi deux notions : la coutume et la pratique ou l'usage¹⁹⁰². Il existe, selon l'auteur, d'une part, la coutume qui est une pratique tellement généralisée et constante qu'elle peut lier une partie qui ne l'a pas expressément acceptée et, d'autre part, la pratique ou l'usage qui n'engagent pas ceux qui ne les ont pas expressément acceptés¹⁹⁰³. Il nous apparaît que cette définition rend confuse toute distinction entre usages conventionnels, usages du commerce et coutume. Il nous semble en effet, qu'une confusion est opérée entre ces trois notions. Pour Monsieur Antoine Kassis, cette définition de la coutume commerciale internationale retient en réalité le seul concept d'usage conventionnel dès lors que Monsieur Schmitthoff la fonde sur une présomption de volonté et la fait sous-tendre par le principe d'autonomie de la volonté¹⁹⁰⁴.

La formulation par un organisme international est également un critère sur lequel se fonde Clive Schmitthoff afin de distinguer l'usage de la coutume¹⁹⁰⁵. Pour le professeur Jean Stoufflet, qui a également opéré la distinction entre usages et coutumes, les usages deviennent des coutumes par le biais de la codification, fût-elle privée¹⁹⁰⁶. Aussi, les usages du crédit documentaire, codifiés par la Chambre de commerce internationale deviennent,

¹⁹⁰⁰SCHMITTHOFF (C. M.), « *The unification or harmonization of law by means of standard contracts and general conditions* », *Annuaire de l'Institut pour l'unification du droit privé*, Rome, 1969, pp. 96-97, cité par KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, op. cit., p. 139.

¹⁹⁰¹*Ibidem*.

¹⁹⁰²KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, loc. cit.

¹⁹⁰³*Ibidem*.

¹⁹⁰⁴*Ibidem*.

¹⁹⁰⁵*Idem*, p. 310.

¹⁹⁰⁶*Ibidem* ; STOUFFLET (J.), *Le crédit documentaire*, Litec, 1957, pp. 95, 109, 110.

selon lui, des coutumes, malgré le caractère privé de cette codification¹⁹⁰⁷. D'après l'auteur, l'emploi généralisé et constant du crédit documentaire fait de sa technique un usage conventionnel applicable même lorsque les parties ne s'y sont pas expressément référées, reposant sur la volonté présumée des parties et dont la force découle du principe d'autonomie de la volonté¹⁹⁰⁸. Cependant, cet usage conventionnel se transforme en coutume par l'influence de deux facteurs qui contribuent à le cristalliser et à développer chez les opérateurs du commerce international la conscience de son caractère obligatoire¹⁹⁰⁹. Le premier de ces facteurs a un caractère général : c'est la jurisprudence¹⁹¹⁰. Le second, sans être spécial au crédit documentaire, intervient moins fréquemment ailleurs : c'est la rédaction privée des usages¹⁹¹¹. Ainsi, on se trouve en présence de deux types d'usages dont l'un seulement est codifié¹⁹¹². Les premiers peuvent être érigés en coutume par l'action de la jurisprudence¹⁹¹³. Les seconds le sont par le biais de la codification¹⁹¹⁴. Pour le professeur Stoufflet, cela est dû à l'autorité qui s'attache aux Règles et usance, tant en raison de l'audience que possède la Chambre de commerce internationale qu'en raison de la large adhésion des milieux bancaires, favorisant *l'opinio necessitatis*¹⁹¹⁵. Pour Monsieur Kassis, un tel fondement n'est guère convaincant car ni l'audience que possède la Chambre de commerce internationale, ni la large diffusion donnée dans les milieux bancaires à la codification effectuée par cet organisme ne sauraient transformer les usages « conventionnels » du crédit documentaire en coutumes¹⁹¹⁶. Une des raisons à cela est qu'aucune ne donne naissance à un sentiment d'obligation, dès lors que ces usages restent facultatifs et peuvent être écartés par les parties à la convention¹⁹¹⁷. Dans une argumentation plus récente développée par le professeur Stoufflet : en France, et dans de nombreux pays étrangers où les dispositions des Règles et usances sont très généralement suivies dans la pratique depuis plusieurs dizaines d'années, on peut considérer que ces pratiques ont une

¹⁹⁰⁷*Ibidem.*

¹⁹⁰⁸*Ibidem.*

¹⁹⁰⁹*Ibidem.*

¹⁹¹⁰*Ibidem.*

¹⁹¹¹*Ibidem.*

¹⁹¹²*Ibidem.*

¹⁹¹³*Ibidem.*

¹⁹¹⁴*Ibidem.*

¹⁹¹⁵*Ibidem.*

¹⁹¹⁶Monsieur Kassis considère les Règles et usances du crédit documentaire comme des usages conventionnels contrairement à la doctrine qui consiste à les voir comme des usages-règles, KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, loc. cit. ; A titre d'exemple, Le professeur Olivier Cachard voit ces usages comme des usages-règles, CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, loc.cit.

¹⁹¹⁷KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, loc. cit.

certaine valeur juridique qui leur confère une certaine force¹⁹¹⁸. En effet, une grande partie des solutions consignées dans les Règles et usances peuvent être tenues pour l'expression de véritables usages, voire pour des règles coutumières, pour la double raison que leurs rédacteurs ont recueilli les pratiques antérieures et que les commerçants, même non liés par le contrat-type, se conforment à nombre des dispositions qu'il consacre avec la conviction qu'elles s'imposent à eux comme aux banques¹⁹¹⁹.

Selon Monsieur Antoine Kassis : « *Les coutumes anciennes étaient des coutumes bien avant leur rédaction. C'est par une différence de nature que la coutume et l'usage se distinguent : d'une part, une véritable règle de droit avec conscience de son caractère obligatoire, et d'autre part, une interprétation complétive d'un contrat fondée sur une présomption de volonté* »¹⁹²⁰. L'*opinio juris sine necessitatis* a de l'importance. En droit interne, la conception traditionnelle de la coutume repose sur deux éléments : un élément matériel et un élément psychologique. Selon cette doctrine, la coutume naît de la combinaison des deux. En droit du commerce international, l'importance de l'élément psychologique ressort avec force de l'argumentation de Monsieur Kassis. Aussi, pour qu'il y ait coutume, outre l'élément matériel, il faudrait que les opérateurs du commerce international aient la conscience de se conformer, dans leurs activités, à une règle obligatoire. En ce sens, examiner le processus d'émergence de la coutume en droit international public peut nous offrir les pistes d'une certaine appréhension de ce que pourrait être en réalité le phénomène coutumier en droit du commerce international.

En effet, certains questionnements du droit du commerce international font écho à ceux du droit international public. Selon le professeur Alain Pellet : « *Les contrats transnationaux jouent un rôle éminent dans la formation des usages : encadrés par ces normes coutumières, contrats-types et conditions générales sont eux-mêmes créateurs de nouveaux usages. Certaines de leurs clauses deviennent de style, certaines solutions d'abord propres à quelques contrats-types deviennent des principes généraux, exactement comme la répétition de dispositions identiques sur des sujets semblables dans les traités (dont la conclusion et le régime juridique sont fixés par des règles coutumières) donne naissance à de nouvelles règles*

¹⁹¹⁸STOUFFLET (J.), « Crédit documentaire », *Jurisclasseur Banque-Crédit-Bourse*, fascicule 1080, §10 ; STOUFFLET (J.), « L'œuvre normative de la Chambre de commerce internationale dans le domaine bancaire », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 361.

¹⁹¹⁹*Ibidem*.

¹⁹²⁰KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, *loc. cit.*

coutumières du droit des gens. Deux objections cependant viennent à l'esprit : d'une part, comment établir la "juridicité" et le contenu des usages du commerce ? D'autre part, assurent-ils réellement le rôle unificateur qui caractérise la coutume dans l'ordre juridique international ? A la première question, la réponse est, à vrai dire, identique à celle que l'on peut se poser en ce qui concerne les règles coutumières internationales : le modus operandi¹⁹²¹ de la coutume dans l'accomplissement de sa fonction de source formelle du droit reste un processus mystérieux et une des énigmes permanentes du droit international »¹⁹²².

Au demeurant, en droit international public, la coutume ne présente pas, à première vue, de caractère original¹⁹²³. Elle résulte, comme diverses branches du droit interne, de la répétition d'une série de faits concordants et de la conviction des sujets de droits que ces comportements expriment une règle de droit¹⁹²⁴. Au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, la coutume est une source du droit international, comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit. En droit international public, l'existence d'une norme coutumière nécessite la réunion de deux éléments : l'un matériel et l'autre psychologique, qui sont à la fois des preuves de l'existence d'une coutume et les deux principales étapes de son processus de formation¹⁹²⁵. L'existence d'une coutume en droit du commerce international est conditionnée par la présence d'éléments similaires. La répétition de faits matériels, caractérisés en ce sens par des usages ou par la pratique contractuelle ne suffit pas. Il est question en matière de coutume de droit objectif et impératif. A cet égard, la présence d'un élément psychologique est nécessaire. Examiner la façon dont le processus coutumier s'exprime en droit international public présente alors un certain intérêt au regard de l'appréhension d'un tel phénomène en droit du commerce international.

¹⁹²¹PELLET (A.), « La *lex mercatoria* « tiers-ordre juridique » ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 53, spéc. p. 67. L'auteur se réfère aux écrits du professeur Georges Abi-Saab, ABI-SAAB (G.), « La coutume internationale dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, tome 1, Milan, Giuffrè, 1987, p. 53, spéc. p.58.

¹⁹²²PELLET (A.), « La *lex mercatoria* « tiers-ordre juridique » ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », *loc. cit.*

¹⁹²³DUPUY (R.-J.), « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, A. Pedone, 1974, p. 75.

¹⁹²⁴*Ibidem.*

¹⁹²⁵PERRIN de BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.), COULEE (F.), *Leçons de droit international public*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2^{ème} édition, 2011, p. 290 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, L.G.D.J., 8^{ème} édition, 2009, pp. 352 et s ; DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2008, pp. 347 et s.

B. LES CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA COUTUME

En droit international public, concernant l'élément matériel de la coutume, il faut tout d'abord une pratique générale fondée sur l'accumulation de précédents qui peuvent être constitués aussi bien par des actes positifs que par l'absence de protestations¹⁹²⁶. Cette pratique doit être constante et uniforme¹⁹²⁷. Elle doit être régulièrement répétée, ne pas varier et être suivie par une majorité d'Etats y compris les Etats intéressés¹⁹²⁸. En d'autres termes, elle doit reposer sur des faits continus dans le temps et concordants dans l'espace¹⁹²⁹.

Les facteurs temps et espace ont, à cet égard, leur importance. Ainsi, dans le temps, la formation classique de la coutume nécessite que le même précédent soit répété dans la durée. La coutume peut se former de manière spontanée mais elle est davantage le fruit d'une évolution que le résultat d'une création et provient de changements graduels dans le comportement des Etats¹⁹³⁰.

Dans l'espace, la participation des Etats à la formation de la coutume doit être suffisamment représentative, même si cela ne suppose pas nécessairement l'assentiment de tous les Etats membres de la communauté internationale sans exception¹⁹³¹. En revanche, des objections persistantes, émanant d'un nombre significatif et représentatif d'Etats, empêcheront l'émergence d'une norme coutumière¹⁹³². Toutefois, si l'objection émane d'un seul Etat, cela ne pourra empêcher l'émergence de la coutume qui finira par s'imposer à l'ensemble des autres membres de la communauté internationale¹⁹³³. Aussi, en droit du commerce international, l'émergence d'une coutume serait conditionnée par une pratique répétée au sein d'un secteur déterminé. Il faudrait également une certaine représentativité au regard de celle-ci sans prétendre atteindre l'exhaustivité ou l'unanimité. Si on perçoit déjà les difficultés que cela peut comporter en droit international public, ces dernières nous semblent décuplées en droit du commerce international face à des opérateurs qui dépassent largement le nombre des

¹⁹²⁶PERRIN de BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.), COULEE (F.), *Leçons de droit international public*, *loc. cit.*

¹⁹²⁷*Ibidem.*

¹⁹²⁸*Ibidem.*

¹⁹²⁹*Ibidem* ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, L.G.D.J., *op. cit.* pp. 358-360.

¹⁹³⁰PERRIN de BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.), COULEE (F.), *Leçons de droit international public*, *op. cit.*, p. 292.

¹⁹³¹*Ibidem.*

¹⁹³²*Ibidem.*

¹⁹³³*Ibidem.*

Etats et qui ne sont pas organisés en communautés pouvant prétendre à une espèce de représentativité péremptoire. Les premiers freins à l'émergence de coutumes se dressent déjà à la seule étude de l'élément matériel de celle-ci. Le phénomène est accentué d'autant par la nécessité d'un élément psychologique.

En effet, en droit international public, outre l'élément matériel, il faudrait que la majorité des Etats aient le sentiment de se conformer à une véritable règle de droit, à une nécessité juridique. C'est l'élément psychologique de la coutume qui est *l'opinio juris sive necessitatis* ou *opinio juris*. Il s'agit de la conviction d'être lié par une règle juridique. En conséquence, au-delà des agissements d'un Etat, c'est au cœur du fondement psychologique qui sert de base à leur action qu'il faut aller chercher la raison d'être de la coutume. En effet, il faut avoir la preuve qu'en agissant d'une certaine façon, les Etats ont la conviction d'obéir à une règle de droit¹⁹³⁴. L'*opinio juris* peut être considérée en tant qu'assentiment de tous et en tant que sentiment d'être lié par une règle à laquelle on consent¹⁹³⁵. Dans ce cas, elle est la cause immédiate de l'obligation juridique¹⁹³⁶.

En droit international public, c'est la rencontre de volontés des Etats manifestée par leurs comportements qui crée la règle, sur le plan du droit, quelle que soit la façon dont est analysée cette rencontre et dont est expliquée l'habilitation de cette rencontre de volonté à créer du droit¹⁹³⁷. L'arbitre et le juge internationaux sont des instances d'objectivation relative, dans la mesure où ils se substituent aux destinataires de l'éventuelle norme pour procéder à l'analyse des conditions d'apparition de celle-ci¹⁹³⁸. Hans Kelsen écrivait que l'*opinio juris* ne faisait que masquer le rôle du juge dans la création du droit¹⁹³⁹. En ce sens, la règle coutumière est une « *hypothèse juridictionnelle, un raisonnement inductif consacré par l'autorité de chose jugée* »¹⁹⁴⁰. Le rôle de l'*opinio juris* est également de masquer le rôle d'appréciation souveraine de tout sujet de droit international en présence d'une pratique répétée¹⁹⁴¹.

¹⁹³⁴*Idem*, p. 292.

¹⁹³⁵STERN (B.), « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », *op. cit.*, p. 488.

¹⁹³⁶*Ibidem*.

¹⁹³⁷*Ibidem*.

¹⁹³⁸*Idem*, p. 491.

¹⁹³⁹*Idem*, p. 492.

¹⁹⁴⁰GOUNELLE (M.), *La motivation des actes juridiques en droit international public. Contribution à la théorie de l'acte juridique en droit international public*, thèse, A. Pedone, 1979, p. 76.

¹⁹⁴¹STERN (B.), « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », *op. cit.*, p. 492.

Ainsi, la Cour et les Etats ont toute la liberté d'affirmer qu'il existe ou non une *opinio juris* dans un cas précis¹⁹⁴². En droit international, d'après le professeur Brigitte Stern, « *Selon leur situation de pouvoir dans la société internationale, les Etats participent volontairement à l'élaboration de la coutume internationale, soit en ayant le sentiment de créer du droit, soit en ayant le sentiment d'obéir à une nécessité, celle-ci résultant précisément de la volonté des premiers* »¹⁹⁴³.

Au regard de l'*opinio juris* se manifestant dans la pratique des Etats, il faudra tenir compte non seulement des traités internationaux, bilatéraux ou multilatéraux conclus par les Etats entre eux ou avec les organisations internationales, mais encore des actes concertés non conventionnels comme des déclarations conjointes ou des communiqués de fin de sommet qui peuvent être des indices de comportement des Etats même s'ils sont dépourvus de force obligatoire. Il faudra également tenir compte des actes unilatéraux des Etats, comme des déclarations faites à la presse ou encore des actes internes par lesquels l'Etat exerce ses compétences internationales ou met en œuvre le droit international (lois, décrets, règlements ou encore décisions des juridictions nationales)¹⁹⁴⁴.

Pour des auteurs, le droit coutumier a une portée générale plus contraignante que le droit conventionnel¹⁹⁴⁵. En effet, il n'est pas nécessaire qu'un Etat ait participé à la formation d'une coutume pour qu'elle lui soit opposable¹⁹⁴⁶. Il n'est pas davantage nécessaire qu'il ait émis son consentement exprès à être lié par la coutume¹⁹⁴⁷. En effet, son comportement passif sera interprété comme un consentement tacite à cette dernière. En ce sens, l'opposabilité générale de la norme coutumière se distingue de l'opposabilité relative des traités internationaux¹⁹⁴⁸. Si la coutume existe, elle s'applique de façon uniforme à tous les Etats de la communauté internationale¹⁹⁴⁹. Ces derniers ne pourront ni émettre des réserves afin de modifier la portée de la norme coutumière à leur égard ni s'en retirer comme ils pourraient le faire au regard d'un traité¹⁹⁵⁰.

¹⁹⁴²*Ibidem.*

¹⁹⁴³*Idem*, p. 499.

¹⁹⁴⁴PERRIN de BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.), COULEE (F.), *Leçons de droit international public*, *op. cit.*, p. 293.

¹⁹⁴⁵*Idem*, p. 294.

¹⁹⁴⁶*Ibidem.*

¹⁹⁴⁷*Ibidem.*

¹⁹⁴⁸*Ibidem.*

¹⁹⁴⁹*Ibidem.*

¹⁹⁵⁰*Ibidem.*

La preuve de la coutume est difficile. En droit international, le juge jouera un rôle déterminant dans la révélation de la coutume et les décisions qu'il rendra contribueront à la conforter et à la consolider¹⁹⁵¹. Le juge qui ne fait théoriquement que constater l'existence d'une coutume va en réalité souvent, en la formulant, contribuer à la renforcer dans son existence, voire même à la créer¹⁹⁵².

Mais comment un tel phénomène est-il possible en droit du commerce international ? Comment se manifesterait l'*opinio juris* ? Comment pourrait-on déterminer, mesurer,, voire quantifier l'existence de cet élément d'ordre psychologique ? En outre, si déjà de nombreuses difficultés se posent quant à la possibilité pour le juge ou l'arbitre de créer ou de consacrer des principes généraux de droit du commerce international¹⁹⁵³, comment ce dernier pourrait-il constater l'existence d'une coutume en en qualifiant non seulement l'élément matériel mais également l'*opinio juris* ? En outre, quelle légitimité aura le juge ou l'arbitre pour le faire ? Quels sont les mécanismes et les fondements qui pourront lui servir d'appui en ce sens ? Autant de questions, trop nombreuses qui nécessitent au préalable d'être résolues, avant que la pratique contractuelle et les usages ne voient s'ouvrir les voies de l'accès au statut de coutume du commerce international. En conclusion, l'émergence d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat par la voie du phénomène coutumier est en l'état actuel difficilement envisageable.

En 1910, Jean Escarra présente une distinction entre usages de droit et usages de fait¹⁹⁵⁴. Dans cette distinction, seul l'usage de droit est caractérisé par l'*opinio necessitatis*¹⁹⁵⁵. Cependant, l'auteur considère que l'usage de fait constitue une règle de droit car il est doté d'une force juridique autonome, réelle, bien qu'inférieure à la loi¹⁹⁵⁶. Afin de justifier la valeur juridique de l'usage, l'auteur se réfère au seul caractère conventionnel de cette variété d'usage : on présume l'existence d'un consentement portant sur l'application de l'usage sans pour autant qu'un tel consentement ait été dicté par une croyance dans le caractère obligatoire de son

¹⁹⁵¹*Idem*, p. 292.

¹⁹⁵²*Idem*, p. 293.

¹⁹⁵³Voir nos développements *supra*, Deuxième partie, titre 1, chapitre 1) La recherche de principes généraux s'imposant à la volonté des parties, p. 263.

¹⁹⁵⁴ESCARRA (J.), « De la valeur juridique de l'usage commercial », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 1.

¹⁹⁵⁵PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, L.G.D.J., 1989, p. 96.

¹⁹⁵⁶ESCARRA (J.), « De la valeur juridique de l'usage commercial », *loc. cit.* ; PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, *loc. cit.*

application, la convention sous-entendue ayant la même valeur que la convention expresse¹⁹⁵⁷. Dans cette conception, l'usage de fait possède donc une valeur équivalente à la convention, et tout usage a une origine et une force conventionnelle¹⁹⁵⁸. Et même si certains auteurs se distinguent de la conception de Jean Escarra, il semble aujourd'hui acquis que tout usage a une valeur conventionnelle¹⁹⁵⁹. Les civilistes n'ont étudié que la coutume et n'ont vu dans l'usage que l'élément matériel de celle-ci, qui devait être revêtue de l'*opinio juris*¹⁹⁶⁰. De ce fait, l'usage n'est-il davantage que « *ce qui se fait* » et non « *ce qui doit être* » car il participerait uniquement de la simple pratique contractuelle¹⁹⁶¹?

En réalité, nous pensons que c'est à travers la pratique contractuelle, notamment par les usages qui en font partie que doivent être posés les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. En effet, si la logique ne peut être poussée à son paroxysme, c'est-à-dire jusqu'à l'émergence d'une coutume en droit du commerce international, nous pensons que d'ores et déjà, la pratique contractuelle ainsi que les usages du commerce international peuvent poser et constituer les jalons d'un tel droit. En effet, si ni la pratique ni l'usage ne sont dotés d'une valeur et d'une force juridiques impératives, ils ont un fondement conventionnel et de ce fait une valeur juridique d'autant plus significative que l'on se situe dans le domaine des affaires internationales au sein duquel le contrat est omniprésent, voire omnipotent à de nombreux égards.

¹⁹⁵⁷ESCARRA (J.), « De la valeur juridique de l'usage commercial », *loc. cit.* ; PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, *op. cit.*, p. 97.

¹⁹⁵⁸*Ibidem.*

¹⁹⁵⁹LACOUR (L.), *Précis de droit commercial*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1925, n° 19 ; PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, *loc. cit.*

¹⁹⁶⁰*Ibidem.*

¹⁹⁶¹HEUZE (V.), *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, GLN Joly éditions, 1992, n° 174, p. 136.

CONCLUSION

La pratique contractuelle se situe au cœur des interactions entre contrats d'Etat et développement durable. Elle permet de poser les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. Le contrat est omniprésent dans les relations que les opérateurs du commerce international entretiennent. Au regard de la thématique des contrats d'Etat, il est une source normative de première importance. Les enjeux et perspectives d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat se situent selon nous au cœur de la pratique contractuelle. Il apparaît toutefois que si le contrat est l'instrument juridique absolu des rapports du commerce international, sa nature conventionnelle est un frein à toute abstraction et généralisation, éléments nécessaires à l'émergence de normes uniformisées et généralisables. Cela est particulièrement vrai pour les contrats d'Etat qui sont des outils juridiques profondément ancrés dans une tradition nationale particulière et sont impérativement soumis au droit local de l'Etat contractant dont ils ne peuvent se détacher.

Cet état de fait accroît déjà la relativité et la spécificité de ces types de contrat, rendant toute tentative d'homogénéisation difficile. Cependant, face à des normes internes qui sont souvent inaptes à régir les opérations portées par les contrats d'Etat, la pratique des acteurs d'un secteur déterminé connaît un regain d'importance et peut participer à une tentative d'unification des normes. Dans une telle perspective, le contrat d'Etat oscille entre relativité restreinte d'une part et relativité accrue de l'autre. La pratique contractuelle est à la source de certains usages du commerce international qui participent à notre sens à une tentative d'uniformisation de ce dernier. Toutefois, elle a une nature conventionnelle et demeure soumise à la volonté des parties. Doit-on pour autant en conclure qu'elle ne présente aucun intérêt ? Nous ne le pensons pas. Bien au contraire. S'il est difficile qu'une coutume, source de droit objectif émane de cette dernière, cela ne signifie pas pour autant qu'elle ne constitue pas du droit, quelle que soit la nature de celui-ci. En définitive, il nous apparaît que c'est dans la pratique des contrats d'Etat et les clauses décidées entre les Etats et les opérateurs du commerce international que peut émerger un véritable droit du développement durable en matière de contrats d'Etat.

CONCLUSION DU TITRE 2

A l'image des moyens de la dialectique entre contrats d'Etat et développement durable, qui est la résultante de processus originaux qui commandent une acception sans cesse renouvelée du droit, les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats s'inscrivent dans une perspective particulière. Le contrat d'Etat est un instrument juridique autonome, situé entre dépendance, indépendance et interdépendance à l'égard du développement durable. Aussi, en l'absence de principes juridiques d'origine supraétatique s'imposant avec force à la volonté des parties, c'est de la richesse de la pratique contractuelle qu'émaneront de tels jalons.

Ces derniers s'inscrivent résolument dans le consensus, davantage que dans l'existence de figures juridiques impératives qui font profondément défaut aux ordres juridiques internes des Etats d'accueil de l'investissement. La méthode utilisée pour de telles fins doit être recherchée dans les interactions entre contrats d'Etat et développement durable qui se situent entre volonté politique et nécessité juridique. L'instrument contractuel en tant que tel a toujours été au cœur de la dynamique entre contrats d'Etat et développement durable, à travers des moyens d'action singuliers et des mécanismes novateurs. La pratique contractuelle permet par exemple de faire pénétrer des figures juridiques du développement durable dans l'ordre interne des Etats. Elle doit être perçue en tant que source potentielle d'un droit qui se doit d'être construit. En somme, la recherche d'un ensemble de pratiques est un pas vers l'émergence d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Les fondements d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat reposent sur une mécanique existant depuis l'origine, qui est celle de l'interaction et de la complémentarité. Celle-ci associe les contrats d'Etat, instruments juridiques particuliers, partagés entre autonomie, hétéronomie, dépendance, indépendance et interdépendance au contexte juridique extracontractuel au sein duquel ces conventions existent. C'est à partir de cette logique sur laquelle la relation entre contrats d'Etat et développement durable s'appuie que doivent être posés les jalons d'un tel droit. Effectivement, sa construction doit être basée sur la reconnaissance et l'évolution de mécanismes originaux qui en sont les soubassements.

La recherche de principes tendant à imposer le respect de normes de développement durable en matière de contrats d'Etat met en lumière l'existence de dispositifs éparpillés qui ne permettent de conclure ni à une systématisation, ni à une homogénéité, ni à une uniformisation possibles. Toutefois, certaines pratiques contractuelles existent même si la prise en compte d'impératifs de développement durable au sein des contrats d'Etat est insuffisante. La volonté politique existe de façon accrue sur le plan international même si elle est très limitée au sein des ordres juridiques internes. Au demeurant, cette dernière n'est pas accompagnée des moyens juridiques, matériels, financiers et institutionnels nécessaires à une telle mise en œuvre. En conclusion, seul le contrat en tant que tel peut cristalliser toutes les attentes. Les vertus de l'instrument contractuel doivent permettre une richesse dans ces contrats internationaux qui n'existe ni dans les droits internes, ni dans le droit international, ni même dans les décisions jurisprudentielles. Elles doivent émaner de la richesse des figures contractuelles elles-mêmes et de l'innovation dans les régimes juridiques grâce à l'accumulation des clauses provoquant l'optimisme des premières découvertes, des premières curiosités¹⁹⁶².

¹⁹⁶²Ces développements sont inspirés de propos du professeur Philippe Kahn à propos de la *lex mercatoria*, KAHN (P.), « *Lex mercatoria* » et pratique des contrats internationaux. L'expérience française », *op. cit.*, p. 77.

CONCLUSION GENERALE

Dans le sillage du nouvel ordre économique international et des mouvements d'indépendance, les pays en voie de développement ont considéré les sociétés multinationales opérant sur leurs territoires avec une certaine suspicion. De nombreux textes internationaux se sont fait l'écho de cette méfiance. L'un des plus significatifs est la Déclaration économique des Non-alignés d'Alger de 1973 dont la section 7 est ainsi rédigée :

« - Les chefs d'Etat et de gouvernement dénoncent devant l'opinion publique mondiale les pratiques inadmissibles des sociétés transnationales qui portent atteinte à la souveraineté des pays en voie de développement et qui violent les principes de non-ingérence et du droit des peuples à l'autodétermination, conditions fondamentales pour le progrès politique, économique et social de ces pays ». Toutefois, l'attitude de ces pays en développement a progressivement évolué vers la recherche d'un équilibre entre le désir d'attirer les investissements de ces sociétés et la nécessité de maintenir des mécanismes juridiques de contrôle. En effet, dans les pays en voie de développement, les besoins en investissements et en capitaux étrangers sont considérables.

Les profondes contradictions et oppositions ainsi que l'impossible conciliation entre investissement et développement ont toujours été soulignées. Il existe cependant entre les deux, une interaction que la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement n'a fait que rappeler en même temps qu'elle la prescrivait au titre de nécessité. Certains contentieux auxquels les firmes internationales ont dû faire face dès le début des années 1990 et la multiplication des catastrophes environnementales n'ont fait que renforcer cette idée de consolider la dialectique entre l'investissement et le développement désormais perçu comme nécessairement durable.

Au regard de la problématique du développement de certains Etats du monde, l'apparition du principe de développement durable se fait en droit sur les cendres du droit du développement et sur les ruines du nouvel ordre économique international. Toutefois, les profondes mutations que la société internationale en général et les pays en développement en particulier ont connues, ont révélé une mécanique originelle et originale entre contrats d'Etat et développement qui, selon nous, s'applique désormais à la relation entre contrats d'Etat et développement durable. Le contrat d'Etat s'affirme désormais en tant qu'instrument normatif

particulier, situé entre autonomie, hétéronomie, dépendance, indépendance et interdépendance vis-à-vis des préoccupations de développement durable. Dès lors, il apparaît que c'est sur cette réalité singulière que reposent les fondements d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat. En définitive, c'est au sein même du contrat qu'il faut tenir compte des mutations que connaît le contexte juridique extracontractuel et que doivent être posés les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat.

L'époque est propice à un tel processus. En effet, elle est celle d'une conception sans cesse renouvelée du droit. Il en va ainsi tout d'abord de la reconnaissance d'un certain pluralisme juridique par lequel le droit du commerce international est profondément marqué. Celui-ci postule un pluralisme des sources du droit qui postule à son tour l'internormativité. C'est dans un tel cadre particulier que se pose la question d'un droit volontaire qui, en définitive, constitue une grande partie des normes du développement durable. Effectivement, les engagements volontaires sont l'expression d'un droit désormais fondé sur la volonté de son destinataire qui en est également destinataire. Alors que la question de la valeur juridique de telles normes se présente, il semble que le contexte pluraliste du droit dans lequel elles sont amenées à exister ne leur dénie pas toute juridicité. Ainsi, si le « droit mou » est opposé au « droit dur », il n'en demeure pas moins du droit. Ce droit doit s'incarner, aux fins d'efficacité, au sein d'un instrument qui lui confère une juridicité de « droit dur » : le contrat.

Le contexte est également adapté puisque l'heure est aussi à la conception d'un droit régulé auquel participent non seulement les Etats mais également les acteurs privés. Les contrats d'Etat en sont le reflet idéal. La fonction de régulation du contrat d'Etat est facilitée en ce sens par la grande souplesse qui caractérise sa nature conventionnelle. Dès lors, en matière de contrats d'Etat et de développement durable, l'heure est à la réelle contractualisation des figures juridiques du principe. Cela signifie que les normes de développement durable qui ne bénéficient pas d'une valeur impérative telle qu'elles s'imposent à la relation contractuelle, seront introduites au sein de l'instrument contractuel par l'accord de volontés, exprimant le consensus. Il importe de souligner qu'un tel processus n'est pas une révolution en droit du commerce international, fondé sur l'importance de l'accord de volonté en tant que source de droit. En effet, les opérateurs économiques y sont habitués à déterminer librement la loi à laquelle ils entendent se soumettre. En somme, le processus de contractualisation de doit pas y être amorcé ou même consacré. Il doit être approfondi dans sa logique. Cela impliquerait que certains domaines ne soient plus exclus *de facto* de la sphère des contrats commerciaux

internationaux. Aussi, les droits de l'homme, les droits sociaux fondamentaux ainsi que le droit de l'environnement ne peuvent plus être considérés comme des domaines réservés à la compétence des Etats, d'autant plus que ces droits se contractualisent de plus en plus¹⁹⁶³. Les relations commerciales internationales ne peuvent plus être imperméables à ces problématiques qui les concernent au premier plan.

Aussi, il appartient aux cocontractants de redonner aux contrats d'Etat, sur le plan juridique, leur finalité d'instruments de développement économique. En somme, les contrats d'Etat doivent faire l'objet d'une conception renouvelée, dans le « corps et l'esprit », sous l'impulsion du principe de développement durable. Ils ont constitué dès l'origine le cadre juridique exclusif des relations contractuelles entre les Etats d'accueil de l'investissement et les sociétés privées étrangères. Aujourd'hui, bien que quelque peu atténuée, cette réalité n'en demeure pas pour autant prégnante. Cela justifie d'ailleurs la fonction institutionnelle de ces conventions particulières. Cela renforce d'autant à la fois leur valeur et leur fonction d'instrument juridique créateur de normes.

Ces mécanismes juridiques sur lesquels reposent les fondements d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat amènent à se poser la question des jalons d'un tel droit. A ce sujet, l'importance de la pratique contractuelle a été soulignée. En effet, la recherche de principes généraux de droit pouvant être autant de jalons d'un droit du développement durable a été un échec car la dialectique entre contrats d'Etat et développement durable n'est pas telle qu'elle permet à l'arbitre ou au juge international de faire émerger de la comparaison des droits locaux ainsi que de l'ordre international, un certain nombre de principes qui lui seraient automatiquement applicables. Effectivement, même si certains dispositifs internes nous permettent de dire qu'on ne peut conclure à une totale impunité des firmes multinationales à l'occasion de leurs opérations d'investissement, ceux-ci demeurent très parcellaires et limités et n'offrent pas aux différents juges du commerce international la substance nécessaire à la reconnaissance de principes généraux de développement durable applicables en matière de contrats d'Etat. Cependant, si la recherche de principes généraux s'est avérée infructueuse, cela a également été le cas de celle de principes d'ordre public. L'ordre public a une fonction de structuration de la société à laquelle il s'applique et dont il traduit les évolutions fondamentales à travers un certain nombre de valeurs. Toutefois, si un certain nombre de

¹⁹⁶³Voir DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, thèse, La Réunion, 2010.

valeurs et même de principes juridicisés existent, le manteau de l'ordre public qui pourrait les structurer n'est pas défini. En réalité, il est même difficilement déterminable. Les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat sont le fruit d'interactions entre contrats d'Etat et développement durable, qui se manifestent par la pratique contractuelle. Le développement durable va connaître une consécration efficace au sein de la sphère juridique en étant conjugué en une série de pratiques.

L'impératif de développement durable doit être rappelé dans le contrat d'Etat. Cela doit également être le cas de la référence à certains standards de comportement dont font partie les règles de l'art, qui ont une visée et une portée scientifiques et techniques. Nous l'avons dit : la transformation substantielle du contrat d'Etat en instrument de développement durable passe par un renouveau contractuel qui s'opérerait de façon implicite et explicite. La référence au développement durable au sein de ce type de convention permet d'en consacrer juridiquement la finalité. Cela doit être perçu sans perdre de vue le caractère relatif de l'instrument contractuel car les pratiques que nous soulevons permettent en même temps de rappeler la dichotomie entre le relatif et l'universel.

Subséquemment, ancré dans un ordre juridique particulier qui joue en quelque sorte le rôle de garant des conventions, le contrat d'Etat, profondément influencé par la politique locale, en cela par les droits locaux, conserve en grande partie un caractère relatif. En ce sens, tendre vers un universalisme complet n'est ni possible, ni souhaitable. En effet, le contrat d'Etat est par essence attaché à un ordre juridique particulier dont il est l'instrument juridique de réalisation du développement. En conséquence, il ne peut occulter les spécificités politiques, économiques et juridiques de l'Etat d'accueil de l'opération d'investissement. Cela est notamment un gage d'efficacité. En outre, la référence à la pratique contractuelle en tant que source de droit ajoute à la relativité. En effet, sauf à se transformer en coutume, auquel cas elle deviendrait une norme objective et impérative, la pratique contractuelle est l'expression d'un choix librement convenu, détaché de toute contrainte.

Il existe des interactions entre contrats d'Etat et développement durable. Il faut, pour le reconnaître, admettre que cette dialectique particulière repose sur des mécanismes spécifiques et originaux dont le contrat lui-même est le cœur. Certes, on peut déplorer l'absence d'un droit « classique » et impératif qui imposerait la prise en compte des préoccupations de développement durable au sein de cet outil juridique. Cependant, cela n'est pas le cas et ne l'a

d'ailleurs jamais été. Ces contrats internationaux de développement se sont construits dès l'origine en dehors de mécanismes traditionnels de création de la norme, cela malgré l'avènement d'un droit international du développement. Cela s'explique notamment par l'omnipotence du concept de souveraineté auquel tout Etat est jalousement attaché. En raison de cette barrière, il est difficile d'élaborer un véritable régime juridique objectif et internationalisé des contrats d'Etat. Demeure le particularisme de chaque politique étatique, qui, confrontée aux impératifs économiques, diplomatiques, stratégiques, varie d'un Etat à l'autre.

En conséquence, le droit du développement durable en matière de contrats d'Etat doit, pour être appréhendé, tenir compte d'un contexte juridique particulier. Ce dernier est celui du pluralisme normatif, de l'émergence et de la prolifération de normes de droit mou caractérisées par des engagements volontaires. La norme de développement durable n'échappe pas à la règle. Cette dernière peut être vaguement prescriptive. Elle peut également être impérative dans le sens où elle résulte de conventions auxquelles l'Etat partie a adhéré et qu'il a ratifiées. Même dans ce dernier cas de figure, le caractère impératif ne s'impose pas de fait puisque même ratifiée, une convention doit être déclinée à l'échelle nationale, cela étant encore soumis à la volonté étatique. En conséquence, certaines normes conventionnelles n'ont pas de réel écho au sein des droits internes car ces derniers ne sont pas dotés d'un arsenal juridique suffisamment efficace.

La mise en œuvre de normes de développement durable au sein des contrats d'Etat ne peut, en l'état actuel des choses, résulter d'un droit objectif classique. Finalement, il nous est d'avis que la dialectique entre contrats d'Etat et développement durable repose sur une omnipotence de l'instrument contractuel malgré les nombreux défauts que l'on pourra constater dans cela, au premier rang desquels le caractère limité des contrats en tant que source normative. Nous répondrons à cela que cette interaction existe depuis l'origine et que tant qu'il n'existera pas de véritable droit international directement applicable au sein des ordres internes et que d'autres impératifs politiques et économiques prévaudront sur les nécessités du développement, le contrat lui-même sera le seul rempart qui se dressera avec les avantages et les inconvénients que cela comporte.

Au-delà des mécanismes classiques de création de la norme, il appartient en réalité aux cocontractants de définir leur propre droit, à l'aune des impératifs de développement durable qu'ils contractualiseront et auxquels ils donneront une assise juridique efficace.

ANNEXES

Annexe 1 : Résolution 1803 (XVII) de l'AGNU du 14 décembre 1962 : « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles »

Source : <http://www.un.org>, site des Nations Unies

Annexe 2 : Résolution 3201 (S-VI) de l'AGNU du 1^{er} mai 1974 : « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international »

Source : <http://www.un.org>, site des Nations Unies

Annexe 3 : Résolution 3281 (XXIX) de l'AGNU du 12 décembre 1974 : « Charte des droits et devoirs économiques des Etats »

Source : <http://www.un.org>, site des Nations Unies

Annexe 4 : Loi camerounaise n°99/013 du 22 décembre 1999 portant Code pétrolier

Source : <http://www.droit-afrique.com>

Annexe 5 : Code pétrolier de la République de Côte d'Ivoire

Source : <http://www.droit-afrique.com>

Annexe 6 : Affaire Doe v. Walt-Mart Stores, Inc., décision de première instance

Source : <http://www.iradvocates.org>, site de l'organisation « International Rights Advocates »

Annexe 7 : Déclaration de Stockholm sur l'environnement

Source : <http://www.unep.org>, site du Programme des Nations Unies pour l'environnement

Annexe 8 : Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement

Source : <http://www.un.org>, site des Nations Unies

Annexe 9 : Déclaration de Johannesburg sur le développement durable

Source : <http://www.un.org>, site des Nations Unies

Annexe 1 : Résolution 1803 (XVII) de l'AGNU du 14 décembre 1962 : « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles »

Source : <http://www.un.org>, site des Nations Unies

- i) Stabilisation des cours des produits primaires à des niveaux équitables et rémunérateurs;
- ii) Augmentation de la consommation de produits importés de pays de production primaire et d'articles semi-finis et manufacturés importés de pays en voie de développement;
- iii) Accords internationaux relatifs aux produits de base;
- iv) Mesures financières internationales de compensation;
- c) Mesures tendant à l'élimination graduelle par les pays industrialisés, agissant individuellement ou collectivement, des barrières tarifaires, non tarifaires ou autres, qui ont un effet défavorable sur les exportations des pays en voie de développement et sur l'expansion des échanges internationaux en général;
- d) Méthodes et mécanismes pour exécuter des mesures relatives à l'expansion du commerce international, à savoir :
 - i) Réévaluation des activités des organismes internationaux existants qui s'occupent du commerce international, du point de vue de leur aptitude à résoudre efficacement les problèmes commerciaux des pays en voie de développement, notamment examen de l'expansion des relations commerciales entre pays ayant des niveaux de développement économique inégaux ou des systèmes d'organisation économique et des systèmes commerciaux différents;
 - ii) Opportunité d'éliminer les chevauchements et les doubles emplois en coordonnant ou en intégrant les activités de ces organismes, de créer les conditions propres à élargir leur composition, d'introduire toutes autres améliorations d'organisation et de prendre toutes autres initiatives nécessaires, afin de tirer le meilleur profit des avantages que présentent les échanges pour le développement économique.

1190^{ème} séance plénière,
8 décembre 1962.

1803 (XVII). Souveraineté permanente sur les ressources naturelles

L'Assemblée générale,

Rappelant ses résolutions 523 (VI) du 12 janvier 1952 et 626 (VII) du 21 décembre 1952,

Tenant compte de sa résolution 1314 (XIII) du 12 décembre 1958, par laquelle elle a créé la Commission pour la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et l'a chargée de procéder à une enquête approfondie concernant la situation du droit de souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles, élément fondamental du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes, et de formuler, le cas échéant, des recommandations tendant à renforcer ce droit, et a en outre décidé que, dans l'enquête approfondie relative à la question de la souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles, il serait dûment tenu compte des droits et des devoirs des Etats, conformément au droit international, et du fait qu'il importe d'encourager la coopération internationale en matière de développement économique des pays en voie de développement,

Tenant compte de sa résolution 1515 (XV) du 15 décembre 1960, par laquelle elle a recommandé le

respect du droit souverain de chaque Etat de disposer de ses richesses et de ses ressources naturelles,

Considérant que toute mesure prise à cette fin doit se fonder sur la reconnaissance du droit inaliénable qu'a tout Etat de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles, conformément à ses intérêts nationaux et dans le respect de l'indépendance économique des Etats,

Considérant que rien dans le paragraphe 4 ci-dessus ne porte atteinte de quelque manière que ce soit à la position d'un Etat Membre concernant tout aspect de la question des droits et obligations des Etats et gouvernements successeurs en ce qui concerne les biens acquis avant l'accession à la pleine souveraineté des pays qui étaient anciennement des colonies,

Notant que la question de la succession d'Etats et de gouvernements est actuellement examinée, en priorité, par la Commission du droit international,

Considérant qu'il est souhaitable de favoriser la coopération internationale en vue du développement économique des pays en voie de développement et que les accords économiques et financiers entre pays développés et pays en voie de développement doivent se fonder sur les principes de l'égalité et du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes,

Considérant que la fourniture d'une assistance économique et technique, les prêts et l'augmentation des investissements étrangers ne doivent être soumis à aucune condition qui lèse les intérêts de l'Etat qui les reçoit,

Considérant l'utilité que présentent les échanges de données techniques et scientifiques de nature à favoriser la mise en valeur et l'utilisation de ces richesses et ressources, ainsi que le rôle important que l'Organisation des Nations Unies et d'autres organisations internationales ont à jouer à cet égard,

Attachant une importance particulière à l'encouragement du développement économique des pays en voie de développement et à l'affermissement de leur indépendance économique,

Notant que l'exercice et le renforcement de la souveraineté permanente des Etats sur leurs richesses et ressources naturelles favorisent l'affermissement de leur indépendance économique,

Souhaitant que les Nations Unies examinent plus avant la question de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles dans un esprit de coopération internationale en matière de développement économique, en particulier dans les pays en voie de développement.

I

Déclare ce qui suit :

1. Le droit de 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 de la population de l'Etat intéressé.

2. 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 que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités.

3. Dans les cas où une autorisation sera accordée, les capitaux importés et les revenus qui en proviennent seront régis par les termes de cette autorisation, par la loi nationale en vigueur et par le droit international. Les bénéfices obtenus devront être répartis dans la proportion librement convenue,

dans chaque cas, entre les investisseurs et l'Etat où ils investissent, étant entendu qu'on veillera à ne pas restreindre, pour un motif quelconque, le droit de souveraineté dudit Etat sur ses richesses et ses ressources naturelles.

4. La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'Etat qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des Etats souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international.

5. L'exercice libre et profitable de la souveraineté des peuples et des nations sur leurs ressources naturelles doit être encouragé par le respect mutuel des Etats, fondé sur leur égalité souveraine.

6. La coopération internationale en vue du développement économique des pays en voie de développement, qu'elle prenne la forme d'investissements de capitaux, publics ou privés, d'échanges de marchandises ou de services, d'assistance technique ou d'échanges de données scientifiques, doit favoriser le développement national indépendant de ces pays et se fonder sur le respect de leur souveraineté sur leurs richesses et leurs ressources naturelles.

7. La violation des droits souverains des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles va à l'encontre de l'esprit et des principes de la Charte des Nations Unies et gêne le développement de la coopération internationale et le maintien de la paix.

8. Les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des Etats souverains ou entre de tels Etats seront respectés de bonne foi; les Etats et les organisations internationales doivent respecter strictement et consciencieusement la souveraineté des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles, conformément à la Charte et aux principes énoncés dans la présente résolution.

II

Accueille avec satisfaction la décision de la Commission du droit international d'accélérer ses travaux sur la codification de la question de la responsabilité des Etats aux fins d'examen par l'Assemblée générale¹;

III

Prie le Secrétaire général de poursuivre l'étude des divers aspects de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, en tenant compte du désir des Etats Membres d'assurer la protection de leurs droits souverains tout en encourageant le coopération internationale dans le domaine du développement économique, et de faire rapport sur cette question au Conseil économique et social et à l'Assemblée générale, si possible lors de sa dix-huitième session.

1194^{ème} séance plénière,
14 décembre 1962.

1820 (XVII). Déclaration du Caire des pays en voie de développement

L'Assemblée générale,

Ayant examiné la Déclaration du Caire des pays en voie de développement² émanant de la Conférence

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, dix-septième session, Supplément No 9 (A/5209), par. 67 à 69.

² Ibid., dix-septième session, Annexes, points 12, 34, 35, 36, 37, 39 et 84 de l'ordre du jour, document A/5162.

sur les problèmes du développement économique, à laquelle ont participé un grand nombre de pays en voie de développement,

Accueillant avec satisfaction l'orientation générale de la Déclaration, suivant laquelle les problèmes du développement social et économique doivent être résolus dans un esprit de coopération internationale et dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies,

Prenant acte des principes de la Déclaration concernant les besoins des pays en voie de développement, les incidences du processus de leur expansion économique et sociale et les mesures effectives à prendre sur le plan national et sur le plan international en vue de parvenir à un développement économique et social rapide et équilibré,

1. Prend note avec satisfaction de la Déclaration du Caire des pays en voie de développement, soumise à l'Assemblée générale et inscrite à l'ordre du jour de sa dix-septième session;

2. Recommande aux Etats Membres, au Conseil économique et social et aux autres organes de l'Organisation des Nations Unies, ainsi qu'aux institutions spécialisées, de prendre en considération les principes de la Déclaration lorsqu'ils traiteront de questions concernant le développement économique et social.

1197^{ème} séance plénière,
18 décembre 1962.

1821 (XVII). Action de l'Organisation des Nations Unies dans le domaine du développement industriel

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 1712 (XVI) du 19 décembre 1961 ainsi que les résolutions 872 (XXXIII), 873 (XXXIII) et 893 (XXXIV) du Conseil économique et social, en date des 10 avril et 26 juillet 1962,

Notant avec satisfaction le programme de travail et les recommandations contenus dans le rapport du Comité du développement industriel sur les travaux de sa deuxième session³, la nomination par le Secrétaire général d'un Commissaire des Nations Unies au développement industriel et les mesures prises pour renforcer l'action de l'Organisation des Nations Unies dans le domaine du développement industriel,

I

Notant que le Conseil économique et social, dans sa résolution 873 (XXXIII), a prié le Secrétaire général de constituer un Comité consultatif de dix experts pour examiner si de nouveaux changements d'organisation seraient nécessaires pour intensifier, concentrer et activer les efforts déployés par l'Organisation des Nations Unies en vue du développement industriel des pays en voie de développement, et notamment s'il serait opportun de créer une institution spécialisée pour le développement industriel, ou s'il faudrait renforcer ou modifier la structure organique existant dans ce domaine,

Considérant qu'il y a lieu d'établir un lien étroit entre les efforts des Nations Unies — y compris les institutions spécialisées et les commissions économiques régionales — en matière de développement industriel et l'action dans le domaine des ressources naturelles, ainsi que dans tous les domaines connexes, étant donné

³ Documents officiels du Conseil économique et social, trente-troisième session, Supplément No 2 (E/3600/Rev.1).

Annexe 2 : Résolution 3201 (S-VI) de l'AGNU du 1^{er} mai 1974 : « Déclaration
concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international »

Source : <http://www.un.org>, site des Nations Unies

**RESOLUTIONS ADOPTÉES SUR LE RAPPORT DE LA COMMISSION SPECIALE
DE LA SIXIEME SESSION EXTRAORDINAIRE**

SOMMAIRE

<i>Numéro des résolutions</i>	<i>Titre</i>	<i>Points de l'ordre du jour</i>	<i>Dates d'adoption</i>	<i>Pages</i>
3201 (S-VI)	Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international	7	1 ^{er} mai 1974	3
3202 (S-VI)	Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international	7	1 ^{er} mai 1974	5
Autres décisions				
	Etude des problèmes des matières premières et du développement	7	1 ^{er} mai 1974	14

**3201 (S-VI). Déclaration concernant l'instauration
d'un nouvel ordre économique international**

L'Assemblée générale

Adopte la Déclaration ci-après :

**DECLARATION CONCERNANT L'INSTAURATION
D'UN NOUVEL ORDRE ECONOMIQUE
INTERNATIONAL**

Nous, Membres de l'Organisation des Nations Unies,

Ayant convoqué l'Assemblée générale en session extraordinaire afin d'étudier pour la première fois les problèmes des matières premières et du développement, et d'examiner les problèmes économiques les plus importants qui se posent à la communauté mondiale,

Conscients de l'esprit, des buts et des principes de la Charte des Nations Unies qui visent à favoriser le progrès économique et social de tous les peuples,

Proclamons solennellement notre détermination commune de travailler d'urgence à L'INSTAURATION D'UN NOUVEL ORDRE ECONOMIQUE INTERNATIONAL fondé sur l'équité, l'égalité souveraine, l'interdépendance, l'intérêt commun et la coopération entre tous les Etats, indépendamment de leur système économique et social, qui corrigera les inégalités et rectifiera les injustices actuelles, permettra d'éliminer le fossé croissant entre les pays développés et les pays en voie de développement et assurera dans la paix et la justice aux générations présentes et futures un développement économique et social qui ira en s'accéléralant, et, à cette fin, déclarons ce qui suit :

1. Le résultat le plus considérable et le plus important qui ait été obtenu durant les dernières décennies est l'affranchissement de la domination coloniale et étrangère d'un grand nombre de peuples et de nations qui ont pu, dès lors, devenir membres de la communauté des peuples libres. Des progrès techniques ont également été accomplis dans tous les domaines de l'activité économique au cours des trois dernières décennies, permettant ainsi de constituer un potentiel considérable pour l'amélioration du bien-être de tous les peuples. Cependant, les

derniers vestiges de la domination étrangère et coloniale, l'occupation étrangère, la discrimination raciale, l'apartheid et le néo-colonialisme sous toutes ses formes continuent d'être parmi les plus grands obstacles à la pleine émancipation et à l'avancement des pays en voie de développement et de tous les peuples en cause. Les avantages du progrès technique ne sont pas répartis équitablement entre tous les membres de la communauté internationale. Le revenu des pays en voie de développement, où vivent 70 p. 100 de la population mondiale, ne représente que 30 p. 100 du revenu mondial. Il s'est révélé impossible de réaliser un développement harmonieux et équilibré de la communauté internationale dans l'ordre économique international actuel. L'écart entre les pays développés et les pays en voie de développement ne cesse de croître dans un monde régi par un système qui remonte à une époque où la plupart des pays en voie de développement n'existaient même pas en tant qu'Etats indépendants et qui perpétue l'inégalité.

2. L'ordre économique international actuel est en contradiction directe avec l'évolution des relations politiques et économiques du monde contemporain. Depuis 1970, l'économie mondiale a subi une série de crises profondes qui ont eu de graves répercussions, en particulier sur les pays en voie de développement qui sont généralement plus vulnérables aux impulsions économiques extérieures. Le monde en voie de développement est aujourd'hui une force considérable dont l'influence se fait sentir dans tous les domaines de l'activité internationale. Cette évolution irréversible du rapport des forces dans le monde appelle une participation active, pleine et équitable des pays en voie de développement à la formulation et à l'application de toutes les décisions qui intéressent la communauté internationale.

3. Tous ces changements ont mis en relief l'existence d'un rapport d'interdépendance entre tous les membres de la communauté mondiale. Les événements actuels ont mis en lumière le fait que les intérêts des pays développés et ceux des pays en voie de développement ne peuvent plus être dissociés les uns des autres, qu'il existe une corrélation

étroite entre la prospérité des pays développés et la croissance et le développement des pays en voie de développement et que la prospérité de la communauté internationale dans son ensemble est liée à la prospérité de ses éléments constitutifs. La coopération internationale en vue du développement représente l'objectif et le devoir communs de tous les pays. C'est dire que le bien-être politique, économique et social des générations présentes et futures dépend plus que jamais de l'existence entre tous les membres de la communauté internationale d'un esprit de coopération fondé sur l'égalité souveraine et la suppression du déséquilibre qui existe entre eux.

4. Le nouvel ordre économique international devrait être fondé sur le plein respect des principes ci-après :

a) Egalité souveraine des Etats, autodétermination de tous les peuples, inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force, intégrité territoriale et non-ingérence dans les affaires intérieures d'autres Etats;

b) Coopération la plus étendue possible entre tous les Etats membres de la communauté internationale, fondée sur l'équité et de nature à éliminer les disparités existant dans le monde et à assurer la prospérité pour tous;

c) Participation pleine et réelle de tous les pays, sur une base d'égalité, au règlement des problèmes économiques mondiaux dans l'intérêt commun de tous les pays, compte tenu de la nécessité d'assurer le développement rapide de tous les pays en voie de développement tout en portant une attention particulière à l'adoption de mesures spéciales en faveur des pays en voie de développement les moins avancés, sans littoral et insulaires, ainsi qu'en faveur des pays en voie de développement qui sont le plus gravement touchés par les crises économiques et les catastrophes naturelles, sans perdre de vue les intérêts des autres pays en voie de développement;

d) Droit pour chaque pays d'adopter le système économique et social qu'il juge être le mieux adapté à son propre développement et de ne souffrir en conséquence d'aucune discrimination;

e) Souveraineté permanente intégrale de chaque Etat sur ses ressources naturelles et sur toutes les activités économiques. En vue de sauvegarder ces ressources, chaque Etat est en droit d'exercer un contrôle efficace sur celles-ci et sur leur exploitation par les moyens appropriés à sa situation particulière, y compris le droit de nationaliser ou de transférer la propriété à ses ressortissants, ce droit étant une expression de la souveraineté permanente intégrale de l'Etat. Aucun Etat ne peut être soumis à une coercition économique, politique ou autre visant à empêcher l'exercice libre et complet de ce droit inaliénable;

f) Droit pour tous les Etats, territoires et peuples soumis à une occupation étrangère, à une domination étrangère et coloniale ou à l'*apartheid* d'obtenir une restitution et une indemnisation totale pour l'exploitation, la réduction et la dégradation des ressources naturelles et de toutes les autres ressources de ces Etats, territoires et peuples;

g) Réglementation et supervision des activités des sociétés multinationales par l'adoption de mesures propres à servir l'intérêt de l'économie nationale des pays où ces sociétés multinationales exer-

cent leurs activités sur la base de la souveraineté entière de ces pays;

h) Droit des pays en voie de développement et des peuples de territoires se trouvant sous domination coloniale et raciale et sous occupation étrangère d'obtenir leur libération et de recouvrer le contrôle effectif de leurs ressources naturelles et de leurs activités économiques;

i) Octroi d'une assistance aux pays en voie de développement, aux peuples et aux territoires qui sont soumis à la domination coloniale et étrangère, à l'occupation étrangère, à la discrimination raciale ou à l'*apartheid* ou qui sont victimes de mesures de coercition d'ordre économique, politique ou autre visant à obtenir d'eux qu'ils fassent passer au second plan l'exercice de leurs droits souverains et à se faire accorder par eux des avantages quelconques, et du néo-colonialisme sous toutes ses formes, et qui sont parvenus à établir ou qui s'efforcent d'établir un contrôle effectif sur leurs ressources naturelles et leurs activités économiques qui ont été ou qui sont encore sous contrôle étranger;

j) Rapports justes et équitables entre les prix des matières premières, des produits primaires, des articles manufacturés et semi-finis exportés par les pays en voie de développement et les prix des matières premières, des produits primaires, des articles manufacturés, des biens d'équipement et du matériel importés par eux, en vue de provoquer, au profit de ces pays, une amélioration soutenue des termes de l'échange, qui ne sont pas satisfaisants, ainsi que l'expansion de l'économie mondiale;

k) Octroi par l'ensemble de la communauté internationale d'une assistance active aux pays en voie de développement, sans aucune condition d'ordre politique ou militaire;

l) Action tendant à faire de la promotion du développement des pays en voie de développement et d'un apport suffisant de ressources réelles à ces pays l'un des principaux objectifs de la réforme du système monétaire international;

m) Amélioration de la compétitivité des produits naturels face à la concurrence des produits synthétiques de remplacement;

n) Traitement préférentiel et sans réciprocité pour les pays en voie de développement, chaque fois que cela est faisable, dans tous les domaines de la coopération économique internationale chaque fois que cela est possible;

o) Création de conditions favorables au transfert de ressources financières aux pays en voie de développement;

p) Participation des pays en voie de développement aux avantages de la science et de la technique modernes et promotion du transfert des techniques et de la création d'une structure technologique autochtone dans l'intérêt des pays en voie de développement, sous une forme et selon des modalités qui conviennent à leur économie;

q) Nécessité pour tous les Etats de mettre fin au gaspillage des ressources naturelles, y compris les produits alimentaires;

r) Nécessité pour les pays en voie de développement de consacrer toutes leurs ressources à la cause du développement;

s) Renforcement, par des mesures individuelles et collectives, de la coopération économique, com-

merciale, financière et technique entre les pays en voie de développement, essentiellement sur une base préférentielle;

t) Encouragement du rôle que peuvent jouer les associations de producteurs dans le cadre de la coopération internationale et, notamment, en vue de la réalisation de leurs objectifs, contribution à une croissance soutenue de l'économie mondiale et accélération du développement des pays en voie de développement.

5. L'adoption unanime de la Stratégie internationale du développement pour la deuxième Décennie des Nations Unies pour le développement⁵ a marqué une étape importante sur la voie de la promotion d'une coopération économique internationale sur une base juste et équitable. L'exécution accélérée des obligations et engagements assumés par la communauté internationale dans le cadre de la Stratégie, en particulier de ceux qui concernent les besoins impérieux du développement des pays en voie de développement, contribuerait pour beaucoup à la réalisation des buts et objectifs de la présente Déclaration.

6. L'Organisation des Nations Unies, en tant qu'organisation universelle, devrait être capable de traiter les problèmes de coopération économique internationale dans une optique d'ensemble, en protégeant également les intérêts de tous les pays. Elle doit jouer un rôle encore plus grand dans l'établissement d'un nouvel ordre économique international. La Charte des droits et devoirs économiques des Etats, pour l'élaboration de laquelle la présente Déclaration fournira une source d'inspiration supplémentaire, représentera une contribution importante à cet égard. Tous les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies sont donc appelés à faire tout ce qui est en leur pouvoir pour assurer la mise en application de la présente Déclaration, qui est l'une des principales garanties de l'instauration de conditions meilleures qui permettront à tous les peuples d'accéder à une existence compatible avec la dignité de la personne humaine.

7. La présente Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international sera une des bases les plus importantes sur lesquelles reposeront les relations économiques entre tous les peuples et toutes les nations.

2229^e séance plénière
1^{er} mai 1974

3202 (S-VI). Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international

L'Assemblée générale

Adopte le Programme d'action suivant :

PROGRAMME D'ACTION CONCERNANT L'INSTAURATION D'UN NOUVEL ORDRE ECONOMIQUE INTERNATIONAL

TABLE DES MATIERES

Sections	Pages
Introduction	5
I. — Problèmes fondamentaux posés par les matières premières et les produits primaires dans le cadre du commerce et du développement	5

⁵ Résolution 2626 (XXV).

Sections	Pages
II. — Système monétaire international et financement du développement des pays en voie de développement	7
III. — Industrialisation	8
IV. — Transfert des techniques	9
V. — Réglementation et contrôle des activités des sociétés transnationales	9
VI. — Charte des droits et devoirs économiques des Etats	9
VII. — Promotion de la coopération entre pays en voie de développement	9
VIII. — Aide à l'exercice de la souveraineté permanente des Etats sur les ressources naturelles	10
IX. — Renforcement du rôle des organismes des Nations Unies dans le domaine de la coopération économique internationale	10
X. — Programme spécial	11

INTRODUCTION

1. Devant la perpétuation du grave déséquilibre économique dans les relations entre les pays développés et les pays en voie de développement, et étant donné l'aggravation continue et persistante du déséquilibre dont souffre l'économie des pays en voie de développement et la nécessité qui en résulte d'atténuer les difficultés économiques auxquelles se heurtent actuellement ces pays, il importe que la communauté internationale prenne d'urgence des mesures efficaces pour aider les pays en voie de développement tout en consacrant une attention particulière aux pays en voie de développement les moins avancés, sans littoral et insulaires, ainsi qu'à ceux qui sont le plus gravement touchés par les crises économiques et les catastrophes naturelles, et dont le développement subit de ce fait un grave retard.

2. En vue d'assurer l'application de la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international⁶, il faudra adopter et exécuter dans un délai prescrit un programme d'action d'une portée sans précédent et établir un maximum de coopération économique et de compréhension entre tous les Etats, particulièrement entre les pays développés et les pays en voie de développement, sur la base des principes de la dignité et de l'égalité souveraine.

I. — PROBLÈMES FONDAMENTAUX POSÉS PAR LES MATIÈRES PREMIÈRES ET LES PRODUITS PRIMAIRES DANS LE CADRE DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

1. Matières premières

Tous les efforts possibles devraient être faits :

a) Pour mettre un terme à toutes les formes d'occupation étrangère, de discrimination raciale, d'*apartheid*, de domination et d'exploitation coloniales, néo-coloniales et étrangères grâce à l'exercice de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles;

b) Pour prendre des mesures en vue d'assurer la récupération, l'exploitation, la mise en valeur, la commercialisation et la répartition des ressources naturelles, en particulier celles des pays en voie de développement, de manière à servir les intérêts nationaux de ces pays, à promouvoir entre eux une volonté d'autonomie collective et à consolider une coopération économique

⁶ Résolution 3201 (S-VI).

Annexe 3 : Résolution 3281 (XXIX) de l'AGNU du 12 décembre 1974 : « Charte des
droits et devoirs économiques des Etats »

Source : <http://www.un.org>, site des Nations Unies

nécessaire pour répondre d'une manière à la fois permanente et efficace aux demandes d'assistance à moyen et à long terme formulées par le Comité permanent inter-Etats de lutte contre la sécheresse dans le Sahel ainsi que par les gouvernements concernés;

7. *Prie en outre* le Secrétaire général de continuer à établir des rapports périodiques sur la mise en œuvre de la présente résolution et de faire rapport à l'Assemblée générale par l'intermédiaire du Conseil économique et social.

2306^e séance plénière
4 décembre 1974

3281 (XXIX). Charte des droits et devoirs économiques des Etats

L'Assemblée générale,

Rappelant que, dans sa résolution 45 (III) du 18 mai 1972³⁴, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement avait souligné qu'il fallait établir d'urgence des normes généralement acceptées qui régiront de manière systématique les relations économiques entre les Etats et avait reconnu l'impossibilité d'instaurer un ordre juste et un monde stable tant qu'une charte tendant à protéger les droits de tous les pays, en particulier des pays en voie de développement, n'aura pas été formulée,

Rappelant en outre qu'il avait été décidé dans la même résolution de créer un groupe de travail composé de représentants gouvernementaux pour élaborer un projet de charte des droits et devoirs économiques des Etats, groupe dont l'Assemblée générale avait décidé, dans sa résolution 3037 (XXVII) du 19 décembre 1972, de porter la composition à quarante Etats Membres,

Notant que, dans sa résolution 3082 (XXVIII) du 6 décembre 1973, elle se déclarait de nouveau convaincue de la nécessité d'établir d'urgence des normes d'application universelle pour le développement des relations économiques internationales sur une base juste et équitable et invitait instamment le Groupe de travail chargé d'élaborer la Charte des droits et devoirs économiques des Etats à achever, à titre de première mesure de codification et de développement dans ce domaine, l'élaboration d'un projet final de charte des droits et devoirs économiques des Etats qui puisse être examiné et approuvé par l'Assemblée générale à sa vingt-neuvième session,

Consciente de l'esprit et des termes de ses résolutions 3201 (S-VI) et 3202 (S-VI) du 1^{er} mai 1974, contenant, respectivement, la Déclaration et le Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, où elle soulignait qu'il était d'une importance vitale que l'Assemblée générale adopte la Charte à sa vingt-neuvième session et où elle insistait sur le fait que la Charte devrait constituer un instrument efficace en vue de la mise en place d'un nouveau système international de relations économiques fondé sur l'équité, l'égalité souveraine et l'interdépendance des intérêts des pays développés et des pays en voie de développement,

Ayant examiné le rapport du Groupe de travail chargé d'élaborer la Charte des droits et devoirs éco-

nomiques des Etats sur sa quatrième session³⁵, transmis à l'Assemblée générale par le Conseil du commerce et du développement à sa quatorzième session,

Exprimant ses remerciements au Groupe de travail chargé d'élaborer la Charte des droits et devoirs économiques des Etats qui, grâce à la tâche accomplie durant ses quatre sessions tenues entre février 1973 et juin 1974, a assemblé les éléments requis pour que l'Assemblée générale puisse achever l'examen de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats et l'adopter à sa vingt-neuvième session, comme elle l'avait précédemment recommandé,

Adopte et proclame solennellement la Charte ci-après :

CHARTRE DES DROITS ET DEVOIRS ECONOMIQUES DES ETATS

PREAMBULE

L'Assemblée générale,

Réaffirmant les buts fondamentaux des Nations Unies, en particulier le maintien de la paix et de la sécurité internationales, le développement de relations amicales entre les nations et la réalisation de la coopération internationale pour résoudre les problèmes internationaux dans les domaines économique et social,

Affirmant la nécessité de renforcer la coopération internationale dans ces domaines,

Réaffirmant en outre la nécessité de renforcer la coopération internationale en vue du développement,

Déclarant que la présente Charte a essentiellement pour but de promouvoir l'instauration du nouvel ordre économique international fondé sur l'équité et l'égalité souveraine, l'interdépendance, l'intérêt commun et la coopération de tous les Etats, quel que soit leur système économique et social,

Désireuse de contribuer à la création de conditions propres à :

a) Réaliser une prospérité plus grande dans tous les pays et des niveaux de vie plus élevés pour tous les peuples,

b) Promouvoir, par la communauté internationale tout entière, le progrès économique et social de tous les pays, en particulier des pays en voie de développement,

c) Encourager la coopération dans les domaines de l'économie, du commerce, de la science et de la technique sur la base de l'avantage mutuel et de profits équitables pour tous les Etats épris de paix et désireux d'appliquer les dispositions de la présente Charte, quel que soit leur système politique, économique ou social,

d) Supprimer les principaux obstacles au progrès économique des pays en voie de développement,

e) Accélérer la croissance économique des pays en voie de développement, en vue de combler l'écart économique entre pays en voie de développement et pays développés,

f) Protéger, conserver et valoriser l'environnement,

Consciente de la nécessité d'établir et de maintenir un ordre économique et social juste et équitable par :

³⁴ Voir *Actes de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, troisième session, vol. I : Rapport et annexes* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.D.4), annexe I.A.

³⁵ TD/B/AC.12/4 et Corr.1.

a) L'instauration de relations économiques internationales plus rationnelles et plus équitables et l'encouragement de transformations dans la structure de l'économie mondiale,

b) La création de conditions qui permettent une expansion plus poussée du commerce et une coopération économique plus intense entre toutes les nations,

c) Le renforcement de l'indépendance économique des pays en voie de développement,

d) L'instauration et la promotion de relations économiques internationales qui tiennent compte des différences reconnues, sur le plan du développement, entre les pays en voie de développement, ainsi que de leurs besoins particuliers,

Résolue à favoriser la sécurité économique collective en vue du développement, en particulier celui des pays en voie de développement, dans un respect rigoureux de l'égalité souveraine de tous les Etats et par la coopération de la communauté internationale tout entière,

Considérant qu'une coopération véritable entre les Etats, fondée sur un examen concerté des problèmes économiques internationaux et sur une action commune en ce qui concerne lesdits problèmes, est indispensable pour répondre au vœu de toute la communauté internationale d'arriver à un développement équitable et rationnel de toutes les régions du monde,

Soulignant qu'il importe d'assurer des conditions appropriées pour la conduite de relations économiques normales entre tous les Etats, indépendamment des différences entre les systèmes sociaux et économiques, et pour le respect intégral des droits de tous les peuples, ainsi que de renforcer les instruments de la coopération internationale en tant que moyens de consolider la paix dans l'intérêt de tous,

Convaincue de la nécessité de mettre en place un système de relations économiques internationales fondé sur l'égalité souveraine, l'avantage mutuel et équitable et l'interdépendance étroite des intérêts de tous les Etats,

Réaffirmant que la responsabilité du développement de chaque pays incombe au premier chef à ce pays lui-même, mais qu'une action internationale concomitante et efficace est essentielle pour qu'il atteigne pleinement ses buts en matière de développement,

Fermeement convaincue de la nécessité urgente de mettre au point un système notablement amélioré de relations économiques internationales,

Adopte solennellement la présente Charte des droits et devoirs économiques des Etats.

CHAPITRE PREMIER

ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX DES RELATIONS ÉCONOMIQUES INTERNATIONALES

Les relations économiques, ainsi que les relations politiques et autres, entre Etats, doivent être régies notamment par les principes suivants :

a) Souveraineté, intégrité territoriale et indépendance politique des Etats;

b) Egalité souveraine de tous les Etats;

c) Non-agression;

d) Non-intervention;

e) Avantage mutuel et équitable;

f) Coexistence pacifique;

g) Egalité des droits des peuples et droit des peuples à disposer d'eux-mêmes;

h) Règlement pacifique des différends;

i) Réparation des injustices qui ont été imposées par la force et qui privent une nation des moyens naturels nécessaires à son développement normal;

j) Exécution de bonne foi des obligations internationales;

k) Respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

l) Devoir des Etats de ne pas chercher à s'assurer l'hégémonie et des sphères d'influence;

m) Promotion de la justice sociale internationale;

n) Coopération internationale en vue du développement;

o) Libre accès à la mer et à partir de la mer pour les pays sans littoral, dans le cadre des principes ci-dessus.

CHAPITRE II

DROITS ET DEVOIRS ÉCONOMIQUES DES ETATS

Article premier

Chaque Etat a le droit souverain et inaliénable de choisir son système économique, de même que ses systèmes politique, social et culturel, conformément à la volonté de son peuple, sans ingérence, pression ou menace extérieure d'aucune sorte.

Article 2

1. Chaque Etat détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer.

2. Chaque Etat a le droit :

a) 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 et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun Etat ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers;

b) 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 se conforment à ses lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économique et sociale. Les sociétés transnationales n'interviendront pas dans les affaires intérieures d'un Etat hôte. Chaque Etat devrait, compte dûment tenu de ses droits souverains, coopérer avec les autres Etats dans l'exercice du droit énoncé au présent alinéa;

c) 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. Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législa-

tion interne de l'Etat qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet Etat, à moins que tous les Etats intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des Etats et conformément au principe du libre choix des moyens.

Article 3

Dans l'exploitation des ressources naturelles communes à deux ou à plusieurs pays, chaque Etat doit coopérer sur la base d'un système d'information et de consultations préalables afin d'assurer l'exploitation optimale de ces ressources sans porter préjudice aux intérêts légitimes des autres Etats.

Article 4

Chaque Etat a le droit de se livrer au commerce international et à d'autres formes de coopération économique, indépendamment de toutes différences entre les systèmes politiques, économiques et sociaux. Aucun Etat ne fera l'objet d'une discrimination quelle qu'elle soit, fondée uniquement sur ces différences. Aux fins du commerce international et d'autres formes de coopération économique, chaque Etat a le droit de choisir librement les modalités d'organisation de ses relations économiques extérieures et de conclure des accords bilatéraux et multilatéraux compatibles avec ses obligations internationales et avec les besoins de la coopération économique internationale.

Article 5

Tous les Etats ont le droit de se grouper en organisations de producteurs de produits de base en vue de développer leur économie nationale, d'assurer un financement stable à leur développement et, dans la poursuite de leurs objectifs, d'aider à promouvoir la croissance soutenue de l'économie mondiale, en accélérant notamment le développement des pays en voie de développement. Réciproquement, tous les Etats ont le devoir de respecter ce droit en s'abstenant d'appliquer des mesures économiques et politiques qui le limiteraient.

Article 6

Les Etats ont le devoir de contribuer au développement du commerce international de marchandises, notamment au moyen d'arrangements et, le cas échéant, par la conclusion d'accords multilatéraux à long terme de produits de base et compte tenu des intérêts des producteurs et des consommateurs. Tous les Etats ont en commun la responsabilité de favoriser le courant régulier et l'obtention de tous les produits commerciaux, échangés à des prix stables, rémunérateurs et équitables, contribuant ainsi au développement équitable de l'économie mondiale tout en tenant compte, en particulier, des intérêts des pays en voie de développement.

Article 7

Chaque Etat est responsable au premier chef de promouvoir le progrès économique, social et culturel de son peuple. A cette fin, chaque Etat a le droit et la responsabilité de choisir ses objectifs et ses moyens de développement, de mobiliser et d'utiliser intégralement ses ressources, d'opérer des réformes économiques et sociales progressives et d'assurer la pleine participation de son peuple au processus et

aux avantages du développement. Tous les Etats ont le devoir, individuellement et collectivement, de coopérer à éliminer les obstacles qui entravent cette mobilisation et cette utilisation.

Article 8

Les Etats devraient coopérer pour faciliter des relations économiques internationales plus rationnelles et plus équitables et pour encourager des transformations de structure dans le cadre d'une économie mondiale équilibrée conformément aux besoins et aux intérêts de tous les pays, en particulier des pays en voie de développement, et devraient prendre des mesures appropriées à cette fin.

Article 9

Tous les Etats ont pour responsabilité de coopérer, dans les domaines économique, social, culturel, scientifique et technique, à favoriser le progrès économique et social dans le monde entier, et en particulier dans les pays en voie de développement.

Article 10

Tous les Etats sont juridiquement égaux et, en tant que membres égaux de la communauté internationale, ont le droit de participer pleinement et effectivement à l'adoption, au niveau international, de décisions visant à résoudre les problèmes économiques, financiers et monétaires mondiaux, notamment par l'intermédiaire des organisations internationales appropriées conformément à leurs règlements présents et à venir, et d'avoir part, de manière équitale, aux avantages qui en découlent.

Article 11

Tous les Etats devraient coopérer à renforcer et à améliorer continuellement l'efficacité avec laquelle les organisations internationales appliquent des mesures destinées à stimuler le progrès économique général de tous les pays, en particulier des pays en voie de développement, et ils devraient donc coopérer pour adapter, le cas échéant, ces organisations à l'évolution des exigences de la coopération économique internationale.

Article 12

1. Les Etats ont le droit, en accord avec les pays intéressés, de participer à la coopération sous-régionale, régionale et interrégionale dans l'intérêt de leur développement économique et social. Tous les Etats participant à cette coopération ont le devoir de veiller à ce que les politiques suivies par les groupements auxquels ils appartiennent correspondent aux dispositions de la présente Charte et soient tournées vers l'extérieur, compatibles avec leurs obligations internationales et avec les exigences de la coopération économique internationale et tiennent dûment compte des intérêts légitimes des pays tiers, en particulier des pays en voie de développement.

2. Dans le cas de groupements auxquels les Etats en cause ont délégué ou ont la possibilité de déléguer certaines compétences touchant des questions qui entrent dans le champ d'application de la présente Charte, ses dispositions s'appliqueront également auxdits groupements en ce qui concerne ces questions, conformément aux responsabilités qui incombent à ces Etats en tant que membres desdits

groupements. Ces Etats coopéreront à l'application par ces groupements des dispositions de la présente Charte.

Article 13

1. Chaque Etat a le droit d'avoir part aux avantages du progrès et des innovations de la science et de la technique pour accélérer son développement économique et social.

2. Tous les Etats devraient promouvoir la coopération scientifique et technique internationale et le transfert des techniques, en tenant dûment compte de tous les intérêts légitimes, y compris notamment les droits et les devoirs des détenteurs, des fournisseurs et des bénéficiaires des techniques. En particulier, tous les Etats devraient faciliter l'accès des pays en voie de développement aux réalisations de la science et de la technique modernes, le transfert des techniques et la création de techniques autochtones dans l'intérêt des pays en voie de développement, sous des formes et conformément à des procédures qui soient adaptées à leur économie et à leurs besoins.

3. Par conséquent, les pays développés devraient coopérer avec les pays en voie de développement à établir, renforcer et développer leurs infrastructures scientifiques et technologiques et leurs activités en matière de recherche scientifique et de technologie, de façon à favoriser l'expansion et la transformation de l'économie des pays en voie de développement.

4. Tous les Etats devraient coopérer à des travaux de recherche en vue d'élaborer d'autres principes directeurs ou règlements acceptés au niveau international pour le transfert des techniques, en tenant dûment compte des intérêts des pays en voie de développement.

Article 14

Chaque Etat a le devoir de coopérer à favoriser une expansion et une libéralisation régulières et croissantes du commerce mondial, ainsi qu'une amélioration du bien-être et des niveaux de vie de tous les peuples, en particulier de ceux des pays en voie de développement. En conséquence, tous les Etats devraient coopérer, notamment en vue d'éliminer progressivement les obstacles au commerce et d'améliorer le cadre international dans lequel se déroule le commerce mondial et, à ces fins, des efforts coordonnés seront faits pour résoudre de manière équitable les problèmes commerciaux de tous les pays, en tenant compte des problèmes commerciaux propres aux pays en voie de développement. A cet égard, les Etats devront prendre des mesures destinées à assurer des avantages supplémentaires pour le commerce international des pays en voie de développement de façon à réaliser un accroissement sensible de leurs recettes en devises, la diversification de leurs exportations, l'accélération du taux de croissance de leur commerce, compte tenu des impératifs de leur développement, une amélioration de leurs possibilités de participer à l'expansion du commerce mondial et un équilibre plus favorable aux pays en voie de développement dans le partage des avantages résultant de cette expansion, moyennant, autant que possible, une amélioration substantielle des conditions d'accès aux marchés pour les produits qui intéressent les pays en voie de dévelop-

pement et, chaque fois qu'il y a lieu, des mesures de nature à établir des prix stables, équitables et rémunérateurs pour les produits primaires.

Article 15

Tous les Etats ont le devoir de promouvoir la réalisation du désarmement général et complet, sous un contrôle international efficace, et d'utiliser les ressources libérées par des mesures effectives de désarmement aux fins du développement économique et social des pays, en affectant une part substantielle de ces ressources, en tant qu'apport supplémentaire, aux besoins de développement des pays en voie de développement.

Article 16

1. Tous les Etats ont le droit et le devoir, individuellement et collectivement, d'éliminer le colonialisme, l'apartheid, la discrimination raciale, le néo-colonialisme et toutes les formes d'agression, d'occupation et de domination étrangères, et leurs conséquences économiques et sociales, ce qui est un préalable du développement. Les Etats qui pratiquent semblables politiques de coercition sont économiquement responsables envers les pays, territoires et peuples en cause, auxquels ils doivent restituer toutes leurs ressources, naturelles ou autres, et qu'ils doivent indemniser intégralement pour l'exploitation, l'épuisement ou la détérioration de ces ressources. Il est du devoir de tous les Etats d'apporter une aide à ces pays, territoires et peuples.

2. Aucun Etat n'a le droit de promouvoir ou encourager des investissements qui peuvent constituer un obstacle à la libération d'un territoire occupé par la force.

Article 17

La coopération internationale en vue du développement est l'objectif que visent tous les Etats et leur devoir commun. Chaque Etat devrait coopérer aux efforts des pays en voie de développement pour accélérer leur progrès économique et social en leur assurant des conditions extérieures favorables et en leur apportant une aide active, conforme à leurs besoins et à leurs objectifs en matière de développement, dans le respect rigoureux de l'égalité souveraine des Etats et sans conditions qui portent atteinte à leur souveraineté.

Article 18

Les pays développés devraient accorder, améliorer et élargir le système de préférences tarifaires généralisées, sans réciprocité ni discrimination, en faveur des pays en voie de développement conformément aux conclusions concertées et décisions pertinentes adoptées à ce sujet, dans le cadre des organisations internationales compétentes. Les pays développés devraient aussi envisager sérieusement d'adopter d'autres mesures différentielles, dans les domaines où cela est possible et approprié et selon des modalités qui aboutissent à l'octroi d'un traitement spécial et plus favorable, afin de pourvoir aux besoins des pays en voie de développement en matière de commerce et de développement. Dans la conduite des relations économiques internationales, les pays développés devraient s'efforcer d'éviter les mesures ayant un effet négatif sur le développement de l'économie nationale des pays en voie de développement,

tel qu'il est favorisé par les préférences tarifaires généralisées et autres mesures différentielles généralement convenues en leur faveur.

Article 19

Pour accélérer la croissance économique des pays en voie de développement et combler le retard économique qu'ils ont sur les pays développés, ces derniers devraient leur accorder, dans les domaines de la coopération économique internationale qui s'y prêtent, un traitement préférentiel généralisé, sans réciprocité ni discrimination.

Article 20

Les pays en voie de développement devraient, dans leurs efforts pour augmenter le volume global de leur commerce, prendre dûment en considération la possibilité d'accroître leurs échanges avec les pays socialistes en accordant à ces pays des conditions commerciales qui ne soient pas inférieures aux conditions normalement consenties aux pays développés à économie de marché.

Article 21

Les pays en voie de développement devraient s'efforcer de favoriser l'expansion de leurs échanges mutuels et ils peuvent à cette fin, conformément aux dispositions et procédures existantes et en cours d'élaboration des arrangements internationaux pertinents, accorder des préférences commerciales à d'autres pays en voie de développement sans être tenus d'en faire bénéficier aussi les pays développés, étant entendu toutefois que ces arrangements ne doivent pas constituer un obstacle à la libéralisation et à l'expansion des échanges en général.

Article 22

1. Tous les Etats devraient répondre aux besoins et objectifs de développement généralement reconnus ou mutuellement acceptés des pays en voie de développement en encourageant des apports nets accrus de ressources réelles de toutes provenances aux pays en voie de développement, compte tenu de tous engagements et obligations contractés par les Etats intéressés, de façon à étayer les efforts des pays en voie de développement pour accélérer leur progrès économique et social.

2. A cet effet, conformément aux buts et objectifs mentionnés ci-dessus et compte tenu de tous engagements et obligations contractés à cet égard, ils devraient s'efforcer d'augmenter le montant net des apports de ressources financières provenant de sources publiques aux pays en voie de développement et d'en améliorer les modalités et conditions.

3. Le courant de ressources destinées à l'aide au développement devrait comprendre une assistance économique et une assistance technique.

Article 23

Pour favoriser la mobilisation effective de leurs propres ressources, les pays en voie de développement devraient renforcer leur coopération économique et accroître les échanges entre eux afin d'accélérer leur développement économique et social. Tous les pays, en particulier les pays développés, agissant individuellement et par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes dont ils

sont membres, devraient fournir un appui et un concours appropriés et efficaces.

Article 24

Tous les Etats ont le devoir de conduire leurs relations économiques mutuelles d'une manière qui tienne compte des intérêts des autres pays. En particulier, tous les Etats devraient éviter de porter atteinte aux intérêts des pays en voie de développement.

Article 25

Pour favoriser le développement économique mondial, la communauté internationale et en particulier ses membres développés, accordera une attention particulière aux besoins et aux problèmes propres aux pays en voie de développement les moins avancés, aux pays en voie de développement sans littoral, ainsi qu'aux pays insulaires en voie de développement, en vue de les aider à surmonter leurs difficultés particulières et de contribuer ainsi à leur développement économique et social.

Article 26

Tous les Etats ont le devoir de coexister dans la tolérance et de vivre en paix les uns avec les autres, quelles que soient les différences de systèmes politiques, économiques, sociaux et culturels, et de faciliter le commerce entre les Etats ayant des systèmes économiques et sociaux différents. Le commerce international devrait être pratiqué sans porter atteinte aux préférences généralisées, sans discrimination ni réciprocité, dont les pays en voie de développement doivent bénéficier, sur la base du profit mutuel, d'avantages équitables et de l'octroi mutuel du traitement de la nation la plus favorisée.

Article 27

1. Chaque Etat a le droit de bénéficier pleinement des avantages du commerce mondial des invisibles et de participer à l'expansion de ce commerce.

2. Le commerce mondial des invisibles, fondé sur l'efficacité et sur des avantages mutuels et équitables, favorisant l'expansion de l'économie mondiale, est l'objectif commun de tous les Etats. Le rôle des pays en voie de développement dans le commerce mondial des invisibles devrait être amélioré et renforcé conformément aux objectifs susmentionnés, compte tenu particulièrement des besoins spéciaux des pays en voie de développement.

3. Tous les Etats devraient coopérer avec les pays en voie de développement dans leurs efforts pour accroître leur capacité de tirer des recettes en devises des transactions en invisibles, compte tenu des possibilités et des besoins de chaque pays en voie de développement et conformément aux objectifs susmentionnés.

Article 28

Tous les Etats ont le devoir de coopérer en vue d'ajuster les prix des exportations des pays en voie de développement par rapport aux prix de leurs importations et faire ainsi en sorte que ces pays bénéficient de termes de l'échange justes et équitables, à la fois rémunérateurs pour les producteurs et équitables pour les producteurs et les consommateurs.

CHAPITRE III
RESPONSABILITÉS COMMUNES ENVERS
LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

Article 29

Le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale, de même que les ressources de la zone, sont le patrimoine commun de l'humanité. Partant des principes adoptés par l'Assemblée générale dans sa résolution 2749 (XXV) du 17 décembre 1970, tous les Etats veilleront à ce que l'exploration de la zone et l'exploitation de ses ressources se fassent exclusivement à des fins pacifiques et à ce que les avantages qui en découlent soient partagés équitablement par tous les Etats, compte tenu des intérêts et des besoins propres aux pays en voie de développement; un régime international s'appliquant à la zone et à ses ressources et assorti d'un mécanisme international approprié destiné à donner effet à ses dispositions sera établi par un traité international de caractère universel, généralement accepté.

Article 30

La protection, la préservation et la valorisation de l'environnement pour les générations présentes et futures sont la responsabilité de tous les Etats. Tous les Etats s'efforceront d'arrêter leurs propres politiques en matière d'environnement et de développement conformément à cette responsabilité. La politique écologique de tous les Etats devrait avoir pour effet de renforcer le potentiel de développement actuel et futur des pays en voie de développement et ne devrait pas y porter atteinte. Tous les Etats ont la responsabilité de veiller à ce que les activités menées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne nuisent pas à l'environnement d'autres Etats ou de zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale. Tous les Etats devraient coopérer à la mise au point de normes et d'une réglementation internationales en matière d'environnement.

CHAPITRE IV
DISPOSITIONS FINALES

Article 31

Tous les Etats ont le devoir de contribuer à l'expansion équilibrée de l'économie mondiale, compte dûment tenu de l'interdépendance étroite qui existe entre le bien-être des pays développés, d'une part, et la croissance et le développement des pays en voie de développement, d'autre part, et du fait que la prospérité de la communauté internationale tout entière dépend de la prospérité des éléments qui la constituent.

Article 32

Aucun Etat ne peut recourir ni encourager le recours à des mesures économiques, politiques ou autres pour contraindre un autre Etat à lui subordonner l'exercice de ses droits souverains.

Article 33

1. Rien, dans la présente Charte, ne sera interprété comme portant atteinte ou dérogeant aux dispositions de la Charte des Nations Unies ou aux décisions prises conformément à ses dispositions.

2. Les dispositions de la présente Charte sont interdépendantes dans leur interprétation et dans leur application et chacune doit s'entendre en fonction des autres.

Article 34

Une question relative à la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats sera inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée générale à sa trentième session, puis toutes les cinq sessions. L'Assemblée générale procédera ainsi à un examen systématique et complet de l'application de la Charte, du point de vue à la fois des progrès réalisés et des améliorations et compléments qui pourraient devenir nécessaires, et elle recommandera les mesures convenables. Dans cet examen, l'Assemblée générale devrait tenir compte de l'évolution de tous les facteurs économiques, sociaux, juridiques et autres se rapportant aux principes sur lesquels est fondée la présente Charte, ainsi que du but même de la Charte.

2315^e séance plénière
12 décembre 1974

3305 (XXIX). Révision des listes d'Etats éligibles au Conseil du développement industriel

L'Assemblée générale,

Rappelant le paragraphe 4 de la section III de sa résolution 2152 (XXI) du 17 novembre 1966, relative à l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel,

Décide d'inscrire la Guinée-Bissau sur la liste A et la Grenade sur la liste C de l'annexe à sa résolution 2152 (XXI)³⁸.

2319^e séance plénière
14 décembre 1974

Par suite de la résolution ci-dessus, les listes d'Etats éligibles au Conseil du développement industriel seront modifiées comme suit :

A. — LISTE DES ETATS VISÉS À L'ALINÉA a DU PARAGRAPHE 4 DE LA SECTION II DE LA RÉOLUTION 2152 (XXI) DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

Afghanistan	Fidji
Afrique du Sud	Gabon
Algérie	Gambie
Arabie Saoudite	Ghana
Bahreïn	Guinée
Bangladesh	Guinée-Bissau
Bhoutan	Guinée équatoriale
Birmanie	Haute-Volta
Botswana	Inde
Burundi	Indonésie
Chine	Irak
Congo	Iran
Côte d'Ivoire	Israël
Dahomey	Jordanie
Egypte	Kenya
Emirats arabes unis	Koweït
Ethiopie	Laos

³⁸ Pour les autres modifications apportées aux listes depuis l'adoption de la résolution 2152 (XXI), voir résolutions 2385 (XXIII) du 19 novembre 1968, 2510 (XXIV) du 21 novembre 1969, 2637 (XXV) du 19 novembre 1970, 2824 (XXVI) du 16 décembre 1971, 2954 (XXVII) du 11 décembre 1972 et 3088 (XXVIII) du 6 décembre 1973.

Annexe 4 : Loi camerounaise n°99/013 du 22 décembre 1999 portant Code pétrolier

Source : <http://www.droit-afrique.com>

LOI N°99 /013 DU 22 DEC. 1999 PORTANT CODE PETROLIER

TITRE 1

I DISPOSITIONS GENERALES

ARTICLE 1er.- La présente loi porte code pétrolier. A ce titre, elle :

- vise à promouvoir les opérations pétrolières sur l'ensemble du territoire Camerounais;
- fixe les modalités de prospection, de Recherche, d'exploitation et de transport des Hydrocarbures;
- détermine le régime juridique, fiscal et douanier et de change des Opérations Pétrolières, sous réserve des dispositions de l'article 118 ci-dessus;
- fixe les droits et obligations liés aux Opérations Pétrolières.

ARTICLE 2 .- Pour l'application de la présente loi et des textes réglementaires qui en découlent, les définitions ci-après sont admises :

- a) «**Autorisation (s)** » : une ou l'ensemble des autorisations accordées en vertu du présent Code ;
- b) «**Autorisation d'exploitation** » : Autorisation d'exploitation d'Hydrocarbures ;
- c) «**Autorisation de Prospection**» : Autorisation de prospection d'Hydrocarbures ;
- d) «**Autorisation Provisoire d'Exploiter**» : Autorisation de prospection d'Hydrocarbures ;
- e) «**Autorisation de Recherche**» : Autorisation de recherche d'Hydrocarbures ;
- f) «**Autorisation de Transport Intérieur**» : Autorisation de transport d'Hydrocarbures par canalisations ;
- g) «**Contrat de concession**» : Contrat Pétrolier attaché à un permis de Recherche d'Hydrocarbures et, s'il y a lieu, à une ou plusieurs concessions d'Exploitation ;
- h) « **Contrat de Partage de Production** » : Contrat Pétrolier par lequel le Titulaire reçoit une rémunération en nature en disposant d'une part de la production ;
- i) « **Contrat Pétrolier** » : Contrat de Concession ou Contrat de Partage de Production conclu après la date de promulgation du présent Code entre l'Etat et le Titulaire pour effectuer, à titre exclusif, la recherche et l'Exploitation des Hydrocarbures à l'intérieur d'un périmètre défini ;
- j) « **Exploitation** » : opérations destinées à extraire les Hydrocarbures à des fins commerciales, notamment les opérations de développement et de production ainsi que les activités connexes telles que l'abandon des puits et des gisements d'Hydrocarbures ;
- k) « **Hydrocarbures** » : hydrocarbures liquides ou gazeux existant à l'état naturel, autrement dénommés pétrole brut ou gaz naturel selon le cas, ainsi que tous les produits et substances connexes extraits en association avec lesdits Hydrocarbures ;
- l) « **Opérateur** » : Société Pétrolière Titulaire ou co-Titulaire à laquelle est confiée la charge de la conduite de l'exécution des Opérations Pétrolières, conformément aux stipulations du Contrat Pétrolier. L'opérateur est tenu de justifier d'une expérience satisfaisante en tant qu'opérateur, notamment dans des zones et conditions similaires au périmètre demandé et en matière de protection de l'environnement ;
- m) «**Opérations Pétrolières** » : activités de Prospection, de Recherche, d'Exploitation, de Transport, de stockage et de traitement d'Hydrocarbures, à

l'exclusion des activités de raffinage, de stockage et de distribution des produits pétroliers ;

n) «**Prospection**» : activités préliminaires de Prospection et de détection d'indices d'Hydrocarbures, notamment par l'utilisation de méthodes géologiques, géophysiques ou géochimiques, à l'exclusion des forages dépassant une profondeur de trois cents (300) mètres;

o) «**Recherche**» ou «**Exploration**» : activités de prospection détaillée dont les forages d'exploration destinés à découvrir des gisements d'Hydrocarbures commercialement exploitables, ainsi que les activités d'évaluation, de délimitation d'une découverte d'Hydrocarbures présumée commerciale et l'abandon des puits d'Exploration ;

p) « **Société Pétrolière** » : société commerciale ou établissement public à caractère industriel et commercial justifiant des capacités techniques et financières pour mener à bien des Opérations Pétrolières, tout en assurant la protection de l'environnement. Elle peut être soit de droit camerounais, soit de droit étranger; dans ce cas, elle doit justifier d'un établissement stable en République du Cameroun inscrit au registre du commerce et du crédit mobilier pendant la durée du Contrat Pétrolier et se conformer à la réglementation en vigueur au Cameroun ;

q) « **Territoire Camerounais** » : partie terrestre et maritime où s'exerce la souveraineté de la République du Cameroun dont la Zone Economique Exclusive (ZEE) du Cameroun ;

r) « **Titre Minier d'Hydrocarbures** » : permis de Recherche ou concession d'Exploitation d'Hydrocarbures rattachés à un Contrat de Concession;

s) « **Titulaire** » : Société Pétrolière ou consortium de sociétés commerciales dont au moins une des composantes est une société pétrolière, liée à l'Etat par un Contrat Pétrolier. Le terme «Titulaire» comprend également les co-Titulaires ;

t) « **Transport** » : activités de Transport par canalisation des Hydrocarbures extraits jusqu'aux points de chargement, de raffinage ou de grosse consommation sur le Territoire Camerounais à l'exclusion de celles régies par la loi n°96/ 14 du 5 août 1996 portant régime du transport par pipeline des hydrocarbures en provenance des pays tiers hormis les réseaux de collecte et de desserte sur gisements ;

u) «**Zones d'Opérations Pétrolières Particulières**» : parties du domaine minier national sur lesquelles les opérations de Recherche ou d'Exploitation des Hydrocarbures, des techniques de récupération assistée utilisées, de la profondeur d'eau pour les zones marines profondes situées dans la zone économique exclusive de la République du Cameroun, de la nature du terrain, de l'éloignement des moyens de transport ou de la fragilité de l'environnement.

ARTICLE 3 – (1) Les gisements ou accumulations naturelles d'Hydrocarbures que recèle le sous-sol du Territoire Camerounais, découverts ou non, sont et demeurent la propriété exclusive de l'Etat.

(2) Aux fins des Opérations Pétrolières, l'Etat exerce sur l'ensemble du Territoire Camerounais, des droits souverains.

ARTICLE 4.– (1) Une personne physique ou morale, y compris les propriétaires du sol, ne peut entreprendre des

Opérations Pétrolières que si elle a été préalablement autorisée à le faire par l'Etat.

(2) Toute personne désirant entreprendre des Opérations Pétrolières peut occuper des terrains nécessaires à la réalisation desdites opérations et y effectuer des travaux, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du périmètre couvert par son Autorisation ou

Contrat Pétrolier. Ces terrains ne peuvent lui être attribués qu'en jouissance, conformément aux dispositions du présent Code, des textes pris pour son application, ainsi que de la législation foncière et domaniale en vigueur.

(3) Dès l'octroi de l'Autorisation ou la conclusion du Contrat Pétrolier, le Titulaire saisit l'autorité administrative compétente d'un dossier de demande d'enquête foncière devant lui permettre d'accéder audits terrains, dans les conditions fixées au chapitre I du titre IV du présent Code.

ARTICLE 5. – (1) l'Etat se réserve le droit d'entreprendre des Opérations Pétrolières, soit directement, soit par l'intermédiaire d'établissements ou organismes publics dûment mandatés à cet effet.

(2) l'Etat peut également autoriser des sociétés commerciales à réaliser des opérations pétrolières en exécution d'un Contrat Pétrolier conclu avec elles, conformément aux dispositions du présent Code.

ARTICLE 6.- (1) l'Etat directement ou par l'intermédiaire d'un établissement ou organisme public dûment mandaté à cet effet, se réserve le droit de prendre ou de faire prendre une participation sous quelque forme juridique que ce soit, dans tout ou partie des Opérations Pétrolières objet d'un Contrat Pétrolier, selon les conditions et modalités prévues par ledit Contrat.

(2) Dans le cas visé à l'alinéa (1) ci-dessus, l'Etat, l'établissement ou l'organisme public dûment mandaté à cet effet a les mêmes droits et obligations que le Titulaire, à hauteur de sa participation dans les Opérations Pétrolières, tel qu'aménagé par le Contrat.

ARTICLE 7.- (1) Un Contrat Pétrolier ne peut être conclu qu'avec une Société Pétrolière ou, conjointement, avec plusieurs sociétés commerciales dont l'une au moins est une Société Pétrolière. Les Autorisations en dérivant et les titres Miniers d'Hydrocarbures ne sont attribués qu'aux dites sociétés. Une même Société Pétrolière peut être Titulaire de plusieurs Contrats Pétroliers.

(2) Plusieurs sociétés commerciales dont l'une au moins est une Société Pétrolière peuvent s'associer en vue de la conclusion et de l'exécution d'un Contrat Pétrolier. Une Société Pétrolière peut également s'associer

à une société non pétrolière dans les conditions fixées par le Contrat Pétrolier, à condition que la société non pétrolière détienne un intérêt minoritaire dans le consortium Titulaire du Contrat Pétrolier, et ne soit pas Opérateur.

(3) Les protocoles, contrats ou conventions relatifs à toute association y compris à la désignation de la Société Pétrolière agissant en qualité d'Opérateur sont fournis à l'Etat pour information.

(4) Les activités relatives aux Opérations Pétrolières sont considérées comme des actes de commerce.

ARTICLE 8.- (1) Sous réserve des droits acquis, l'Etat peut, après concertation avec les institutions et organismes publics concernés, décider des zones ouvertes aux Opérations Pétrolières sur lesquelles peuvent être conclus des Contrats Pétroliers ou, le cas échéant, octroyer des autorisations ou des Titres Miniers d'Hydrocarbures. Ces zones peuvent être découpées en blocs selon des modalités fixées par le décret d'application du présent Code.

(2) Pour des raisons d'intérêt général, certaines régions peuvent être classées zones fermées aux Opérations Pétrolières par voie réglementaire.

ARTICLE 9.- (1) l'Etat traite à son absolue discrétion, les offres de Contrats pétroliers et les demandes d'Autorisations. Le rejet absolu ou conditionnel ne donne au requérant aucun droit de recours ni aucune indemnité de quelque nature que ce soit.

(2) Sous réserve des droits acquis, aucun droit de priorité ne peut être invoqué en cas de demandes ou d'offres concurrentes.

(3) Les informations qui doivent figurer dans les offres de Contrats Pétroliers et les demandes d'Autorisations, ainsi que les critères d'attribution retenus, les modalités de renouvellement, de cession ou de transmission, sont définis par voie réglementaire.

ARTICLE 10.- (1) La validité d'une Autorisation ou d'un Contrat Pétrolier sur un périmètre donné n'empêche pas l'octroi à une autre personne, sur tout ou partie de ce périmètre, de Titres miniers pour la Recherche et l'Exploitation de substances minérales autres que les hydrocarbures, conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur. Réciproquement, la validité des Titres miniers pour la Recherche et l'Exploitation des substances minérales autres que les Hydrocarbures, ne fait pas obstacle à la conclusion d'un Contrat Pétrolier ou d'une Autorisation sur tout ou partie du périmètre concerné.

(2) Au cas où des droits afférents à des substances minérales différentes se superposent sur une même surface, l'activité du Titulaire des droits les plus récents sera conduite de manière à ne pas entraver l'activité du Titulaire des droits les plus anciens.

TITRE II DES CONTRATS PETROLIERS

CHAPITRE I DES DISPOSITIONS COMMUNES AUX CONTRATS PETROLIERS

ARTICLE 11.- (1) Le Contrat Pétrolier est négocié et signé pour le compte de l'Etat, par le gouvernement ou par tout établissement ou organisme public mandaté à cet effet, et par le représentant légal du ou des requérants. Il entre en vigueur dès sa signature par les parties. Toutefois, s'il s'agit d'un Contrat de Concession, le permis de Recherche correspondant est octroyé par décret. La date de prise d'effet du Contrat de Concession est réputée être celle de l'octroi du permis de Recherche.

(2) Le Contrat Pétrolier est régi et interprété conformément au droit camerounais.

ARTICLE 12.- le Contrat Pétrolier fixe :

a) le périmètre de l'Autorisation de Recherche ;

b) le programme minimum des travaux de recherche et les engagements financiers correspondants que le Titulaire s'engage à réaliser pour la période initiale de validité de son Autorisation de Recherche et pour chaque période de renouvellement ;

- c) la durée du Contrat et des différentes périodes de validité de l'Autorisation de Recherche, ainsi que les conditions de son renouvellement et de sa prorogation, y compris les clauses relatives à la réduction du périmètre contractuel ;
- d) les obligations concernant une découverte à caractère commercial et le développement d'un gisement commercialement exploitable;
- e) les modalités d'octroi d'une Autorisation d'Exploitation, ses différentes périodes de validité, les conditions de son renouvellement et de sa prorogation;
- f) les droits et obligations des parties contractantes;
- g) les programmes de travaux et les budgets prévisionnels correspondants, ainsi que les méthodes de contrôle de leur exécution ;
- h) les droits et obligations du Titulaire en matière de transport des Hydrocarbures extraits, sous réserve des dispositions réglementaires applicables;
- i) les règles de propriété de la production et de sa répartition entre les parties contractantes ;
- j) le régime des biens meubles et immeubles nécessaires à la réalisation des Opérations Pétrolières, y compris les conditions de leur dévotion à l'Etat à la fin du Contrat ;
- k) les dispositions relatives à la participation de l'Etat, d'un établissement ou organisme public dûment mandaté à cet effet, à tout ou partie des Opérations Pétrolières, ainsi que les règles de l'association entre l'Etat ou l'organisme public et ses co-titulaires ;
- l) les obligations relatives à la formation et à l'emploi de la main d'oeuvre camerounaise ;
- m) les clauses financières ainsi que les règles comptables spécifiques aux Opérations Pétrolières ;
- n) les obligations en matière de protection de l'environnement qui viennent compléter celles prévues par la législation et la réglementation en vigueur ;
- o) les obligations en matière de travaux d'abandon des gisements et des puits à entreprendre avant l'expiration du Contrat Pétrolier ou de l'Autorisation ;
- p) en cas de poursuite de l'exploitation par l'Etat, suite à la résiliation ou à l'expiration du Contrat Pétrolier, les principes :
 - du transfert à l'Etat des droits et obligations y afférents notamment, la provision pour abandon des gisements et les contrats de prestation de services qui lient le Titulaire à ses employés et sous-contractants;
 - de l'apurement par le Titulaire du passif résiduel subsistant ;
- q) les modalités de résiliation du Contrat Pétrolier ;
- r) les clauses de stabilisation des conditions économiques et fiscales relatives à la rentabilité des investissements ;
- s) les cas de force majeure ;
- t) les modalités de règlement des différends, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires en vigueur relatives à la résolution des différends de nature technique.

CHAPITRE II DES TYPES DE CONTRATS PETROLIERS

ARTICLE 13.- (1) Pour la Recherche et l'Exploitation d'Hydrocarbures, l'Etat peut conclure des contrats Pétroliers. Ces contrats peuvent être :

- a) soit des Contrats de Concession attachés à l'octroi de Titres Miniers d'Hydrocarbures constitués par des permis de recherche et, le cas échéant, des concessions d'exploitation ;
- b) soit des Contrats de Partage de Production.

(2) Lorsque les circonstances le justifient, l'objet d'un Contrat Pétrolier peut être limité à l'exploitation d'un ou de plusieurs gisements d'Hydrocarbures déjà découverts et délimités, sans être lié à l'octroi préalable d'une Autorisation de Recherche.

SECTION I DU CONTRAT DE CONCESSION

ARTICLE 14.- (1) Le Contrat de Concession est conclu préalablement à l'octroi d'un permis de Recherche d'Hydrocarbures.

Il fixe les droits et obligations de l'Etat et du Titulaire pendant la période de validité du permis de Recherche et, en cas de découverte d'un gisement d'hydrocarbures commercialement exploitable, pendant la période de validité de la ou des concession(s) d'Exploitation qui s'y rattache(nt).

(2) Le Titulaire du Contrat de Concession assume le financement des Opérations Pétrolières et dispose des Hydrocarbures extraits pendant la période de validité dudit Contrat, conformément aux stipulations du Contrat de Concession, sous réserve des droits de l'Etat de percevoir la redevance en nature.

SECTION II DU CONTRAT DE PARTAGE DE PRODUCTION

ARTICLE 15.- (1) par le Contrat de Partage de Production, l'Etat directement ou par l'entremise d'un établissement public dûment mandaté à cet effet, contracte les services d'un Titulaire en vue d'effectuer pour son compte et de façon exclusive, à l'intérieur du périmètre défini, les activités de Recherche et, en cas de découverte d'un gisement d'Hydrocarbures commercialement exploitable, les activités d'Exploitation.

Le Titulaire assure le financement de ces Opérations Pétrolières.

(2) les Opérations Pétrolières d'un Contrat de Partage de Production font l'objet, selon leur nature, d'une autorisation exclusive de Recherche ou d'une autorisation exclusive d'Exploitation couvrant l'Exploitation d'un gisement d'Hydrocarbures commercialement exploitable.

ARTICLE 16.- (1) Dans le cadre d'un Contrat de Partage de Production, la production d'Hydrocarbures est partagée entre l'Etat et le Titulaire, conformément aux stipulations dudit Contrat. Le Titulaire reçoit alors une part de la production au titre du remboursement de ses coûts et de sa rémunération en nature, selon les modalités suivantes :

a- selon un rythme défini au Contrat Pétrolier, une part de la production totale d'Hydrocarbures est affectée au remboursement des coûts pétroliers effectivement

supportés par le Titulaire au titre du Contrat pour la réalisation des opérations Pétrolières. Cette part, couramment appelée «cost oil »ou «production pour la récupération des coûts», ne peut être supérieure au pourcentage de la production fixé dans le Contrat de Partage de Production, qui définit les coûts pétroliers récupérables, leurs modalités particulières, d'amortissement, ainsi que les conditions de leur récupération par prélèvement sur la production ;

b- le solde de la production totale d'Hydrocarbures, après déduction de la part prélevée au titre du paragraphe ci-dessus, couramment appelé « profit oil » ou « production pour la rémunération », est partagé entre l'Etat et le titulaire, selon les modalités fixées dans le Contrat Pétrolier.

(2) Le Contrat de Partage de Production peut également prévoir une rémunération en espèces du Titulaire au lieu d'une rémunération par une partie de la production d'Hydrocarbures. Dans ce cas, le Contrat est considéré comme un contrat de services à risques.

DE LA CESSION ET DE LA RENONCIATION D'UN CONTRAT PETROLIER

SECTION I DE LA CESSION

ARTICLE 17.- (1) les droits et obligations au titre d'un Contrat Pétrolier, l'Autorisation de Recherche et, le cas échéant, les Autorisations Provisoires d'Exploiter, ainsi que les autorisations d'Exploitation dérivant du Contrat Pétrolier, sont cessibles et transmissibles, en totalité ou en partie, sous réserve de l'approbation préalable du Ministre chargé des Hydrocarbures, dans les conditions prévues au Contrat et par la réglementation en vigueur. Le Contrat peut, en outre, fixer les conditions particulières de cession ou de transfert à une société affiliée ou entre co-Titulaires, des droits et obligations résultant d'un Contrat Pétrolier.

(2) le cessionnaire d'un droit ou d'une obligation doit satisfaire aux conditions prévues au présent Code et par les textes pris pour son application.

ARTICLE 18.- le Titulaire du Contrat Pétrolier soumet à l'approbation du Ministre chargé des Hydrocarbures, tout projet de contrat ou d'accord par lequel il promet de confier, céder ou transmettre, ou par lequel il confie, cède ou transmet, en tout ou partie, les droits et obligations résultant du Contrat Pétrolier. Tout contrat ou accord ainsi conclu ne peut être passé que sous condition suspensive de cette approbation. Tout acte passé en violation des dispositions du présent article est nul et de nul effet et peut entraîner la déchéance du Contrat Pétrolier, dans les conditions prévues à l'article 116 ci-dessous.

ARTICLE 19. - (1) Dans le cadre d'une opération ayant pour effet d'entraîner un changement du contrôle de la société Titulaire, cette dernière est tenue de solliciter l'approbation du Ministre chargé des hydrocarbures selon des modalités précises par décret. Le Ministre peut y faire opposition et exiger du Titulaire l'annulation de l'opération en question, dans les conditions prévues par le décret d'application du présent Code et dans le Contrat Pétrolier.

(2) Le refus d'annulation peut entraîner le retrait du Titre Minier ou la résiliation par l'Etat du Contrat Pétrolier dans les conditions prévues au Contrat Pétrolier.

ARTICLE 20.- Sans préjudice des dispositions de l'article 7 ci-dessus, lorsqu'un Contrat Pétrolier est conclu avec plusieurs co-Titulaires, le retrait d'un ou de plusieurs d'entre eux n'entraîne, ni l'annulation des Autorisations dérivant du Contrat, ni la résiliation du Contrat, si le ou les autres co-Titulaires reprennent à leur compte les engagements qui avaient été souscrits pour ledit Contrat. Ce retrait est réputé accepté par le Ministre chargé des Hydrocarbures.

SECTION II DE LA RENONCIATION

ARTICLE 21.- (1) Le Titulaire d'une Autorisation de Recherche peut renoncer en totalité ou en partie aux surfaces faisant l'objet de son Autorisation, à condition de notifier au ministre chargé des hydrocarbures un préavis de deux (2) mois. La renonciation ne prend effet qu'après approbation du Ministre chargé des hydrocarbures. Elle entraîne l'annulation de l'Autorisation sur l'étendue couverte par ladite renonciation.

(2) Sauf stipulations contraires du Contrat Pétrolier, une renonciation partielle ne réduit pas les obligations contractuelles du Titulaire.

(3) Une renonciation totale entraîne la caducité du Contrat Pétrolier. Elle n'est acceptée que si le Titulaire a rempli l'ensemble des obligations prescrites par le Contrat Pétrolier et par la réglementation en vigueur, notamment en ce qui concerne la protection de l'environnement, l'abandon des gisements et des puits, et a versé, s'il y a lieu, l'indemnité due à l'Etat définie au Contrat Pétrolier.

Article 22.- (1) Le Titulaire d'une Autorisation d'Exploitation peut renoncer en totalité ou en partie aux surfaces faisant l'objet de son Autorisation, à condition de notifier au Ministre chargé des Hydrocarbures un préavis d'un (1) an et d'avoir rempli les obligations prescrites aussi bien par le Contrat Pétrolier que par la réglementation en vigueur, notamment en ce qui concerne la protection de l'environnement, l'abandon des gisements et des puits.

(2) La renonciation ne prend effet qu'après approbation du Ministre chargé des Hydrocarbures.

TITRE III DES AUTORISATIONS

CHAPITRE I DE L'AUTORISATION DE PROSPECTION

Article 23.- (1) L'Autorisation de Prospection porte sur des surfaces non couvertes par un Contrat Pétrolier et peut être accordée à une personne physique ou morale par un arrêté du Ministre chargé des hydrocarbures, qui en énonce les conditions.

(2) L'Autorisation de Prospection confère à son titulaire, dans un périmètre défini, le droit non exclusif d'exécuter les travaux préliminaires de Prospection. Elle ne constitue pas un Titre Minier d'Hydrocarbures et n'est ni cessible, ni transmissible.

(3) L'Autorisation de Prospection ne confère à son Titulaire aucun droit à l'obtention d'un Titre Minier d'Hydrocarbures ou à la conclusion d'un Contrat Pétrolier.

(4) Nonobstant ce qui précède et si des circonstances exceptionnelles le justifient, notamment pour les Zones d'Opérations Pétrolières Particulières, l'Autorisation de Prospection peut prévoir, pendant sa durée de validité, en faveur de son Titulaire, soit un droit de préférence, à conditions équivalentes en cas de conclusion éventuelle d'un Contrat Pétrolier sur tout ou partie du même périmètre, soit une exclusivité de durée limitée pour conclure un Contrat sur tout ou partie du périmètre.

(5) L'Autorisation de Prospection est accordée sous réserve des droits des tiers.

(6) L'Etat peut, s'il y a lieu, accorder également des Autorisations de Prospection à des fins de collecte d'informations techniques.

Article 24.- Les conditions d'obtention et de renouvellement de l'Autorisation de Prospection sont fixées par voie réglementaire.

Article 25.- (1) Plusieurs Autorisations de Prospection peuvent être accordées concurremment sur une même zone.

(2) Sous réserve des dispositions de l'article 23 alinéa (4) ci-dessus, l'Etat peut, à tout moment, accorder un Titre Minier d'Hydrocarbures ou conclure un Contrat Pétrolier sur tout ou partie du périmètre objet d'une Autorisation de Prospection, laquelle devient caduque de plein droit pour la surface concernée, sans que ceci donne droit à une quelconque indemnité au Titulaire de l'Autorisation de Prospection.

CHAPITRE II DE L'AUTORISATION DE RECHERCHE ET DE L'AUTORISATION PROVISOIRE D'EXPLOITER

SECTION I DE L'AUTORISATION DE RECHERCHE

Article 26.- L'Autorisation de Recherche rattachée à un Contrat Pétrolier est, soit un Permis de Recherche d'Hydrocarbures s'il s'agit d'un Contrat de Concession, soit une Autorisation Exclusive de Recherche s'il s'agit d'un Contrat de Partage de Production.

Article 27. – L'Autorisation de Recherche confère à son titulaire, le droit exclusif d'exécuter, à ses risques et dépens, dans les limites du périmètre qui en est l'objet et indéfiniment en profondeur, tous travaux de Prospection et de Recherche d'Hydrocarbures, sauf exclusion prévue par le Code Pétrolier. Elle confère également à son Titulaire le droit de disposer de sa part d'Hydrocarbures qui pourraient être éventuellement extraits à l'occasion des travaux de Recherche et des essais de production, sous réserve d'une déclaration préalable au Ministre chargé des hydrocarbures.

Article 28.- (1) L'Autorisation de Recherche est accordée pour une durée initiale maximale de trois (3) ans. Toutefois, cette durée peut être portée à cinq (5) ans dans le cas d'une Zone d'Opérations Particulières. Cette Autorisation est accordée par décret. Toutefois, en cas de Contrat de Partage de Production, la signature du Contrat vaut octroi de l'Autorisation de Recherche.

(2) L'Autorisation de Recherche est renouvelable deux (2) fois pour une durée de deux (2) ans. Le Titulaire peut déposer une demande de renouvellement de son Autorisation dans les formes requises et selon les modalités de renouvellement fixées par décret, à condition qu'il ait rempli ses obligations pour la période de validité en cours. Lesdits renouvellements sont accordés par voie réglementaire.

(3) Sous réserve des dispositions de l'alinéa (5) du présent article et de celles des articles 35 et 116 du présent Code, la durée de l'Autorisation de Recherche et des deux (2) renouvellements ne peut excéder sept (7) ans, ou neuf (9) ans en Zones d'Opérations Pétrolières Particulières.

(4) A la date de chaque renouvellement, la superficie de l'Autorisation de Recherche est réduite conformément aux stipulations du Contrat Pétrolier.

(5) La période de validité de l'Autorisation de Recherche, peut en cas de nécessité, être prorogée dans les conditions fixées au Contrat, pour permettre :

a) l'achèvement de forages de Recherche en cours ou l'évaluation et la délimitation d'une découverte d'Hydrocarbures, notamment en cas d'une découverte de gaz naturel non associé ou d'une découverte située en Zones d'Opérations Pétrolières Particulières ;

b) la recherche de débouchés commerciaux pour une découverte de gaz naturel non associé.

Article 29.- Le Titulaire d'une Autorisation de Recherche s'engage à réaliser pendant la période initiale et, le cas échéant, pendant chaque période de renouvellement, le programme minimum de travaux de Recherche et de dépenses prévu par l'Autorisation de Recherche et stipulé au Contrat Pétrolier.

Article 30.- Lorsque le Titulaire de l'Autorisation de Recherche ne remplit pas ses obligations de travaux et de dépenses prévues à l'article 29 ci-dessus dans les délais impartis et selon les stipulations du Contrat Pétrolier, l'Etat peut lui réclamer une indemnité d'un montant équivalent à la valeur monétaire des obligations non remplies, et dans les conditions fixées par le Contrat Pétrolier.

Article 31.- (1) Toute découverte d'Hydrocarbures est notifiée, aussitôt que possible, au Ministre chargé des Hydrocarbures par le Titulaire de l'Autorisation de Recherche. (2) Lorsque la découverte d'Hydrocarbures permet de présumer de l'existence d'un gisement commercialement exploitable, le Titulaire de l'Autorisation de Recherche est tenu d'effectuer, avec diligence, les travaux nécessaires à l'évaluation du caractère commercial dudit gisement. Cette évaluation peut consister à délimiter le gisement en question et/ou à évaluer les structures et prospects avoisinants à l'intérieur du périmètre contractuel. A l'issue de ces travaux, le Titulaire établit le caractère commercial ou non de la découverte.

Article 32.- Le Titulaire de l'Autorisation de Recherche qui a fourni la preuve de l'existence d'un gisement d'Hydrocarbures commercialement exploitable sur le périmètre couvert par son Autorisation, a le droit de demander L'octroi d'une Autorisation d'Exploitation et est tenu d'entreprendre les activités d'Exploitation dans un délai maximum de trois (3) ans à compter de la date d'octroi de l'Autorisation d'Exploitation. Le non respect de ce délai entraîne le retrait de l'Autorisation d'Exploitation sans que le Titulaire ne puisse prétendre à une quelconque indemnisation.

(2) L'octroi d'une Autorisation d'Exploitation entraîne l'annulation de l'Autorisation de Recherche à l'intérieur du périmètre d'Exploitation, mais la laisse subsister à l'extérieur de ce périmètre jusqu'à la date de son expiration, sans en modifier le programme minimum de travaux de Recherche souscrit par le Titulaire.

Article 33.- Lorsqu'une Autorisation de Recherche vient normalement à renouvellement ou à expiration définitive avant qu'il ne soit statué sur une demande de renouvellement, de prorogation ou d'Autorisation d'Exploitation introduite par son Titulaire, ce dernier reste seul autorisé à poursuivre les travaux de Recherche dans les limites du ou des périmètres sur lesquels porte sa demande.

Article 34.- Avant l'expiration totale ou partielle d'une Autorisation de Recherche, soit au terme de chaque période de validité, soit en cas de renonciation ou d'annulation, le Titulaire effectue, à sa charge, les opérations d'abandon des gisements et des puits ainsi que les opérations de protection de l'environnement prévues par la législation et la réglementation en vigueur et par le Contrat Pétrolier. Il fournit à l'Etat toutes les informations et données techniques en sa possession concernant la zone rendue.

SECTION II DE L'AUTORISATION PROVISOIRE D'EXPLOITER

ARTICLE 35. – (1) Pendant la période de validité d'une Autorisation de Recherche, le Titulaire peut demander l'octroi d'une Autorisation Provisoire d'Exploiter accordée par voie réglementaire. Cependant, l'octroi d'une Autorisation Provisoire d'Exploiter laisse subsister l'Autorisation de Recherche, mais n'a pas effet de proroger la période de validité de celle-ci.

(2) L'Autorisation Provisoire d'Exploiter confère à son Titulaire le droit d'exploiter, à titre provisoire, les puits productifs pendant une période maximale de deux (2) ans pendant laquelle il est tenu de poursuivre l'évaluation et la délimitation du gisement concerné, conformément aux dispositions de l'article 28 ci-dessus et aux stipulations du Contrat Pétrolier.

(3) L'Autorisation Provisoire d'Exploiter peut être retirée dans les mêmes formes, en cas d'inobservation des dispositions des articles 29 et 30 ci-dessus. Elle devient caduque en cas d'expiration de l'Autorisation de Recherche sur la zone concernée, à moins qu'une demande d'Autorisation d'Exploitation ne soit déposée dans les délais.

(4) Les procédures d'instruction et les modalités de dépôt de la demande Provisoire d'Exploiter, de son extension à de nouveaux puits et de son retrait sont fixées par le décret d'application du présent Code.

CHAPITRE III DE L'AUTORISATION D'EXPLOITATION

ARTICLE 36.- L'Autorisation d'Exploitation rattaché à un Contrat Pétrolier peut être, soit une concession d'Exploitation lorsqu'il s'agit d'un Contrat de Concession, soit une autorisation exclusive d'Exploitation lorsqu'il s'agit d'un Contrat de Partage de Production.

ARTICLE 37.- (1) L'Autorisation d'Exploitation recouvre la superficie d'un gisement d'Hydrocarbures commercialement exploitable. Elle confère à son Titulaire le droit exclusif d'effectuer, à ses risques et dépens, dans les limites du périmètre qui en est l'objet et indéfiniment en profondeur, toutes les Opérations Pétrolières et de disposer de tout ou partie de la production des Hydrocarbures, conformément aux stipulations du Contrat Pétrolier.

(2) L'octroi d'une Autorisation d'Exploitation ne confère en aucun cas la propriété des gisements ; elle crée un droit de durée limitée qui n'est pas susceptible d'hypothèque et qui est distinct de la propriété de surface, cessible et transmissible dans les conditions prévues à l'article 17 ci-dessus.

ARTICLE 38.- (1) La durée initiale de l'Autorisation d'Exploitation ne peut dépassé vingt-cinq (25) ans pour les Hydrocarbures liquides et trente-cinq (35) ans pour les Hydrocarbures gazeux.

(2) L'Autorisation d'Exploitation ne peut être renouvelée qu'une fois, à la demande du Titulaire, pour une durée supplémentaire maximale de dix (10) ans, dans les formes prévues à l'article 41 ci-dessous et conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur. Pour ce faire, le Titulaire doit avoir rempli ses obligations et démontré la possibilité du maintien d'une production commerciale d'Hydrocarbures au-delà de la période de validité en cours. Les conditions dudit renouvellement peuvent faire l'objet d'une renégociation des termes du Contrat Pétrolier.

ARTICLE 39.- Seul le Titulaire d'une Autorisation de Recherche en cours de validité peut obtenir une Autorisation d'Exploitation à l'intérieur du périmètre de l'Autorisation de Recherche.

ARTICLE 40.- Le Titulaire d'une Autorisation de Recherche qui fournit la preuve de l'existence d'un gisement d'Hydrocarbures commercialement exploitable à l'intérieur de son périmètre contractuel, a le droit de procéder à l'exploitation dudit gisement selon les modalités définies par le présent Code et son décret d'application.

Article 41.- L'Autorisation d'Exploitation est octroyée par un décret qui en précise la durée et la délimitation du périmètre d'Exploitation.

ARTICLE 42.- L'étendue du périmètre d'Exploitation est limitée par la surface déterminée suivant les verticales s'appuyant sur le périmètre défini en surface, sauf stipulations contraires du Contrat Pétrolier. Le périmètre d'Exploitation est délimité de manière à inclure la superficie du gisement sur laquelle le Titulaire a des droits.

ARTICLE 43.- Sauf cas de force majeure, lorsque le gisement objet de l'Autorisation d'Exploitation ne fait pas l'objet de travaux d'Exploitation menés avec diligence, ou si

l'Exploitation est suspendue pendant plus de six (6) mois, le retrait de l'Autorisation d'Exploitation peut être prononcé par voie réglementaire, après une mise en demeure de trois (3) mois.

Article 44.- (1) Avant l'expiration de l'Autorisation d'Exploitation, soit à son terme normal, soit en cas de renonciation ou de retrait, le Titulaire entreprend, à sa charge, les opérations d'abandon de l'Exploitation du gisement prévues par la législation et la réglementation en vigueur ainsi que par le Contrat Pétrolier, sauf décision contraire du Ministre chargé des hydrocarbures.

(2) Nonobstant les dispositions du paragraphe précédent et sans préjudice des dispositions de l'article 12p) du présent Code, au cas où l'Etat désirerait poursuivre les opérations d'Exploitation, les installations, matériels et terrains qui sont nécessaires à la poursuite de l'Exploitation sont, à la demande du Ministre chargé des hydrocarbures, transférés à l'Etat, sans indemnisation du Titulaire.

(3) L'incorporation au domaine privé de l'Etat des parcelles du domaine national concernées par ce transfert est faite par voie réglementaire. Le transfert des baux existants sur le domaine privé des particuliers jugés nécessaires à la poursuite de l'Exploitation par l'Etat est autorisé par décret.

CHAPITRE IV DE L'AUTORISATION DE TRANSPORT INTERIEUR

ARTICLE 45.- (1) Il est accordé au Titulaire, sur demande et par décret, pendant la durée de validité de son Contrat Pétrolier, une Autorisation de Transport Intérieur dans les conditions fixées au présent chapitre.

(2) L'Autorisation du transport Intérieur confère au Titulaire, le droit de transporter dans ses propres installations, ou de faire transporter dans les installations des tiers à l'intérieur du Territoire Camerounais, tout en conservant la propriété, les produits résultant de ses activités d'Exploitation ou sa part desdits produits, vers les points de collecte, de traitement, de stockage, de chargement ou de grosse consommation.

ARTICLE 46.- (1) L'Autorisation de Transport Intérieur comporte l'approbation du projet de construction des canalisations et installations qui est joint à la demande et dont le contenu est précisé par décret d'application du présent Code.

(2) L'occupation des terrains et la déclaration d'utilité publique nécessaires aux canalisations et installations sont effectuées dans les conditions fixées au titre IV du présent Code.

ARTICLE 47.- (1) Les droits de Transport visés à l'article 45 ci-dessus ainsi que l'Autorisation de Transport Intérieur, peuvent être transférés à des tiers, individuellement ou conjointement, par tout Titulaire, dans les conditions fixées par la réglementation en vigueur et dans le Contrat Pétrolier, sous réserve d'une autorisation préalable du Ministre chargé des hydrocarbures.

(2) Les bénéficiaires des transferts susmentionnés doivent satisfaire aux conditions fixées par le présent Code et par les textes pris pour son application, pour la construction et l'exploitation des canalisations et des installations concernées, ainsi qu'aux conditions particulières fixées par le Contrat Pétrolier.

ARTICLE 48.- (1) Plusieurs titulaires peuvent s'associer pour assurer le Transport des produits extraits de leurs Exploitations. Ils peuvent également s'associer avec des tiers qualifiés et l'Etat, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un établissement ou organisme public dûment mandaté à cet effet, pour la réalisation et l'exploitation des canalisations et installations.

(2) Les protocoles, accords ou contrats passés entre les intéressés sont soumis à l'approbation préalable du Ministre chargé des hydrocarbures.

ARTICLE 49.- (1) Le tracé et les caractéristiques des canalisations doivent être établis de manière à assurer la collecte, le Transport et l'évacuation des produits extraits des gisements d'Hydrocarbures, dans les meilleures conditions techniques, économiques et environnementales.

(2) Lorsque plusieurs découvertes d'Hydrocarbures sont faites dans une même région géographique, les Titulaires ou les bénéficiaires des transferts visés à l'article 47 ci-dessus peuvent s'associer en vue de la construction ou de l'utilisation commune des canalisations et installations pour l'évacuation de la totalité ou d'une partie de la production extraite de ces découvertes.

ARTICLE 50.- Sauf cas de force majeure, l'Autorisation de Transport Intérieur devient caduque lorsque le Titulaire ou le bénéficiaire des transferts visés à l'article 47 ci-dessus n'a pas commencé ou fait commencer les travaux prévus, un (1) an après l'approbation du projet.

ARTICLE 51.- (1) Le Titulaire d'une Autorisation de Transport Intérieur donne la priorité au transport des Hydrocarbures qui sont les produits de l'Exploitation pour laquelle ladite Autorisation a été accordée.

(2) Toutefois et sans préjudice du traitement préférentiel des Hydrocarbures visés à l'alinéa (1) ci-dessus, le Titulaire peut être tenu, dans la limite et pour la durée de sa capacité excédentaire, par voie réglementaire, d'affecter les capacités de Transport non utilisées au passage des produits provenant d'autres Exploitations que celle pour laquelle l'Autorisation a été accordée. Dès lors que le Titulaire est tenu d'affecter une capacité de transport à une autre Exploitation, celle-ci se voit imposer en contrepartie l'obligation de l'utiliser et d'en payer l'usage.

(3) Dans des conditions comparables de qualité, de régularité et de débit, les produits visés à l'alinéa

(2) ci-dessus ne peuvent faire l'objet d'aucune discrimination dans les tarifs de Transport.

(4) Toutes contestations relatives à l'application des dispositions du paragraphe précédent sont, à défaut d'accord, soumises à résolution d'un expert international, conformément aux dispositions du décret d'application du présent Code pour la résolution des différends de nature technique.

(5) Les conditions et modalités d'établissement des tarifs de Transport sont fixées dans les textes pris pour l'application du présent Code et dans les Contrats Pétroliers.

ARTICLE 52.- Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas aux canalisations et installations établies à l'intérieur du périmètre d'une Autorisation d'Exploitation pour les besoins dudit périmètre.

TITRE IV

DES RELATIONS AVEC LES PROPRIETAIRES DU SOL

CHAPITRE I

DE L'OCCUPATION DES TERRAINS DESTINES AUX OPERATIONS PETROLIERES

ARTICLE 53.- Aux fins d'attribution en jouissance des terrains visés à l'article 4 du présent Code, le Titulaire d'une autorisation ou d'un Contrat Pétrolier soumet aux autorités administratives compétentes, un dossier d'enquête foncière dont le contenu est précisé par décret. Cette enquête foncière a pour objet:

- a) d'identifier les statuts des parcelles couvertes par l'Autorisation ou le Contrat Pétrolier ;
- b) de recenser les Titulaires de droits et les propriétaires de biens sur les parcelles concernées ;
- c) d'informer les personnes visées au paragraphe b) ci-dessus des modalités d'indemnisation pour la perte de leurs droits ;
- d) de sensibiliser les populations aux Opérations Pétrolières.

ARTICLE 54.- (1) Au vu des résultats de l'enquête foncière, le Titulaire d'une Autorisation ou d'un Contrat Pétrolier soumet aux autorités compétentes, les demandes d'autorisations d'occupation qui sont requises, conformément aux dispositions de la législation foncière et domaniale en vigueur, ainsi que du décret d'application du présent Code.

(2) Les autorisations d'occupation sont accordées si elles sont nécessaires au demandeur pour la bonne conduite de ses Opérations et si ce dernier a rempli les obligations qui lui incombent en vertu des dispositions législatives et réglementaires en vigueur. Dans les autres cas, les autorisations d'occupation peuvent lui être refusées.

(3) Les autorisations d'occupation sont accordées par décret lorsqu'elles portent sur des parcelles du domaine national, du domaine privé de l'Etat ou du domaine public, suivant les modalités prévues par la législation foncière et domaniale en vigueur.

(4) Lorsque l'occupation concerne le domaine privé des particuliers, personnes physiques ou morales, le Ministre chargé des hydrocarbures peut saisir le Ministre chargé des domaines d'une demande d'expropriation aux fins d'acquisition du terrain concerné par l'Etat et de sa mise à disposition du Titulaire suivant les modalités prévues par la législation foncière et domaniale en vigueur.

ARTICLE 55.- (1) Le Ministre chargé des hydrocarbures peut saisir le Ministre chargé des domaines à l'effet d'obtenir, selon la nature juridique des terrains concernés, le classement au domaine public, l'incorporation au domaine privé de l'Etat ou, l'expropriation pour cause d'utilité publique des parcelles destinées, selon le cas:

- a) soit à constituer l'emprise foncière nécessaire pour les besoins de construction, d'expropriation et d'entretien du système de Transport des Hydrocarbures
- b) soit à constituer les terrains d'assiette des périmètres de protection préalablement définis par le Ministre chargé des hydrocarbures et à l'intérieur desquels les Opérations Pétrolières peuvent être soumises à certaines conditions ou interdites,

sans que le titulaire d'une Autorisation ou d'un Contrat Pétrolier ne puisse demander indemnisation. La constitution des périmètres de protection vise à protéger les édifices et agglomérations, sources, voies de communication, ouvrages d'art et travaux d'utilité publique, ainsi que tous autres points où ces périmètres seraient jugés nécessaires dans l'intérêt général.

2) Les coûts de libération et de mise à disposition des terrains visés à l'article 54 ci-dessus et à l'alinéa (1) du présent article, sont à la charge du Titulaire, qui en requiert l'usage.

ARTICLE 56.- Le décret prévu à l'article 54 alinéa (3) ci-dessus peut autoriser le Titulaire d'une Autorisation ou d'un Contrat Pétrolier : à couper, à l'intérieur de l'emprise foncière, moyennant paiement des droits, taxes et redevances prévus par la législation en vigueur, les bois nécessaires à ses Opérations Pétrolières, à utiliser les chutes d'eau et sources non exploitées ni réservées et à les aménager pour les besoins desdites Opérations, sous réserves des dispositions législatives et réglementaires applicables;

- à exécuter, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du périmètre couvert par son Autorisation ou par le Contrat Pétrolier, les travaux nécessaires à ses Opérations Pétrolières ainsi que ceux qui s'y rattachent mentionnés à l'article 57 ci-dessous.

ARTICLE 57.- Outre les travaux constituant les Opérations Pétrolières proprement dites, les activités et travaux suivant y sont assimilés :

- l'établissement et l'exploitation des centrales, postes et lignes électriques
- les systèmes de télécommunication ;
- les ouvrages de secours ;
- le stockage et la mise en dépôt des matériaux, équipements, produits et déchets, ainsi que les installations destinées au ballastage et à l'élimination de la pollution;
- les constructions destinées au logement, aux loisirs, à l'hygiène, aux soins et à l'instruction du personnel ;
- l'établissement ou l'amélioration de toutes les voies de communication et notamment les routes, ponts, chemins de fer, rigoles, canaux, ports fluviaux ou maritimes, terrains d'atterrissage ;
- l'établissement de bornes repères et de bornes de délimitation de l'emprise foncière.

ARTICLE 58. – Les projets d'installation visés aux articles 56 et 57 ci-dessus peuvent, s'il y a lieu, être déclarés d'utilité publique dans les conditions prévues par les textes applicables en la matière, sans que le titulaire d'une Autorisation ou d'un Contrat Pétrolier soit dispensé des obligations particulières ou complémentaires qui pourraient lui être imposées.

L'ARTICLE 59.- Le Titulaire d'une Autorisation ou d'un Contrat Pétrolier supporte les frais, indemnités et, d'une manière générale, toutes les charges résultant de l'application des articles 53 à 58 ci-dessus.

ARTICLE 60.- (1) Les installations de télécommunication, les lignes électriques, les adductions d'eau et les infrastructures médicales, scolaires, sportives et récréatives créées par le Titulaire d'une Autorisation ou d'un Contrat Pétrolier peuvent, s'il n'en résulte aucun obstacle pour l'installation et moyennant juste indemnisation, être

utilisées pour les besoins des établissements voisins qui en font la demande. Elles peuvent être ouvertes à l'usage du public. Les conditions générales d'utilisation et le montant de l'indemnisation sont déterminés par le Ministre chargé des hydrocarbures avec l'accord du Titulaire. Le coût d'usage tient notamment compte du coût des capitaux investis par le Titulaire, qu'il s'agisse de fonds propres ou de fonds d'emprunt.

(2) Dès lors que le Titulaire ouvre à des tiers l'usage des installations visées au présent article, ceux-ci se voient imposer en contre-partie l'obligation d'en payer l'usage.

ARTICLE 61.- Le Titulaire d'une Autorisation ou d'un Contrat Pétrolier est tenu de réparer tous dommages que ses Opérations Pétrolières pourraient occasionner à l'emprise foncière; il est redevable, dans ce cas, d'une indemnité correspondant au préjudice causé, laquelle est fixée d'accord parties ou, à défaut d'accord, par les tribunaux compétents. La demande d'indemnité doit être présentée au plus tard un (1) an à compter de la date de cessation des faits constitutifs du dommage.

ARTICLE 62.- (1) Sans préjudice des sanctions applicables en matière pénale, est civilement responsable, sans qu'il soit besoin d'établir une faute, le Titulaire d'une Autorisation ou d'un Contrat Pétrolier qui a, de son fait ou de celui de ses sous-traitants, causé un dommage corporel, matériel ou environnemental se rattachant directement ou indirectement à l'exercice des Opérations Pétrolières, aux activités connexes ou aux installations situées à l'intérieur ou à l'extérieur du périmètre contractuel. A défaut de réparation, l'indemnité doit correspondre au montant du dommage causé.

(2) Lorsqu'il n'est pas Titulaire, l'Etat ne peut encourir aucune responsabilité, directe ou indirecte, à l'égard des tiers pour les dommages résultant de la réalisation des Opérations Pétrolières effectuées par le Titulaire.

(3) Le Contrat Pétrolier prévoit les conditions et modalités des garanties et assurances que le titulaire a l'obligation de souscrire au bénéfice de l'Etat, des tiers, du public et de l'environnement, afin d'assurer l'application des dispositions du présent article.

CHAPITRE II DE L'OCCUPATION DES TERRAINS DESTINES AU TRANSPORT DES HYDROCARBURES

ARTICLE 63.- (1) Au vu des résultats de l'enquête foncière visée à l'article 53 ci-dessus, l'Etat peut décider de prélever des parcelles à destiner à l'emprise foncière pour les besoins de construction, d'exploitation et d'entretien du système de transport des hydrocarbures. A ces fins et conformément aux dispositions de la législation foncière et domaniale en vigueur, l'Etat peut, selon les statuts respectifs des parcelles du terrain concernées, procéder soit à l'incorporation de ces parcelles dans son domaine privé, soit à leur classement au domaine public, soit à leur expropriation pour cause d'utilité publique.

(2) Le Titulaire de l'Autorisation de Transport Intérieur est notifié des actes pris à cet effet par l'Etat et tient compte des emprises ainsi réservées dans la conduite de ses Opérations Pétrolières.

ARTICLE 64.- (1) Le décret accordant l'emprise foncière affecte provisoirement celle-ci à la construction, à l'exploitation et à l'entretien du système de Transport des Hydrocarbures et confère au Titulaire de l'Autorisation de Transport Intérieur les droits fonciers visés à l'article 65 ci-dessous. Ce décret précise les délais dans lesquels le titulaire de l'Autorisation de Transport Intérieur est tenu de communiquer au Ministre chargé des hydrocarbures les coordonnées des terrains constituant l'emprise du système de Transport des Hydrocarbures.

(2) Pour la constitution de l'emprise du système de Transport des Hydrocarbures, le décret visé à l'alinéa (1) ci-dessus peut être modifié pour maintenir l'affectation de ces terrains à l'exploitation et à l'entretien du système de Transport des Hydrocarbures, conformément à la législation foncière et domaniale en vigueur. Ce décret restreint les droits du Titulaire de Transport Intérieur sur la partie de l'emprise foncière qui n'est pas incluse dans l'emprise du système de Transport des Hydrocarbures et la grève de servitudes d'utilisation au profit des travaux d'entretien entraînant une excavation.

(3) Les terrains constituant l'emprise foncière sont et demeurent la propriété privée de l'Etat. Ils ne peuvent en aucun cas être aliénés pendant la durée du Contrat Pétrolier, ni devenir la propriété du Titulaire de l'Autorisation de Transport Intérieur.

Toutefois, lorsque les canalisations et installations visées à l'article 46 ci-dessus font obstacle à l'utilisation normale des terrains et que le propriétaire en fait la demande, l'Etat procède, aux frais du Titulaire, à l'expropriation des terrains concernés et à leur attribution par bail audit Titulaire, conformément à la législation domaniale et foncière en vigueur.

(4) A l'issue des travaux de construction du système de Transport des Hydrocarbures, les terrains situés à l'intérieur de l'emprise foncière peuvent être affectés à d'autres usages, sous réserve des périmètres de protection visés à l'article 55 alinéa (1) b) ci-dessus, à condition toutefois que cette utilisation n'entrave ni ne constitue un obstacle au bon fonctionnement et à l'entretien du système de Transport des Hydrocarbures.

ARTICLE 65.- (1) Le décret visé à l'alinéa (2) de l'article 64 ci-dessus, confère au titulaire de l'Autorisation de Transport Intérieur :

a) Le droit d'occuper des sols ;

b) le droit de jouissance des sols conformément à l'objet et à la destination de l'Autorisation de Transport Intérieur ;

c) le droit de libre accès aux installations du système de Transport des Hydrocarbures ;

d) le droit d'utilisation desdites installations.

(2) Les canalisations et installations annexes du système de Transport des Hydrocarbures sont et demeurent la propriété du Titulaire de l'Autorisation Intérieur.

Article 66.- (1) Les frais et indemnités d'établissement des servitudes, d'incorporation, d'affectation et de libération des terrains destinés à la construction, à l'exploitation et à l'entretien du système de transport des Hydrocarbures, sont déterminés selon la procédure en vigueur en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

(2) l'indemnité due en raison de l'utilisation des servitudes mentionnées au paragraphe précédent correspond à la destruction des mises en valeur réalisées par des tiers, conformément aux dispositions de l'article 67 ci-dessous.

ARTICLE 67.- Les propriétaires des terrains privés ou leurs ayants droits, les usagers du domaine public, les concessionnaires de services publics ou les occupants du domaine national, ne sont pas autorisés à entreprendre des actes ou travaux susceptibles de nuire aux travaux de construction, d'exploitation et d'entretien du système de Transport des Hydrocarbures réalisés conformément aux dispositions du présent Code.

ARTICLE 68.- (1) Le Titulaire de l'Autorisation de Transport Intérieur peut, lorsque sa demande est jugée fondée, être autorisé, moyennant juste et préalable rémunération, à occuper temporairement les terrains privés nécessaires à la construction, l'exploitation ou l'entretien du système de transport des Hydrocarbures à l'extérieur de l'emprise foncière.

(2) L'autorisation d'occupation temporaire constate le bien-fondé de la demande, désigne les terrains nécessaires et en autorise l'occupation temporaire, conformément à la législation domaniale et foncière en vigueur.

ARTICLE 69.- (1) Le Titulaire de l'Autorisation de Transport Intérieur peut, contre juste et préalable indemnisation du propriétaire des terrains situés à l'extérieur de l'emprise foncière, pour les besoins de la construction, de l'exploitation, de l'entretien du système de Transport des Hydrocarbures et des industries qui s'y rattachent, disposer des substances non concessibles dont les travaux nécessitent l'abattage.

(2) Le propriétaire des terrains privés conserve, sans indemnité, la disposition des substances non concessibles qui ne sont pas utilisées par le Titulaire de l'Autorisation de transport Intérieur.

ARTICLE 70.- lorsque le système de Transport des Hydrocarbures fait définitivement obstacle à l'utilisation des terrains situés à l'extérieur de l'emprise foncière, le propriétaire des terrains privés peut exiger une expropriation.

ARTICLE 71.- (1) Le Titulaire de l'Autorisation de Transport Intérieur peut, conformément à la législation foncière et domaniale en vigueur, à l'extérieur de l'emprise foncière, occuper temporairement le domaine national, le domaine public ou le domaine privé de l'Etat ou des collectivités territoriales décentralisées. Cette occupation est autorisée par le Ministre chargé des domaines, après avis conforme des collectivités territoriales décentralisées ou des services publics affectataires, pour ce qui est de leurs domaines privés respectifs ou des portions du domaine public dont ils ont respectivement la charge.

(2) L'autorisation d'occupation ne confère cependant pas au Titulaire de l'Autorisation de Transport Intérieur la propriété des sols des terrains concernés.

ARTICLE 72.- Dans le cas de l'utilisation du domaine public et sauf cas prévus par la loi, aucun recours ne peut être exercé contre l'Etat, les services publics ou les collectivités territoriales décentralisées par le Titulaire de l'Autorisation de Transport Intérieur :

- Soit à raison des dommages que l'utilisation du domaine public pourrait occasionner à ses installations;
- Soit à raison des travaux exécutés sur le domaine public dans l'intérêt national ou de la sécurité publique.

ARTICLE 73.- Le Titulaire de Transport Intérieur reste soumis :

- en ce qui concerne les terrains et ouvrages nécessaires à la construction, à l'exploitation et à l'entretien du système de Transport des Hydrocarbures, aux dispositions de la législation foncière et domaniale en vigueur ;
- en ce qui concerne les carrières nécessaires à la construction, à l'exploitation et à l'entretien du système de transport des Hydrocarbures, aux dispositions de la législation minière en vigueur.

TITRE V DES DROITS ET OBLIGATIONS LIES AUX OPERATIONS PETROLIERES

CHAPITRE I DE LA CONDUITE DES OPERATIONS PETROLIERES

ARTICLE 74.- Le Titulaire doit conduire les Opérations Pétrolières dont il a la charge avec diligence et suivant les règles de l'art en usage dans l'industrie pétrolière internationale.

ARTICLE 75.- (1) Le Titulaire peut, sous sa responsabilité, sous-traiter à des entreprises qualifiées les Opérations Pétrolières dont il a la charge.

(2) Pour les besoins et dans la limite des Opérations Pétrolières qui leur sont confiées, les sous-traitants du Titulaire se conforment aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

(3) Les contrats de sous-traitance dont la valeur dépasse le montant plancher fixé au Contrat Pétrolier sont communiqués au Ministre chargé des hydrocarbures ou à tout établissement ou organisme public dûment mandaté à cet effet.

ARTICLE 76.- Le Titulaire ainsi que ses sous-traitants accordent la préférence aux entreprises camerounaises pour les contrats de construction, de fourniture et de prestations de services, à conditions équivalentes de qualité, prix, quantités, délais de livraison, conditions de paiement et service après-vente.

ARTICLE 77.- Le Titulaire ainsi que ses sous-traitants doivent employer par priorité du personnel de nationalité camerounaise qualifié pour les besoins de leurs Opérations Pétrolières. A cette fin, dès le début des Opérations Pétrolières, le Titulaire établit et finance un programme de formation de personnel camerounais, de toutes qualifications, dans les conditions fixées par le Contrat Pétrolier.

ARTICLE 78.- (1) Le Titulaire et ses sous-traitants appliquent les normes d'hygiène et de sécurité au cours des Opérations Pétrolières, conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur, ainsi qu'à la pratique en vigueur dans l'industrie pétrolière internationale. Il porte à la connaissance des autorités administratives compétentes, dans les plus brefs délais, tout accident grave survenu pendant le déroulement des Opérations Pétrolières.

(2) Le Titulaire se soumet aux mesures qui peuvent lui être édictées par le Ministre chargé des hydrocarbures, y compris l'installation, à ses frais, d'équipements en vue

de prévenir ou de faire disparaître les causes de danger que ses Opérations pétrolières feraient courir à la sécurité publique, civile, à son personnel, à l'hygiène, à l'environnement ou à la conservation des sites et réserves classés, des sources ainsi que des voies publiques, tel que le prévoit la législation et la réglementation en vigueur.

(3) Toutefois, le Titulaire est consulté pour les modalités d'exécution de ces travaux afin de préserver les intérêts des différentes parties.

ARTICLE 79.- (1) En cas de production commerciale d'Hydrocarbures et si le Ministre chargé des hydrocarbures en fait la demande, le Titulaire affecte par priorité à la satisfaction des besoins du marché intérieur camerounais, une part de la production lui revenant. Les conditions et modalités de cette obligation sont précisées par décret.

(2) Lorsque les besoins du marché intérieur camerounais sont satisfaits, le Titulaire dispose librement de la part de la production d'Hydrocarbures qui lui revient.

(3) La conclusion d'un Contrat Pétrolier ne confère en aucun cas le droit au raffinage ou à la transformation des Hydrocarbures et/ou à la vente des produits qui en découlent, sauf autorisation expresse accordée par l'Etat.

ARTICLE 80.- Au cas où un gisement d'Hydrocarbures s'étend sur plusieurs périmètres contractuels, soit qu'ils aient été attribués à des Titulaires distincts, soit qu'ils procèdent de Contrats Pétroliers distincts comprenant des stipulations différentes en matière de droit aux Hydrocarbures, les Titulaires peuvent être tenus, s'il y a lieu, de conclure un accord dit «d'unitisation» afin d'exploiter ce gisement dans les meilleures conditions techniques et économiques possibles. Cet accord, ainsi que le plan d'Exploitation commune, doivent être approuvés par le Ministre chargé des hydrocarbures, et le cas échéant, par tout établissement ou organisme public dûment mandaté à cet effet.

ARTICLE 81.- Si la nature et la durée de ses travaux l'exigent, le Titulaire d'une Autorisation de Prospection bénéficie des mêmes droits et assume les mêmes obligations que le Titulaire du Contrat Pétrolier pour des travaux similaires, tels qu'ils sont prévus au présent titre, ainsi qu'aux titres VI et VII ci-après.

CHAPITRE II DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

ARTICLE 82.- Le Titulaire doit réaliser les Opérations Pétrolières de telle manière que soit assurée, en toutes circonstances, la conservation des ressources naturelles, notamment celle des gisements d'Hydrocarbures et que soient dûment protégées les caractéristiques essentielles de l'environnement. A ce titre, il doit prendre toutes mesures destinées à préserver la sécurité des personnes et des biens et à protéger l'environnement, les milieux et écosystème naturels.

ARTICLE 83.- (1) le Titulaire dont les Opérations Pétrolières sont susceptibles de porter atteinte à l'environnement, en raison de leur dimension, de leur nature ou de leur incidence sur le milieu naturel, est tenu de réaliser, à ses frais, une étude d'impact environnemental. Cette étude permet d'évaluer les incidences directes ou

indirectes des Opérations Pétrolières sur l'équilibre écologique du périmètre contractuel et de toute autre zone avoisinante, ainsi que sur le cadre et la qualité de vie des populations et des incidences sur l'environnement en général.

(2) l'étude d'impact fait partie des dossiers soumis à enquête publique, lorsqu'une telle procédure est prévue.

(3) les modalités d'application des dispositions du présent article, notamment la liste des Opérations Pétrolières dont la réalisation est soumise à une étude d'impact, le contenu de celle-ci, ainsi que les conditions dans lesquelles elle est rendue publique, font l'objet d'un décret.

CHAPITRE III

DE LA SURVEILLANCE TECHNIQUE ET DU CONTROLE FINANCIER

ARTICLE 84.- Les Opérations Pétrolières sont soumises aux conditions de surveillance, de contrôle et de sécurité prévues au présent Code et dans les textes pris pour son application.

ARTICLE 85.- (1) Le Ministre chargé des hydrocarbures veille à l'application des dispositions du présent Code et des textes pris pour son application, ainsi qu'à l'exécution de leurs obligations par les Titulaires de Contrats Pétroliers. Il prend toutes mesures réglementaires nécessaires et assure, en collaboration avec tout établissement ou organisme public dûment mandaté à cet effet, la surveillance administrative et technique, le suivi économique et comptable, ainsi que le contrôle financier des Opérations Pétrolières.

(2) Les modalités d'exercice de la surveillance administrative et technique, ainsi que du suivi économique et comptable, sont précisées par décret pris en application du présent Code.

ARTICLE 86.- Il est interdit à tout fonctionnaire, agent de l'Administration ou employé d'un organisme public et parapublic d'avoir, dans les Sociétés Pétrolières ou Opérations pétrolières soumises à son contrôle direct ou en relation avec lui, par lui-même ou par personne interposée, ou sous quelque dénomination que ce soit, des intérêts de nature à compromettre ou à restreindre son indépendance.

CHAPITRE IV

DES REGLES DE CONTROLE ET DES DECLARATIONS

ARTICLE 87.- Le Titulaire est tenu de fournir au Ministre chargé des hydrocarbures ou à tout organisme public mandaté à cet effet, les documents, informations, échantillons et rapports périodiques provenant ou résultant des Opérations Pétrolières, conformément aux dispositions du décret d'application du présent Code.

ARTICLE 88.- Tout travail entrepris en violation, dûment constatée, des dispositions du titre V et des textes pris pour l'application du présent Code, et susceptible de causer un préjudice aux intérêts de l'Etat, doit être suspendu sur décision du Ministre chargé des hydrocarbures. Le travail est repris dès que les causes ayant entraîné la suspension sont levées.

TITRE VI

DES DISPOSITIONS FISCALES, DOUANIERES ET DU REGIME DE CHANGE

CHAPITRE I

DES DISPOSITIONS FISCALES

ARTICLE 89.- Les Titulaires de Contrats Pétroliers ainsi que les entreprises qui leur sont associées dans le cadre des protocoles ou accords visés aux articles 7 et 17 ci-dessus, sont assujettis, en raison de leurs activités de Recherche et d'Exploitation sur le Territoire Camerounais, au paiement des impôts, taxes et redevances prévus au présent chapitre, notamment ceux prévus au Code Général des impôts, sous réserve des dispositions dudit chapitre applicables aux Opérations Pétrolières.

ARTICLE 90.- Les demandes d'attribution, de renouvellement, de cession, de transmission ou de renonciation de Contrats Pétroliers et des Autorisations en dérivant, sont soumises au paiement de droits fixes dont les montants et modalités de règlement sont précisés dans la loi de Finances annuelle de la République du Cameroun applicable à la date d'entrée en vigueur du Contrat Pétrolier. Il en est de même des demandes d'attribution ou de renouvellement des Autorisations de Prospection.

ARTICLE 91.- Les Titulaires de Contrats Pétroliers et d'Autorisations en dérivant sont soumis à une redevance superficielle annuelle de la République du Cameroun applicable à la date d'entrée en vigueur du Contrat Pétrolier.

ARTICLE 92.- (1) Les Titulaires de Contrats de Concession visés à l'article 14 du présent Code, s'acquittent mensuellement d'une redevance proportionnelle à la production. Le taux de cette redevance, ainsi que ses règles d'assiette et de recouvrement, qui peuvent être différents pour les hydrocarbures liquides et pour les Hydrocarbures gazeux, sont précisés dans le Contrat de Concession.

(2) La redevance est réglée en nature ou en espèces, conformément aux modalités fixées dans le Contrat Pétrolier.

ARTICLE 93.- (1) Les Titulaires de Contrats Pétroliers ou entreprises visées à l'article 89 sont assujettis, dans les conditions fixées au présent chapitre, à l'impôt sur les sociétés à raison des bénéfices nets qu'ils retirent de l'ensemble de leurs activités de Recherche et d'Exploitation sur le Territoire Camerounais, qu'ils s'y livrent seuls ou en association avec d'autres entreprises.

(2) Chaque Titulaire de Contrat Pétrolier ou entreprise, quelle que soit sa nationalité, tient, par année fiscale, une comptabilité séparée de ses Opérations Pétrolières. Cette comptabilité permet d'établir un compte de production et de résultats, ainsi qu'un bilan faisant ressortir aussi bien les résultats desdites opérations que les éléments d'actif et de passif qui y sont affectés ou s'y rattachent directement.

Les revenus provenant du transport sont imposés séparément conformément aux dispositions de l'article 103 ci-dessous.

(3) Le résultat net impossible visé au premier paragraphe est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de l'exercice, diminué des suppléments d'apports et augmentée des prélèvements effectués au

cours de cet exercice par l'entreprise ou ses associés. L'actif net s'entend de l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions autorisés ou justifiés.

(4) Le montant non apuré du déficit que le Titulaire ou l'entreprise justifie avoir subi au titre des Opérations Pétrolières, est admis en déduction du bénéfice imposable, conformément aux dispositions relatives au délai de report prévu au Code Général des Impôts. Toutefois, le Contrat Pétrolier peut prévoir un délai de report plus étendu pour tenir compte des circonstances particulières susceptibles d'affecter les coûts d'Exploitation.

ARTICLE 94.- Doivent être portés au crédit du compte de production et de résultats visé à l'article 93 ci-dessus.

- la valeur de la production commercialisée par le Titulaire, qui doit être conforme au prix courant du marché international établi suivant les stipulations des Contrats Pétroliers applicables;
- la valeur de la quote-part de la production versée en nature à l'Etat au titre de la redevance proportionnelle à la production en ce qui concerne les Contrats de Concessions, le cas échéant, en application des dispositions de l'article 92 ci-dessus;
- les revenus provenant du stockage, du traitement et du Transport des Hydrocarbures, ainsi que de la vente de substances connexes, s'il y a lieu ;
- les plus - values provenant de la cession ou du transfert d'éléments quelconques de l'actif ;
- tous autres revenus ou produits se rapportant aux Opérations pétrolières ou connexes à celles-ci.

ARTICLE 95.- Le bénéfice net est établi après déduction de toutes les charges supportées pour les besoins des Opérations Pétrolières. Celles-ci comprennent notamment :

a) les frais généraux de toute nature, les dépenses de personnel et les charges y afférentes, les loyers des immeubles, les coûts des fournitures , les coûts des prestations de service fournies aux Titulaires.

Toutefois, pour ces dépenses :

- les coûts du personnel, des fournitures et des prestations de services fournis par des sociétés affiliées aux Titulaires ne doivent pas excéder ceux qui seraient normalement facturés dans des conditions de pleine concurrence entre un acheteur et un vendeur indépendants pour des fournitures ou prestations de services similaires. Seul est déductible, le montant justifiable des rémunérations versées au personnel employé à l'étranger par le Titulaire ou l'une quelconque de ses sociétés affiliées, dans la mesure où ce personnel est affecté aux Opérations Pétrolières conduites par le Titulaire sur le Territoire Camerounais ;

- est également déductible, la fraction raisonnable des dépenses administratives du siège social du Titulaire à l'étranger pouvant être imputée aux Opérations Pétrolières sur le Territoire Camerounais, conformément au Contrat Pétrolier ;

b) les amortissements portés en comptabilité par le Titulaire, dans la limite des taux définis au Contrat Pétrolier, y compris les amortissements qui auraient été différés au cours d'exercices antérieurs déficitaires. L'amortissement commence à la date d'utilisation des biens et se poursuit jusqu'à ce que ces biens soient amortis ;

c) les intérêts des capitaux mis par des tiers à la disposition du Titulaire pour les besoins des Opérations Pétrolières de développement de gisements et de Transport des Hydrocarbures, dans la mesure où ils n'excèdent pas les taux normaux en usage

sur les marchés financiers internationaux pour des prêts de nature similaire. Sont également concernés, les intérêts servis aux associés ou à des sociétés affiliées à raison des sommes qu'ils mettent à la disposition du Titulaire en sus de leur part de capital, à condition que ces sommes soient affectées à la couverture d'une quote-part raisonnable des investissements de développement de gisements d'Hydrocarbures et de Transport de leur production sur le Territoire Camerounais, et que les taux d'intérêt n'excèdent pas ceux mentionnés au paragraphe précédent.

En outre, lorsque les emprunts auprès des tiers sont effectués à l'étranger, ils doivent être préalablement déclarés au Ministre chargé des finances ;

d) les pertes de matériels ou de biens résultant de destructions ou d'avaries, les biens auxquels il est renoncé ou qui sont mis au rebut en cours d'année, les créances irrécouvrables et les indemnités versées aux tiers à titre de dommages ;

e) le montant total de la redevance sur la production acquittée à l'Etat en espèces ou en nature, le cas échéant, en ce qui concerne les Contrats de Concession, en application des dispositions de l'article 92 ci-dessus ;

f) les provisions justifiables constituées pour faire face à des pertes ou charges et que des événements en cours rendent probables, en particulier la provision pour l'abandon des gisements, constituée conformément à la réglementation en vigueur et au Contrat Pétrolier ;

g) sous réserve de stipulations contractuelles contraires, toutes autres pertes ou charges directement liées aux Opérations Pétrolières, à l'exception du montant de l'impôt sur les sociétés visé à l'article 93 ci-dessus.

ARTICLE 96.- (1) Le taux de l'impôt sur les sociétés applicable aux revenus tirés des Opérations de Recherche et d'Exploitation est fixé par le Contrat Pétrolier. Ce taux doit être compris entre le taux de droit commun prévu au Code Général des Impôts et cinquante pour cent (50%).

(2) Les règles d'assiettes et de recouvrement de l'impôt sur les sociétés sont celles que prévoient, en matière d'impôts sur les sociétés, la législation fiscale en vigueur en République du Cameroun, sous réserve des dispositions contraires du présent Code et du Code Général des Impôts.

(3) Le Titulaire d'un Contrat Pétrolier qui effectue des Opérations Pétrolières sur le Territoire Camerounais est autorisé à tenir sa comptabilité en dollars américains et libeller son capital social en cette monnaie. Les modalités de cette tenue sont précisées au Contrat Pétrolier.

(4) Le Contrat Pétrolier peut prévoir les règles comptables spécifiques aux Opérations Pétrolières, en particulier de recouvrement de l'impôt sur les sociétés

Article 97.- Le Contrat Pétrolier peut prévoir une prime dénommée « bonus de signature » que son Titulaire s'oblige à verser à l'Etat pour la conclusion de son Contrat Pétrolier, ainsi qu'une prime dénommée « bonus de production » que le Titulaire a l'obligation de verser à l'Etat en fonction des quantités d'Hydrocarbures produites.

Article 98.- Le Titulaire du Contrat de Concession visé à l'article 14 ci-dessus, peut être assujéti à un prélèvement pétrolier additionnel calculé sur les bénéfices tirés des Opérations Pétrolières, dont les modalités sont fixées, le cas échéant, dans le Contrat.

Article 99.- (1) A l'exception de l'impôt sur les sociétés visé à l'article 93 ci-dessus et, le cas échéant, de la redevance à la production, du prélèvement pétrolier additionnel et des autres taxes mentionnés aux articles 90, 91, 92, 97 et 98 ci-dessus, le Titulaire du Contrat Pétrolier est exonéré :

- de tout impôt ou taxe après impôt sur les bénéfices et les dividendes versés aux actionnaires du Titulaire ;
- de tout impôt direct frappant les résultats de ses Opérations Pétrolières a au profit de l'Etat, des collectivités territoriales décentralisées et de toute personne morale de droit public à raison de ses activités visées à l'article 93 ci-dessus ;
- de tous droits et taxes à l'exportation à raison de ses activités visées à l'article 93 ci-dessus.

(2) Les fournitures de biens et prestations de services de toutes espèces, y compris les études, qui se rapportent directement à l'exécution des Opérations Pétrolières, sont exonérées de taxes sur le chiffre d'affaires, sur la valeur ajoutée et de toutes taxes assimilées.

(3) Une liste des fournitures de biens et prestations de services pouvant bénéficier de ces exonérations est établi par le Ministre chargé des Finances, après avis du Ministre chargé des Hydrocarbures. Cette liste fait l'objet d'une révision périodique pour tenir compte de l'évolution de la technologie, et ce en accord avec les institutions et organismes publics compétents.

(4) Pour la conduite des Opérations Pétrolières de Recherche et de Développement, les Titulaires et leurs sous-traitants sont exonérés du paiement de la taxe spéciale sur les revenus instituée par la loi n°79/01 du 29 juin 1979 portant loi de finances de la République Unie du Cameroun pour l'exercice 1979/1980 et ses modificatifs subséquents. Cette exonération porte sur l'assistance, la location d'équipement, du matériel et sur toutes prestations de services rendues à un Titulaire par ses sous-traitants au titre des Opérations Pétrolières, à condition que ces derniers :

- ne disposent pas d'un établissement stable au Cameroun ;
- fournissent à prix coûtant, pour le compte des Titulaires, des prestations de services ou biens au titre des Opérations Pétrolières.

(5) Pour toute Autorisation d'Exploitation, les Titulaires perdent l'exonération susvisée à compter de la fin de la phase de développement.

(6) Le Titulaire est redevable, dans les conditions de droit commun, des droits d'enregistrement, de timbre, de péage, de publicité foncière et de la taxe sur les véhicules à moteur, à l'exception des droits d'enregistrement relatifs aux prêts, cautionnements et contrats liés directement aux Opérations Pétrolières.

ARTICLE 100.- Le Titulaire demeure soumis à toutes les obligations d'assiette et de paiement relatives aux impôts et taxes prélevés à la source pour le compte du Trésor Public, notamment en matière d'impôts sur les salaires, les bénéfices, les revenus, et d'impôts fonciers, à l'exception de tous impôt et taxe sur les intérêts payés à des prêteurs non résidents pour les fonds concernant les investissements de développement.

ARTICLE 101.- Le Titulaire dépose auprès du Ministre chargé des finances tous les documents et déclarations prévus par la réglementation de droit commun, même si ceux-ci sont afférents à des opérations exonérées de tous droits ou taxes en application du présent Code.

ARTICLE 102.- Le Titulaire demeure assujetti aux taxes ou redevances perçues en contrepartie de services rendus, et d'une manière générale, à tous prélèvements autres que ceux à caractère fiscal.

ARTICLE 103.- le régime fiscal applicable aux activités de Transport des Hydrocarbures fait l'objet d'un texte particulier.

CHAPITRE II DES DISPOSITIONS DOUANIERES

ARTICLE 104.- Sous réserve des dispositions particulières des articles 105 à 109 ci-dessous applicables aux Opérations Pétrolières, les Titulaires et leurs sous-traitants sont soumis aux dispositions du Code des Douanes.

ARTICLE 105.- (1) Les Titulaires et leurs sous-traitants peuvent importer en République du Cameroun, sous réserve des dispositions de l'article 76 ci-dessus, les matériaux, machines et équipements nécessaires à la réalisation des Opérations pétrolières.

(2) Sont admis en franchise de tous droits et taxes d'entrée, y compris tout impôt sur le chiffre d'affaire et la redevance informatique, les produits et matériels destinés:

a) aux Opérations Pétrolières de Prospection et de Recherche mentionnés en annexe de l'acte 2/92-UDEAC- 556-CD-SE1 du 30 Avril 1992 et ses textes modificatifs subséquents notamment, l'Acte 2/98-UDEAC –1508-

CD-61 DU 21 JUILLET 1998.

b) aux Opérations Pétrolières qui interviennent dans des Zones d'Opérations Pétrolières Particulières, notamment pour l'exploitation du gaz naturel.

ARTICLE 106.- (1) Les produits et matériels directement liés aux Opérations Pétrolières autres que celles visées à l'article 105 ci-dessus, bénéficient d'un taux préférentiel des droits et taxes égal à 5% pendant les cinq premières années qui suivent l'octroi d'une Autorisation d'Exploitation ou le renouvellement de celle –ci. Ce régime préférentiel qui s'étend aux parties et pièces détachées destinées aux machines et équipements nécessaires aux Opérations Pétrolières, s'applique également pendant les deux années que dure l'Autorisation Provisoire d'Exploiter. Au-delà de la période de cinq (5) ans visée au premier paragraphe du présent alinéa, les importations des produits et matériels relatives aux Opérations Pétrolières sont soumises au régime de droit commun. Pour l'application de cette disposition, une liste de matériels, de matériaux machines et équipements pouvant bénéficier du régime préférentiel est établi par le Ministre chargé des finances, après avis du ministre chargé des hydrocarbures; cette liste fait l'objet d'une révision périodique pour tenir compte de l'évolution technique.

(2) Les autres catégories de produits et matériels importés qui ne sont pas directement liés aux Opérations Pétrolières supportent les droits et taxes de douanes inscrits au tarif extérieur commun.

ARTICLE 107.- Les importations et les exportations sont assujetties à toutes les formalités requises par l'Administration des Douanes. Toutefois, le Ministre chargé des Finances peut, en tant que de besoin et après consultation des intéressés,

prendre certaines mesures particulières tendant à accélérer les procédures de leur dédouanement.

ARTICLE 108.- (1) Les Titulaires des Contrats Pétroliers sont soumis au paiement de la redevance informatique lors de leurs importations, au taux de zéro virgule cinq pour cent (0,5 %), sous réserve, le cas échéant, des exceptions prévues au présent chapitre.

(2) Les sous-traitants bénéficient des avantages énumérés au présent article, sous réserve du visa de leurs importations par le Titulaire.

ARTICLE 109.- Les Titulaires peuvent exporter en exonération de tous droits et taxes de sortie, la fraction des Hydrocarbures leur revenant au titre de leurs Contrats Pétroliers.

CHAPITRE III DU REGIME DE CHANGE

ARTICLE 110.- (1) Les Titulaires de Contrats Pétroliers sont soumis au régime de change de la République du Cameroun, sous réserve des dispositions du présent chapitre applicables aux Opérations Pétrolières.

(2) Pendant la durée de la validité de leurs Contrats Pétroliers et sous réserve du respect des obligations qui leur incombent, notamment en matière de régime de change et de législation fiscale, les Titulaires bénéficient des conditions suivantes:

- le droit d'ouvrir en République du Cameroun et à l'étranger des comptes en monnaie locale et en devises et d'y effectuer des opérations ;
- le droit d'encaisser et de conserver librement à l'étranger les fonds acquis ou empruntés à l'étranger, y compris les recettes provenant des ventes de leur quote-part de production, et d'en disposer librement, dans la limite des montants excédant leurs obligations fiscales et leurs besoins locaux pour les Opérations Pétrolières sur le Territoire Camerounais ;
- le droit de transférer et de conserver librement à l'étranger les recettes des ventes des Hydrocarbures les dividendes et produits de toute nature des capitaux investis, ainsi que les produits de la liquidation ou de la réalisation de leurs avoirs;
- le droit de payer directement à l'étranger les fournisseurs non-résidents de biens et de services nécessaires à la conduite des Opérations Pétrolières.

(3) Sont garantis au personnel expatrié employé par le Titulaire résidant en République du Cameroun, la libre conversion et le libre transfert dans leur pays d'origine de tout ou partie des sommes qui leur sont dues, sous réserve d'avoir acquitté les impôts et cotisations diverses qui leur sont applicables, conformément à la réglementation en vigueur.

(4) Le Contrat Pétrolier peut stipuler que les sous-traitants de nationalité étrangère du Titulaire et leurs employés expatriés sont bénéficiaires des mêmes garanties.

(5) Le Titulaire est tenu de transmettre périodiquement au gouvernement toutes les informations relatives aux mouvements de fonds opérés entre la République du Cameroun et l'étranger, aux encaissements et décaissements effectués à partir des comptes ouverts à l'étranger et liées aux Opérations Pétrolières que le gouvernement estime nécessaires pour tenir à jour les comptes de la nation en matière de balance commerciale et de balance de paiement.

ARTICLE 111.- Le Ministre chargé des Hydrocarbures ou tout autre organisme public dûment mandaté à cet effet dispose d'un droit d'audit sur la comptabilité du Titulaire, dans les conditions et selon les modalités fixées a Contrat Pétrolier.

ARTICLE 112.- Les modalités d'application du présent Titre sont fixées, en tant que de besoin, par décret.

TITRE VII DE LA SENSIBILISATION, DU REGIMENT DES DIFFERENDS ET DU RETRAIT DES AUTORISATIONS

ARTICLE 113.- Les Titulaires de Contrats Pétroliers et d'Autorisations sont soumis aux lois et règlements de la République du Cameroun.

ARTICLE 114.- Le Contrat Pétrolier peut prévoir des régimes particuliers en matière de force majeure et de stabilité des conditions économiques et fiscales, notamment en cas d'aggravation des conditions de son exécution résultant de l'intervention en République du Cameroun, d'une législation ou d'une réglementation postérieure à sa date d'entrée en vigueur.

ARTICLE 115.- (1) Toutes les violations aux dispositions du présent Code et textes pris pour son application relèvent des tribunaux camerounais.

(2) Toutefois, sous réserve des dispositions réglementaires en vigueur relatives à la résolution des différends de nature technique, le Contrat Pétrolier peut comporter une clause prévoyant une procédure de conciliation et d'arbitrage en vue du règlement de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application dudit Contrat, qui pourrait survenir entre l'Etat et le Titulaire.

ARTICLE 116.- (1) Au cas où le Titulaire d'une Autorisation ou d'un Contrat Pétrolier commet des violations graves des dispositions du présent Code ou des textes pris pour application, de l'Autorisation ou du Contrat Pétrolier, ou s'il se trouve en situation de faillite, de règlement judiciaire ou de liquidation de biens, le Ministre chargé des hydrocarbures adresse audit Titulaire une mise en demeure de remédier, dans les délais prescrits, aux manquements constatés.

(2) Si à l'expiration du délai imparti la mise en demeure n'est pas suivie d'effet, le Ministre chargé des hydrocarbures prononce par arrêt, le retrait de l'Autorisation et /ou la déchéance du Contrat Pétrolier concernés.

Article 117.- Le retrait de l'Autorisation ou la déchéance du Contrat Pétrolier ne décharge pas son Titulaire des obligations tant contractuelles qu'à l'égard des tiers qui lui restent à accomplir au titre des Opérations Pétrolières en vertu de son Autorisation ou de son Contrat Pétrolier.

TITRE VIII

DES DISPOSITIONS DIVERSES TRANSITOIRES ET FINALES

Article 118.- (1) La présente loi est applicable aux Contrats Pétroliers qui seront signés à compter de la date promulgation.

(2) Les conventions d'établissement et contrats d'association conclus entre l'Etat et les sociétés pétrolières avant la date de promulgation du présent code ainsi que les Titres Miniers et les autorisations y afférents, restent valables pour la durée pour laquelle ils ont été conclu ou délivrés. Les Titulaires conservent la faculté d'octroi et de renouvellement d'autorisations de recherche ou d'exploitation au titre desdits contrats.

(3) Les Titulaires de conventions d'établissement et de contrats d'association en vigueur à la date de promulgation du présent Code, restent soumis aux stipulations contenues dans lesdits conventions et contrats, telles qu'elles peuvent être modifiées ultérieurement par les parties pendant toute la durée de validité desdits conventions et contrats.

(4) Tout Titulaire visé à l'alinéa précédent désirant se prévaloir d'une clause de sa convention d'établissement pour demander l'application d'une disposition particulière du présent Code en vue d'améliorer l'équilibre économique des accords qui le lient à l'Etat, est tenu d'accepter la renégociation desdits accords dans le cadre du présent Code et des textes réglementaires pris pour son application.

ARTICLE 119.- Tout établissement ou organisme public dûment mandaté pour effectuer des Opérations Pétrolières pour le compte de l'Etat ou pour son propre compte bénéficie, ainsi que ses sous-traitants, des mêmes droits et obligations que le Titulaire et ses sous-traitants, notamment en ce qui concerne les dispositions fiscales, douanières et de régime de change prévues dans le présent Code et dans les textes pris pour son application.

ARTICLE 120.- (1) Pour celles de ses dispositions relatives à l'assiette, au taux et au mode de recouvrement des droits fixes et des redevances superficielles concernant uniquement les Hydrocarbures au sens du présent Code, les dispositions dans la loi n° 78-24 du 29 décembre 1978 y relatives demeurent applicables jusqu'à l'insertion desdites dispositions dans la loi de Finances tel que prévu aux articles 90 et 91 ci-dessus.

(2) Pour les autorisations accordées entre la date de promulgation du présent Code et celle de la promulgation de la loi de Finances visée aux articles 90 et 91 ci-dessus, ainsi que pour les Contrats Pétroliers signés entre ces deux dates, l'assiette, le taux et le mode de recouvrement des droits fixes et des redevances superficielles sont ceux prévus par la loi n° 78-24 du 29 décembre 1978 fixant l'assiette, le taux et le mode de recouvrement des droits fixes, redevances et taxes minières.

(3) pour l'application des dispositions de l'alinéa (2) précédent, l'assiette, le taux et le mode de recouvrement des droits fixes et des redevances superficielles sont :

- pour l'autorisation exclusive de recherche, ceux fixés pour le permis de recherches;
- pour l'autorisation exclusive d'exploitation, ceux fixés pour la concession.

Article 121.- Les dispositions de l'ordonnance n° 90-007 du 8 novembre 1990 portant Code des Investissements du Cameroun ou de tout texte ultérieur s'y substituant, ne s'appliquent pas aux Titulaires des Contrats Pétroliers et aux Opérations Pétrolières réalisées en exécution du présent Code.

ARTICLE 122.- Sont abrogées, toutes les dispositions antérieures contraires et notamment :

- La loi n° 64-LF-3 du 06 avril 1964 portant régime des substances minérales telles que complétée par la loi n° 78/14 du 29 décembre 1978 et de son décret d'application n° 64-DF-163 du 26 mai 1964, uniquement en ce qui concerne les Hydrocarbures au sens du présent Code ;
- La loi n° 64 LF-4 du 06 avril 1964 fixant l'assiette, les taux et mode de recouvrement des droits fixes, redevances et taxes minières telles que complétée et amendée par la loi n° 68-LF-13 du 18 novembre 1968, uniquement en ce qui concerne les Hydrocarbures au sens du présent Code ;
- La loi n° 82-20 du 26 novembre 1982 fixant les obligations particulières aux sociétés pétrolières, telle que complétée et amendée par la loi n° 89-15 du 28 juillet 1989 ;
- La loi n° 89/006 du 28 juillet 1989 autorisant le Président de la République à modifier par ordonnances, certaines dispositions législatives applicables aux activités d'exploration et de production des sociétés pétrolières, ainsi que certaines dispositions des conventions d'établissement conclues entre la République du Cameroun et certaines sociétés pétrolières ;
- La loi n° 90/018 du 10 août 1990 autorisant le Gouvernement à conclure des Conventions d'Etablissement avec les Sociétés Pétrolières bénéficiaires de titres miniers d'exploration sur les bassins sédimentaires autres que le Rio del Rey ;
- La loi n° 91/108 du 12 décembre 1991 relative aux mesures particulières d'incitation en vue de la promotion des activités de recherche et de production des hydrocarbures dans le bassin de Douala ;
- La loi n° 95/13 du 08 août 1995 fixant les mesures particulières pour la promotion des activités de production des hydrocarbures liquides des champs marginaux dans le domaine minier national;
- La loi n° 98/003 du 14 avril 1998 relative aux mesures fiscales particulières en matière de recherche des hydrocarbures sur le domaine minier national.

ARTICLE 123.- Les conditions d'exercice des activités de raffinage, de stockage et de distribution des produits pétroliers sont fixées par voie réglementaire.

ARTICLE 124.- Les modalités d'application du présent Code sont fixées par voie réglementaire

ARTICLE 125.- La présente loi sera enregistrée, publiée suivant la procédure d'urgence, puis insérée au Journal Officiel en Français et en anglais.

Annexe 5 : Code pétrolier de la République de Côte d'Ivoire

Source : <http://www.droit-afrique.com>

REPUBLIQUE DE COTE D'IVOIRE

Union - Discipline - Travail

CODE PETROLIER

{Nouveau Texte (Version du 31 Mai 1996)} Prenant en compte toutes les observations faites en Conseil de Gouvernement et retenues par celui-ci

SOMMAIRE

Titre Page

Ier DISPOSITIONS GENERALES

Chapitre 1er Définitions

Chapitre 2 Dispositions préliminaires

II DE L'AUTORISATION DE RECONNAISSANCE D'HYDROCARBURES

III DU CONTRAT PETROLIER DE RECHERCHE ET D'EXPLOITATION D'HYDROCARBURES

Chapitre 1er Des différents types de contrats pétroliers

Chapitre 2 Des dispositions communes aux contrats pétroliers

IV DE L'AUTORISATION DE RECHERCHE ET DE L'AUTORISATION D'EXPLOITATION D'HYDROCARBURES

Chapitre 1er Des types d'autorisation de recherche et d'exploitation des hydrocarbures

Chapitre 2 De l'autorisation de recherche d'hydrocarbures

Chapitre 3 De l'autorisation d'exploitation d'hydrocarbures

Chapitre 4 Des dispositions communes aux autorisations de recherche et aux autorisations d'exploitation d'hydrocarbures

V DE L'AUTORISATION DE TRANSPORT D'HYDROCARBURES PAR CANALISATIONS

VI DES OBLIGATIONS ET DES DROITS ANNEXES AUX OPERATIONS PETROLIÈRES

Chapitre 1er De l'exercice des opérations pétrolières

Chapitre 2 De l'occupation des terrains et des relations avec les propriétaires du sol et les tiers

Chapitre 3 De la surveillance administrative et technique et du contrôle financier

VII DES DISPOSITIONS FISCALES, DOUANIERES ET DE LA REGLEMENTATION DES CHANGES

Chapitre 1er Des dispositions fiscales

Chapitre 2 Des dispositions douanières

Chapitre 3 De la réglementation des changes

VIII DE LA LOI, DU CONTENTIEUX, DES INFRACTIONS ET DES PENALITES

IX DISPOSITIONS DIVERSES ET TRANSITOIRES

TITRE PREMIER

DISPOSITIONS GENERALES

CHAPITRE PREMIER

DEFINITIONS

Article 1er

Aux fins de la présente loi, on entend par :

- a) «**contrat de concession**», le contrat pétrolier attaché à un permis de recherche d'hydrocarbures et, s'il y a lieu, à une ou des concessions d'exploitation, ainsi qu'il est précisé à l'article 14 de la présente loi ;
- b) «**contrat de partage de production**», le contrat pétrolier par lequel le titulaire reçoit une rémunération en nature en disposant d'une part de la production, ainsi qu'il est précisé à l'article 15 de la présente loi ;
- c) «**contrat pétrolier**», tout contrat conclu par l'Etat avec une ou des sociétés pétrolières pour effectuer à titre exclusif la recherche et l'exploitation des hydrocarbures à l'intérieur d'un périmètre défini ; un contrat pétrolier peut être un contrat de concession, un contrat de partage de production ou tout autre type de contrat autorisé par la présente loi ;
- d) «**exploitation**», les activités destinées à extraire les hydrocarbures à des fins commerciales, notamment les activités de développement, de production et d'abandon des gisements d'hydrocarbures ;
- e) «**hydrocarbures**», tous les hydrocarbures liquides ou gazeux existant à l'état naturel, autrement dénommés pétrole brut ou gaz naturel selon le cas, ainsi que tous les produits de substances connexes extraits en association avec lesdits hydrocarbures, et les hydrocarbures solides, y compris les schistes bitumineux ;
- f) «**opérations pétrolières**», toutes les activités de reconnaissance, de recherche, d'exploitation, de transport et de commercialisation d'hydrocarbures, y compris leur stockage et traitement, notamment le traitement du gaz naturel, mais à l'exclusion des activités de raffinage et de distribution des produits pétroliers ;
- g) «**recherche**», également dénommée «**exploration**», les activités de reconnaissance détaillée ainsi que les forages de recherche destinés à découvrir des gisements d'hydrocarbures économiquement exploitables, y compris les activités d'évaluation et de délimitation d'une découverte d'hydrocarbures présumée commerciale ;
- h) «**reconnaissance**», les activités préliminaires de reconnaissance et de détection d'indices d'existence d'hydrocarbures, notamment par l'utilisation de méthodes géologiques, géochimiques ou géophysiques, à l'exclusion des forages dépassant une profondeur de trois cents mètres sauf dispositions contraires de l'autorisation de reconnaissance ;
- i) «**société pétrolière**», toute personne morale justifiant des capacités techniques, financières et juridiques nécessaires pour mener à bien les opérations pétrolières ;
- j) «**titre minier d'hydrocarbures**», le permis de recherche ou la concession d'exploitation d'hydrocarbures attachés à un contrat de concession ;
- k) «**transport**», les activités de transport par canalisations des hydrocarbures extraits jusqu'aux points de chargement, ou de grosse consommation en République de Côte

d'Ivoire, hormis les réseaux de collecte et de desserte sur les gisements ; l'utilisation d'autres moyens de transport peut être prévue dans les textes d'application de la présente loi ;

l) «**zones marines profondes**», la partie de la zone économique exclusive et du plateau continental de la République de Côte d'Ivoire définie comme telle dans les textes d'application de la présente loi.

CHAPITRE 2 DISPOSITIONS PRELIMINAIRES

Article 2

Tous les gisements ou accumulations naturelles d'hydrocarbures dans le sol ou le sous-sol du territoire de la République, sa mer territoriale, sa zone économique exclusive et son plateau continental, découverts ou non découverts, sont et demeurent la propriété exclusive de l'Etat.

Article 3

Toutes les opérations pétrolières sur le territoire de la République de la Cote d'Ivoire, sa mer territoriale, sa zone économique exclusive et son plateau continental ainsi que le régime fiscal de ces activités sont soumis aux dispositions de la présente loi et de ses textes d'application.

Article 4

L'Etat exerce sur l'ensemble du territoire de la République de Côte d'Ivoire, sa mer territoriale, sa zone économique exclusive et son plateau continental des droits souverains aux fins des opérations pétrolières. Nul ne peut entreprendre des opérations, même le propriétaire de la surface, s'il n'y a pas été préalablement autorisé conformément aux dispositions de la présente loi.

Article 5

L'Etat peut entreprendre directement des opérations pétrolières, soit en les réalisant lui-même, soit en les faisant réaliser pour son compte par des personnes morales ivoiriennes de droit public. L'Etat peut également autoriser des personnes morales de nationalité ivoirienne ou de nationalité étrangère à réaliser des opérations pétrolières en exécution d'un contrat pétrolier conclu par ces personnes avec l'Etat, conformément aux dispositions de la présente loi. S'il y a lieu, l'Etat peut également accorder des autorisations de reconnaissance d'hydrocarbures dont les fins sont uniquement d'information technique.

Article 6

L'Etat se réserve le droit de prendre directement ou de faire prendre par une société d'Etat mandatée à cet effet une participation sous quelque forme juridique que ce soit dans les opérations pétrolières objet d'un contrat pétrolier, selon les conditions et modalités prévues dans ledit contrat pétrolier.

Article 7

Sous réserve des droits acquis, le gouvernement décide des zones ouvertes à la reconnaissance, à la recherche à l'exploitation, qui seront découpées en «blocs», sur lesquels peuvent être conclus des contrats pétroliers ou, le cas échéant, octroyées des autorisations de reconnaissance. Le gouvernement juge discrétionnairement des

demandes ou offres de contrats pétroliers et d'autorisations. Le refus total ou partiel n'ouvre au demandeur aucun droit de recours ou à une quelconque indemnité de la part de l'Etat. En cas de demandes ou offres concurrentes, sous réserve, le cas échéant, des droits antérieurs, aucune priorité ne peut être invoquée.

Les informations que doivent contenir les demandes de contrats pétroliers et d'autorisations ainsi que leurs modalités d'attribution, de renouvellement, de cession ou de transmission sont établies par décret.

Article 8

Un contrat pétrolier et les autorisations et, s'il y a lieu, les titres miniers d'hydrocarbures en dérivant, ainsi qu'une autorisation de reconnaissance, ne peuvent être attribués qu'à une société commerciale ou, conjointement, à plusieurs sociétés commerciales, de droit ivoirien ou étranger. Ces sociétés, lorsqu'elles sont de droit étranger, doivent justifier pendant toute la durée du contrat pétrolier d'un établissement stable en République de Côte d'Ivoire inscrit au registre du commerce, qui peut être une société de droit ivoirien ou une succursale. Nul ne peut être titulaire d'un contrat pétrolier, des autorisations ou des titres miniers d'hydrocarbures y afférents, ni d'une autorisation de reconnaissance, s'il ne justifie des capacités techniques, financières et juridiques nécessaires pour mener à bien les opérations pétrolières pour lesquelles il demande à être autorisé. Plusieurs sociétés pétrolières peuvent s'associer en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat pétrolier ainsi que la détention des autorisations ou titres miniers y afférents, à titre exceptionnel, une société pétrolière peut également s'associer à une société non pétrolière dans les conditions fixées par décret. Tous protocoles, contrats ou conventions relatifs à l'association, y compris à la désignation de la société pétrolière agissant en qualité d'opérateur chargé de la conduite des opérations pétrolières qui est tenue de justifier d'une expérience passée satisfaisante en tant qu'opérateur dans des zones et conditions similaires, doivent être déclarés au gouvernement et sont soumis à approbation préalable dans les conditions fixées aux articles 31, 34, et 38 ci-dessous. Une même société pétrolière peut être titulaire de plusieurs contrats pétroliers ou autorisations de reconnaissance. Les activités de reconnaissance, de recherche, d'exploitation et de transport d'hydrocarbures sont considérées comme des actes de commerce.

Article 9

Aucun fonctionnaire de l'Etat ne peut détenir un intérêt direct ou indirect dans les opérations pétrolières, ni être titulaire ou bénéficiaire d'un contrat pétrolier ou autorisation.

Article 10

La validité d'un contrat pétrolier sur un périmètre donné n'interdit pas l'octroi à une autre personne, en vertu du code minier, sur tout ou partie de ce périmètre de titres miniers pour la recherche et l'exploitation de substances minérales autres que les hydrocarbures. De même, la validité de tels titres miniers pour des substances minérales autres que les hydrocarbures ne fait pas obstacle à la conclusion d'un contrat pétrolier ou d'une autorisation de reconnaissance sur tout ou partie du périmètre concerné. Dans de tels cas de superposition de droits sur une même surface pour des substances minérales différentes, l'activité du titulaire de droits les plus récents devra être conduite de manière à ne pas causer de préjudice à l'activité du titulaire le plus ancien.

TITRE II DE L'AUTORISATION DE RECONNAISSANCE D'HYDROCARBURES

Article 11

Une autorisation de reconnaissance d'hydrocarbures portant sur des surfaces non couvertes par un contrat pétrolier peut être accordée par un acte du gouvernement qui en énonce les conditions. L'autorisation de reconnaissance est accordée pour une durée d'un an au plus et peut être renouvelée une seule fois pour une durée d'un an au plus. Elle ne constitue pas un titre minier et n'est ni cessible, ni transmissible. Les conditions d'obtention et de renouvellement de l'autorisation de reconnaissance d'hydrocarbures sont fixées par décret.

Article 12

L'autorisation de reconnaissance confère à son titulaire, dans les limites de son périmètre, le droit non exclusif d'exécuter des travaux de reconnaissance d'hydrocarbures. Elle ne confère à son titulaire aucun droit à la conclusion d'un contrat pétrolier, sous réserve le cas échéant de l'avantage particulier prévu au dernier alinéa du présent article, ou à la disposition des produits extraits en cas de découverte d'hydrocarbures à l'occasion des travaux de reconnaissance. Les résultats des travaux de reconnaissance sont communiqués au gouvernement, dans les conditions énoncées par la décision. L'Etat peut à tout moment conclure un contrat pétrolier sur tout ou partie du périmètre objet d'une autorisation de reconnaissance, laquelle devient caduque de plein droit pour la surface concernée, sans que ceci ouvre à son titulaire le droit à aucune indemnité. Toutefois, si des circonstances exceptionnelles le justifient, notamment pour les zones marines profondes, l'autorisation de reconnaissance peut prévoir, pendant sa durée de validité, en faveur de son titulaire, soit un droit de préférence, à conditions équivalentes, en cas de conclusion éventuelle d'un contrat pétrolier sur tout ou partie du même périmètre, soit une exclusivité de durée limitée pour conclure un contrat pétrolier sur tout ou partie du périmètre.

TITRE III DU CONTRAT PETROLIER DE RECHERCHE ET D'EXPLOITATION D'HYDROCARBURES

CHAPITRE PREMIER DES DIFFERENTS TYPES DE CONTRATS PETROLIERS

Article 13

L'Etat peut conclure des contrats pétroliers pour la recherche et l'exploitation d'hydrocarbures qui peuvent être :

a) des contrats de concession attachés à l'octroi de titres miniers d'hydrocarbures constitués par des permis de recherche et les concessions d'exploitation ;

- b) des contrats de partage de production ;
- c) ou d'autres types de contrats s'il y a lieu, notamment les contrats de services risques.

Article 14

Le contrat de concession est conclu préalablement à l'octroi d'un permis de recherche d'hydrocarbures ; il fixe les droits et obligations de l'Etat et du titulaire pendant la période de validité du permis de recherche et, en cas de découverte d'un gisement d'hydrocarbures commercialement exploitable, pendant la période de validité de la concession d'exploitation. Le titulaire du contrat de concession assume à ses propres risques le financement des opérations pétrolières et dispose, conformément au contrat, des hydrocarbures extraits pendant la période de validité du contrat.

Article 15

Le contrat de partage de production est celui par lequel l'Etat contracte les services d'une société pétrolière en vue d'effectuer pour son compte et de façon exclusive, à l'intérieur d'un périmètre défini, les activités de recherche, et en cas de découverte d'un gisement d'hydrocarbures commercialement exploitable, d'exploitation. Le titulaire assume, en outre, à ses propres risques, le financement de ces opérations.

Les opérations pétrolières d'un contrat de partage de production, selon leur nature, font l'objet d'une autorisation exclusive soit d'exploration, (et, en cas de découverte, d'évaluation), soit d'exploitation couvrant l'exploitation d'un gisement d'hydrocarbures commercialement exploitable. En cas de production d'hydrocarbures, celle-ci est partagée entre l'Etat et le titulaire conformément au contrat de partage de production, le titulaire recevant ainsi une part de production aux fins de le rembourser de ses coûts et de le rémunérer en nature selon les modalités suivantes :

- a) une part de la production totale d'hydrocarbures est affectée au remboursement des coûts pétroliers effectivement supportés par le titulaire au titre du contrat pour la réalisation des opérations pétrolières. Cette part de production, couramment appelée dans l'industrie « cost oil », ne peut être supérieure au pourcentage de la production fixé dans le contrat, lequel définit les coûts pétroliers récupérables ainsi que les conditions et modalités de leur récupération par prélèvement sur la production ;
- b) le solde de la production total d'hydrocarbures, après déduction de la part prélevée au titre de l'alinéa a) ci-dessus, couramment appelé dans l'industrie « profit oil », est partagé entre l'Etat et le titulaire, selon modalités de partage fixées dans le contrat, lequel précise si le partage est effectué avant ou après impôt sur les bénéfices industriel et commerciaux. Le contrat pétrolier est dénommé « contrat de services à risques » lorsqu'il prévoit que le remboursement des coûts pétroliers et le versement de la rémunération du titulaire sont effectués en espèces.

Article 16

Les règles de partage de la production visées aux alinéas a) et b) de l'article 15 ci-dessus peuvent être différentes pour les hydrocarbures liquides et les hydrocarbures gazeux, en vue de promouvoir l'exploitation des gisements de gaz naturel notamment non associé. En outre, pour encourager les opérations pétrolières dans les zones marines profondes, le contrat de partage de production prévoit des règles de remboursement des coûts pétroliers et de rémunération du titulaire qui prendront en compte, directement ou indirectement, l'incidence de la profondeur d'eau des gisements concernés. Il peut également prévoir pour ces zones marines profondes la possibilité d'inclure dans les coûts pétroliers récupérables au titre de l'alinéa a) de

l'article 15 ci-dessus un montant supplémentaire égal à une fraction des investissements de développement appelé « crédit d'investissement en mer profonde », qui est défini dans le contrat.

CHAPITRE 2 DES DISPOSITIONS COMMUNES AUX CONTRATS PETROLIERS

Article 17

Un contrat pétrolier est négocié, sous l'autorité du Président de la République, pour le compte de l'Etat, par le gouvernement. Il est signé par le Président de la République ou ses représentants, mandatés par décret. A défaut de stipulation contraire, le contrat pétrolier entre en vigueur dès sa signature par les parties.

Article 18

Le contrat pétrolier doit notamment fixer :

- a) Le périmètre de l'autorisation, de recherche ;
- b) La durée du contrat et des différentes périodes de validité de l'autorisation de recherche, des autorisations d'évaluation, et des autorisations d'exploitation, ainsi que les conditions de leur renouvellement et prorogation, y compris en matière de rendus de surface ;
- c) Les engagements de travaux ou d'investissement pour chacune des périodes de validité de l'autorisation de recherche ;
- d) Les conditions d'établissement des programmes de travaux et budgets, le contrôle de leur exécution, la fourniture au ministère chargé des hydrocarbures des rapports, données et informations relatifs aux opérations pétrolières ;
- e) Les droits et obligations réciproques des parties contractantes ;
- f) Les obligations concernant une découverte commerciale et le développement d'un gisement commercial ainsi que les modalités d'octroi d'une autorisation d'exploitation, le régime des biens, meubles et immeubles, nécessaires à la réalisation des opérations pétrolières, y compris les conditions de leur dévolution à l'Etat à la fin du contrat ;
- g) Les droits et obligations du titulaire en matière de transport d'hydrocarbures extraits ;
- h) Les règles de propriété de la production et de sa répartition entre les parties contractantes ainsi que les modalités de détermination du prix des hydrocarbures extraits ;
- i) Le cas échéant, les modalités de la participation de l'Etat ou d'une société d'Etat, ainsi que les règles de l'association avec le titulaire ;
- j) Les clauses fiscales, douanières et financières, ainsi que les règles comptables spécifiques des opérations pétrolières, y compris de tenue éventuelle des livres et registres en devises étrangères ;
- k) Les conditions de résiliation du contrat et de retrait ou d'annulation des autorisations dans les diverses éventualités ;
- l) Les obligations à remplir en matière d'emploi et de formation du personnel ivoirien ;
- m) Les conditions juridiques concernant la loi applicable, la stabilité des conditions, les cas de force majeure et le règlement des différends ;
- n) Les conditions de cession et de transfert du contrat et des autorisations en dérivant. Lorsque les circonstances le justifient, l'objet d'un contrat pétrolier peut être limité à l'exploitation d'un ou de plusieurs gisements d'hydrocarbures déjà découverts et délimités, sans être lié à l'octroi d'une autorisation recherche.

Article 19

Les cessions ou transferts, en tout ou en partie, d'un contrat pétrolier à toute société pétrolière sont soumis à approbation préalable, dans les conditions prévues à l'article 38 ci-dessous.

TITRE IV DE L'AUTORISATION DE RECHERCHE ET DE L'AUTORISATION D'EXPLOITATION D'HYDROCARBURES

CHAPITRE PREMIER DES DIFFERENTS TYPES D'AUTORISATIONS DE RECHERCHE ET D'EXPLOITATION D'HYDROCARBURES

Article 20

L'autorisation attachée à un contrat pétrolier est constitué, en ce qui concerne respectivement la recherche et l'exploitation des hydrocarbures :

- a) de l'autorisation de recherche d'hydrocarbure, qui peut être soit un permis de recherche d'hydrocarbures, s'il s'agit d'un contrat de concession, soit une autorisation exclusive d'exploration ou, en cas de découverte, une autorisation exclusive d'évaluation, s'il s'agit notamment d'un contrat de partage de production ;
- b) de l'autorisation d'exploitation d'hydrocarbures, qui peut être soit une concession d'exploitation s'il s'agit d'un contrat de concession, soit une autorisation exclusive d'exploitation s'il s'agit notamment d'un contrat de partage de production.

CHAPITRE 2 DE L'AUTORISATION DE RECHERCHE D'HYDROCARBURES

Article 21

L'autorisation de recherche d'hydrocarbures confère à son titulaire le droit exclusif d'exécuter, à ses risques et dépens, dans les limites du périmètre qui en est l'objet et indéfiniment en profondeur sauf exclusion, tous travaux de reconnaissance et de recherche d'hydrocarbures. L'autorisation de recherche est accordée par un acte du gouvernement, pour une durée initiale de validité de trois ans au plus, renouvelable conformément aux dispositions de l'article 22 ci-dessous, aux conditions du contrat pétrolier, qui aura été préalablement conclu avec l'Etat. Toutefois, en cas de contrat de partage de production ou de contrats de services à risques, la signature du contrat vaut octroi de l'autorisation exclusive d'exploration.

Article 22

La validité de l'autorisation de recherche d'hydrocarbures est, sur demande du titulaire présentée dans les formes régulières avant l'expiration de la période de validité en cours, renouvelée à deux reprises, par un acte du gouvernement, pour la durée prévue au contrat pétrolier, à condition toutefois que le titulaire ait rempli ses obligations pour la période de validité alors en cours. La durée initiale de

l'autorisation de recherche augmentée de la durée des deux renouvellements ne peut excéder sept ans, ou de neuf ans en zones marines profondes non compris la durée de la prorogation éventuelle visée au dernier alinéa du présent article.

A la date de chaque renouvellement, la superficie de l'autorisation est réduite conformément au contrat pétrolier.

La période de validité de l'autorisation peut être prorogée dans les conditions fixées au contrat, par un acte du gouvernement, en cas de nécessité aux fins de permettre l'achèvement de forages de recherche en cours ou l'évaluation et la délimitation d'une découverte d'hydrocarbures, notamment en cas d'une découverte de gaz naturel non associé ou d'une découverte située en zones marines profondes.

Article 23

Le contrat pétrolier fixe le programme minimum de travaux de recherche que le titulaire de l'autorisation de recherche s'engage à réaliser au cours de la période initiale de validité de l'autorisation ainsi qu'au cours de chaque période de renouvellement. Si le titulaire ne satisfait pas à ses obligations de travaux dans les délais impartis, il doit verser à l'Etat une indemnité dans les conditions fixées au contrat pétrolier.

Article 24

Toute découverte d'hydrocarbures doit être notifiée dès que possible au gouvernement par le titulaire de l'autorisation de recherche. Si cette découverte permet de présumer l'existence d'un gisement commercialement exploitable, le titulaire est tenu d'effectuer avec le maximum de diligence les travaux nécessaires à l'évaluation et à la délimitation d'un tel gisement. A l'issue de ces travaux, le titulaire doit établir le caractère commercial ou non de la découverte. Le contrat pétrolier peut prévoir que ces travaux sont à conduire en vertu d'une autorisation d'évaluation d'hydrocarbures relative au périmètre présumé de la découverte à l'intérieur du périmètre de recherche. L'octroi d'une autorisation d'évaluation, par un acte du gouvernement, laisse subsister l'autorisation de recherche à l'intérieur du périmètre d'évaluation.

Article 25

L'autorisation de recherche d'hydrocarbures confère à son titulaire le droit de disposer de sa part des hydrocarbures qui pourraient être éventuellement extraits à l'occasion des travaux de recherche et des essais de production, sous réserve de déclaration préalable au gouvernement. Les droits et obligations du titulaire sont alors ceux d'un exploitant en ce qui concerne la production ainsi obtenue, conformément au contrat pétrolier.

Article 26

Dès que l'existence d'un gisement d'hydrocarbures commercialement exploitable est établie, le titulaire de l'autorisation de recherche est tenu de demander l'octroi d'une autorisation d'exploitation et d'entreprendre les activités de développement et d'exploitation. L'octroi d'une autorisation d'exploitation entraîne l'annulation de l'autorisation de recherche à l'intérieur du périmètre d'exploitation, mais la laisse subsister à l'extérieur de ce périmètre jusqu'à sa date d'expiration, sans modifier le programme minimum de travaux de recherche souscrit par le titulaire.

Article 27

Si une autorisation de recherche d'hydrocarbures vient normalement à renouvellement ou à expiration définitive avant qu'il ne soit statué sur une demande de renouvellement ou de prorogation ou d'autorisation d'exploitation, régulièrement introduites et si le titulaire a rempli ses engagements et satisfait aux obligations résultant de la présente loi, des textes pris pour son application et du contrat pétrolier, la validité de l'autorisation de recherche sur la zone visée par cette demande sera prorogée, par le gouvernement, jusqu'à intervention d'une décision.

Article 28

Le titulaire d'une autorisation de recherche d'hydrocarbures peut renoncer en totalité ou en partie aux surfaces faisant l'objet de cette autorisation, sous réserve d'un préavis de deux mois au moins. La renonciation ne prend effet qu'après avoir été acceptée par un acte du gouvernement. Elle entraîne l'annulation de l'autorisation dans l'étendue sur laquelle elle porte. Une renonciation partielle ne réduit pas les obligations contractuelles du titulaire, sauf stipulation contraires du contrat pétrolier. Une renonciation totale entraîne la caducité du contrat pétrolier ; elle n'est acceptée que si le titulaire a rempli l'ensemble de ses obligations contractuelles pour la période de validité alors en cours ou versée l'indemnité définie au contrat.

Article 29

A l'expiration totale ou partielle d'une autorisation de recherche d'hydrocarbures, soit au terme de chaque période de validité, soit en cas de renonciation ou d'annulation, le titulaire doit effectuer, à sa charge, les opérations d'abandon prescrites par la réglementation et le contrat pétrolier. Il devra également avoir fourni à l'Etat toutes les informations et données pétrolières en sa possession concernant la zone abandonnée.

Article 30

Pendant la validité d'une autorisation de recherche d'hydrocarbures, son titulaire peut, sur sa demande, être autorisé par un acte du gouvernement, à exploiter à titre provisoire les puits productifs, pour une période maximale de deux ans pendant laquelle il sera tenu de poursuivre l'évaluation et la délimitation du gisement concerné, conformément aux dispositions de l'article 24 ci-dessus. Cette autorisation peut être retirée dans les mêmes formes en cas d'inobservation des dispositions de l'article 23. Elle devient caduque en cas d'expiration de l'autorisation de recherche pour quelque cause que ce soit, à moins que ne soit déposée dans les formes régulières une demande recevable d'autorisation d'exploitation. La procédure d'instruction de la demande d'autorisation provisoire d'exploiter, d'extension de cette autorisation à de nouveaux puits et de retrait de l'autorisation fixée par décret.

CHAPITRE 3**DE L'AUTORISATION D'EXPLOITATION D'HYDROCARBURES****Article 31**

L'autorisation d'exploitation d'hydrocarbures confère à son titulaire le droit exclusif d'effectuer, à ses risques et dépens, dans les limites du périmètre qui en est l'objet, toutes les opérations d'exploitation d'un gisement commercialement exploitable, et le cas échéant, de recherche, ainsi que de disposer de tout ou partie de la production

des hydrocarbures, conformément aux stipulations du contrat pétrolier qui lie le titulaire à l'Etat. L'autorisation d'exploitation ne peut être attribuée qu'à une société pétrolière justifiant de capacités techniques, financières et juridiques, et ayant dûment fait la preuve d'une expérience passée satisfaisante en tant qu'opérateur dans des zones et conditions similaires. L'autorisation d'exploitation est accordée par décret. L'institution d'une autorisation d'exploitation ne confère en aucun cas la propriété des gisements ; elle crée un droit de durée limitée qui n'est pas susceptible d'hypothèque, distinct de la propriété de surface, cessible et transmissible dans les conditions prévues par la présente loi.

Article 32

La durée de l'autorisation d'exploitation d'hydrocarbures ne peut dépasser vingt-cinq ans. L'autorisation d'exploitation peut être renouvelée une fois, dans les formes prévues à l'article 31 ci-dessus pour son octroi, pour une durée de dix ans au plus, si le titulaire a rempli ses obligations et démontre la possibilité du maintien d'une production commerciale d'hydrocarbures au-delà de la période de validité en cours.

Article 33

L'étendue d'une autorisation d'exploitation est déterminée par l'acte institutif de l'autorisation. Elle est limitée par la surface engendrée par les verticales s'appuyant sur le périmètre défini en surface, sauf stipulations contraires du contrat pétrolier.

Article 34

Le titulaire d'une autorisation de recherche d'hydrocarbures qui aura fourni la preuve, par des travaux de recherche, d'évaluation et de délimitation conduits conformément à la présente loi, de l'existence à l'intérieur de son périmètre d'un gisement d'hydrocarbures commercialement exploitable aura le droit, en cas de demande dans les formes régulières présentée avant l'expiration de la validité de son autorisation de recherche prorogée le cas échéant, dans les conditions de l'alinéa 3 de l'article 22 ci-dessus, d'obtenir une autorisation d'exploitation relative à ce gisement. Une telle demande est accompagnée du projet de plan de développement et de production du gisement soumis au gouvernement, qui doit notamment indiquer les informations concernant les réserves récupérables d'hydrocarbures, le profil estimé de production, le schéma et le calendrier de développement du gisement, le plan d'abandon, l'étude justifiant le caractère commercial du gisement. La demande doit également désigner la société pétrolière agissant en qualité d'opérateur qui est tenue de justifier de capacités techniques, financières et juridiques et qui aura dûment fait la preuve d'une expérience passée satisfaisante en tant qu'opérateur dans des zones et conditions similaires. Le titulaire doit s'engager à effectuer avec toute la diligence possible les travaux de développement du gisement commercial, conformément au plan de développement et de ses modifications éventuelles. Pendant la validité d'une autorisation de recherche d'hydrocarbures, seul son titulaire peut obtenir une autorisation d'exploitation à l'intérieur du périmètre de l'autorisation de recherche.

Article 35

Le titulaire d'une autorisation d'exploitation peut renoncer totalement ou partiellement à celle-ci, sous réserve d'un préavis d'un an au moins et à condition d'avoir rempli ses obligations. La renonciation ne prend effet qu'après avoir été acceptée par décret. Ce décret définit, le cas échéant, le périmètre conservé par le titulaire. La renonciation à l'ensemble du périmètre objet du contrat pétrolier entraîne la caducité de celui-ci.

Article 36

Sauf cas de force majeure, lorsque le gisement objet de l'autorisation d'exploitation est resté inexploité depuis six mois, le retrait de l'autorisation peut en être prononcé, par décret, après mise en demeure de reprendre l'exploitation dans un délai qui ne pourra être inférieur à six mois et si, ce délai écoulé, la mise en demeure n'a pas été suivie d'effet.

Article 37

A l'expiration de l'autorisation d'exploitation, soit à son terme normal, soit en cas de renonciation ou de retrait, le titulaire dit, sauf accord contraire du gouvernement, entreprendre à sa charge, les opérations d'abandon de l'exploitation du gisement prescrites par la réglementation et le contrat pétrolier. Les installations, matériels et terrains relatifs à l'autorisation, qui sont nécessaires à la poursuite de l'exploitation, sont, à la demande du gouvernement, transférés à l'Etat, sans indemnisation du titulaire.

CHAPITRE 4**DES DISPOSITIONS COMMUNES AUX AUTORISATIONS DE RECHERCHE ET AUX AUTORISATIONS D'EXPLOITATION D'HYDROCARBURES****Article 38**

Les droits et obligations au titre d'un contrat pétrolier, ainsi que l'autorisation de recherche et les autorisations d'exploitation d'hydrocarbures dérivant du contrat, sont cessibles et transmissibles sous réserve de l'approbation préalable du gouvernement et dans les conditions prévues par la réglementation et le contrat applicable, lequel peut fixer des conditions particulières en cas de cession ou transfert à une société affiliée ou entre co-titulaires. Le titulaire du contrat pétrolier doit porter à la connaissance du gouvernement, pour approbation, tout contrat ou accord, par lequel il promet de confier, céder ou transmettre, ou par lequel il confie, cède ou transmet, en tout ou partie, les droits et obligations résultant du contrat pétrolier. Il en est de même pour toutes opérations ayant pour effet d'entraîner un changement du contrôle de la société titulaire. Tout accord ainsi conclu ne peut être passé que sous condition suspensive de cette approbation. Tout acte passé en violation des dispositions du présent article est nul et de nul effet et ne peut entraîner la résiliation du contrat pétrolier. Le cessionnaire doit satisfaire aux conditions fixées par la présente loi, ses textes d'application et, le cas échéant, le contrat pétrolier. Lorsqu'un contrat pétrolier est conclu avec plusieurs titulaires conjoints, le retrait d'un ou plusieurs d'entre eux n'entraîne ni l'annulation des autorisations dérivant du contrat, ni la résiliation du contrat, si le ou les autres titulaires reprennent à leur compte les engagements qui avaient été souscrits pour ledit contrat. Ce retrait est accepté par le gouvernement.

Article 39

La renonciation prévue aux articles 28 et 35 ci-dessus ne peut intervenir qu'après le paiement s'il y a lieu des sommes dues à l'Etat au titre du contrat pétrolier et l'exécution des travaux prescrits par la réglementation et le contrat pétrolier en matière de protection de l'environnement. Le contrat pétrolier détermine conformément à la réglementation les modalités d'abandon des travaux et

installations devant obligatoirement être respectées par le titulaire à la fin d'une autorisation ou du contrat pétrolier quelle qu'en soit la cause.

TITRE V

DE L'AUTORISATION DE TRANSPORT D'HYDROCARBURES PAR CANALISATION

Article 40

Les titulaires de contrats pétroliers, ou chacun de leurs co-titulaires, ont le droit, pendant la validité du contrat et dans les conditions fixées au présent titre, de transporter dans leurs propres installations, à l'intérieur du territoire de la République de Côte d'Ivoire, sa mer territoriale, sa zone économique exclusive et son plateau continental, ou de faire transporter tout en conservant la propriété, les produits résultant de leurs activités d'exploitation ou leur par desdits produits vers les points de collecte, de traitement, de stockage, de chargement ou de grosse consommation. Les droits visés à l'alinéa ci-dessus, y compris l'autorisation prévue à l'article 43 ci-dessous, peuvent être transférés individuellement ou conjointement par les titulaires d'un contrat pétrolier dans les conditions fixées par la réglementation et le contrat. Les transferts éventuels à un tiers sont soumis à l'autorisation préalable, et accordés par un acte du gouvernement. Les bénéficiaires des transferts susmentionnés doivent satisfaire aux conditions fixées par la présente loi et ses textes d'application pour la construction et l'exploitation des canalisations et installations concernées.

Article 41

Des titulaires de contrats pétroliers peuvent s'associer entre eux pour assurer en commun le transport des produits extraits de leurs exploitations. Ils peuvent également s'associer avec des tiers qualifiés, y compris avec l'Etat, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un organisme public ou d'une société d'Etat, pour la réalisation et l'exploitation des canalisations et installations. Tous protocoles, accords ou contrats passés entre les intéressés sont soumis à approbation préalable, et accordés par un acte du gouvernement.

Article 42

Le tracé et les caractéristiques des canalisations et installations doivent être établis de manière à assurer la collecte, le transport et l'évacuation des produits extraits des gisements d'hydrocarbures dans les meilleures conditions techniques, écologiques et économiques. Pour l'établissement de ce tracé, l'auteur du projet peut disposer du droit d'occupation temporaire dans les conditions fixées au titre VI de la présente loi. En vue d'assurer le respect des prescriptions du premier alinéa du présent article, en cas de découverte, dans la même région géographique, d'autres gisements exploitables par des tiers, le gouvernement peut demander aux titulaires de contrats pétroliers ou aux bénéficiaires des transferts visés à l'article 40 ci-dessus, de s'associer avec d'autres exploitants en vue de la réalisation ou de l'utilisation commune des canalisations et installations, pour l'évacuation de la totalité ou d'une partie de la production de ces gisements.

Article 43

L'autorisation de transport d'hydrocarbures par canalisations est accordée par décret. Elle comporte l'approbation du projet de construction de canalisations et

installations joint à la demande et déclare le projet d'utilité publique. L'occupation des terrains nécessaires aux canalisations et installations est effectuée dans les conditions fixées au titre VI de la présente loi. L'autorisation de transport comporte également pour le titulaire le droit d'établir des canalisations et installations sur des terrains dont il n'aura pas la propriété. Les possesseurs des terrains grevés de la servitude de passage sont tenus de s'abstenir de tout acte susceptible de nuire au bon fonctionnement des canalisations et installations. L'assujettissement à la servitude donne droit, dans le cas de terrains privés, à une indemnité fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente pour la détermination de l'indemnité d'expropriation. Lorsque les canalisations ou installations mettent obstacle à l'utilisation normale des terrains et que le propriétaire en fait la demande, le titulaire doit procéder à l'acquisition desdits terrains. La valeur de ceux-ci est, à défaut d'accord amiable, déterminée comme en matière d'expropriation.

Article 44

Sauf cas de force majeure, l'autorisation de transport d'hydrocarbures devient caduque lorsque le titulaire du contrat pétrolier ou les bénéficiaires des transferts visés à l'article 40 ci-dessus n'auraient pas commencé ou fait commencer les travaux prévus un an après l'approbation du projet.

Article 45

L'entreprise assurant l'exploitation d'une canalisation de transport d'hydrocarbures peut, à défaut d'accord amiable, être tenue par un acte du gouvernement, d'accepter, dans la limite et pour la durée de sa capacité de transport excédentaire, le passage des produits provenant d'autres exploitations que celles ayant motivé l'approbation du projet. Ces produits ne peuvent faire l'objet d'aucune discrimination dans le tarif de transport, dans des conditions comparables de qualité, de régularité et de débit. Les conditions et modalités d'établissement des tarifs de transport sont fixées dans les textes d'application à la présente loi et les contrats pétroliers.

Article 46

Si le ou l'un des titulaires de l'autorisation de transport d'hydrocarbures par canalisations contrevient aux dispositions de la présente loi ou aux dispositions réglementaires ou contractuelles prises pour leur application ou relatives à la sécurité publique ou à la protection de l'environnement, le gouvernement lui adresse, dans les conditions fixées dans l'autorisation de transport, une mise en demeure d'avoir à se conformer à ces dispositions dans un délai de trois mois au moins, sauf dans le cas où la sécurité publique ou la défense nationale exigerait une application immédiate desdites dispositions. Si l'intéressé ne se conforme pas à ces injonctions, l'Etat peut prononcer, le cas échéant, pour la seule part de l'intéressé dans l'association, la mise en régie de l'exploitation aux frais et risques de ce dernier. Si dans un délai de trois mois après la mise en régie, l'intéressé ne s'est pas conformé à ses obligations, le retrait de l'autorisation de transport en ce qui le concerne est prononcé par décret et les droits de l'intéressé sont transférés à l'Etat.

Article 47

Les dispositions du présent titre en matière d'autorisation de transport d'hydrocarbures par canalisations ne s'appliquent pas aux canalisations et installations établies à l'intérieur du périmètre d'une autorisation d'exploitation pour les besoins dudit périmètre.

TITRE VI

DES OBLIGATIONS ET DES DROITS ANNEXES AUX OPERATIONS PETROLIERES

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXERCICE DES OPERATIONS PETROLIERES

Article 48

Le titulaire d'un contrat pétrolier doit conduire les opérations pétrolières dont il a la charge avec diligence et suivant les règles de l'art en usage dans l'industrie pétrolière internationale.

Article 49

Le titulaire d'un contrat pétrolier doit réaliser les opérations pétrolières de telle manière que soit assurée, en toutes circonstances, la conservation des ressources naturelles, notamment des gisements d'hydrocarbures, et que soient dûment protégées les caractéristiques essentielles de l'environnement. A ce titre, il doit effectuer toutes les opérations et travaux en utilisant les techniques confirmées en usage dans l'industrie pétrolière internationale et prendre notamment toutes mesures destinées à préserver et à protéger les environnements, milieux et écosystèmes naturels, ainsi que la sécurité des personnes et des biens.

Article 50

Le titulaire d'un contrat pétrolier est tenu de fournir au gouvernement, les informations, données, documents et échantillons provenant ou résultant des opérations pétrolières ainsi que les rapports périodiques prévus par la réglementation et le contrat pétrolier. Ceux-ci ont un caractère confidentiel et ne peuvent être rendu publics que dans les conditions fixées dans les textes d'application de la présente loi et les contrats pétroliers.

Article 51

Le titulaire d'un contrat pétrolier peut, sous sa responsabilité, sous-traiter à des entreprises qualifiées des opérations pétrolières dont il a la charge. Pour les besoins des opérations qui leur sont confiées et dans cette limite, les sous-traitants ont les mêmes droits et obligations que le titulaire du contrat pétrolier. Les contrats de sous-traitance doivent être communiqués au gouvernement.

Article 52

Le titulaire d'un contrat pétrolier ainsi que ses sous-traitants doivent accorder la préférence aux entreprises ivoiriennes pour les contrats de construction, de fourniture et de prestations de services, à conditions équivalentes de qualité, prix, quantités, délais de livraison.

Article 53

Le titulaire d'un contrat pétrolier ainsi que ses sous-traitants doivent employer par priorité du personnel de nationalité ivoirienne qualifié pour les nécessités de leurs

opérations. A cette fin, dès le commencement des opérations pétrolières, le titulaire du contrat pétrolier doit établir et financer un programme de formation de personnel ivoirien, de toutes qualifications, dans les conditions qui sont fixées dans le contrat pétrolier.

Article 54

Le titulaire d'un contrat pétrolier doit veiller à l'application de normes d'hygiène et de sécurité conformément à l'usage de l'industrie pétrolière internationale, tant pour leur propre compte que pour celui de ses sous-traitants. Tout accident grave doit être porté immédiatement à la connaissance des autorités compétentes.

Article 55

Le titulaire d'un contrat pétrolier doit en cas de production commerciale d'hydrocarbures, affecter par priorité à la satisfaction des besoins du marché intérieur ivoirien une part de la production lui revenant. Les conditions et modalités de cette obligation sont précisées dans le contrat pétrolier, y compris en ce qui concerne le prix de cession. Une fois satisfaits, s'il y a lieu, les besoins de la consommation intérieure du pays, le titulaire du contrat pétrolier dispose librement de la part de la production d'hydrocarbures qui lui revient au titre dudit contrat. La conclusion d'un contrat ne confère en aucun cas le droit au raffinage ou à la transformation des hydrocarbures et/ou à la vente des produits qui en découlent sauf autorisation expresse accordée par l'Etat.

Article 56

Au cas où un gisement d'hydrocarbures s'étend sur plusieurs périmètres contractuels attribués à des titulaires distincts, ceux-ci peuvent être tenus s'il y a lieu, de conclure un accord dit «d'utilisation» afin d'exploiter ce gisement dans les meilleures conditions techniques et économiques. Ledit accord ainsi que le plan d'exploitation commune doivent être soumis au gouvernement.

Article 57

Afin d'assurer leur meilleure utilisation du point de vue économique et technique, le gouvernement peut imposer aux titulaires de contrats pétroliers des conditions de réalisation et d'exploitation des travaux et installations visés à l'article 59, de la même manière que l'alinéa 3 de l'article 41 ci-dessus en dispose pour les canalisations de transport d'hydrocarbures, pourvu que ces conditions ne portent pas atteinte aux conditions économiques normales de l'activité des titulaires. En cas de désaccord entre les exploitants intéressés sur les modalités de cette association, le gouvernement peut procéder par voie d'autorité dans les conditions prévues aux contrats pétroliers.

Article 58

Dans la mesure de la nature et de la durée de leurs travaux, le titulaire d'une autorisation de reconnaissance bénéficie des mêmes droits et assume les mêmes obligations que le titulaire d'un contrat pétrolier pour des travaux similaires, tels qu'ils sont prévus au présent titre, ainsi qu'aux titres VII et VIII ci-après.

CHAPITRE 2 DE L'OCCUPATION DES TERRAINS ET DES RELATIONS AVEC LES PROPRIETAIRES DU SOL ET LES TIERS

Article 59

Conformément aux dispositions législatives et réglementaires particulières à chacune des matières ci-après, le titulaire d'un contrat pétrolier peut, sur le territoire de la République de Côte d'Ivoire, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du périmètre objet dudit contrat, y compris dans la zone économique exclusive et le plateau continental, et dans les conditions fixées au présent titre :

- a) Occuper les terrains nécessaires à l'exécution des opérations pétrolières et à leurs activités connexes, notamment aux activités visées aux alinéas
- b) et c) ci-dessous et au logement du personnel affecté aux chantiers ;
- b) Procéder ou faire procéder aux travaux d'infrastructure nécessaires à la réalisation, dans des conditions économiques normales, des opérations pétrolières et à leurs activités connexes telles que le transport et le stockage des matériels, des équipements et des produits extraits, à l'exclusion du transport d'hydrocarbures par canalisations visé au titre V de la présente loi, l'établissement de moyens de télécommunications et de voies de communication, ainsi que la production ou la fourniture de l'énergie nécessaire aux opérations pétrolières ;
- c) Effectuer ou faire effectuer les sondages et les travaux requis pour l'approvisionnement en eau du personnel, des travaux et des installations conformément aux prescriptions réglementant les prises d'eau ;
- d) Prendre et utiliser ou faire prendre et utiliser les matériaux du sol nécessaires aux besoins des activités visées aux alinéas a), b) et c) ci-dessus, moyennant le paiement des redevances d'extraction en vigueur, s'il y a lieu, ou d'une juste indemnisation au profit du propriétaire du sol.

Article 60

Sauf en cas d'autorisation spéciale, le titulaire d'un contrat pétrolier ne peut occuper aucun des terrains suivants ni y exécuter des travaux d'aucune sorte :

- a) Terrains situés à moins de cinquante mètres de tous édifices religieux ou non, édifices gouvernementaux ou affectés à un service public, enclos murés, cours et jardins, habitations, groupe d'habitations, villages, agglomérations, lieux de sépulture, puits, points d'eau, réservoirs, rues, routes, chemins de fer, conduites d'eau, canalisations, travaux d'utilité publique et ouvrages d'art ;
- b) Terrains situés à moins de mille mètres d'une frontière ou d'un aéroport ;
- c) Terrains déclarés par l'Etat parc nationaux, aires protégées ou réserves analogues.

Article 61

L'occupation des terrains et l'exercice des droits visés à l'article 59 ci-dessus fait l'objet d'accords entre le titulaire du contrat pétrolier et les propriétaires du sol ou les bénéficiaires de droits coutumiers. Faute d'accord amiable, le gouvernement peut donner au titulaire des autorisations temporaires d'occupation ou d'utilisation en vue de ne pas retarder le déroulement normal des opérations pétrolières, sans préjudice des droits légitimes des propriétaires du sol ou bénéficiaires de droits coutumiers. Cette autorisation fixe, en même temps, une indemnité provisionnelle et approximative d'occupation qui doit être consignée préalablement à la prise de

possession et qui constitue un acompte à valoir sur les indemnités visées à l'article 62 ci-dessous. L'occupation de terrains appartenant à des personnes privées ouvre droit, pour celles-ci, à une indemnité annuelle égale à la somme représentant pendant l'occupation la valeur du produit net du terrain avant l'occupation. Lorsque l'occupation ainsi faite prive le propriétaire de la jouissance du sol pendant plus de deux ans ou lorsque après l'exécution des travaux les terrains occupés ne sont plus propres à l'usage antérieur, celui-ci peut exiger du titulaire du contrat pétrolier l'acquisition du sol. Le terrain à acquérir ainsi est toujours estimé à la somme représentant, lors de l'acquisition ou du rachat des droits d'usage, la valeur du terrain ou desdits droits avant l'occupation. Les contestations relatives aux indemnités visées ci-dessus sont soumises aux tribunaux civils. L'occupation de terrains immatriculés du domaine privé de l'Etat et des autres collectivités publiques, qui ne sont pas déjà occupés légalement par des tiers, a lieu sans indemnité.

Article 62

La réalisation des opérations pétrolières et des installations y afférentes peut, s'il y a lieu, être déclarée d'utilité publique et d'urgence, à la demande du titulaire du contrat pétrolier, conformément à la législation applicable en la matière. Cette déclaration est accordée par décret pris sur proposition du gouvernement. En tant que de besoin, il peut être procédé à l'expropriation pour cause d'utilité publique de tous terrains ou bien conformément à la législation et à la réglementation en vigueur ; le titulaire du contrat pétrolier supportera les frais, indemnités et charges résultant de la procédure d'expropriation. L'indemnité d'expropriation est égale à la valeur du terrain exproprié, cette valeur étant déterminée par l'usage du terrain avant l'expropriation ou, le cas échéant, avant l'occupation. Les contestations relatives à cette indemnité sont soumises aux tribunaux civils. Le transfert de propriété est prononcé suivant la procédure d'expropriation.

Article 63

L'expiration partielle ou totale d'un contrat pétrolier est sans effet à l'égard des droits résultant de l'article 59 ci-dessus pour le titulaire de ce contrat sur les travaux, canalisations et installations réalisés en application des dispositions du présent titre, sous réserve que ces travaux, canalisations et installations soient utilisés dans le cadre de l'activité du titulaire sur la partie éventuellement conservée ou sur d'autres contrats pétroliers.

Article 64

Tous frais, indemnités et charges entraînés par l'occupation des terrains nécessaires aux opérations pétrolières sont supportés par le titulaire du contrat pétrolier. Le titulaire d'un contrat pétrolier est tenu de réparer tous dommages causés ou entraînés par les opérations pétrolières ou activités connexes ou par les installations situées à l'intérieur ou à l'extérieur du périmètre contractuel, que ces dommages soient de son fait ou de celui de ses sous-traitants. A défaut de réparation, l'indemnité doit correspondre à la valeur du dommage causé. L'Etat ne peut encourir aucune responsabilité, directe, à l'égard des tiers pour tous dommages résultant de la réalisation des opérations pétrolières par le titulaire d'un contrat pétrolier.

Le contrat pétrolier doit prévoir les conditions et les modalités des garanties et assurances que le titulaire a l'obligation d'apporter à l'Etat pour la mise en œuvre des dispositions du présent article.

CHAPITRE 3 DE LA SURVEILLANCE ADMINISTRATIVE ET TECHNIQUE ET DU CONTROLE FINANCIER

Article 65

Le gouvernement veille à l'application des dispositions de la présente loi et de ses textes d'application, ainsi qu'à l'exécution de leurs obligations par les titulaires de contrats pétroliers. Il prend toute mesure réglementaire et dispose à cet effet de tout droit de surveillance et d'inspection des opérations pétrolières. A ce titre, le gouvernement prend au niveau des administrations compétentes, toutes les dispositions appropriées pour assurer la surveillance administrative et technique, le suivi économique et comptable des activités visées par la présente loi. Le titulaire des contrats pétroliers doivent notamment fournir au personnel de ces administrations, les moyens pour leur permettre d'accéder aux sites des travaux et installations et de façon générale aux sources d'informations nécessaires à l'exécution des opérations pétrolières. Les modalités d'exercice de la surveillance administrative et technique, du suivi économique et comptable sont précisées par décret pris en application de la présente loi. Le gouvernement veille également au contrôle financier des activités visées par la présente loi.

TITRE VII DES DISPOSITIONS FISCALES, DOUANIERES ET DE LA REGLEMENTATION DES CHANGES

CHAPITRE PREMIER DES DISPOSITIONS FISCALES

Article 66

Les titulaires de contrats pétroliers, ainsi que les entreprises qui leur sont associées dans le cadre des protocoles ou accords visés à l'article 8 et à l'article 37, sont assujettis, à raison de leurs activités de recherche et d'exploitation d'hydrocarbures sur le territoire de la République de Côte d'Ivoire, sa mer territoriale, sa zone économique exclusive et son plateau continental, transport inclus, au paiement des impôts, taxes et redevances visés ci-après, notamment à ceux, tels qu'il sont déterminés dans le Code général des impôts, sous réserve des dispositions du présent chapitre applicables aux opérations pétrolières.

Article 67

Les demandes d'attribution, de renouvellement, de cession, de transmission ou de renonciation de contrats pétroliers et des autorisations en dérivant sont soumises au paiement de droits fixes dont les montants et modalités de règlement sont déterminés dans le cadre de la loi de Finances.

Article 68

Les titulaires de contrats pétroliers sont soumis à une redevance superficielle annuelle dont le montant et les modalités de règlement sont précisées dans le contrat pétrolier.

Article 69

Le titulaire de contrats de concession visés à l'article 14 de la présente loi sont tenus d'acquitter mensuellement une redevance proportionnelle à la production. Le taux de cette redevance, ainsi que ses règles d'assiette et de recouvrement, qui peuvent être différents pour les hydrocarbures liquides et les hydrocarbures gazeux; sont précisés par le contrat de concession. La redevance est réglée en nature ou en numéraire, conformément aux modalités précisées dans le contrat de concession. Le contrat de concession peut prévoir des exemptions totales ou partielles de la redevance à la production dans des cas exceptionnels en vue de promouvoir les opérations pétrolières en République de Côte d'Ivoire, notamment dans les zones marines profondes.

Article 70

Les titulaires de contrats pétroliers ou entreprises visées à l'article 66 sont assujettis, dans les conditions fixées au présent chapitre, à l'impôt direct sur les bénéfices industriels et commerciaux à raison des bénéfices nets qu'ils retirent de l'ensemble de leurs activités de recherche et d'exploitation d'hydrocarbures sur le territoire de la République de Côte d'Ivoire, sa mer territoriale, sa zone économique exclusive et son plateau continental, transport inclus, qu'ils se livrent seuls ou en association avec d'autres entreprises. A cet effet, chaque titulaire de contrats pétroliers ou entreprise, quelle que soit sa nationalité, tient, par année fiscale, une comptabilité séparée de ses opérations pétrolières en Côte d'Ivoire qui permet d'établir un compte de production et de résultats et un bilan faisant ressortir tant les résultats des dites opérations que les éléments d'actifs et de passif qui y sont affectés ou s'y rattachent directement. Le bénéfice net imposable visé au premier alinéa est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de l'exercice, diminuée des suppléments d'apports et augmentée des prélèvements effectués au cours de cet exercice par l'entreprise ou ses associés. L'actif net s'entend de l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances de tiers, les amortissements et les provisions autorisés ou justifiés. Le montant non apuré du déficit que l'entreprise justifie avoir subi au titre des opérations pétrolières peut être admis en déduction du bénéfice imposable au-delà de la limitation du délai de report prévue au Code Général des Impôts jusqu'à ce que la déduction soit totalement opérée.

Article 71

Doivent être notamment portés au crédit du compte de production et de résultats visé à l'article 70 ci-dessus :

1. La valeur des produits vendus, qui doit être conforme aux prix courants du marché international établis suivant les dispositions des contrats pétroliers applicables à l'entreprise ;
2. Le cas échéant, en ce qui concerne les contrats de concession, la valeur de la quote-part de la production versée en nature à l'Etat à titre de redevance proportionnelle à la production, en application, en application des dispositions de l'article 69 ci-dessus ;

3. S'il y a lieu, les revenus provenant du stockage, du traitement et du transport des hydrocarbures ainsi que de la vente de substance connexes;
4. Les plus-values provenant de la cession ou du transfert d'éléments quelconques de l'actif. Toutefois, si l'exploitation est assurée par plusieurs sociétés associées, en cas de cession entre les sociétés associées ou entre une des sociétés associées et une de ses filiales, qui deviendrait partie dans ladite exploitation, les plus-values de cession sont exclues, à condition que les actifs ainsi cédés soient comptabilisés par la société cessionnaire à la valeur apparaissant dans les livres de ladite société.
5. Tous autres revenus ou produits se rapportant aux opérations pétrolières.

Article 72

Le bénéfice net est établi après déduction de toutes charges supportées pour les besoins des opérations pétrolières, celles-ci comprenant notamment :

1. Les frais généraux de toute nature, les dépenses de personnel et les charges y afférents, les loyers des immeubles, les coûts des fournitures, les coûts des prestations de services fournies aux titulaires de contrats pétroliers : Toutefois, pour les dépenses visées à l'alinéa qui précède :

a) Les coûts des fournitures, du personnel et des prestations de services fournis par des sociétés affiliées aux titulaires des contrats pétroliers ne doivent pas excéder ceux qui seraient normalement facturés dans des conditions de pleine concurrence entre un acheteur et un vendeur indépendants pour des fournitures ou prestations de services similaires ;

b) Est également déductible seule une fraction raisonnable des dépenses administratives du siège social de l'entreprise à l'étranger pouvant être imputée aux opérations pétrolières sur le territoire de la République de Côte d'Ivoire conformément au contrat pétrolier.

2. Les amortissements portés en comptabilité par l'entreprise, dans la limite des taux définis dans le contrat pétrolier, y compris les amortissements qui auraient été différés au cours d'exercices antérieurs déficitaires. L'amortissement commence à la date d'utilisation des biens et se poursuit jusqu'à ce que ces biens soient amortis. Le contrat de partage de production peut définir des modalités particulières d'amortissement des coûts pétroliers récupérables visés à l'article 15 a) ci-dessus ;

3. Les intérêts et agios des capitaux mis par des tiers à la disposition de l'entreprise pour les besoins des opérations pétrolières de développement de gisements et de transport des hydrocarbures, dans la mesure où ils n'excèdent pas les taux normaux en usage sur les marchés financiers internationaux pour de prêts de nature similaire ; ainsi que, en dérogation de l'article 6.III.A.2) du Code Général des Impôts, les intérêts et agios servis aux associés ou à des sociétés affiliées à raison des sommes qu'il mettent à la disposition de l'entreprise en sus de leur part de capital, si ces développements de gisements d'hydrocarbures et de transport de leur production en République de Côte d'Ivoire, et si les taux d'intérêts n'excèdent pas les taux mentionnés ci-dessus. En outre, si les emprunts à des tiers sont effectués à l'étranger, ils devront être préalablement déclarés à l'Administration ;

4. Les pertes de matériels ou de bien résultant de destructions ou de dommages, les biens auxquels il sera renoncé ou qui seront abandonnés en cours d'année, les créances irrécouvrables et les indemnités versées aux tiers à titre de dommages ;

5. Le cas échéant, en ce qui concerne les contrats de concession, le montant total de la redevance sur la production acquittée à l'Etat, soit en espèces soit en nature, en application des dispositions de l'article 69 ci-dessus ;

6. Les provisions raisonnables constituées en vue de faire face à des pertes ou charges nettement précisées et que des événements en cours rendent probables ;
7. Sous réserve de stipulations contractuelles contraires, toutes autres pertes ou charges directement liées aux opérations pétrolières, à l'exception du montant de l'impôt sur les sociétés visé à l'article 70 ci-dessus et des autres charges et pertes non déductibles conformément aux dispositions du Code Général des Impôts.

Article 73

L'impôt sur les bénéfices est calculé et recouvré selon les modalités prévues par le Code Général de Impôts sous réserve des dispositions particulières du présent chapitre. Le contrat pétrolier peut toutefois prévoir un paiement en devises étrangères ou en nature avec la possibilité d'un système d'acompte provisionnels et des règles comptables spécifiques aux opérations pétrolières, en particulier, les conditions et les modalités de la tenue éventuelle des livres et registres en devises étrangères.

Article 74

Le contrat pétrolier peut prévoir une prime dénommée « bonus de signature » que son titulaire s'oblige à verser à l'Etat pour la conclusion du contrat, ainsi qu'une prime dénommée « bonus de production » que le titulaire a l'obligation de verser à l'Etat en fonction des quantités d'hydrocarbures produites.

Article 75

Dans la mesure où le contrat pétrolier de concession visé à l'article 14 de la présente loi le prévoit expressément, son titulaire peut être assujetti à un prélèvement pétrolier additionnel calculé sur les bénéfices des opérations pétrolières conformément aux stipulations du contrat applicable.

Article 76

76.1 A l'exception de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux visé à l'article 70 ci-dessus et, le cas échéant de la redevance à la production, du prélèvement pétrolier additionnel et des autres taxes mentionnés aux articles 67, 68, 69, 74 et 75 ci-dessus, le titulaire du contrat pétrolier est exonéré :

- De tout autre impôt sur les bénéfices et les dividendes versés aux actionnaires du titulaire du contrat ;
- De tous impôts droits, taxes ou contributions de quelque nature que ce soit, nationaux, régionaux ou communaux, frappant les opérations pétrolières et tout revenu y afférent, ou les biens, activités ou actes du titulaire du contrat pétrolier ou son établissement et son fonctionnement en exécution de la présente loi ;
- de la taxe sur la valeur ajoutée, de la taxe sur les prestations de services et de l'acompte sur divers impôts institués par la loi n° 90-434 du 29 mai 1990, au titre de leurs acquisitions de biens et services directement et exclusivement affectés à l'exercice de leurs activités pétrolières. Les modalités pratiques d'application seront précisées par un acte du gouvernement. Les biens et services non directement affectés aux opérations pétrolières et à ce titre n'ouvrant pas droit à déduction, en application des dispositions prévues par les articles 224 et suivants du code général des impôts, sont exclus du bénéfice des exonérations précitées en matière de taxe sur la valeur ajoutée. L'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée, de la taxe sur les prestations de services et de l'acompte sur divers impôts s'appliquent dans les mêmes conditions aux entreprises titulaires d'un contrat de sous-traitance pétrolier.

76.2 Le titulaire du contrat pétrolier est redevable dans les conditions de droit commun des droits d'enregistrement, de timbre et de publicité foncière et de la taxe sur les véhicules à moteur à l'exception des droits d'enregistrement relatifs aux prêts, cautionnements et contrats liés directement aux opérations pétrolières.

76.3 Le titulaire du contrat pétrolier demeure soumis à toutes les obligations d'assiette et de paiement relatives aux impôts et taxes prélevés à la source pour le compte du Trésor Public, notamment en matière d'impôts sur salaires, d'impôts sur les bénéfices, d'impôts sur les revenus, et d'impôts fonciers, à l'exception de tout impôt et taxe sur les intérêts payés à des prêteurs non résidents pour les fonds concernant les investissements de développement.

76.4 L'entreprise est tenue de déposer auprès de l'administration toutes les déclarations et tous les documents prévus par la réglementation de droit commun même si ces déclarations et documents sont afférents à des opérations exonérées de tous droits ou taxes en application de la présente loi.

76.5 L'entreprise demeure assujettie aux taxes perçues en contrepartie de services rendus et d'une manière générale à tous prélèvements et autres que ceux à caractère fiscal, suivant des modalités définies dans le contrat pétrolier

76.6 Les sous-traitants éligibles prestataires de services pétroliers peuvent bénéficier du régime fiscal simplifié prévu aux articles 993 à 1009 du Code Général des impôts.

Article 77

Le Fonds d'Actions Pétrolières créé par l'ordonnance n° 76-299 du 20 avril 1976, portant création d'un fonds d'affectation spéciale dénommé 'Fonds d'Actions Pétrolières», approuvée par la loi n° 76-507 du 3 août 1976, reçoit un pourcentage déterminé par le contrat pétrolier des ressources revenant à l'Etat par l'application du paragraphe (b) de l'article 15 et de l'article 74 de la présente loi.

CHAPITRE 2 DES DISPOSITIONS DOUANIERES

Article 78

Sous réserve des dispositions particulières des articles 79 et 80 ci-dessous applicables aux opérations pétrolières, les titulaires de contrats pétroliers et leurs sous-traitants sont soumis aux dispositions du Code des Douanes.

Article 79

79.1 Les titulaires de contrats pétroliers ainsi que leurs sous-traitants ont le droit d'importer en République de Côte d'Ivoire, sous réserve des dispositions de l'article 52 de la présente loi, les matériels, matériaux, produits chimiques, machines et équipements nécessaires à la réalisation des opérations pétrolières du programme de travaux agréé en exonération de tous droits et taxes à l'importation, y compris la taxe sur la valeur ajoutée. Cette exonération à l'importation s'étend également aux parties et pièces détachées destinées aux machines et équipements nécessaires aux opérations pétrolières. Une liste des matériels, matériaux, produits chimiques, machines et équipements pouvant bénéficier de ces exonérations, sera établie par le gouvernement, après avis d'une commission d'agrément. Cette liste qui sera annexée au contrat pétrolier fera l'objet d'une révision périodique pour tenir compte de l'évolution technique, cela, en accord avec les administrations compétentes et la commission d'agrément.

79.2 Les marchandises visées à l'alinéa 1 importées par le titulaire d'un contrat pétrolier et pouvant être réexportées ou cédées après utilisation peuvent bénéficier du régime de l'admission temporaire, avec caution forfaitaire fixée par décret. Ces cessions ne peuvent être faites qu'aux titulaires de contrats pétroliers et à leurs sous-traitants spécialisés et, pour des activités exclusivement liées aux opérations pétrolières.

79.3 Les employés expatriés des titulaires des contrats pétroliers et de leurs sous-traitants ont le droit d'importer en République de Côte d'Ivoire en franchise de tous droits et taxes d'entrée, leurs effets personnels et domestiques nécessaires à leurs propres besoins, lors de leur première installation. Ils peuvent également importer un véhicule automobile à usage personnel sous le régime de l'admission temporaire.

79.4 Lorsque les marchandises importées au titre des alinéas 1 et 3 ci-dessus cessent d'être directement affectées aux opérations pétrolières, ou à l'usage personnel des employés expatriés, et demeurent en République de Côte d'Ivoire, elles ne bénéficient plus des avantages douaniers prévus au présent article et les droits et taxes dont le titulaire du contrat pétrolier, ses sous-traitants ou employés seraient redevables sont calculés sur la valeur réelle desdites marchandises à la date de leur mise à la consommation. Dans le cas de l'admission temporaire, la récupération est faite sur la fraction des droits et taxes dont la perception est suspendue.

79.5 Les importations et exportations sont assujetties à toutes les formalités requises par l'Administration des Douanes pour l'importation des marchandises destinées aux opérations pétrolières, et pour dispenser de l'inspection qualitative, quantitative et de la comparaison des prix pour les matériels, machines et équipements destinés aux opérations pétrolières.

Article 80

Les titulaires de contrats pétroliers ont le droit d'exporter en exonération de tous droits et taxes de sorties la fraction des hydrocarbures leur revenant au titre des contrats pétroliers.

CHAPITRE 3 DE LA REGLEMENTATION DES CHANGES

Article 81

Sous réserve du respect des dispositions en vigueur en matière de réglementation des changes et des dérogations accordées par le gouvernement, les titulaires de contrats pétroliers peuvent bénéficier des garanties suivantes :

- Droit d'ouvrir et d'opérer en République de Côte d'Ivoire et à l'étranger des comptes en monnaie locale et étrangère ;
- Droit d'encaisser les fonds acquis ou empruntés à l'étranger, y compris les recettes provenant des ventes de leur quote-part de production, et d'en disposer librement, dans la limite des montants excédant leurs obligations fiscales et leurs besoins locaux pour les opérations pétrolières en République de Côte d'Ivoire ;
- Droit de transférer à l'étranger, les recettes des ventes locales d'hydrocarbures, (si elles excèdent les besoins locaux), les dividendes et produits de toute nature des capitaux investis ainsi que les produits de la liquidation ou de la réalisation de leurs avoirs ;
- Droit de payer directement à l'étranger, les fournisseurs non domiciliés en Côte d'Ivoire de biens et de services nécessaires à la conduite des opérations pétrolières ;

- Droit de libre convertibilité entre la monnaie nationale et les devises étrangères convertibles pour toutes les opérations de change se rapportant aux opérations pétrolières. La garantie de libre convertibilité entre la monnaie nationale et les devises étrangères convertibles est régie par les traités internationaux intégrant la zone franc et l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA). Au personnel expatrié employé par le titulaire d'un contrat pétrolier résidant en République de Côte d'Ivoire, sont garantis la libre conversion et le libre transfert dans leur pays d'origine de tout ou partie des sommes qui leur sont dues sous réserve d'avoir acquitté les impôts et cotisations diverses qui leur sont applicables conformément à la réglementation en vigueur. Le contrat pétrolier peut stipuler que les sous-traitants de nationalité étrangère du titulaire du contrat pétrolier et leurs employés expatriés sont bénéficiaires des mêmes garanties.

Article 82

Les conditions d'application du présent titre sont fixées, en tant que de besoin, par décret, et, le cas échéant, dans le contrat pétrolier.

TITRE VIII DE LA LOI, DU CONTENTIEUX, DES INFRACTIONS ET DES PENALITES

Article 83

Les titulaires de contrats pétroliers et d'autorisations de reconnaissance sont soumis aux lois et règlements de la République de Côte d'Ivoire.

Article 84

Le contrat pétrolier peut prévoir des régimes particuliers en matière de force majeure et de stabilité des conditions, notamment en cas d'aggravation des conditions de son exécution résultant de l'intervention en République de Côte d'Ivoire d'une législation ou d'une réglementation postérieure à sa date d'entrée en vigueur.

Article 85

Les tribunaux ivoiriens sont compétents pour connaître des délits ou infractions dont se rendraient coupables les titulaires de contrats pétroliers ou leurs sous-traitants, ainsi que leurs préposés ou employés. Toutefois, le contrat pétrolier peut comporter une clause prévoyant une procédure de conciliation et d'arbitrage en vue du règlement de tout différend éventuel entre l'Etat et le titulaire étranger du contrat pétrolier concernant l'interprétation ou l'application de ce dernier.

Article 86

Les infractions aux dispositions de la présente loi et aux textes pris pour son application sont constatées par procès-verbaux établis par des fonctionnaires assermentés et habilités à cet effet. Ces infractions sont punies d'une amende suivant les cas de 500 000 à 200 000 000 de francs CFA. En cas de récidive, le montant de l'amende est doublé.

Article 87

En cas de violation grave des dispositions de la présente loi et des textes d'application ou de celles du contrat pétrolier, et après une mise en demeure du titulaire de ce dernier par le gouvernement, non suivie d'effet dans le délai stipulé au contrat pétrolier, l'Etat peut prononcer la déchéance du contrat par décret et, s'il y a lieu, le retrait des autorisations de recherche et d'exploitation y afférentes.

TITRE IX DISPOSITIONS DIVERSES ET TRANSITOIRES

Article 88

La présente loi est applicable aux contrats pétroliers qui seront signés à compter de sa promulgation. Les contrats pétroliers en vigueur à la date de promulgation de la présente loi ainsi que les titres miniers et les autorisations y afférents, restent valables pour la durée de validité d'octroi et de renouvellement d'autorisation de recherche ou d'exploitation au titre desdits contrats.

Article 89

La société d'Etat, mandatée en raison de ses attributions pour effectuer des opérations pétrolières, soit pour le compte de l'Etat, soit pour son propre compte et ses sous-traitants, bénéficie des mêmes obligations que le titulaire d'un contrat pétrolier, notamment en ce qui concerne les dispositions fiscales, douanières et de réglementation des changes prévues dans la présente loi et ses textes d'application.

Article 91

Sont abrogées toutes dispositions antérieures contraires à la présente loi notamment :

- la loi n°70-489 du 3 août 1970, portant code pétrolier ;
- l'article 7 de l'ordonnance n° 70-501 du 12 août 1970 portant aménagement fiscaux;
- la loi N°92-962 du 23 décembre 1992 relative aux contrats pétroliers.

Article 92

Les modalités d'application de la présente loi feront l'objet, en tant que de besoin, de décret pris en Conseil des ministres.

Article 93

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat et publiée au Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire.

Fait à Abidjan, le

Henri Konan BEDIE

Annexe 6 : Affaire Doe v. Walt-Mart Stores, Inc., décision de première instance

Source : <http://www.iradvocates.org>, site de l'organisation « International

Rights Advocates »

**UNITED STATES DISTRICT COURT
CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA**

<p>JANE DOE, et al., Plaintiff(s), v. WAL- MART STORES, INC., Defendant</p>

CASE NO: CV 05-7307-AG
(MANx)

**ORDER GRANTING
DEFENDANT’S MOTION TO
DISMISS PLAINTIFFS’ FIRST
AMENDED COMPLAINT**

This action involves the alleged failure of Defendant Wal-Mart Stores, Inc. to adequately monitor its suppliers' factories in foreign countries to ensure that the suppliers are treating their employees fairly. Defendant's Motion to Dismiss Plaintiffs' First Amended Complaint is GRANTED with leave to amend.

BACKGROUND

**THIS CONSTITUTES NOTICE OF ENTRY AS REQUIRED BY FRCP,
RULES 77(d).**

The facts in this background section are taken from the allegations of the First Amended Complaint (“Complaint”), which the Court must accept as true in this motion. Defendant is the largest retailer in the world, selling discounted merchandise at stores in the United States and internationally, including more than 140 stores in California. (Complaint 13:8-12.) In 1992, Defendant developed a code of conduct for its suppliers known as the "Standards for Suppliers" ("the Standards") and incorporated the Standards into its supply contracts with foreign suppliers. (Complaint 14:2-7.) The Standards require foreign suppliers to adhere to all local laws and industry standards. (Complaint Exhibit A.) In addition, the Standards require suppliers to comply with various labor and employment conditions, including requirements regarding compensation, hours of labor, forced labor, child labor, discrimination, and freedom of association. (Complaint Exhibit A.) To ensure suppliers' compliance with the Standards, Defendant reserves the right to make periodic, unannounced inspections of suppliers' factories. (Complaint Exhibit A.) Each supplier acknowledges that failure to comply with the Standards can result in cancellation of orders and refusal by Defendant to do business with the supplier. (Complaint 17:2-5.) Suppliers also agree to post a local-language copy of the Standards in their factories for their employees to read. (Complaint 17: 5-6.)

In public announcements, Defendant claims that its purpose in requiring compliance with the Standards is to encourage suppliers to make changes that improve the lives of workers in foreign factories. (Complaint 19:26-20: 1.) Defendant claims that it conducts business with suppliers who are complying with the Standards. (Complaint 14:13-14.) Defendant also advertises that the Standards help to improve working conditions around the world and that it does not condone violations of the Standards. (Complaint 20:6-12.)

But Plaintiffs claim that Defendant's efforts to ensure that suppliers comply with the Standards are inadequate. To monitor compliance with the Standards, Defendant conducts a factory inspection program with a color-coded assessment scheme. (Complaint 15:19-20.) Factories with critical violations are failed, those with high-risk violations are given a red rating, those with medium-risk violations are given a yellow rating, and those with low-risk violations are given a green rating. (Complaint 15:20-22.) Defendant continues to purchase products from factories with red ratings, only suspending orders after two consecutive red ratings. (Complaint 15:23-27.) Defendant can restore purchasing from these factories if they receive a yellow rating. (Complaint 15:27-28.)

In 2004, only 8% of Defendant's audits were unannounced, and workers were often coached on the answers to give inspectors. (Complaint 16: 1-4.) A former inspector for Defendant has claimed that the inspectors are pressured to produce positive reports for factories to avoid disruption of Defendant's business. (Complaint 16: 12-16.) Defendant knows that its auditing process can often be the main enforcement mechanism because labor laws are not routinely enforced in many of the foreign countries its suppliers have factories. (Complaint 19: 18-23.) Additionally, Plaintiffs believe Defendant imposes difficult price and time requirements on suppliers that force suppliers to violate the Standards. (Complaint 16: 19-20.)

The non-California Plaintiffs are workers in Defendant's suppliers' garment factories in China, Bangladesh, Indonesia, Swaziland, and Nicaragua. (Complaint 1:10-13.) The non-California Plaintiffs have suffered from various poor working conditions, including excessive hours or days of work, withheld pay, confiscation of withheld pay, overtime without pay, less than minimum-wage pay, denial of overtime pay, less than required rest periods, lack of safety equipment, denial of maternity benefits, discrimination because of union activities, and physical abuse. (Complaint 20:21-30:20.)

The California Plaintiffs are employees of Defendant's competitors in Southern California. (Complaint 30:22-25.) Their employers were placed at an unfair competitive disadvantage because of Defendant's actions. (Complaint 30:25-28.) The California Plaintiffs lost pay and benefits because their employers were forced to reduce employee benefits to compete with Defendant. (Complaint 30:22-31:6.)

After Defendant filed its Motion to Dismiss Plaintiffs' First Amended Complaint ("Motion") seeking to dismiss all claims for relief, an Opposition and Reply were filed. The Court has also accepted briefing from amici curiae supporting Defendant's Motion, and Plaintiffs have filed briefing opposing the amici curiae. Plaintiffs refer to their claims as "Causes of Action," but here in federal court and this Order, the proper phrase "Claims for Relief" is used.

DISCUSSION

1 LEGAL STANDARD.

Under Federal Rule of Civil Procedure 12(b)(6), a complaint must be dismissed when a plaintiff's allegations fail to state a claim upon which relief can be granted. The Court must construe the complaint liberally, and dismissal should not be granted unless "it appears beyond doubt that the plaintiff can prove no set of facts in support of his claim which would entitle him to relief." Conley v. Gibson, 355 U.S. 41,45-46,78 S. Ct. 99, 101-102 (1957); see Balistreri v. Pacifica Police Dept., 90 1 F.2d 696, 699 (9th Cir. 1990) (stating that a complaint should be dismissed only when it lacks a "cognizable legal theory" or sufficient facts to support such a theory). The Court must accept as true all factual allegations in the complaint and must draw all reasonable inferences from those allegations,

construing the complaint in the light most favorable to the plaintiff. Westland Water Dist. v. Firebaunh Canal, 10 F.3d 667,670 (9th Cir. 1993); Balistreri, 901 F.2d at 699. Dismissal without leave to amend is appropriate only when the Court is satisfied that the deficiencies of the complaint could not possibly be cured by amendment. Jackson v. Carey, 353 F.3d 750,758 (9th Cir. 1003) (citing Cham v. Chen, 80 F.3d 1293, 1296 (9th Cir. 1996)); Lopez v. Smith, 203 F.3d 1 122, 1127 (9th Cir. 2000); Polich v. Burlington Northern. Inc., 942 F.2d 1467, 1472 (9th Cir. 1991).

2. THE FIRST, SECOND AND THIRD CLAIMS FOR RELIEF FAIL TO ALLEGE BREACH OF CONTRACT.

In their first, second, and third claims for relief, the non-California Plaintiffs allege that Defendant breached its supplier contracts by failing to adequately monitor supplier factories. Plaintiffs claim that they were intended third-party beneficiaries of Defendant's promise to enforce the suppliers' compliance with the Standards. But Plaintiffs' factual allegations do not support this legal conclusion.

There is some disagreement between the parties about whether Arkansas or California law applies to the contract claims. But Plaintiffs and Defendant agree that both jurisdictions follow the Restatement of Contracts regarding third-party beneficiaries and that the choice of law would not affect the analysis.

"A promise in a contract creates a duty in the promisor to any intended beneficiary to perform the promise, and the intended beneficiary may enforce the duty." Restatement (Second) of Contracts §304 (1981). Thus, the third-party beneficiary can enforce such a contract against the party that made the promise (the promisor) and cannot enforce the contract against the party that bargained for the promise (the promisee). "The only category of cases mentioned in the Restatement where the beneficiary may maintain an action against the promisee is where the beneficiary had a previous enforceable claim against the promisee and the promisor essentially assumed the promisee's obligation." District of Columbia v. Campbell, 580 A.2d 1295,1302 (D.C. 1990).

Based on the allegations in the complaint and the copy of the Standards attached as Exhibit A to the complaint, Plaintiffs have asserted facts showing Defendant's intent to benefit foreign factory workers (Plaintiffs) through the incorporation of the Standards into the supply contracts. But under these facts, it is the suppliers who have made the promise to comply with the Standards. Therefore, Plaintiffs' breach of contract claims would lie against the suppliers (the promisors) and not Defendant (the promisee).

Plaintiffs apparently recognize this problem with their breach of contract theory but argue that it is a long-discarded principle, citing Johnson v. HolmesTuttle Lincoln-Mercury, Inc., 160 Cal. App. 2d 290,297 (1958) ("It is no objection to the maintenance of an action by a third party that a suit might be brought also against the one to whom the promise was made."). But the language quoted from Johnson does nothing to support plaintiffs' contention. The court merely recognized that the ability of a third-party beneficiary to sue the promise on a previous claim does not prevent the third-party from alternatively suing the promisor.

Plaintiffs do not rely solely on this argument. Instead, Plaintiffs' main contention is that Defendant made separate promises in these same supplier contracts to monitor and enforce the suppliers' compliance with the Standards. But the Complaint's factual allegations do not support this argument. Plaintiffs have not pointed the Court to any alleged contract terms that would show Defendant made such promises. Instead, Plaintiffs point to contractual language giving Defendant the right to inspect factories and language stating Defendant's intention to inspect factories and monitor

compliance. None of these statements are sufficient to show Defendant's contractual promise or contractual obligation to undertake inspections and monitoring programs.

The existence of such a contractual promise flowing from Defendant to the suppliers is improbable given the nature of the contracts. As previously explained, Plaintiffs claim that Defendant, to boost its image with consumers, extracted a promise from suppliers to comply with the Standards. But it more than strains logic to think that the suppliers would have been motivated to bargain for a counter-promise from Defendant to enforce the suppliers' contractual promise to comply. It is sufficiently difficult just to articulate such a concept. Plaintiffs do not even make such reality-bending allegations regarding the suppliers' motivation or intent, focusing instead on Defendant's intent.

As Defendant points out, Plaintiffs focus on the wrong party's intent. Under the Restatement, a beneficiary is an intended beneficiary if "the circumstances indicate that the promisee intends to give the beneficiary the benefit of the promised performance." Restatement (Second) of Contracts §302 (1981) (emphasis added). Thus, under Plaintiffs' theory that Defendant was a promisor, the intent of the suppliers (the promisees) to extract a promise for the benefit of Plaintiffs would be the more relevant consideration for analyzing intended third party beneficiaries. Essentially, it is Plaintiffs' failure to allege a contractual promise enforceable by the suppliers against Defendant that prevents Plaintiffs from alleging a proper breach of contract claim as a third-party beneficiary. See Marina Tenants Ass'n v. Deauville Marina Dev. Co., 181 Cal. App. 3d 122, 132 (1986) ("A third-party beneficiary cannot assert greater rights than those of the promisee under the contract.").

The cases relied upon by Plaintiffs are factually distinguishable because the defendants in those cases made bargained-for contractual promises to monitor third-party entities. See. e.g., Chen v. Street Beat Sportswear. Inc., 226 F. Supp. 2d 355,358. (E.D.N.Y. 2002) (analyzing the defendant's contractual promise with the United States Department of Labor to monitor another entity's labor practices).

Defendant's Motion to Dismiss the first, second, and third claims for relief is GRANTED with leave to amend.

3. THE FOURTH, FIFTH, AND SIXT, CLAIMS FOR RELIEF FAIL TO ALLEGE NEGLIGENCE.

The non-California Plaintiffs assert several claims for relief under negligence theories. Specifically, Plaintiffs allege negligence, negligence per se, and negligent hiring and supervision. The essence of these negligence allegations is not that Defendant, through vicarious liability, is responsible for its suppliers' negligence. On the contrary, Plaintiffs claim that the suppliers intentionally mistreated their employees. The negligence claim presented is essentially a claim that Defendant was negligent in the way it conducted business with its suppliers. Plaintiffs believe Defendant was negligent in the way it made supply contracts and carried through with the performance of those contracts. And as a result of this alleged negligence, Plaintiffs claim they were injured by the intentional conduct of their employers.

Although Plaintiffs argue various theories of negligence in their briefing, including negligent retention of control and negligent undertaking, none of these theories can extend liability to Defendant for the actions of the suppliers against Plaintiffs in this case. Plaintiffs present no authority for finding that Defendant had a duty toward Plaintiffs under these circumstances. The duty Plaintiffs seek to enforce would be a duty of a retailer to be reasonably careful when contracting with suppliers to prevent intentional labor violations by those suppliers.

Plaintiffs' legal authority for its claims of negligence does not support the imposition of such a duty on Defendant. Plaintiff cites California cases dealing with defendants who hired independent contractors but maintained control over the contractors' work environment. Even assuming Defendant's suppliers could be considered Defendant's independent contractors, these cases are only superficially relevant. These cases involved defendants who negligently exercised control over safety conditions at job sites and affirmatively created work environments with the risk of accident and physical injury. See, e.g., Hooker v. Dep't of Transp., 27 Cal. 4th 198,202 (2002) (analyzing the liability of a defendant whose safety supervisors had allowed a crane operator to unsafely retract the outriggers of his crane numerous times to allow cars to pass); Brown v. Turner Constr. Co., 127 Cal. App. 4th 1334, 1338-39 (2005) (analyzing the liability of a defendant who had supplied safety systems and devices for a job site but had removed those devices before the job was completed). Plaintiffs do not cite any cases where the negligence of the defendant involved the failure to control the intentional actions of another company in managing its workforce.

Plaintiffs' expansive view of the scope of negligence liability, if embraced by the law, would have broad implications. Plaintiffs argue generally for Defendant, and therefore all businesses, to be responsible for the employment conditions for their own workers and all the workers employed by their suppliers. Plaintiffs may believe that Defendant is different because of the size of its business or because Defendant contractually required certain employment conditions from its suppliers. But the law of negligence does not make such distinctions. Plaintiffs' negligence claims go well beyond the recognized limits of liability and cannot be accepted.

Defendant's Motion to Dismiss the fourth, fifth, and sixth claims for relief is GRANTED with leave to amend.

4. THE SEVENTH AND TENTH CLAIMS FOR RELIEF FAIL TO ALLEGE UNJUST ENRICHMENT.

In their seventh and tenth claims for relief, the California Plaintiffs and the non-California Plaintiffs allege that Defendant was unjustly enriched through the sub-standard working conditions at Defendant's suppliers. One of the basic requirements for a claim of restitution based on unjust enrichment is that the defendant received a benefit at the expense of the plaintiff. See McBride v. Bourzhton, 123 Cal. App. 4th 379,389 (2004). Plaintiffs present cases that suggest a claim for restitution based on unjust enrichment can be alleged even where the plaintiff did not make a monetary payment to the defendant. See California Fed. Bank v. Matreyek, 8 Cal. App. 4th 125, 132-34 (1992) (finding that a bank conferred a benefit on a customer by sparing the customer the expense of a prepayment penalty, but ultimately denying the bank's claim for restitution). But Plaintiffs do not present any authority for applying an unjust enrichment theory to the facts alleged in this case. The supposed connection between Defendant's alleged benefit and the expense suffered by Plaintiffs is very attenuated. The non-California Plaintiffs allege that Defendant benefitted through a business relationship with their employers, who did not compensate them adequately. The California Plaintiffs allege that Defendant benefitted through a competitive relationship with their employers, who were forced to reduce their compensation. Plaintiffs do not present any authority to allow a claim for restitution based on unjust enrichment where the financial connection between the parties is so remote.

Defendant's Motion to Dismiss the seventh and tenth claims for relief is GRANTED with leave to amend.

5. THE EIGHTH AND NINTH CLAIMS FOR RELIEF FAIL TO ALLEGE A VIOLATION OF CALIFORNIA UNFAIR COMPETITION LAW.

Plaintiffs' eighth and ninth claims for relief allege that Defendant violated California Business and Professions Code Section 17200 et seq. ("Section 17200"). The essence of Plaintiffs' claims is that Defendant deceived consumers with its advertising. Defendant advertised that it was only using responsible suppliers that met the Standards, while in reality, Defendant was not adequately enforcing the Standards and allowed its suppliers to commit labor violations. Therefore, Plaintiffs' eighth and ninth claims for relief are claims of consumer deception or false advertising under Section 17200. To the extent the non-California Plaintiffs are alleging violations of Section 17200 based on conduct that occurred in factories in foreign countries, such conduct is not within the reach of the statute. See Norwest Mortgage, Inc. v. Superior Court, 72 Cal. App. 4th 214, 222 (1999) (finding that Section 17200 did not apply to non-California Plaintiffs for conduct occurring outside California).

Following voter approval of Proposition 64 in 2004, a private plaintiff under Section 17200 must be someone "who has suffered injury in fact and has lost money or property as a result of such unfair competition." Cal. Bus. & Prof. Code § 17204. Plaintiffs fail to meet this requirement. Plaintiffs do not allege facts showing that they lost money "as a result of" Defendant's false or deceptive advertising. Plaintiffs do not even claim to be consumers of Defendant's products. Instead, Plaintiffs claim to have lost money as a result of the independent actions of their employers, who were influenced by Defendant's actions. This is not the type of injury that occurs "as a result of" false or deceptive advertising.

Although the California Supreme Court has yet to address the issue, district courts in California have considered the meaning of "as a result of" in the context of consumer deception following Proposition 64. The district courts have not agreed on whether a consumer must show reliance on the false or misleading statement to be a proper plaintiff. Compare Laster v. T-Mobile USA, Inc., 407 F. Supp. 2d 118, 119 (S.D. Cal. 2005) (requiring reliance), with Anunziato v. eMachines, Inc., 402 F. Supp. 2d 113, 113-39 (C.D. Cal. 2005) (not requiring reliance). Despite the differing opinion regarding reliance, neither case supports finding an injury in fact in a consumer deception case when the plaintiff is not a consumer. Plaintiffs have not shown any legal authority for such an extension of a consumer protection law.

Defendant's Motion to Dismiss the eighth and ninth claims for relief is GRANTED with leave to amend.

6. THE ELEVENTH CLAIM FOR RELIEF FAILS TO ALLEGE A VIOLATION OF THE ALIEN TORT STATUTE.

In the eleventh claim for relief, two of the non-California Plaintiffs allege violations of 28 U.S.C. section 1350, the Alien Tort Statute ("ATS"). Plaintiffs base their claim on allegations that Defendant aided abetted the suppliers in withholding Plaintiffs' pay and thereby forcing Plaintiffs to work without compensation.

The Supreme Court has found that the ATS provides a cause of action for a modest number of international law violations. Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692,724 (2004). Federal courts should not recognize claims "for violations of any international law norm with less definite content and acceptance among civilized nations than the historical paradigms familiar when § 1350 was enacted." *Id.* at 732. In explaining this standard, the Supreme Court cited with approval the reasoning of

federal courts and judges who had found that the ATS only reached a handful of heinous actions that violate definable and universal norms of conduct. *Id.* (citing Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 F.2d 774,781 (D.C. Cir. 1984) (Edwards, J., concurring)). Whether a particular action would support a claim under the ATS also involves "judgment about the practical consequences of making that cause available to litigants in the federal courts." *Id.* at 732-33.

Plaintiffs present no authority to support their contention that arbitrarily withholding an employee's pay is equivalent to the limited and heinous conduct found actionable under the ATS. Plaintiffs' reliance on cases involving "forced labor" is misplaced. These cases involved involuntary labor and physical coercion. *See, e.g., Iwanowa v. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d 424,433-34 (D.N.J. 1999) (involving a plaintiff who was abducted by Nazis troops in Russia and sent to work in a plant in Germany under the threat of violence). Here Plaintiffs only allege that some of their pay was withheld and that they were "forced" to endure such treatment because of their economic circumstances.

Although the Court is sympathetic to the plight of Plaintiffs, the ATS is not the appropriate avenue for relief. As the Supreme Court has instructed in *Sosa*, the federal courts should be mindful of practical consequences before opening the federal courts to new claims under the ATS. Plaintiffs' theory of liability would have broad implications if accepted. Such a rule would support a federal claim for relief whenever any employee was denied pay or otherwise subject to economic coercion while living under difficult economic circumstances.

Defendant's Motion to Dismiss the eleventh claim for relief is GRANTED with leave to amend.

DISPOSITION

For all the reasons stated, Defendant's Motion to Dismiss is GRANTED with leave to amend. If Plaintiffs desire to do so, they shall file an amended complaint within 21 days of this order setting forth adequate allegations against Defendant. The amended complaint shall be complete in and of itself, and shall not incorporate by reference any prior pleading.

IT IS SO ORDERED.

DATED: March 30, 2007

Annexe 7 : Déclaration de Stockholm sur l'environnement

Source : <http://www.unep.org>, site du Programme des Nations Unies pour
l'environnement

Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement

La Conférence des Nations Unies sur l'environnement, s'étant réunie à Stockholm du 5 au 16 juin 1972, et ayant examiné la nécessité d'adopter une conception commune et des principes communs qui inspireront et guideront les efforts des peuples du monde en vue de préserver et d'améliorer l'environnement,

Proclame ce qui suit :

1. L'homme est à la fois créature et créateur de son environnement, qui assure sa subsistance physique et lui offre la possibilité d'un développement intellectuel, moral, social et spirituel. Dans la longue et laborieuse évolution de la race humaine sur la terre, le moment est venu où, grâce aux progrès toujours plus rapides de la science et de la technique, l'homme a acquis le pouvoir de transformer son environnement d'innombrables manières et à une échelle sans précédent. Les deux éléments de son environnement, l'élément naturel et celui qu'il a lui-même créé, sont indispensables à son bien-être et à la pleine jouissance de ses droits fondamentaux, y compris le droit à la vie même.
2. La protection et l'amélioration de l'environnement est une question d'importance majeure qui affecte le bien-être des populations et le développement économique dans le monde entier ; elle correspond au vœu ardent des peuples du monde entier, et constitue un devoir pour tous les gouvernements.
3. L'homme doit constamment faire le point de son expérience et continuer à découvrir, à inventer, à créer et à avancer. Aujourd'hui, ce pouvoir qu'a l'homme de transformer le milieu dans lequel il vit, s'il est utilisé avec discernement, peut apporter à tous les peuples les bien-faits du développement et la possibilité d'améliorer la qualité de la vie. Utilisé abusivement ou inconsidérément, ce même pouvoir peut causer un mal incalculable aux êtres humains et à l'environnement. Les exemples de dommages, de destruction et de dévastation provoqués par l'homme se multiplient sous nos yeux en de nombreuses régions du globe : on constate des niveaux dangereux de pollution de l'eau, de l'air, de la terre et des êtres vivants ; des perturbations profondes et regrettables de l'équilibre écologique de la biosphère ; la destruction et l'épuisement de ressources irremplaçables ; enfin de graves déficiences qui sont dangereuses pour la santé physique, mentale et sociale de l'homme, dans l'environnement qu'il crée, et en particulier dans son milieu de vie et de travail.
4. Dans les pays en voie de développement, la plupart des problèmes de l'environnement sont causés par le sous-développement. Des millions d'hommes continuent à vivre bien au-dessous des niveaux les plus bas compatibles avec une vie humaine décente, privés du nécessaire en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement, le logement, l'éducation, la santé et l'hygiène. En conséquence, les pays en voie de développement doivent orienter leurs efforts vers le développement, en tenant compte de leurs priorités et de la nécessité de préserver et d'améliorer l'environnement. Dans les pays industrialisés, les problèmes de l'environnement sont généralement liés à l'industrialisation et au développement des techniques. Dans le même but, les pays

industrialisés doivent s'efforcer de réduire l'écart entre eux et les pays en voie de développement.

5. L'augmentation naturelle de la population pose sans cesse de nouveaux problèmes pour la préservation de l'environnement et il faudrait adopter, selon que de besoin, des politiques et des mesures appropriées pour régler ces problèmes. Les hommes sont ce qu'il y a de plus précieux au monde. C'est le peuple qui anime le progrès social et crée la richesse de la société, qui développe la science et la technique et, par son dur travail, transforme sans cesse l'environnement. Avec le progrès social et l'évolution de la production, de la science et de la technique, l'aptitude de l'homme à améliorer son environnement se renforce chaque jour.
6. Nous sommes à un moment de l'histoire où nous devons orienter nos actions dans le monde entier en songeant davantage à leurs répercussions sur l'environnement. Nous pouvons, par ignorance ou par négligence, causer des dommages considérables et irréversibles à l'environnement terrestre dont dépendent notre vie et notre bien-être. En revanche, en approfondissant nos connaissances et en agissant plus sagement, nous pouvons assurer, à nous-mêmes et à notre postérité, des conditions de vie meilleures dans un environnement mieux adapté aux besoins et aux aspirations de l'humanité. Il existe de larges perspectives pour l'amélioration de la qualité de l'environnement et la création d'une vie heureuse. Il faut de l'enthousiasme, mais aussi du sang-froid ; des efforts intenses, mais aussi une action ordonnée. Pour jouir librement des bienfaits de la nature, l'homme doit tirer parti de ses connaissances en vue de créer, en coopération avec elle, un environnement meilleur. Défendre et améliorer l'environnement pour les générations présentes et à venir est devenu pour l'humanité un objectif primordial, une tâche dont il faudra coordonner et harmoniser la réalisation avec celle des objectifs fondamentaux déjà fixés de paix et de développement économique et social dans le monde entier.
7. Pour que ce but puisse être atteint, il faudra que tous, citoyens et collectivités, entreprises et institutions, à quelque niveau que ce soit, assument leurs responsabilités et se partagent équitablement les tâches. Les hommes de toutes conditions et les organisations les plus diverses peuvent, par les valeurs qu'ils admettent et par l'ensemble de leurs actes, déterminer l'environnement de demain. Les autorités locales et les gouvernements auront la responsabilité principale des politiques et de l'action à mener en matière d'environnement dans les limites de leur juridiction. Une coopération internationale n'est pas moins nécessaire pour réunir les ressources nécessaires afin d'aider les pays en voie de développement à s'acquitter de leurs responsabilités dans ce domaine. Un nombre toujours plus élevé de problèmes d'environnement, de portée régionale ou mondiale ou touchant au domaine international commun, exigeront une coopération étendue entre les pays et une action de la part des organisations internationales dans l'intérêt de tous. La Conférence demande aux gouvernements et aux peuples d'unir leurs efforts pour préserver et améliorer l'environnement, dans l'intérêt des peuples et des générations futures.

Principes

Exprime la conviction commune que :

Principe 1

L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures. A cet égard, les politiques qui encouragent ou qui perpétuent l'apartheid, la ségrégation raciale, la discrimination, les formes, coloniales et autres, d'oppression et de domination étrangères sont condamnées et doivent être éliminées.

Principe 2

Les ressources naturelles du globe, y compris l'air, l'eau, la terre, la flore et la faune, et particulièrement les échantillons représentatifs des écosystèmes naturels, doivent être préservés dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon que de besoin.

Principe 3

La capacité du globe de produire des ressources renouvelables essentielles doit être préservée et, partout où cela est possible, rétablie ou améliorée.

Principe 4

L'homme a une responsabilité particulière dans la sauvegarde et la sage gestion du patrimoine constitué par la flore et la faune sauvages et leur habitat, qui sont aujourd'hui gravement menacés par un concours de facteurs défavorables. La conservation de la nature, et notamment de la flore et de la faune sauvages, doit donc tenir une place importante dans la planification pour le développement économique.

Principe 5

Les ressources non renouvelables du globe doivent être exploitées de telle façon qu'elles ne risquent pas de s'épuiser et que les avantages retirés de leur utilisation soient partagés par toute l'humanité.

Principe 6

Les rejets de matières toxiques ou d'autres matières et les dégagements de chaleur en des quantités ou sous des concentrations telles que l'environnement ne puisse plus en neutraliser les effets doivent être interrompus de façon à éviter que les écosystèmes ne subissent des dommages graves ou irréversibles. La lutte légitime des peuples de tous les pays contre la pollution doit être encouragée.

Principe 7

Les Etats devront prendre toutes les mesures possibles pour empêcher la pollution des mers par des substances qui risquent de mettre en danger la santé de l'homme, de nuire aux ressources biologiques et à la vie des organismes marins, de porter atteinte aux agréments naturels ou de nuire à d'autres utilisations légitimes de la mer.

Principe 8

Le développement économique et social est indispensable si l'on veut assurer un environnement propice à l'existence et au travail de l'homme et créer sur la terre des conditions nécessaires à l'amélioration de la qualité de la vie.

Principe 9

Les déficiences de l'environnement imputables à des conditions de sous- développement et à des catastrophes naturelles posent des problèmes graves, et le meilleur moyen d'y remédier est d'accélérer le développement par le transfert d'une aide financière et technique substantielle pour compléter l'effort national des pays en voie de développement et l'assistance fournie en tant que de besoin.

Principe 10

Pour les pays en voie de développement, la stabilité des prix et une rémunération adéquate pour les produits de base et les matières premières sont essentielles pour la gestion de l'environnement, les facteurs économiques devant être retenus au même titre que les processus écologiques.

Principe 11

Les politiques nationales d'environnement devraient renforcer le potentiel de progrès actuel et futur des pays en voie de développement, et non l'affaiblir ou faire obstacle à l'instauration de meilleures conditions de vie pour tous. Les Etats et les organisations internationales devraient prendre les mesures voulues pour s'entendre sur les moyens de parer aux conséquences économiques que peut avoir, au niveau national et international, l'application de mesures de protection de l'environnement.

Principe 12

Il faudrait dégager des ressources pour préserver et améliorer l'environnement, compte tenu de la situation et des besoins particuliers des pays en voie de développement et des dépenses que peut entraîner l'intégration de mesures de préservation de l'environnement dans la planification de leur développement, et aussi de la nécessité de mettre à leur disposition à cette fin, sur leur demande, une assistance internationale supplémentaire, aussi bien technique que financière.

Principe 13

Afin de rationaliser la gestion des ressources et ainsi d'améliorer l'environnement, les Etats devraient adopter une conception intégrée et coordonnée de leur planification du développement, de façon que leur développement soit compatible avec la nécessité de protéger et d'améliorer l'environnement dans l'intérêt de leur population.

Principe 14

Une planification rationnelle est un instrument essentiel si l'on veut concilier les impératifs du développement et la nécessité de préserver et d'améliorer l'environnement.

Principe 15

En planifiant les établissements humains et l'urbanisation, il faut veiller à éviter les atteintes à l'environnement et à obtenir le maximum d'avantages sociaux, économiques et écologiques pour tous. A cet égard, les projets conçus pour maintenir la domination du colonialisme et du racisme doivent être abandonnés.

Principe 16

Dans les régions où le taux d'accroissement de la population ou sa concentration excessive sont de nature à exercer une influence défavorable sur l'environnement ou le développement, et dans celles où la faible densité de population risque d'empêcher toute amélioration de

l'environnement et de faire obstacle au développement, il faudrait mettre en œuvre des politiques démographiques qui respectent les droits fondamentaux de l'homme et qui soient Jugées adéquates par les gouvernements intéressés.

Principe 17

Il convient que des institutions nationales appropriées soient chargées de planifier, de gérer ou de réglementer l'utilisation des ressources de l'environnement dont disposent les Etats, en vue d'améliorer la qualité de l'environnement.

Principe 18

Il convient de recourir à la science et à la technique, dans le cadre de leur contribution au développement économique et social, pour déceler, éviter ou limiter les dangers qui menacent l'environnement et résoudre les problèmes qu'il pose, et d'une manière générale pour le bien de l'humanité.

Principe 19

Il est essentiel de dispenser un enseignement sur les questions d'environnement aux jeunes générations aussi bien qu'aux adultes, en tenant dûment compte des moins favorisés, afin de développer les bases nécessaires pour éclairer l'opinion publique et donner aux individus, aux entreprises et aux collectivités le sens de leurs irresponsabilités en ce qui concerne la protection et l'amélioration de l'environnement dans toute sa dimension humaine. Il est essentiel aussi que les moyens d'information de masse évitent de contribuer à la dégradation de l'environnement et, au contraire, diffusent des informations de caractère éducatif sur la nécessité de protéger et d'améliorer l'environnement afin de permettre à l'homme de se développer à tous égards.

Principe 20

On devra encourager dans tous les pays, notamment dans les pays en voie de développement, la recherche scientifique et les activités de mise au point technique, dans le contexte des problèmes d'environnement, nationaux et multinationaux. A cet égard, on devra encourager et faciliter la libre circulation des informations les plus récentes et le transfert des données d'expérience, en vue d'aider à la solution des problèmes d'environnement ; on devra mettre les techniques intéressant l'environnement à la disposition des pays en voie de développement, à des conditions qui en encouragent une large diffusion sans constituer pour eux une charge économique.

Principe 21

Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.

Principe 22

Les Etats doivent coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution et d'autres dommages écologiques que les activités menées dans les limites de la juridiction de ces Etats ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction.

Principe 23

Sans préjudice des critères qui pourront être retenus par la communauté internationale, ni des normes qui devront être définies à l'échelon national, il faudra dans tous les cas tenir compte des échelles de valeurs prévalant dans chaque pays et de l'applicabilité de normes qui sont valables pour les pays les plus avancés mais qui peuvent ne pas être adaptées aux pays en voie de développement, et être pour ces pays d'un coût social injustifié.

Principe 24

Les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits sur un pied d'égalité. Une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés est indispensable pour limiter efficacement, prévenir, réduire et éliminer les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce dans le respect de la souveraineté et des intérêts de tous les Etats.

Principe 25

Les Etats doivent veiller à ce que les organisations internationales jouent un rôle coordonné, efficace et dynamique dans la préservation et l'amélioration de l'environnement.

Principe 26

Il faut épargner à l'homme et à son environnement les effets des armes nucléaires et de tous autres moyens de destruction massive. Les Etats doivent s'efforcer, au sein des organes internationaux appropriés, d'arriver, dans les meilleurs délais, à un accord sur l'élimination et la destruction complète de telles armes.

Annexe 8 : Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement
Source : <http://www.un.org>, site des Nations Unies

DÉCLARATION DE RIO SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT

La Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement,
Réunie à Rio de Janeiro du 3 au 14 juin 1992,

Réaffirmant la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement adoptée à Stockholm le 16 juin 1972, et cherchant à en assurer le prolongement,

Dans le but d'établir un partenariat mondial sur une base nouvelle et équitable en créant des niveaux de coopération nouveaux entre les Etats, les secteurs clefs de la société et les peuples,

Œuvrant en vue d'accords internationaux qui respectent les intérêts de tous et protègent l'intégrité du système mondial de l'environnement et du développement,

Reconnaissant que la Terre, foyer de l'humanité, constitue un tout marqué par l'interdépendance,

Proclame ce qui suit :

PRINCIPE 1

Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature.

PRINCIPE 2

Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale.

PRINCIPE 3

Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures.

PRINCIPE 4

Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément.

PRINCIPE 5

Tous les Etats et tous les peuples doivent coopérer à la tâche essentielle de l'élimination de la pauvreté, qui constitue une condition indispensable du développement

durable, afin de réduire les différences de niveaux de vie et de mieux répondre aux besoins de la majorité des peuples du monde.

PRINCIPE 6

La situation et les besoins particuliers des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés et des pays les plus vulnérables sur le plan de l'environnement, doivent se voir accorder une priorité spéciale. Les actions internationales entreprises en matière d'environnement et de développement devraient également prendre en considération les intérêts et les besoins de tous les pays.

PRINCIPE 7

Les Etats doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Etant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les Etats ont des responsabilités communes mais différenciées. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent.

PRINCIPE 8

Afin de parvenir à un développement durable et à une meilleure qualité de vie pour tous les peuples, les Etats devraient réduire et éliminer les modes de production et de consommation non viables et promouvoir des politiques démographiques appropriées.

PRINCIPE 9

Les Etats devraient coopérer ou intensifier le renforcement des capacités endogènes en matière de développement durable en améliorant la compréhension scientifique par des échanges de connaissances scientifiques et techniques et en facilitant la mise au point, l'adaptation, la diffusion et le transfert de techniques, y compris de techniques nouvelles et novatrices.

PRINCIPE 10

La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré.

PRINCIPE 11

Les Etats doivent promulguer des mesures législatives efficaces en matière d'environnement. Les normes écologiques et les objectifs et priorités pour la gestion de l'environnement devraient être adaptés à la situation en matière d'environnement et de développement à laquelle ils s'appliquent. Les normes appliquées par certains pays peuvent ne pas convenir à d'autres pays, en particulier à des pays en développement, et leur imposer un coût économique et social injustifié.

PRINCIPE 12

Les Etats devraient coopérer pour promouvoir un système économique international ouvert et favorable, propre à engendrer une croissance économique et un développement durable dans tous les pays, qui permettrait de mieux lutter contre les problèmes de dégradation de l'environnement. Les mesures de politique commerciale motivées par des considérations relatives à l'environnement ne devraient pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée aux échanges internationaux. Toute action unilatérale visant à résoudre les grands problèmes écologiques au-delà de la juridiction du pays importateur devrait être évitée. Les mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières ou mondiaux devraient, autant que possible, être fondées sur un consensus international.

PRINCIPE 13

Les Etats doivent élaborer une législation nationale concernant la responsabilité de la pollution et d'autres dommages à l'environnement et l'indemnisation de leurs victimes. Ils doivent aussi coopérer diligemment et plus résolument pour développer davantage le droit international concernant la responsabilité et l'indemnisation en cas d'effets néfastes de dommages causés à l'environnement dans des zones situées au-delà des limites de leur juridiction par des activités menées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle.

PRINCIPE 14

Les Etats devraient concerter efficacement leurs efforts pour décourager ou prévenir les déplacements et les transferts dans d'autres Etats de toutes activités et substances qui provoquent une grave détérioration de l'environnement ou dont on a constaté qu'elles étaient nocives pour la santé de l'homme.

PRINCIPE 15

Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.

PRINCIPE 16

Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement.

PRINCIPE 17

Une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente.

PRINCIPE 18

Les Etats doivent notifier immédiatement aux autres Etats toute catastrophe naturelle ou toute autre situation d'urgence qui risque d'avoir des effets néfastes soudains sur l'environnement de ces derniers. La communauté internationale doit faire tout son possible pour aider les Etats sinistrés.

PRINCIPE 19

Les Etats doivent prévenir suffisamment à l'avance les Etats susceptibles d'être affectés et leur communiquer toutes informations pertinentes sur les activités qui peuvent avoir des effets transfrontières sérieusement nocifs sur l'environnement et mener des consultations avec ces Etats rapidement et de bonne foi.

PRINCIPE 20

Les femmes ont un rôle vital dans la gestion de l'environnement et le développement. Leur pleine participation est donc essentielle à la réalisation d'un développement durable.

PRINCIPE 21

Il faut mobiliser la créativité, les idéaux et le courage des jeunes du monde entier afin de forger un partenariat mondial, de manière à assurer un développement durable et à garantir à chacun un avenir meilleur.

PRINCIPE 22

Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les Etats devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable.

PRINCIPE 23

L'environnement et les ressources naturelles des peuples soumis à oppression, domination et occupation doivent être protégés.

PRINCIPE 24

La guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable. Les Etats doivent donc respecter le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, selon que de besoin.

PRINCIPE 25

La paix, le développement et la protection de l'environnement sont interdépendants et indissociables.

PRINCIPE 26

Les Etats doivent résoudre pacifiquement tous leurs différends en matière d'environnement, en employant des moyens appropriés conformément à la Charte des Nations Unies.

PRINCIPE 27

Les Etats et les peuples doivent coopérer de bonne foi et dans un esprit de solidarité à l'application des principes consacrés dans la présente Déclaration et au développement du droit international dans le domaine du développement durable.

Annexe 9 : Déclaration de Johannesburg sur le développement durable

Source : <http://www.un.org>, site des Nations Unies

Déclaration de Johannesburg sur le développement durable

De nos origines à notre avenir

1. Nous, représentants des peuples du monde, rassemblés à l'occasion du Sommet mondial pour le développement durable Johannesburg (Afrique du Sud) du 2 au 4 septembre 2002, réaffirmons notre engagement en faveur du développement durable.

2. Nous nous engageons à construire une société mondiale humaine, équitable et généreuse, consciente de la nécessité du respect de la dignité humaine de chacun.

3. Au début du présent Sommet, les enfants du monde nous ont dit à leur manière, avec simplicité mais sans ambages, que l'avenir leur appartenait, par suite de quoi ils nous ont tous mis au défi de faire en sorte que, grâce à notre action, ils héritent d'un monde débarrassé des situations indignes et révoltantes qui résultent de la pauvreté de la dégradation de l'environnement et des modes de développement non durables.

4. Comme premier élément de réponse à ces enfants qui représentent notre avenir collectif, nous tous qui sommes venus des quatre coins du monde, riches d'expériences de vie diverses, sommes unis et mus par le sentiment profond que nous devons d'urgence créer un monde nouveau où l'espoir rayonne davantage.

5. Aussi assumons-nous notre responsabilité collective, qui est de faire progresser et de renforcer, aux niveaux local, national, régional et mondial, les piliers du développement durable que sont le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement, qui sont interdépendants et qui se renforcent mutuellement.

6. Depuis le continent africain, berceau de l'humanité et à travers le Plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable et la présente Déclaration, nous nous déclarons responsables les uns envers les autres, responsables envers la communauté des êtres vivants en général et responsables envers nos enfants.

7. Conscients que l'humanité se trouve à un carrefour, nous sommes unis par notre détermination commune é nous efforcer résolument de trouver une réponse positive face é la nécessité de bâtir un plan concret et d'une grande notoriété pour aboutir à l'éradication de la pauvreté et réaliser le développement humain.

De Stockholm à Johannesburg, en passant par Rio de Janeiro

8. Il y a 30 ans, à Stockholm, nous sommes convenus qu'il était urgent d'agir face au problème de la détérioration de l'environnement.¹ Il y a 10 ans, à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, tenue à Rio de Janeiro, nous sommes convenus que la protection de l'environnement et le développement social et économique étaient fondamentaux pour le développement durable², compte tenu des principes de Rio. Pour réaliser ce développement, nous avons adopté le programme mondial intitulé Action 21, ainsi que la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement³, envers lesquels nous réaffirmons notre engagement. La Conférence de Rio a marqué une étape significative

qui a abouti à l'établissement d'un nouveau programme d'action pour le développement durable.

9. Entre Rio et Johannesburg, les nations du monde se sont réunies à l'occasion de plusieurs grandes conférences placées sous les auspices des Nations Unies, y compris la Conférence internationale sur le financement du développement⁴ et la Conférence ministérielle de Doha⁵. Ces conférences ont défini pour le monde une vision globale de l'avenir de l'humanité

10. Au Sommet de Johannesburg, le rassemblement d'une grande diversité de peuples et de points de vue pour rechercher de manière constructive le meilleur chemin à suivre ensemble pour parvenir à un monde où soit respecté et mise en œuvre la vision du développement durable a constitué un résultat important. Le Sommet de Johannesburg a également confirmé que des progrès notables avaient été accomplis dans le sens d'un consensus mondial et d'un partenariat entre toutes les populations de notre planète.

Les défis auxquels nous devons faire face

11. Nous savons bien que l'éradication de la pauvreté et le changement des modes de consommation et de production, ainsi que la protection et la gestion des ressources naturelles en vue du développement économique et social, sont des objectifs primordiaux et des conditions absolues du développement durable.

12. Le profond clivage qui divise la société humaine entre riches et pauvres et le fossé toujours plus large entre le monde développé et le monde en développement font peser une lourde menace sur la prospérité la sécurité et la stabilité mondiales.

13. L'environnement mondial continue d'être malmené. La réduction de la diversité biologique se poursuit, les ressources halieutiques continuent de se réduire, la désertification progresse dans des terres naguère fertiles, les effets préjudiciables du changement climatique sont déjà évidents, les catastrophes naturelles sont de plus en plus fréquentes et dévastatrices et les pays en développement, de plus en plus vulnérables, et la pollution de l'air, de l'eau et du milieu marin continue de priver des millions d'individus d'une existence convenable.

14. La mondialisation a donné une dimension supplémentaire à ces problèmes. L'intégration rapide des marchés, la mobilité des capitaux et l'accroissement sensible des flux d'investissement dans le monde entier créent à la fois de nouveaux défis et de nouvelles possibilités dans la poursuite du développement durable. Mais les avantages et les inconvénients de la mondialisation ne sont pas répartis uniformément, les pays en développement devant faire face à des difficultés particulières dans cette poursuite.

15. Nous risquons de voir ces disparités mondiales se perpétuer et, si nous n'agissons pas d'une manière qui modifie radicalement leur vie, les pauvres de la planète risquent de perdre confiance en leurs représentants et dans les systèmes démocratiques en faveur desquels nous demeurons engagés, en ne voyant plus en leurs représentants que des voix qui parlent en l'air ou qui s'époumonent dans le désert.

Notre engagement en faveur du développement durable

16. Nous sommes déterminés à faire en sorte que la richesse de notre diversité qui est notre force collective, soit mise à profit pour nouer des partenariats constructifs axés sur le changement et visant à atteindre notre objectif commun, le développement durable.

17. Sachant combien il importe de renforcer la solidarité entre les hommes, nous recommandons instamment que soient promus le dialogue et la coopération entre les civilisations et les peuples du monde, sans considération de race, de handicap, de religion, de langue, de culture ou de traditions.

18. Nous nous félicitons que le Sommet de Johannesburg ait été axé sur l'indivisibilité de la dignité humaine et nous sommes résolus à accroître rapidement, en prenant des décisions sur les objectifs, les calendriers et les partenariats, l'accès à des biens ou services aussi élémentaires qu'une eau salubre, des systèmes d'assainissement, un logement convenable, l'énergie, les soins de santé la sécurité alimentaire et la protection de la biodiversité Dans le même temps, nous travaillerons de concert pour nous aider mutuellement à accéder aux ressources financières, à tirer parti de l'ouverture des marchés, à assurer le renforcement des capacités, à utiliser les technologies modernes pour favoriser le développement et à garantir les transferts de technologie, le développement des ressources humaines, l'éducation et la formation, afin que soit banni pour toujours le sous-développement.

19. Nous réaffirmons notre engagement d'accorder une attention particulière et prioritaire à la lutte contre les éléments qui, de par le monde, font peser de graves menaces sur le développement durable de nos peuples, dont la faim chronique, la malnutrition, l'occupation étrangère, les conflits armés, les problèmes liés aux drogues illicites, la criminalité organisée, la corruption, les catastrophes naturelles, le trafic d'armes illicite, la traite des êtres humains, le terrorisme, l'intolérance et l'incitation à la haine raciale, ethnique, religieuse ou autre, la xénophobie et les maladies endémiques, contagieuses et chroniques, en particulier le VIH/sida, le paludisme et la tuberculose.

20. Nous sommes résolus éveiller à ce que le renforcement du pouvoir d'action et l'émancipation des femmes, ainsi que l'égalité des sexes, soient intégrés é toutes les activités que recouvrent Action 21, les objectifs du Millénaire pour le développement ⁶ et le Plan de mise en œuvre du présent Sommet.

21. Nous constatons que la société mondiale dispose des moyens et des ressources nécessaires pour faire face aux défis auxquels l'humanité tout entière doit faire face que sont l'éradication de la pauvreté et le développement durable. Ensemble, nous prendrons des mesures supplémentaires pour garantir que ces ressources disponibles soient utilisées pour le bien de l'humanité

22. A cet égard, pour contribuer à la réalisation de nos buts et objectifs en matière de développement, nous invitons instamment les pays développés qui ne l'ont pas encore fait à consentir des efforts concrets pour atteindre les niveaux d'aide publique au développement convenus à l'échelon international.

23. Nous accueillons favorablement et nous encourageons l'apparition d'alliances et de groupements régionaux plus vigoureux, tels que le Nouveau Partenariat pour le

développement de l'Afrique, visant à promouvoir la coopération régionale, à améliorer la coopération internationale et à favoriser le développement durable.

24. Nous resterons particulièrement attentifs aux besoins en matière de développement des petits Etats insulaires en développement et des pays les moins avancés.

25. Nous réaffirmons que les populations autochtones ont un rôle primordial à jouer dans le développement durable.

26. Nous nous rendons compte que le développement durable exige une perspective à long terme et une large participation à la formulation des politiques, à la prise de décisions et à la mise en œuvre à tous les niveaux. En tant que partenaires sociaux, nous continuerons à œuvrer pour des partenariats stables avec tous les principaux groupes, en respectant les rôles importants et indépendants de chacun d'entre eux.

27. Nous convenons que, dans l'exercice de ses activités légitimes, le secteur privé y compris les grandes entreprises comme les petites, a le devoir de contribuer à l'évolution vers des communautés et des sociétés équitables et durables.

28. Nous convenons également de fournir une assistance en vue d'accroître les possibilités d'emplois générateurs de revenus, en tenant compte de la Déclaration de l'organisation internationale du Travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail.⁷

29. Nous convenons qu'il faut que les entreprises du secteur privé respectent l'obligation de rendre compte, laquelle devrait être établie dans un cadre réglementaire transparent et stable.

30. Nous nous engageons à renforcer et à améliorer la gouvernance à tous les niveaux pour une mise en œuvre efficace d'Action 21, des objectifs du Millénaire pour le développement et du Plan de mise en œuvre du présent Sommet.

L'avenir est au multilatéralisme

31. Pour atteindre nos objectifs de développement durable, il nous faut des institutions internationales et multilatérales plus efficaces, plus démocratiques et plus comptables de leurs actes.

32. Nous réaffirmons notre engagement envers les buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et ceux du droit international, ainsi qu'envers le renforcement du multilatéralisme. Nous sommes favorables à ce que l'organisation des Nations Unies joue un rôle de chef de file, en tant qu'organisation la plus universelle et la plus représentative du monde, qui est la mieux placée pour promouvoir le développement durable.

33. Nous nous engageons également à vérifier à intervalles réguliers que nous progressons vers la réalisation de nos objectifs et de nos buts en matière de développement durable.

De l'intention à l'action

34. Nous convenons qu'il doit s'agir d'un processus ouvert impliquant tous les grands groupes et les gouvernements ayant participé à l'événement historique qu'a constitué le Sommet de Johannesburg.

35. Nous nous engageons à agir ensemble, unis par une même détermination à sauver notre planète, à promouvoir le développement humain et à parvenir à la prospérité et à la paix universelles.

36. Nous nous engageons à l'égard du Plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable et à expédier la réalisation de tous les objectifs socioéconomiques et environnementaux qui y sont formulés et assortis de délais.

37. Depuis le continent africain, berceau de l'humanité nous nous promettons solennellement aux peuples du monde et aux générations qui hériteront de cette Terre de faire en sorte que le développement durable que nous appelons de nos vœux devienne une réalité

[1] Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14 et rectificatif), chap. I.

[2] Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I éIII.

[3] Ibid., vol. I : Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexes I et II.

[4] Rapport de la Conférence internationale sur le financement du développement, Monterrey (Mexique), 18-22 mars 2002 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.02.II.A.7), chap. I, résolution 1, annexe.

[5] Voir A/C.2/56/7, annexe.

[6] Voir résolution 55/2 de l'assemblée générale.

[7] Voir *OIT, Déclaration sur les principes fondamentaux et les droits sur le lieu de travail, adoptée par la Conférence internationale* (Genève, Bureau international du Travail, 1998).

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

A. DICTIONNAIRES

B. AUTRES OUVRAGES

II. MONOGRAPHIES ET THESES

III. ARTICLES

IV. TEXTES OFFICIELS

A. DISPOSITIONS DE DROIT FRANÇAIS

B. CONVENTIONS INTERNATIONALES, CHARTES, DECLARATIONS

C. RESOLUTION DES NATIONS UNIES

D. DISPOSITIONS ETRANGERES

V. JURISPRUDENCE

A. CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (CCI)

B. COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH)

C. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (CIJ)

D. CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS (CIRDI)

E. AUTRES SENTENCES ARBITRALES

F. CONTENTIEUX SPP C. EGYPTE

G. DECISIONS ETRANGERES

H. JURISPRUDENCE FRANCAISE

1. Cour de Cassation

2. Conseil d'Etat

3. Cours d'appel

4. Tribunal administratif

VI. SITES INTERNET

I. OUVRAGES GENERAUX

A. DICTIONNAIRES

ALQUIER (C.), *Dictionnaire encyclopédique économique et social*, Economica, 1990.

ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003.

ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1993.

BASDEVANT (J.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960.

BEITONE (A.), CAZORLA (A.), DOLLO (C.), DRAI (A.-M.), *Dictionnaire de Science économique*, Armand Colin, 2010.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} édition, 2011.

ECHAUDEMAISON (C.-D.) (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, 8^{ème} édition, Nathan, 2009.

GUINCHARD (S.), DEBARD (T.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^{ème} édition, 2011.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUAM, 1999.

SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001.

TEULON (F.) (dir.), *Dictionnaire d'histoire, économie, finance, géographie*, PUF, 2010.

B. AUTRES OUVRAGES

AUDIT (B.), *Droit international privé*, 6^{ème} édition, Economica, 2010.

BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.), (dir.), *Droit du commerce international*, Litec, 2005.

BURDEAU (G.), *Les libertés publiques*, L.G.D.J., 4^{ème} édition, 1972.

CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, L.G.D.J., 2008.

DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1969.

DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, L.G.D.J.-Lextenso éditions, 8^{ème} édition, 2009.

DE VISSCHER (P.), *Cours général de droit international public*, Pedone, 4^{ème} édition, 1970.

DESPORTES (F.), LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} édition, 2008.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Editions Fontemoing de Boccard, 3^{ème} édition, 1927, réimpression Cujas, 1972.

DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2008.

FOUCHARD (P.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004.

GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume II), A. Pedone, 2010.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil- Les obligations, contrat, formation*, 3^{ème} édition, L.G.D.J., 1993.

JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007.

JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2010.

JARVIN (S.), DERAIS (Y.), *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985* (T.I), publication CCI n°433, Kluwer, 1990.

JARVIN (S.), *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1996-2000*, publication CCI n°553, Kluwer, 2003.

KENFACK (H.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2009.

LACOUR (L.), *Précis de droit commercial*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1925.

LAVIEILLE (J.-M.), *Droit international de l'environnement*, Ellipses, 3^{ème} édition, 2010.

LE GUNEHÉC (F.), *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} édition, 2008.

LOUSSOUARN (Y.), BREDIN (J.-D.), *Droit du commerce international*, Sirey, 1969.

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2007, n° 130 et s., p. 146 et s.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1980.

MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé*, Montchrestien-Lextenso éditions, 10^{ème} édition, 2010.

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 6^{ème} édition, 1965.

MENJUCQ (M.), *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2^{ème} édition, 2008.

MORANGE (J.), *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, PUF, 2007.

MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), FABRE (R.), PIERRE (J.-L.), *Droit du commerce international*, Litec, 3^{ème} édition, 2003.

NEUVILLE (S.), *Droit de la banque et des marchés financiers*, PUF, 2005, n° 167.

OBERDOFF (H.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2010.

PERRIN de BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.), COULEE (F.), *Leçons de droit international public*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2^{ème} édition, 2011.

PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2004.

RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007.

RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2011.

ROBERT (J.), DUFFAR (J.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien-Lextenso éditions, 8^{ème} édition, 2009.

ROMI (R.), *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 4^{ème} édition, 2004.

ROMI (R.), *Droit international et européen de l'environnement*, Montchrestien, 2005.

ROUSSEAU (C.), *Droit international public*, Sirey, tome I, 1971.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 10^{ème} édition, 2010.

SUR (S.), COMBACAU (J.), *Droit international public*, Montchrestien, 6^{ème} édition, 2004.

TOULLIER (C.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, J. Renouard, 5^{ème} édition, 1839.

II. MONOGRAPHIES ET THESES

ALVES (C-M.), *La protection intégrée de l'environnement en droit communautaire*, thèse, Bordeaux, 2002.

AMBLARD (P.), *Régulation de l'Internet. L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Namur, CRID, Bruxelles, Bruylant, 2004.

ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2004.

ARNAUD (E.), BERGER (A.), DE PERTHUIS (C.), *Le développement durable*, Nathan 2008.

AUDRERIE (D.), SOUCHIER (R.), VILAR (L.), *Le patrimoine mondial*, PUF, 1998.

AZOULAY (G.), *Les théories du développement, du rattrapage des retards à l'explosion des inégalités*, Presses universitaires de Rennes, 2002.

BALLANDRAS-ROZET (C.), *Les techniques conventionnelles de lutte contre les pollutions et les nuisances et de prévention des risques technologiques*, thèse, Lyon, 2005.

BANDOKI (S.), *Le droit minier et pétrolier en Afrique*, Edilivres, Editions AParis, 2008.

BASLAR (K.), *The concept of the common heritage of mankind in international law*, Martinus Nijhoff publishers, 1998.

BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

BELLEY (J.-G.), *Le contrat entre droit, économie et société. Etude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville (Québec), Les Editions Yvon Blais, 1998.

BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris II, 2003.

BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Editions Thémis, 2008.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2003.

BERNS (T.), DOCQUIR (P.-F), FRYDMAN (B.), HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007.

BETTATI (M.), *Le nouvel ordre économique international*, PUF, 1985.

BEZOU (C.), *La Clause sociale. La négociation internationale et l'OIT*, Eska, 2008.

BISSON (A.-F.), PERRET (L.), *Les systèmes juridiques dans le monde*, Montréal, W. et L., 2000.

BOISSON DE CHAZOURNE (L.), DESGAGNE (R.), M. MBENGUE (M.), ROMANO (C.), *Protection internationale de l'environnement*, A. Pedone, 2005.

BOON (J. A.), GOFFIN (R.), *Le contrat clé en mains*, Masson, 1981.

BORIES (C.), *Le patrimoine culturel en droit international. Les compétences des Etats à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, thèse, A. Pedone, 2011.

BOUTELET (M.), FRITZ (J.-C.), (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005.

BOWEN (H.R.), *Social Responsibility of the businessman*, New York, Harper & Brothers, 1953.

BOY (L.), *Le cadre civil des affaires*, Economica, 1989.

BRUNEL (S.), *Le développement durable*, PUF, 2009.

BUSSEUIL (G.), *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, thèse, L.G.D.J., 2010.

CAPRON (M.), **QUAIREL-LANOISELEE (F.)**, **TURCOTTE (M.-F.)**, *ISO 26000 : Une Norme « hors norme »*, Economica, 2010.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 1971.

CARBONNIER (J.), *Essais sur les Lois* (recueil de textes de l'auteur : 1965-1978), *Répertoire du notariat Deffrénois*, 1979.

CARBONNIER (J.), *Les obligations*, PUF, Thémis, 1998.

CASSESE (A.) ET DELMAS-MARTY (M.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, 2002.

CASSAN (H.) (dir.), *contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989.

CAUDAL-SIZARET (S.), *La protection intégrée de l'environnement en droit public français*, thèse, Lyon, 1993.

CHANGEUX (J.-P.), **RICŒUR (P.)**, *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, Odile Jacob, 1998.

CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz 2008.

CHEVALLIER (J.), *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., 2003.

CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives.* Etudes de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, Nations Unies, New York et Genève, 2008.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DE DROITS DE L'HOMME, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, La documentation française, 2009.

CORVOL (A.), *L'Homme et l'arbre sous l'Ancien Régime*, Economica, 1984.

COSTA (L. M.), *Le crédit documentaire*, thèse, L.G.D.J., 1998, p. 2.

COURT DE FONTMICHEL (A.), *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, thèse, éditions Panthéon Assas, 2004.

DAUGAREILH (I.) (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010.

DE BECHILLON (M.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

DE BECHILLON (M.), *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998.

DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

DE ROSNAY (J.), *2020 : les scénarios du futur : comprendre le monde qui vient*, Des idées et des Hommes, 2007.

DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, thèse, La Réunion, 2010.

DOCKES (B.), ROZIER (B.), *L'Histoire ambiguë, croissance et développement en question*, PUF, 1988.

DUBOUT (E.), TOUZE (S.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, A. Pedone, 2010.

DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, PUF, 1960.

DURKHEIM (E.), *Leçons de Sociologie*, PUF, 2003.

DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, London, 1977, traduction française, PUF, 1995.

EL MEDHABI (M.), *Le droit transnational : contribution à l'étude d'une théorie des relations pétrolières*, thèse, Nice, 1982.

ESCARRA (J.), *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, A. Rousseau, 1910.

FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, L.G.D.J., 1963.

FARJAT (G.), *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, A. Pedone 1977.

FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, Thémis, 1982,

FMI, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale*, 6^{ème} édition, Washington D.C., 2009.

FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006.

FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Dalloz, 1991.

GAILLARD (E.), *Génération futures et droit privé. Vers un droit des générations futures*, L.G.D.J., 2011.

GIRARD (C.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, thèse, Publications de la Sorbonne, 2010.

GOUNELLE (M.), *La motivation des actes juridiques en droit international public. Contribution à la théorie de l'acte juridique en droit international public*, thèse, A. Pedone, 1979.

GOUNOD (E.), *Le principe d'autonomie de la volonté*, thèse, 1912.

GRABARCZYK (K.), *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, PUAM, 2008, p. 21.

GRIFFON (M.), GRIFFON (F.), *L'homme viable : du développement au développement durable*, Odile Jacob, 2010.

HART (H.-L.), *Le concept de droit*, Oxford, 1961, traduction française, Bruylant, 2^{ème} édition, 2005.

HAURIOU (M.), *Police juridique et fond du droit. A propos du livre d'Al Sanhoury : les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon*, Recueil Sirey, 1926, p. 285.

HERVE (J.-M.), *Croissance et progrès ?*, Recueil de textes réunis, Mame, 1973.

HOTTE (S.), *La rupture du contrat international*, thèse, Defrénois, 2007.

IGALENS (J.), PENAN (H.), *La normalisation*, PUF, 1994.

JACQUES (G.), *Les droits de l'homme et l'impunité des crimes économiques*, Editions du Cerf, Conseil œcuménique des Eglises, 2009.

JAROSSON (C.), *La notion d'arbitrage*, L.G.D.J., 1987.

JESSUP (PH.), *Transnational Law*, New Haven, Yale UP, 1956.

JONAS (H.), *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, 2008.

JOSEPH (S.), *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

KASSIR (W.), *Etude critique du contrat sans loi, réflexion sur le droit des relations contractuelles*, thèse, Université de Paris 1, 1992.

KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, thèse, L.G.D.J., 1984.

KAWAN (K.), *Le formalisme documentaire dans la lettre de crédit*, thèse, Paris 1, 1990.

LANKARANI-EL-ZEIN (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, thèse, Bruylant, 2001.

LAVIEC (J.-P.), *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique*, PUF, 1985.

LEBOULANGER (P.), *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Economica, 1985.

LEJBOWICZ (A.), *Philosophie du droit international, l'impossible capture de l'humanité*, PUF, 1999.

LESCHALLIER DE LISLE (M), *Influence des régimes miniers d'hydrocarbures français et anglo-saxons sur les contrats d'hydrocarbures*, DESS droit des affaires, université de Paris V, 1997.

LYOTARD (J.-F.), *La condition postmoderne*, Les éditions de Minuit, 1979.

LYOTARD (J.-F.), *Le postmoderne expliqué aux enfants, Correspondance (1982-1985)*, Editions Galilée, 1988.

MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres États. Trente années d'activités du CIRDI*, thèse, Litec, 2005.

MALAURIE (P.), *L'ordre public et le contrat. Etude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, thèse, Editions Matot-Braine, 1953.

MEADOWS (D. H), MEADOWS (D. L), RANDERS (J.), BEHRENS III (W. W), *The Limits to Growth*, Massachusetts Institute of technologie (MIT), New York, Universe Books, 1972.

MEADOWS (D. H), MEADOWS (D. L), RANDERS (J.), BEHRENS III (W. W), *Halte à la croissance ?*, Fayard, 1972.

MENARD (C.), *Comportement rationnel et coopération: le dilemme organisationnel*, *Cahiers d'économie politique*, n° 24-25, 1994.

MONNIER (L.), THIRY (B.), (dir.), *Mutations structurelles et intérêt général. Vers quels nouveaux paradigmes pour l'économie publique, sociale et coopérative ?*, Bruxelles, De Boeck université, 1997.

MORAGA SARIEGO (P.), *Le développement durable et le commerce international : les perspectives offertes dans le cadre des accords conclus avec le Chili*, thèse, Lille, 2005.

MORAND (C.-A.), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J., 1999.

MORAND-DEVILLER (J.), BENICHOT (J.-C.), (dir.), *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit international de l'environnement*, IRJS éditions, 2010.

OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, 4^{ème} édition, 2008, <http://www.oecd.org/dataoecd/39/45/40632182.pdf>.

OLOUMI (Z.), *Les enjeux du contrat de production pétrolière offshore de Total avec l'Iran (13 juillet 1995) (Contribution à une étude du droit pétrolier comme enjeu du développement au Moyen-Orient)*, mémoire, université de Nice-Sophia Antipolis, IDPD, 1997.

OLOUMI (Z.), *Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement, contribution à une étude juridique du partenariat public-privé en faveur du développement durable*, thèse, Nice Sophia Antipolis, 2002.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ?*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, thèse, L.G.D.J., 1992.

PAPADOPOULOU (R.-E.), *Principes généraux du droit et du droit communautaire-Origines et concrétisation*, thèse, Athènes, Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 1996.

PAQUEROT (S.), *Le statut des ressources vitales en droit international. Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Bruylant, 2002.

PELLEGRINI (L.), *Corruption, development and the environment*, Dordrecht (Pays-Bas), New York, Springer, 2011.

PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, thèse, L.G.D.J., 1989.

- PERROUX (F.),** *L'économie du XX^e siècle*, PUF, 1969.
- PONTIER (J.-M.) (dir.),** *Les principes et le droit*, PUAM, 2007.
- POUND (R.),** *Reports of American Bar association, (Administrative Application of Legal Standards)*, volume 44, 1919.
- PRIEUR (M.) (dir.),** *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003.
- RACINE (J.-B.),** *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, thèse, L.G.D.J., 1999.
- RIALS (S.),** *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, L.G.D.J., 1980.
- RIGAUX (F.),** *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, 1990.
- RIPERT (G.),** *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J, 1955.
- ROBERT (J.),** *Le phénomène transnational*, L.G.D.J., Publications de l'association française d'arbitrage, 1988.
- ROBINSON (M.) (eds.),** *Corruption and development*, Frank Cass Publishers, 1998.
- ROCHER (G.), (dir.),** *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, Bruylant, 1998.
- ROMANO (S.),** *L'ordre juridique*, Traduction de Lucien, François et Pierre Gothot, Dalloz, 1975.
- SACHS (I.),** *L'Ecodéveloppement, stratégies de transition vers le XXI^e siècle*, Syros, 1993.

SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Première série : Panorama des mutations*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1964.

L'hypothèse du non-droit, 30^e séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977 par la Commission « Droit et vie des affaires », Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1978.

SCHUMPETER (J.), *Capitalisme, socialisme et démocratie*, 1942, www.classiques.uqac.ca.

SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, thèse, Dalloz, 2001.

SERIAUX (A.), *Le droit naturel*, PUF, 1993.

SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 5^{ème} édition, 2009.

SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 6^{ème} édition, 2011.

STOUFFLET (J.), *Le crédit documentaire*, Litec, 1957.

TOUTAIN (C.), *Le développement durable*, éditions Milan, 2007.

VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2008.

WEBER (M.), *Sociologie du droit*, PUF, 1986.

WEIL (P.), *Ecrits de droit international*, PUF, 2000.

III. ARTICLES

ABI-SAAB (G.), « La coutume internationale dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, tome 1, Milan, Giuffrè, 1987, p. 53.

ABI-SAAB (G.), « Eloge du “droit assourdi”. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain ». *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 59.

AGO (S.-I.), « *A crossroad in international protection of human rights and international trade : is the social clause a relevant concept?* », DUPUY (R.-J.) (dir.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et Justice*, A. Pedone, 1999, p. 539.

AL-SANHOURY (A.-A.), « Le standard juridique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, tome II, les sources générales des systèmes actuels*, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 143.

ANCEL (P.), « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 15.

ATIAS (C.), « Restaurer le droit du contrat », *D.*, 1998, p. 137.

AUDIT (B.), « Jurisprudence arbitrale et droit du développement », CASSAN (H.) (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, p. 115.

AUDIT (M.), « Investissements internationaux », *Jurisque Droit international*, fascicule 572-50.

BARTENSTEIN (K.), « Les origines du concept de développement durable », *RJE*, 2005, p. 289.

BARTOS (M.), « Transformation des principes généraux en règles positives du droit international », *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, Martinus Nijhoff Publishers, 1968, p. 12.

BELAIDI (N.), « Droits de l'homme, environnement et ordre public : la garantie du bien-être », BOUTELET (M.), FRITZ (J.-C.), (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005, p. 57.

BELLEY (J.-G.), « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », GERARD (P.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), (dir.), *Droit imposé, droit négocié ?*, Facultés universitaires Saint- Louis, 1996, p. 353.

BELLEY (J.-G.) (dir.), « Le contrat comme phénomène d'internormativité, BELLEY (J.-G.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, L.G.D.J., 1996, p. 195.

BENCHENEB (A.), « Sur l'évolution de la notion d'investissement », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 180.

BEN HAMIDA (W.), « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, 2008, p. 999.

BERAUDO (J.-P.), « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 93.

BERGEL (J.-L.) (dir.), « Les standards dans les divers systèmes juridiques », Cahier de Méthodologie Juridique n°3, (Congrès AIMJ, Aix en Provence, septembre 1988), *RRJ*, 1988, p. 4.

BERGEL (J.-L.), « Rapport introductif », BERGEL (J.-L.) (dir.), *Le plurijuridisme*, PUAM, 2005, p. 11.

BERLIOZ-HOUIN (B.), G. BERLIOZ (G.), Le droit des contrats face à l'évolution économique, *Etudes offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3.

BIOY (X.), « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », TUSSEAU (G.) (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 21.

BLANC (G.), « Peut-on encore parler d'un droit du développement ? », *JDI*, 1991, p. 903.

BLOUD-REY (C.), « Standard », ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1439.

BODAERT (I.), « La protection de l'environnement par le biais du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile », *Aménagement et environnement*, n°4, Kluwer, 2003, p. 211.

BOISSON DE CHAZOURNE (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *RGDIP*, 1995, p. 37.

BOISSON de CHAZOURNE (L.), « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », BOISSON de CHAZOURNE (L.), MEHDI (R.), (dir.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Bruylant, 2005, p. 19.

BOLLECKER-STERN (B.), « Le droit international du développement, un droit de finalité », *La formation des normes en droit international du développement*, Paris, C.N.R.S., Alger, O.P.U., 1984, p. 43.

BOLMIN (P.), « Pour un nouveau partenariat public/privé dans la réalisation de grands projets d'infrastructures : la notion de co-développement », *RDAl*, n°2, 1999, p. 131.

BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, tome 1, L.G.D.J., 1950, p. 151.

BOULOUIS (M.), « Les principes généraux du droit, (aspects de droit international public) », *journées de la société législation comparée*, 1980, p. 263.

BROUSSEAU (E.), « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises », RAVIX (J.-L.) (dir.), *Coopération entre les entreprises et les organisations industrielles*, C.N.R.S., édition 1996, p. 23.

BUFFERNE (J.-PH.), « La mise en œuvre du statut de la Cour pénale internationale et la responsabilité des entreprises multinationales », *Les premiers pas de la Cour pénale internationale, Revue juridique d'Auvergne*, n°2, 2005, p. 127.

CANS (C.), « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 10 février 2003, p. 210.

CANS (C.), « Variations autour d'une innovation environnementale. L'impact des études d'impact sur le droit public », *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 461.

CARBONNIER (J.), « Les phénomènes d'inter-normativité », *European Yearbook in law and sociology*, La Haye, Nijhoff-The Hague, 1977, p. 42.

CHAMPEIL-DESPLAT (V.), « Droit à la protection de l'environnement et droits fondamentaux », CHAMPEIL-DESPLAT (V.), GHEZALI (M.), KARAGIANNIS (S.), (dir.), *Environnement et renouveau des droits de l'Homme*, actes du colloque de Boulogne-sur-mer des 20-21 novembre 2003, travaux de la CEDECE, La Documentation française, 2006, p. 17.

CHANIAL (P.), « Renouer le fil de l'alliance. Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat », *La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'université de Lille 2*, Dalloz, 2003, p. 51.

CHARVIN (R.), « Régulation juridique et mondialisation néolibérale. Droit “mou”, droit “flou” et non-droit », *Actualité et Droit international*, janvier 2002, <http://www.ridi.org/adi/articles/2002/200201chr.pdf>.

CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), « Le système juridique français à l’heure de la contractualisation », *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 3.

CHEDLY (L.), « Ordre public transnational et investissement », HORCHANI (F.) (dir.), *Où va le droit de l’investissement ? Désordre normatif et recherche d’équilibre*, A. Pedone, 2006, p. 289.

CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n°3, p. 659.

CHEVALLIER (J.), « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », MORAND (C.-A.) (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 57.

CHEVALLIER (J.), « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions de régulation économique », FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, p. 143.

CHEVALLIER (J.), « Contractualisation et régulation », CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz 2008, p. 83.

COCHOY (F.), « La responsabilité sociale de l’entreprise comme représentation de l’économie et du droit », *Droit et société*, 65/2007, p. 91.

COHEN-JONATHAN (G.), « L’arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen », *Annuaire français de droit international*, volume 23, 1977, p. 452.

COHEN-JONATHAN (G.), « Rapport introductif général », COHEN-JONATHAN (G.), FLAUSS (J.-F.), (dir.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Némésis, 2004, p. 12.

COLAVITTI (R.), « Positionnement des “principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées” dans l’ordre juridique international », PONTIER (J.-M.) (dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p. 179.

COMBACAU (J.), « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 85.

COTTEREAU (G.), « De la responsabilité de l’Irak selon la résolution 687 du Conseil de sécurité », *Annuaire français de droit international*, 1991, p. 110.

COUTURIER (G.), « L’ordre public de protection, heurs et malheurs d’une vieille notion neuve », *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 95.

DANIEL (J.), « Les principes généraux du droit en droit pénal », CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 275.

D’ARGENT (P.), « le Fonds et la Commission de compensation des Nations Unies », *Revue belge de droit international*, n°2, 1992, p. 485.

DASSE (P.), « Le Cameroun », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l’environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 131.

DAUGAREILH (I.), « l’ISO à l’assaut du social : risques et limites d’un exercice de normalisation sociale », DAUGAREILH (I.) (dir.), *Responsabilité sociale de l’entreprise transnationale et globalisation de l’économie*, Bruylant, 2010, p. 563.

DELAUME (G.-R.), « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *JDI*, 1982, p. 800.

DELMAS-MARTY (M.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, année 2000, volume 52, numéro 4, p. 753.

DELMAS-MARTY (M.), « Avant-Propos », **DUBOUT (E.)**, **TOUZE (S.)**, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, A. Pedone, 2010, p. 6.

DELMAS-MARTY (M.), « Introduction », *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté des valeurs*, Seuil, 2011, p. 7, spéc. p. 18.

DERAINS (Y.), « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *R. A.*, 1973, p. 122.

DE SCHUTTER (O.), « Les affaires *Total* et *Unocal* : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, 2006, volume 52, p. 55.

DEUMIER (P.), **RENET (T.)**, « Ordre public », **ALLAND (D.)**, **RIALS (S.)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1119.

DEVEZE (M.), « Une admirable réforme administrative, la grande réformation des forêts royales sous Colbert, 1661-1680 », *Annales de l'Ecole nationale des Eaux et Forêts*, 1962.

DE VISSCHER (P.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, volume 136, 1972, II, p. 1.

DIEUX (X.), **VINCKE (F.)**, « La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse ? », *RDAI*, 2005, p. 13.

DJERI-ALASSANI (B. K.), **TCHAKEI (E.)**, « Le Togo », **PRIEUR (M.)**, (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 425.

DOISE (D.), « La révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaire », *RDAI*, n°1, 2007, p. 106.

DOUMBE-BILLE (S.), « Evolution des institutions et des moyens de mise en œuvre du droit de l'environnement et du développement », *RJE*, n°1, 1993, p. 31.

DOUMBE-BILLE (S.), « Droit international et développement durable », *Les hommes et l'environnement. Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison-Roche, 1998, p. 245.

DRAGO (R.), « Sur le pluralisme », Propos introductifs du Séminaire organisé le 10 décembre 2005 par l'Association française de philosophie du droit sur Le pluralisme juridique, *Archives de Philosophie du droit*, tome 49, Dalloz, 2006, p. 11.

DUBOUT (E.), TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », DUBOUT (E.), TOUZE (S.), (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, A. Pedone, 2010, p. 11.

DUPUY (R.-J.), « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la "soft law" », *L'élaboration du droit international public*. Colloque de Toulouse de la S.F.D.I., 1974, édition 1975, p.132.

DUPUY (P.-M.), « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, 1997-4, p. 873.

EL KOSHERI (A.), LEBOULANGER (P.), « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *R.A.*, 1984, p. 3.

EUDES (M.), « De la Commission au Conseil des droits de l'homme : vraie réforme ou faux-semblant ? », *Annuaire français de droit international*, volume 52, 2006, p. 599.

FADLALLAH (I.), « Les instruments de l'illicite », KAHN (P.), KESSEDJIAN (C.), (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, CREDIMI, Litec, 1996, p. 291.

FARJAT (G.), « Réflexions sur les codes de conduite privés », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 47.

FAVERO (M.), « La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition entre systèmes juridiques : l'exemple du contrat du *Loan Market Association* », *RTD Com*, 2003, p. 429.

FEUER (G.), « Contrats Nord-Sud et transferts de technologie », CASSAN (H.) (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, p. 137.

FEUER (G.), « Le droit international du développement : une création de la pensée francophone », *Etat des savoirs sur le développement : trois décennies de sciences sociales en langue française*, Karthala, 1993, p. 87.

FEUER (G.), Fédération internationale des universités catholiques, « Reconstruire un droit international pour le développement », Fédération internationale des universités catholiques, 2008.

FISZELSON (R.), « Le co-développement : réflexions économiques et financières », *RDAI*, n°2, 1999, p. 159.

FOUCHARD (P.), « L'Etat face aux usages du commerce international », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1973-1975, p. 71.

FOUCHARD (P.), « Arbitrage et droit international du développement », *Droit international du développement. Actes du colloque international tenu à Alger du 11 au 14 octobre 1976*, O.P.U., 1978, p. 492.

FOUCHARD (P.), « Les usages, l'arbitre et le juge. A propos de quelques récents arrêts français », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 67.

FRANCESCAKIS (P.), « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 1.

GAILLARD (E.), « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 203.

GAILLARD (E.), « Reconnaître ou définir ? Réflexion sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », SOREL (J.-M.) (eds.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, A. Pedone, 2009, p. 17.

GAMBELLI (F.), « Définitions et typologies des normes techniques », *Petites affiches*, 1998, n°18, p. 5.

GARA (N.), « Consentement et droit de l'investissement », HORCHANI (F.) (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, A. Pedone, 2006, p. 45.

GARANE (A.), « Le cadre juridique de la protection de l'environnement au Burkina Faso », *Annuaire africain de droit international*, volume 4, 1996, p. 156.

GEIGER (R.), « Investissement et développement : une approche multilatérale », SOREL (J.-M.) (eds.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, A. Pedone, 2009, p. 33.

GHESTIN (J.), « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables. Rapport de synthèse », *La relativité du contrat. Travaux de l'association Henri Capitant*, tome IV, L.G.D.J., 2000, p. 223.

GODARD (O.), « Le développement durable : paysage intellectuel ». *Natures-Sciences-Sociétés*, volume 2, n°4, 1994, p. 309.

GODINOT (S.), « Barrage de Nam Theun 2 (Laos) »,

<http://www.amisdelaterre.org/Plainte-contre-EDF-pour-non.html>

GODINOT (S.), « EDF en examen pour violation des Principes directeurs de l'OCDE dans un barrage au Laos »,

<http://www.amisdelaterre.org/EDF-en-examen-pour-violation-des.html>

GOLDMAN (B.), « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, tome IX, Sirey, 1964.

GOLDMAN (B.), « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », *JDI*, 1979, p. 475.

GRANGER (R.), « Pour un droit du développement dans les pays sous-développés », *Dix ans de conférences d'agrégation. Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 47.

GRANGER (C.), **SIROEN (J.-M.)**, « La clause sociale dans les traités commerciaux », **DAUGAREILH (I.)**, (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, 2005, p. 181.

GUERY (F.), « En guise de conclusion. Des principes en droit, aujourd'hui ? », **CAUDAL (S.)** (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 377.

Haidarlis (M.), « Durabilité, développement durable et droit hellénique », *RJE*, n° 3, 2002, p. 417.

HENNEBEL (L.), **LEWKOWICZ (G.)**, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », **Berns (T.)**, *et alii*, *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 147.

HENNEBEL (L.), **LEWKOWICZ (G.)**, « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », **LEWKOWICZ (G.)**, **XIFARAS (M.)**, *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 221.

HENNEBEL (L.), « L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux Etats-Unis », Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme (CRIDOH), faculté de droit de l'université catholique de Louvain, centre de philosophie du droit, <http://cridho.cpdr.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2006.09.pdf>.

HEUZE (V.), « La morale, l'arbitre et le juge », *R.A.*, 1993, p. 179, **KAHN (P.)**, **KESSEDJIAN (C.)**, (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996.

HOLLEAUX (A.), « Vers un ordre juridique conventionnel », *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, 1974, p. 667.

HOPQUIN (B.), « Probo-Koala : accord entre les victimes ivoiriennes et Trafigura », *Le Monde*, 22 septembre 2009.

HOPQUIN (B.), « L'odeur de l'argent », *Le Monde*, 16 Octobre 2009.

HOPQUIN (B.), « Première condamnation de Trafigura dans l'affaire du "Probo Koala" », *Le Monde*, 25 juillet 2010.

HORCHANI (F.), « Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissement », **SOREL (J.-M.)** (eds.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, A. Pedone, 2009, p. 49.

JACQUET (J.-M.), « Contrat d'Etat », *Jurisclasseur Droit international*, fascicule 565-50.

JACQUET (J.-M.), « L'Etat, opérateur du commerce international », *JDI*, 1989, p.621.

JAMIN (C.), « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », **FRISON-ROCHE (M.-A.)** (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, p. 183.

JAMIN (C.), « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », Repenser le contrat, LEWKOWICZ (G.), XIFARAS (M.), (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 175.

JEAMMAUD (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », CLAM (J.), MARTIN (G.), (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., 1998, p. 47.

JEAMMAUD (A.), « De la polysémie du terme “principe” dans les langages du droit et des juristes », CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 49.

JOSSERAND (L.), « L’essor moderne du concept contractuel », *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Geny*, tome II, Vaduz (Liechtenstein), Topos, Paris, E. Duchemin, 1977, p. 333.

JUILLARD (P.), « L’évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, volume 250, 1994, VI, p. 9.

JUILLARD (P.), « Chronique de droit international économique. Investissements privés », *Annuaire français de droit international*, XXX, 1984, p. 773.

KAHN (P.), « *Lex Mercatoria* et pratique des contrats internationaux : l’expérience française », *Le contrat économique international : stabilité et évolution*, Travaux des 7^{èmes} Journées juridiques Jean Dabin organisées à Louvain-la-Neuve, les 22-23 novembre 1973, publiés sous les auspices du Centre Charles De Visscher pour le droit international, Bruylant, A. Pedone, 1975, p. 71.

KAHN (P.), « droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*, concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 97.

KAHN (P.), « L’extension de la notion d’investissement », BOURRINET (J.), *Les investissements français dans le Tiers- Monde*, Economica, 1984, p. 111.

KAHN (P.), « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI*, 1989, p. 305.

KAHN (P.), « Les réactions des milieux économiques », KAHN (P.), KESSEDJIAN (C.), (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, CREDIMI, Litec, 1996, p. 477.

KAHN (P.), « A propos de l'ordre public transnational : quelques observations », *Mélanges Fritz Sturm, offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, volume 2, Editions juridiques de l'université de Liège, 1999, p. 1539.

KAHN (P.), « Investissements internationaux et droits de l'homme », HORCHANI (F.), (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, A. Pedone, 2006, p. 95.

KAHN (P.), « Les définitions de l'investissement international », SOREL (J.-M.) (eds.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, A. Pedone, 2009, p. 11.

KALAMBAY LUMPUNGU (G.), **MUNENE YAMBA-YAMBA (P.)**, **NDAYA-MOLEKA (A. K.)**, « La République démocratique du Congo », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 247.

KALIEU ELONGO (Y. R.), « Exécution des arrêts de la Cour », KAMTO (M.) (dir.), *La Charte africaines des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 1497.

KAMTO (M.), « Les nouveaux principes du droit international de l'environnement », *RJE*, n° 1, 1993, p. 11.

KAMTO (M.), « Rapport introductif général », PRIEUR (M.) (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003.

KANA GABA (B.), « Le Bénin », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 93.

KEGEL (G.), « *The Crisis of conflict of law* », *RCADI*, volume 112, 1964, p. 91.

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Ecrits français de droit international*, PUF, 2001, p. 85.

KISS (A.-C.), LAMBRECHTS (C.), « Les procédures d'études d'impact en droit comparé », *RJE*, n°3-4, 1976, p. 239.

KISS (A.-C.), « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, tome II, volume 175, 1982, p. 99.

KISS (A.-C.), « Trois années de droit international de l'environnement (1993-1995) », *RJE*, n°1-2, 1996, p. 83.

KISS (A.-C.), « un droit à l'environnement, un droit fondamental, dans l'Union européenne », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2001, n° 4, p. 381.

KISS (A.-C.), « Une étude d'impact. Les effets de la protection de l'environnement sur le droit international », *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 207.

KNIEPER (R.), « Transfert de techniques juridiques aux questions de l'endettement des pays du Tiers Monde », *Tiers-Monde*, tome 25, n° 99, 1984, p. 669.

KOMBA (J. H.), « La République centrafricaine », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 195.

KONE (S.I.), GARANE (A.), « Le Burkina Faso », PRIEUR (M.), (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 109.

LAGARDE (P.), « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125.

LALIVE (P.), « Ordre public transnational (ou “réellement international”) et arbitrage international », *R.A.*, 1986, p. 329.

LALIVE (J.-F.), « Contrat entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développement récents », *RCADI*, volume 181, 1983, p. 9.

LAMBERT (E.), « Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, tome III, 1935, p. 478.

LAMETHE (D.), « L'illicite en matière de services liés au commerce international », KAHN (P.), KESSEDJIAN (C.), (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, CREDIMI, Litec, 1996, p. 177.

LATTY (F.), « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire français de droit international*, 2008, p. 467.

LEBEN (CH.), « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement. Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986) », *JDI*, 1986, II, p. 895.

LEBEN (C.), « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *L'évolution du droit international. Mélanges offerts à Hubert Thierry*, A. Pedone, 1998, p. 247.

LEBEN (C.), « Quelques Réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 119.

LEPAGE (C.), « Le principe de précaution », *Conférences de Printemps de la Société des Sciences, de l'Agriculture et des Arts de Lille et de l'Université de Lille Nord de France*, Amphithéâtre René Cassin de la faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille 2, Lille, 2 juin 2010.

LE QUINIO (A.), « La primauté des principes généraux du droit communautaire et sa réception par le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel », **PONTIER (J.-M.)** (dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p. 333.

LIBERTI (L.), « Investissements et droits de l'homme », **KAHN (P.)**, **WÄLDE (T.)**, (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, 2007, p. 791.

LOQUIN (E.), « Où en est la *lex mercatoria* ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 23.

LOUSSOUARN, (Y.), « Rapport de synthèse », *la bonne foi*. Travaux de l'association Henri Capitant, Litec, 1994, p. 7.

MALOLAS (J. M.), « Le Gabon », **PRIEUR (M.)**, (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 195.

MARGUENAUD (J.-P.), « Inventaire raisonné des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à l'environnement », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998 n°1, p. 5.

MAULEON (F.), « Les obligations réglementaires en matière de communication extra financière des entreprises : la gestion des risques de contentieux par la transparence », *Vie & Sciences économiques*, 2/2008, n°179-180.

MAUPAIN (F.), « Libéralisation du commerce international et protection universelle des normes », OSMAN (F.) (dir.), *L'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce*, Bruylant, 2001, p. 92.

MAYER (P.), « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 275.

MEADOWS, (D. H.), MEADOWS (D. L.), RANDERS (J.), BEHRENS III (W. W.), *The Limits to Growth*, New York, Universe Books, 1972.

MEKKI (M.), « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008.

MENARD (C.), « Comportement rationnel et coopération: le dilemme organisationnel », *Cahiers d'économie politique*, volume 24-25, 1994, p. 184.

MERLE (M.), « Le concept de transnationalité », *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, A. Pedone, 1991, p. 223.

MESTRE (J.), « L'ordre public dans les relations économiques », REVET (T.) (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 33.

MEZGHANI (A.), « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *RCADI*, 2003, volume 303, p. 119.

MOHAMED SALAH (M.), « Droit économique et droit international privé », *Revue internationale de droit économique*, 2010/1, tome XXIV, 1, p. 9.

MORAND (C.-A.), « Régulation, complexité et pluralisme juridique », COHEN-JONATAHAN (G.), GAUDEMET (Y.), HERTZOG (R.), *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 615.

MOUSSERON (J.-M.), « *Lex mercatoria*, bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée ? ». *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 469.

MUIR-WATT (H.), « La fonction économique du droit international privé », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2010/1, tome XXIV, 1, p. 103.

NIANGOU (M.), « Le Congo Brazzaville », **PRIEUR (M.),** (dir.), *La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, PULIM, 2003, p. 217.

OPPETIT (B.), « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI*, 1987, p. 5.

OPPETIT (B.), « L'illicite dans le commerce international », **KAHN (P.), KESSEDJIAN (C.),** (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, CREDIMI, Litec, 1996, p. 13.

ORLIANGE (PH.), « La commission sur le développement durable », *Annuaire français de droit international*, 1993, p. 823.

PALLEMAERTS (M.), « La Conférence de Rio, grandeur et décadence du droit international de l'environnement : critique du symbolisme politico-juridique en éco-géographie », *Cahiers internationaux du symbolisme*, mars 1992, p. 105.

PAULSON (J.), « *Arbitration without privity* », *ICSID Review Foreign Investment Law journal*, 1995, p. 232.

PAMBOUKIS (C.), « La *lex mercatoria* reconsidérée », *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 635.

POULAIN (B.), « L'investissement international, définition ou définitions », *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, **KAHN (P.), WALDE (T. W.),** (dir.), Académie de droit international de La Haye (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 123.

PELLET (A.), « La *lex mercatoria*, “tiers ordre juridique” ? Remarques ingénues d’un internationaliste de droit public », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, p. 53.

PERROUX (F.), « Trois outils d’analyse pour l’étude du sous-développement », *Cahiers de l’ISEA*, série F, n°1, 1955.

PERROUX (F.), « La croissance, le développement, les progrès, le progrès », *Revue Tiers-Monde*, avril-juin 1966, p. 239.

PETIT (B.), « La dimension sociale du développement durable, le parent pauvre du concept », *Petites affiches*, 16 janvier 2004, n°12, p. 8.

PENNEAU (A.), **VOINOT (D.)**, « Normalisation », *Jurisclasseur Concurrence-Consommation*, fascicule 970.

PERUCCA (B.), « Une plate-forme pétrolière sombre au large de la Louisiane après une explosion », *Le Monde*, 24 avril 2010.

PIERATTI (G.), **PRAT (J.-L.)**, « Droit, économie, écologie et développement durable : des relations nécessairement complémentaires mais inévitablement ambiguës », *RJE*, 2000, p. 421.

PIERRE-CAPS (S.), « La Constitution comme ordre de valeurs », *La Constitution et les valeurs. Mélanges en hommage à Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 283, spéc. p. 289.

PIETTE (J.), « Evolutions institutionnelles et modes d’intervention du droit international de l’environnement et du développement », *Environnement et développement*, *RJE*, n° 1, 1993, p. 9.

PRIEUR (M.), « Etude d’impact et protection de la nature », *20 ans de protection de la nature. Hommage au Professeur Michel Despax*, PULIM, 1998, p. 61.

QUENAULT (B.), « Le développement durable comme pierre d'achoppement des relations Nord/Sud au sein des négociations commerciales multilatérales à l'Organisation mondiale du commerce », *Mondes en développement* 3/2004 (n°127), p. 11.

QUINTANE (G.), « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », TUSSEAU (G.) (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 5.

RACINE (J.-B.), « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *RJE*, 1996, p. 409.

RAMBAUD (P.), « Un arbitrage pétrolier : la sentence Liamco », *Annuaire français de droit international*, volume 26, 1980, p. 274.

RAMBAUD (P.), « Deux arbitrages CIRDI », *Annuaire français de droit international*, 1984, p. 396.

RAMBAUD (P.), « L'annulation des sentences *Klöckner et Amco* », *Annuaire français de droit international*, volume 32, 1986, p. 259.

RAMBAUD (P.), « L'affaire des "pyramides" : suite et fin », *Annuaire français de droit international*, volume 39, 1993, p. 567.

RAMON FERNANDEZ (T.), « La constitution espagnole de 1978 et l'environnement », *RJE*, n° 3, 1984, p. 3.

RANOUIL (V.), « Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement », CASSAN (H.) (dir.), *contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, p. 37.

RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, tome II, Vaduz (Liechtenstein), Topos, Paris, E. Duchemin, 1977, p. 347.

ROCHER (G.), « Les ‘‘phénomènes d’internormativité’’, faits et obstacles », BELLEY (J.-G.) (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l’étude de l’internormativité*, L.G.D.J., 1996, p. 25.

ROCHER (G.), « L’effectivité du droit », LAJOIE (A.), MACDONALD (R.), JANDA (R.), ROCHER (G.) (dir.), *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, Bruylant 1998, p. 133.

ROCHFELD (J.), « Le PARE et les virtualités du ‘‘contrat pédagogique’’ », *RDC*, 2005/2, p. 257.

ROLLAND (L.), « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », *Revue de droit de Mc Gill*, 1999, p. 903.

ROLIN (H.), « Vers un ordre public réellement international », *Hommages d’une génération de juristes au Président Basdevant*, A. Pedone, 1960, p. 441.

SALEILLES (R.), « Conception et objet de la science du droit comparé », *Congrès international de droit comparé*, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, tome 1, L.G.D.J., 1905-1907, p. 107.

SANDERS (P.), « *Codes of conduct and sources of law* », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec 1982, p. 281.

SAVATIER (R.), « L’ordre public économique », *D.*, 1967, chronique, p. 37.

SCHAPIRA (J.), « Maîtrise et autonomie technologique en droit international du développement », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 327.

SCHMITTHOFF (C. M.), « *The unification or harmonization of law by means of standard contracts and general conditions* », *Annuaire de l’Institut pour l’unification du droit privé*, Rome, 1969.

SCOTT (C.), WAI (R.), « *Transnational Governance of Corporate conduct through the Migration of Human Rights Norms: The Potential Contribution of Transnational ‘Private’ Regulation* », JOERGES (C.), SAND (I.-J.), TEUBNER (G.) (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism: International Studies in the Theory of Private Law*, Hart Publishing, 2004, p. 287.

SIMON (D.), « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, p. 73.

SIOUTIS (G.), « Le droit de l'homme à l'environnement en Grèce », *RJE*, n° 4, 1994, p. 329.

SMETS (H.), « Les exceptions admises au principe pollueur-payeur », *La Communauté européenne et l'environnement, colloque d'Angers*, CEDECE, La documentation française, 1997, p. 635.

SMETS (H.), « Charte des droits fondamentaux sans droit à l'environnement », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2001, n° 4, p. 383.

SNOUSSI (M.), GHEDIRI (G.), « Les droits de l'homme et le droit international économique », BEN ACHOUR (R.), LAGHMANI (S.), (dir.), *Les droits de l'homme : une nouvelle cohérence pour le droit international ?*, A. Pedone, 2008, p. 133.

STERN (B.), « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international » *R.A.*, 1980, n° 1, p. 3.

STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Annuaire français de droit international*, 1986, p. 10.

STERN (B.), « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Souveraineté étatique et marchés*

internationaux à la fin du 20^{ème} siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, 2000, p. 223.

STOUFFLET (J.), « L'œuvre normative de la Chambre de commerce internationale dans le domaine bancaire », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 361.

STOUFFLET (J.), « Crédit documentaire », *Jurisclasseur Banque-Crédit-Bourse*, fascicule 1080.

STRUYCKEN (A. V. M.), « La *lex mercatoria* dans le droit des contrats internationaux », *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier*, faculté de droit de Poitiers, 1985, PUF, 1986, p. 207.

STRENGER (I.), « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *RCADI*, volume 227, 1991, II, p. 207, spéc. p. 328.

SUDRE (F.), « La protection du droit à l'environnement par la Convention européenne des droits de l'homme », *La Communauté européenne et l'environnement*, La documentation française, 1997, p. 209.

SUPIOT (A.), « La relativité du contrat en questions. Conclusion générale », *La relativité du contrat*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome IV, L.G.D.J., 2000, p. 183.

SUPIOT (A.), « La contractualisation de la société », MICHAUD (Y.) (dir.), *Qu'est ce que l'humain ?*, Odile Jacob, 2000, tome 2, p. 156.

TEITEL (R.), « L'Alien Tort et l'état de droit mondial », *Revue internationale des sciences sociales*, 2005/3, N°185, p. 597.

TIMSIT (G.), « Les deux corps du Droit-Essai sur la notion de Régulation », *Revue française d'administration publique*, 1996, p. 375.

TRANCHEZ (E.), « Les principes généraux de droit, la source “oubliée” du droit international », PONTIER (J.-M.) (dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p. 433.

TROPER (M.), « Libre administration et théorie générale du droit : le concept de libre administration », MOREAU (J.), DARCY (G.), (dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, Economica-PUAM, 1984, p. 55.

VANDERLINDEN (J.), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ*, 1993-2, p. 582.

VAN KOTE (G.), « L’affréteur est le grand absent du procès du Probo-Koala, le pétrolier grec », *Le Monde*, 1^{er} octobre 2008.

VASAK (K.), « Pour une troisième génération des droits de l’homme », SWINARSKI (C.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, La Haye, CICR-Nijhoff, 1984, p. 837

VASSEUR (M.), « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l’économie concertée et contractuelle », *RTDC*, 1964, p. 5.

VERDUSSEN (M.), « Marchés publics et droits de l’homme », *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, 2004, p. 1139.

VERDUSSEN (M.), « Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des Etats européens », *Annuaire international des droits de l’homme*, 2006, p. 327.

VERHOEVEN (J.), « Contrats entre Etats et ressortissants d’autres Etats », *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, Travaux des 7^{ème} Journées d’études juridiques Jean Dabin organisées à Louvain-La-Neuve les 22 et 23 novembre 1973, Bruylant, A. Pedone, 1975, p. 115.

VIGNES (D.), « L’homme ACP, acteur et bénéficiaire principal du développement dans Lomé III et IV », *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, A. Pedone, 1991, p. 363.

VIRALLY (M.), « Vers un droit international du développement », *Annuaire français de droit international*, volume 11, 1965, p. 3.

VIRALLY (M.), « Les codes de conduite: pour quoi faire? », TOUSCOZ (J.) (dir.), *Transferts de technologie : sociétés transnationales et nouvel ordre international*, PUF, 1978, p. 210.

VIRALLY (M.), « Le rôle des “principes” dans le développement du droit international », VIRALLY (M.), *Le droit international en devenir. Essais écrits au fils des ans*, PUF, 1990, p. 195.

VIRALLY (M.), « Le rôle des “principes” dans le développement du droit international », *Recueil d'études du droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, publications de l'IUHEI, 1968, p. 531.

VITANYI (B.), « La signification de la « généralité » des principes de droit », *RGDIP*, tome 80, n°2, avril-juin, 1976, p. 540.

VITERI GUALINGUA (C.), « Le Pétrole coule, la forêt saigne », *Courrier de l'UNESCO*, avril 1999.

VON VERDROSS (A.), « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, volume 52, 1935, II, p. 191.

WEIL (P.), « *Le droit international économique, mythe ou réalité ?* », Aspects du droit international économique, *S.F.D.I., colloque d'Orléans*, A. Pedone, 1972, p. 15.

WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, A. Pedone, 1974, p. 301.

WEIL (P.), « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 387.

WEIL (P.), « Un nouveau champ pour le droit administratif français : le droit international des contrats », WEIL (P.), *Ecrits de droit international*, PUF, 2000, p. 303.

WINISDOERFFER (Y.), « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement, » *RJE*, n° 2, 2003, p. 213.

WROBLEWSKI (J.), « Principes du droit », ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1993, p. 474.

YALA (F.), « La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires *Salini*, *SGS* et *Mihaly*) », LEBEN (C.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. Nouveaux développements, Louvain-la-Neuve, Anthemis, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 281.

ZENATI-CASTAING (F.), « Les principes généraux en droit privé », CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 257.

« L'avocat qui a fait tomber Chevron-Texaco », *Courrier international*, 30 juin 2011, tiré du quotidien *El País*, d'après l'article de Pablo Ximénez de Sandoval, « *El hombre que humilló a Chevron* », du 6 juin 2011.

IV. TEXTES OFFICIELS

A. DISPOSITIONS DE DROIT FRANÇAIS

Loi n°76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, *JORF* du 13 juillet 1976, p. 4203.

Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JORF* n° 29 du 3 février 1995, p. 1840.

Loi n°95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF* n° 31 du 5 février 1995, p. 1973.

Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, n° 113 du 16 mai 2001, p. 7776.

Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF* du 2 mars 2005, p. 3697.

B. CONVENTIONS INTERNATIONALES, CHARTES, DECLARATIONS

Droit international

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des traités*, volume 1155, p. 331.

Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, 29 novembre 1969, site du ministère des Affaires étrangères et européennes, <http://www.diplomatie.gouv.fr>.

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, site des Nations Unies : <http://www.un.org/>.

Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, 22 mars 1989, site de la Convention, <http://www.basel.int>.

Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), 9 mai 1992, site de la Convention, <http://unfccc.int>.

Convention sur la diversité biologique (CDB), ouverte à la signature le 5 juin 1992, site de la Convention, <http://www.cbd.int/>.

Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, site des Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL), <http://fr.iopcfund.org>.

Convention internationale de 1992 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, site des Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL), <http://fr.iopcfund.org>.

Protocole de 2003 à la Convention internationale de 1992 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, site des Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL), <http://fr.iopcfund.org>.

Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 25 juin 1998, Aarhus, site de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, <http://www.unece.org>.

Accords ACP-UE

Convention ACP-CEE, 28 février 1975, Lomé, site du Secrétariat du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, <http://www.acpsec.org>.

Convention ACP-CEE, 31 octobre 1979, (Lomé II), site du Secrétariat du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, <http://www.acpsec.org>.

Troisième Convention ACP-CEE, du 8 décembre 1984, (Lomé III), site du Secrétariat du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, <http://www.acpsec.org>.

Quatrième Convention ACP-CEE, du 15 décembre 1989 (Lomé IV), site du Secrétariat du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, <http://www.acpsec.org>.

Convention de Lomé IV bis, modifiant la quatrième Convention ACP-CEE du 15 décembre 1989 (Lomé IV), 4 novembre 1995, site du Secrétariat du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, <http://www.acpsec.org>.

Accord de partenariat entre les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du pacifique et la Communauté européenne et ses Etats membres, 23 juin 2000, Cotonou, site du Secrétariat du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, <http://www.acpsec.org>.

Accord modifiant l'Accord de partenariat entre les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du pacifique et la Communauté européenne et ses Etats membres, 23 juin 2000, Cotonou, site du Secrétariat du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, <http://www.acpsec.org>.

Conventions américaines relatives aux droits de l'homme

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, San José (Costa Rica), site de la commission interaméricaine des droits de l'homme, <http://www.cidh.oas.org>.

Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux, culturels (« Protocole de San Salvador »), 17 novembre 1988, site de la commission interaméricaine des droits de l'homme, <http://www.cidh.oas.org>.

Droit communautaire et européen

Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, 19 juin 1980, Rome, *JOCE*, 9 octobre 1980, n°L 266.

Traité de Rome, 25 mars 1957, instituant la Communauté économique européenne, site internet de l'accès au droit de l'Union européenne : <http://eur-lex.europa.eu>.

Traité sur l'Union européenne, 7 février 1992, *JOCE*, 29 juillet 1992, n° C 191, p. 1 ; version consolidée : *JOUE*, 30 mars 2010, n° C 83, p. 13.

Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997, *JOCE*, n° C 340, 10 novembre 1997, p. 1.

Traité de Nice, 26 février 2001, *JOUE*, n° C 80, 10 mars 2001, p. 1.

Traité de Lisbonne, 13 décembre 2007, modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, *JOUE*, n° C 306, 17 décembre 2007, p. 1.

Chartes

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, site de l'Union africaine, <http://www.africa-union.org/>.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, déclaration conjointe du Parlement européen, du Conseil et de la Commission européenne, Nice, 7 décembre 2000, *JOCE* n°C 364, 18 décembre 2000, p. 1.

Déclarations

Déclaration de Stockholm sur l'environnement, 1972, site du Programme des Nations Unies pour l'environnement, <http://www.unep.org>.

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 1992, site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Déclaration de Johannesburg sur le développement durable, 2002, site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

C. RESOLUTIONS DES NATIONS UNIES

Résolution 200 (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 4 décembre 1948, « Assistance technique en vue du développement économique », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 523 (VI) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 janvier 1952, « Développement économique intégré et accords commerciaux », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 626 (VII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, « Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles » du 21 décembre 1952, site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 1710 (XVI) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 19 décembre 1961, « Décennie des Nations Unies pour le développement: programme de coopération économique internationale », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1962, « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 2542 (XXIV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 11 décembre 1969, « Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 2626 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970, « Stratégie internationale du développement pour la deuxième Décennie des Nations Unies pour le développement », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 3171 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 17 décembre 1973, « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 3201 (S-VI) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 1^{er} mai 1974, « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 3281 (XXIX) de L'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 1974, « Charte des droits et devoirs Economiques des Etats », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 34/46 de l'Assemblée générale du 23 novembre 1979, « Autres méthodes et moyens qui s'offrent dans le cadre des organismes des Nations Unies pour mieux assurer la jouissance effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 35/56 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 5 décembre 1980, « Stratégie internationale du développement pour la troisième Décennie des Nations Unies pour le développement », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 36/133 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1981, « Autres méthodes et moyens qui s'offrent dans le cadre des organismes des Nations Unies pour mieux assurer la jouissance effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 41/128 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 4 décembre 1986, « Déclaration sur le droit au développement », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 45/199 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 21 décembre 1990, « Stratégie internationale du développement pour la quatrième Décennie des Nations Unies pour le développement », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

Résolution 51/240 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 20 juin 1997, « Agenda pour le développement », site des Nations Unies, <http://www.un.org>.

D. CONSTITUTIONS ET DISPOSITIONS ETRANGERES

Afrique de l'ouest

Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990, site du gouvernement de la République du Bénin, <http://www.gouv.bj>.

Constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991, site de la Présidence du Burkina Faso, <http://presidence.bf>.

Code pétrolier de la République de Côte d'Ivoire, <http://www.droit-afrique.com>.

Constitution de la IV^{ème} République togolaise, site de l'Assemblée nationale de la République Togolaise, <http://www.assemblee-nationale.tg>.

Loi n°88-14 du 3 novembre 1988 portant Code de l'environnement du Togo, site du Programme des Nations Unies pour l'environnement, Publications PADELIA, (*Partnership for the development of Environmental Laws and Institutions in Africa*), <http://www.unep.org>.

Afrique centrale

Loi camerounaise n°99/013 du 22 décembre 1999 portant Code pétrolier, <http://www.droit-afrique.com>

Europe

Constitution grecque du 9 juin 1975, site de l'ambassade de Grèce en France, <http://www.amb-grece.fr>.

Constitution espagnole de 1978, site du Journal officiel de l'Etat espagnol, <http://www.boe.es>.

V. JURISPRUDENCE

A. CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (CCI)

CCI n° 1110, 1963, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, YBCA XXI, 1996, pp. 47 et s.

CCI n° 3913, 1981, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, affaire citée par Yves Derains, dans sa note sous CCI n° 2730 en 1982, JARVIN (S.) et DERAIS (Y.), *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985 (T.I), publications CCI n°433, Kluwer, 1990, pp. 497 et s.

CCI n° 3916, 1982, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, pp. 507 et s., note Sigvard Jarvin.

CCI n° 8891, 1998, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1996-2000, publication CCI n° 553, Kluwer, 2003, p. 561, note Sigvard Jarvin.

B. COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH)

CEDH, *Pine Valley Developments ltd et autres c. Irlande*, 29 novembre 1991, A, n°222, *Revue universelle des droits de l'homme*, 1992, p. 9, chronique de Frédéric Sudre ; SUDRE (F.), « La protection du droit à l'environnement par la Convention européenne des droits de l'homme », *La Communauté européenne et l'environnement*, La documentation française, 1997, p. 209.

CEDH, *Zander c. Suède*, 25 novembre 1993, A, n° 279 B, § 27, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, p. 799, note Philippe Frümer.

CEDH, *Lopez-Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, A, n°303-C ; *JDI*, 1995, p. 798, observations de Paul Tavernier ; *Revue universelle des droits de l'homme*, 1995, p. 112, chronique de Frédéric Sudre ; *RTDC*, 1996, p. 507, chronique de Jean-Pierre Marguénaud ; SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENNOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} édition, 2011, pp. 30 et s.

CEDH, *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998, p. 315, note de Jean-Pierre Marguénaud : « Le droit à l'information supplanté par le droit au respect de la vie privée et familiale des voisins d'usines chimiques », p. 319.

CEDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 2 octobre 2001, requête n°36022/97, <http://www.echr.coe.int/>, site de la cour européenne des droits de l'homme ; SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENNOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 6^{ème} édition, 2011, pp. 539, 542.

CEDH, *Oneryildiz, c.Turquie*, 18 juin 2002, requête n° 48939/99, <http://www.echr.coe.int/>, site de la cour européenne des droits de l'homme ; MARGUENAUD (J.-P.), « Inventaire raisonné des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à l'environnement », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998, n°1, p. 5 ; WINISDOERFFER (Y.),

« La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement », *RJE*, 2-2003, p. 213 ; BODAERT (I.), « La protection de l'environnement par le biais du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile », *Aménagement et environnement*, 2003, n°4, p. 211, Kluwer, Belgique.

C. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (CIJ)

CIJ, *Affaire détroit de Corfou*, CIJ, *Recueil*, 1949, p. 22.

CIJ, *Lac Lanoux, R.S.A.*, 1949, XII, p. 281.

CIJ, *Affaire du Sud-Ouest africain* (deuxième phase), CIJ, *Recueil*, 1966, p. 44, §86.

CIJ, *avis du 8 juillet 1996 relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, *Recueil*, 1996, p. 241, §29.

CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, 25 septembre 1997, CIJ, *Recueil*, 1997, p. 7, spéc. § 140, p. 78.

D. CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS (CIRDI)

CIRDI, *Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire* (Aff. n° ARB/74/1), sentence du 29 août 1977, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p.13.

CIRDI, *Holiday Inns c. Maroc* (Aff. n° ARB/72/1), sentence du 23 septembre 1974 GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 2, p. 29 (*Amco*), p. 51, pp. 54-55, p. 63-64, 202-203 (*LETSCO*), p. 210, p. 394 (*Vacuum Salt*), p. 461, p. 638.

CIRDI, *Holiday Inns c. Maroc* (Aff. n° ARB/72/1), décision du 2 juillet 1972 sur les mesures provisoires : GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 1021.

CIRDI, *Holiday Inns c. Maroc* (Aff. n° ARB/72/1), décision du 1^{er} juillet 1973 sur la compétence, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 14, p. 42, p. 49, pp. 63-64, pp. 406-408.

CIRDI, *Holiday Inns c. Maroc* (Aff. n° ARB/72/1), décision supplémentaire du 12 mai 1974 sur la compétence et l'admissibilité des demandes, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p.14, p. 42 ; (volume II, 2010), p. 342 (P. Mitchell).

CIRDI, *Holiday Inns c. Maroc* (Aff. n° ARB/72/1), décision du 23 septembre 1974 sur l'existence et l'étendue de certaines responsabilités des parties découlant de leurs relations contractuelles, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 1021.

CIRDI, *Holiday Inns c. Maroc* (Aff. n° ARB/72/1), ordonnance du 17 octobre 1978 constatant le désistement, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p.1021.

CIRDI, *AGIP c. République Populaire du Congo*, 30 novembre 1979, *Revue critique de droit international privé*, 1982, p. 82, note Henri Battifol.

CIRDI, *Klöckner et al. c. République du Cameroun*, sentence du 21 octobre 1983, *JDI*, 1984, p. 409 (extraits) ; RAMBAUD (P.), « Deux arbitrages CIRDI », *Annuaire français de droit international*, volume 30, 1984, p. 389.

CIRDI, *Klöckner et al. c. République du Cameroun*, sentence du 3 mai 1985, RAMBAUD (P.), « L'annulation des sentences *Klöckner* et *Amco* », *Annuaire français de droit international*, volume 32, 1986, p. 259 ; *Foreign Investment Law Journal*, volume 1, 1986, p. 89.

CIRDI, *LETCO c. République du Liberia*, sentence du 31 mars 1986, *JDI*, 1988, p.166, Observations Emmanuel Gaillard.

CIRDI, *MINE c. Guinée* (Aff. n° ARB/84/4), décision du 4 décembre 1985 sur les mesures provisoires, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p.1029.

CIRDI, *MINE c. Guinée* (Aff. n° ARB/84/4), sentence du 6 janvier 1988, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 229, p. 298.

CIRDI, *MINE c. Guinée* (Aff. n° ARB/84/4), décision du Comité *ad hoc* du 22 décembre 1989, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 198, p. 229, p. 253, p. 289, pp. 291-297, pp. 297-299, p. 688, pp. 704-705 (*Wena c. Egypte*), p. 713, (*Patrick Mitchell*), p. 357, 359, 377 (*Repsol*), p. 378, p. 389 (*MTD*).

CIRDI, *MINE c. Guinée* (Aff. n° ARB/84/4), ordonnance du 20 novembre 1990 constatant le désistement, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, p. 321.

CIRDI, *Atlantic Triton c. Guinée* (Aff. n° ARB/84/1), sentence du 21 avril 1986, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, pp. 219-217 (sentence), pp. 224-227 (observations) ; (volume II, 2010), p. 43 (*Joy Mining*).

CIRDI, *Fedax c. Venezuela* (Aff. n° ARB/96/3), 11 juillet 1997, § 43 (compétence), *ICSID Rep.*, 2002, p. 186 ; *JDI*, 1999, p. 276.

CIRDI, Aff. n° ARB /97/1 de 2000, MEZGHANI (A.), « Méthodes du droit international privé et contrat illicite », *RCADI*, volume 303, 2003, p. 119, spéc. p. 184.

CIRDI, *CDSE c. Costa Rica*, 17 février 2000, GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, (volume I), A. Pedone, 2004, p. 568.

CIRDI, *Metalclad c. Mexique*, 30 août 2000, *La jurisprudence du CIRDI* (volume I), A. Pedone, 2004, pp. 612 et 699.

CIRDI, *Salini Costruttori et Italstrade c. Maroc*, (Aff. n° ARB/00/4), 23 juillet 2001, § 52 (compétence), *ICSID Rep.*, 2004, p. 400 ; *JDI*, 2002, p. 196.

CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, 29 mai 2003, *JDI*, 2004, p. 216, observations Emmanuel Gaillard.

CIRDI, *Conorzio Groupement LESI-DIPENTA c. Algérie* (Aff. n ARB/03/8), 10 janvier 2005, § 13, *ICSID Rev.-FILJ*, 2004, p. 426.

E. AUTRES SENTENCES ARBITRALES

Tribunal arbitral, *Affaire La Fonderie de Trail*, Trib. Arb., 11 mars 1941, *R.S.A.*, vol. III., p. 1938, *AJIL*, 1941, n°3, p.1905.

Texaco-Calasiatic, sentence arbitrale du 19 janvier 1977, *JDI*, 1977, p. 350.

Liamco c. Libye, sentence du 12 avril 1977, *R.A.*, n°1, 1980, p.180.

S.M.A (Society of Maritime Arbitrators), *Affaire n°1757*, 1982, *Yearbook*, 1984, volume IX, pp. 150-153.

Aminoil c. Koweït, sentence du 24 mars 1982, *JDI*, 1982, p. 869.

F. CONTENTIEUX SPP C. EGYPTE

CCI, *SPP c. Egypte*, 16 février 1983, sentence publiée in *ILM*, 1983 p. 752, extraits publiés en français in *R. A.*, 1986, p. 105 ; RAMBAUD (P.), « L'affaire des "Pyramides" : suite et fin », *Annuaire français de droit international*, volume 39, 1993, p. 567.

CA Paris, *SPP c. Egypte*, 12 juillet 1984, *JDI*, 1985, p. 125, note Berthold Goldman.

Cass., Civ. 1^{ère}, *SPP c. Egypte*, 6 janvier 1987, *JDI*, 1987, p. 638, note Berthold Goldman.

CIRDI, *SPP c. Egypte*, 20 mai 1992, GAILLARD (E.), *La jurisprudence CIRDI*, (volume I), A. Pedone, 2004, p. 363.

G. DECISIONS ETRANGERES

Affaire *Eglise Presbytérienne du Soudan c. Talisman Energy et la République du Soudan* ou *Talisman v. Presbyterian Church of Sudan*, Contentieux de 2001 à 2010, portail judiciaire de La Haye,
<http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/11/092.c2V0TGFuZz1GUiZMPUZS.html>.

Cour suprême des Etats-Unis, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 29 juin 2004, 03-339, *United States Reports*, volume 542/2, pp. 35-36.

Doe v. Walt-Mart Stores, Inc., décision de première instance, 30 mars 2007, <http://www.iradvocates.org>, site de l'organisation International Rights Advocates.

Cour d'appel du 9^{ème} circuit de Californie, *Doe v. Walt-Mart Stores, Inc.*, 10 juillet 2009, <http://www.ilrf.org/creating-a-sweatfree-world/wal-mart-campaign>, Site d'*International Labor Rights Forum*.

H. JURISPRUDENCE FRANÇAISE

1°. Cour de cassation

Cass., Civ., 2^{ème}, janvier 1958, *Bull. civ. II*, n°77.

Cass., Civ., *Hecht*, 4 juillet 1972, *Revue critique de droit international privé*, 1974, p. 82, note Level ; *JDI*, 1972, p. 843, note de Bruno Oppetit et Phocion Francescakis, R.A., 1974, p. 67.

Cass., Com., 14 octobre 1981, *D.*, 1982, p. 301.

Cass., Civ., 1^{ère}, *Compañia Valenciana*, 22 octobre 1981, R.A., 1992, p. 457, note Paul. Lagarde ; *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 113, note Bruno Oppetit ; *JDI*, 1992, p. 177, note Berthold Goldman.

Cass., Civ., 2^{ème}, *Fougerolle c. Banque du Proche-Orient*, 9 décembre 1981, *R.A.*, 1982, p. 183, note Gérard Couchez.

Cass., Civ., 1^{ère}, 6 janvier 1987, *JDI*, 1987, p. 638, note Berthold Goldman.

2°. Conseil d'Etat

CE, *Compagnies générale d'éclairage de Bordeaux*, 30 mars 1916, *Recueil Lebon*, p. 125.

CE, *Compagnies des tramways de Cherbourg*, 9 décembre 1932, *Recueil Lebon*, p. 1050.

CE, sect., *Association de défense de la qualité de la vie du Val de Loire*, 5 février 1982, *AJDA*, 1982, p. 472.

CE, *SA Mortera*, 28 septembre 1984, *RJE*, 1984, p. 332.

CE, *Melle Descours*, 24 février 1993, *RJE*, 2-1993, p. 279.

3°. Cours d'appel

CA Paris, *Fougerolle c. Banque du Proche-Orient*, 12 juin 1980, *R.A.*, 1981, p. 292, note Gérard Couchez.

CA Paris, *Les films de l'Alma*, 24 octobre 1980, *R.A.*, 1982, p. 54, note Philippe Fouchard.

CA Paris, *Vilate*, 10 février 1981, *R.A.*, 1982, p. 3, note Leppoitevin.

CA Paris, *L'Ami des jardins*, 3 mars 1981, 1^{ère} Ch. Suppl., rôle gén. : H. 9323, Prés. de M.C. Bernard, cité par FOUCHARD (P.), « *Les usages, l'arbitre et le juge* », *Le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1981, p. 67, spéc. pp. 72-73.

CA Paris, du 12 juillet 1984, *JDI*, 1985, p. 125, note Berthold Goldman.

CA Paris, 17 Mai 1995, *JDI*, 1996, p. 110, note Eric Loquin.

4°. Tribunal administratif

TA Strasbourg, *Province de Hollande*, 3 août 1989, *RJE*, 1990, p. 125.

VI. SITES INTERNET

Site de l'Agence européenne pour l'environnement

<http://www.eea.europa.eu>.

Site de l'association Les amis de la terre

<http://www.amidelaterre.org>

Site de l'association Sherpa

<http://www.asso-sherpa.org>

Site de la Banque de France

<http://www.banque-france.fr>.

Site de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

<http://www.african-court.org>.

Site droit-Afrique, consacré au droit des affaires et à la fiscalité des pays de l'Afrique francophone

<http://www.droit-afrique.com>.

Site de la CNUCED

<http://www.unctad.org>.

Site de la CNUDCI

www.uncitral.org.

Site de la Chambre de commerce internationale

<http://www.iccwbo.org>.

Site de la documentation française

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>.

Site du Haut-Commissariat aux droits de l'homme

<http://www.ohchr.org>.

Site de *International Labor Rights Forum*

<http://www.ilrf.org>.

Site de *International Rights Advocates*

<http://www.iradvocates.org>.

Site de l'ISO

<http://www.iso.org>.

Site du ministère français des affaires étrangères

<http://www.diplomatie.gouv.fr>.

Site du Monde

<http://www.lemonde.fr>.

Site de l'OCDE

<http://www.oecd.org>.

Site de l'ONU

<http://www.un.org>.

Site de l'OMC

<http://www.wto.org>.

Site du Portail judiciaire de La Haye

www.haguejusticeportal.net.

TABLE DES MATIERES

Remerciements	9
Sommaire	11
Liste des abréviations et des sigles.....	13
Introduction	17
1. La signification du terme « développement »	21
2. La signification du terme « durable ».....	22
3. Les éléments fondamentaux du développement durable.....	26
4. La distinction avec le droit international de l'environnement.....	28
5. Les contrats d'Etat.....	31
6. Les enjeux et perspectives.....	40
PREMIERE PARTIE : Les fondements d'un droit du développement durable en matière de contrat d'Etat	43
TITRE 1 : Les origines des interactions entre contrats d'Etat et développement durable	45
CHAPITRE 1. Les germes de l'interaction entre contrats d'Etat et développement durable	47
SECTION 1. Les bouleversements du contexte économique et politique international	48
PARAGRAPHE 1. L'émergence de préoccupations de développement 48	
A. L'avènement d'un droit international du développement	48
B. La revendication d'un nouvel ordre économique international.....	53
PARAGRAPHE 2. L'émergence de préoccupations de développement durable	58
A. La nécessité de tenir compte de la rareté des ressources.....	58
B. Le développement durable : une conception évolutive du développement.....	60

SECTION 2. Le manque d'instruments juridiques à la mesure du changement	63
PARAGRAPHE 1. Un droit de l'investissement détaché du droit du développement.....	64
A. La difficile conciliation entre investissement et développement durable	64
1) La complexe acception juridique de l'investissement	64
2) L'état d'évolutions opposées	72
3) Le droit de l'investissement : un droit conventionnel tourné vers la protection de l'investisseur étranger	74
4) Le difficile équilibre entre intérêts publics et privés, entre développement et investissement	75
5) Les questionnements liés à la responsabilité des firmes transnationales	77
6) La nécessité de lier investissement et développement durable	78
B. Un droit du développement en questionnement	80
1) Un droit de nature complexe	80
2) Un droit contesté	81
3) Un droit de l'homme ?	83
4) Un droit disparu ?	84
PARAGRAPHE 2. L'évolution des contrats d'Etat face aux carences du droit.....	85
A. Les débats relatifs au droit applicable au contrat d'Etat.	86
1) La théorie de l'ordre juridique de base	86
2) L'internationalisation du contrat d'Etat au sens du droit international public.....	87
3) L'omniprésence du droit interne de l'Etat contractant.....	90
4) L'importance de l'autonomie de la volonté	93
5) La réalité d'un droit transnational	95
B. Le contrat d'Etat instrument juridique particulier	98
1) L'inégale prise en compte de l'impératif de développement au sein des contrats d'Etat	99
a) Le rejet d'un impératif de développement	99
b) La prise en compte exceptionnelle d'un impératif de développement au sein des contrats d'Etat	101

c) La prise en compte indirecte d'un impératif de développement au sein des contrats d'Etat ?.....	102
2) La construction d'un instrument juridique autonome	107
Conclusion	111
CHAPITRE 2. L'évolution de l'interaction entre contrats d'Etats et développement durable	113
SECTION 1. Une juridicité de principe	114
PARAGRAPHE 1. Les diverses qualifications de la notion de développement durable	114
A. La recherche d'une juridicité pour le développement durable	114
B. Le développement durable entre concept et principe	116
PARAGRAPHE 2. L'identification du développement durable en tant que principe de valeur normative	119
A. L'émergence d'un nouveau principe en droit international	119
1) L'identification d'un principe	119
2) La valeur normative d'un tel principe.....	121
B. La valeur et la portée d'une telle qualification au regard des contrats d'Etat	121
SECTION 2. Une juridicité limitée	122
PARAGRAPHE 1. Les insuffisances des règles de fond	122
A. La nécessité de principes de développement durable plus précis et plus appréhendables juridiquement.....	123
1) Les principes relatifs au pilier environnemental du développement durable	123
a) Le droit à l'environnement.....	123
b) Le principe de prévention	128
c) Le principe de précaution.....	130
d) Le principe de l'utilisation non dommageable du territoire.....	133
e) Le principe de pollueur-payeur	134

2) Les principes relatifs au pilier social du développement durable	135
a) Les principes relatifs aux droits de l'homme	135
b) Les principes relatifs aux droits sociaux	137
c) Les principes relatifs aux droits socioculturels	139
3) Les principes relatifs au pilier économique du développement durable.....	141
B. L'échec des mécanismes de sanction	145
PARAGRAPHE 2. Les insuffisances des règles de forme	149
A. L'inadaptation du système international classique aux enjeux du développement durable	149
1) Une inadaptation constatée à travers la référence même au développement durable	149
2) Une inadaptation constatée à travers les règles juridiques de mise en œuvre	
du principe	152
a) Le cas du droit international de l'environnement.....	152
b) Le cas des droits de l'homme.....	153
c) Le cas des droits sociaux	159
B. Les perspectives offertes par certaines procédures.....	162
1) L'existence de procédures fondées sur le consensus	162
2) La problématique de l'accessibilité limitée de certaines procédures	163
Conclusion.....	167
Conclusion du Titre I	169
TITRE 2 : Les moyens des interactions entre contrats d'Etat et développement durable.....	171
CHAPITRE 1. L'existence d'un contexte normatif pluriel.....	173
SECTION 1. La particularité du pluralisme juridique en droit international des affaires.....	174
PARAGRAPHE 1. L'importance du pluralisme juridique en droit international des affaires	174

A. Un droit marqué par la pluralité de normes.....	174
1) Le pluralisme juridique : le postulat d'une pluralité de droits.....	174
2) L'internormativité : le postulat d'interactions normatives.....	177
B. Un droit marqué par la particularité de ses modes de production normative.....	178
1) La multiplicité des foyers générateurs de normes.....	178
2) La valeur des normes générées.....	179
 PARAGRAPH 2 : L'importance de la <i>soft law</i> au sein du pluralisme juridique.....	182
A. Le caractère prolifique du principe de développement en matière de normes de droit mou.....	182
1) La définition des engagements volontaires.....	183
2) Les engagements pris unilatéralement par les opérateurs privés du commerce international.....	184
a) Les engagements pris à l'initiative des opérateurs privés du commerce international.....	184
b) Les engagements pris sous l'égide d'organisations internationales.....	185
c) La juridicité des engagements unilatéraux.....	187
3) Les engagements volontaires passés entre sociétés et organisations de droit privé....	191
a) Les accords conclus entre les professionnels d'un même secteur.....	191
b) La normalisation.....	192
B. Le caractère limité du contentieux en matière de normes molles de développement durable.....	195
1) L'exemple du recours à la publicité mensongère.....	195
2) L'exemple de la présomption de violation des principes directeurs de l'OCDE.....	198
a) Les mécanismes permettant l'invocation de la violation des principes directeurs.....	198
b) L'affaire EDF.....	199
3) L'exemple du rapport à la sous-traitance.....	201
 SECTION 2. La quête d'efficacité juridique comme conséquence du pluralisme.....	203
 PARAGRAPH 1: Une nécessité liée à la volonté de réalisation concrète du développement durable.....	203
A. La recherche de l'efficacité comme condition de mise en œuvre du développement durable.....	203

B. Le choix des règles applicables au contrat d'Etat comme gage d'efficacité	205
PARAGRAPH 2 : Une nécessité liée aux évolutions du droit	208
A. L'essor d'un droit de régulation	208
B. Le contrat en tant qu'instrument de régulation.....	209
Conclusion	213
CHAPITRE 2. La consécration du contrat d'Etat en tant qu'instrument normatif singulier	215
SECTION 1. La nécessité de repenser l'essence du contrat d'Etat à l'aune des impératifs de développement durable	216
PARAGRAPH 1. La résurgence impérative d'une idée de justice contractuelle	217
A. La recherche de l'intérêt général	217
B. La recherche d'un équilibre contractuel	218
PARAGRAPH 2. La reconnaissance impérative de la valeur institutionnelle du contrat d'Etat	222
A. Les éléments fondant la valeur institutionnelle des contrats d'Etat	223
B. Les conséquences de la valeur institutionnelle des contrats d'Etat	224
SECTION 2. La nécessité de refonder la substance du contrat d'Etat à l'aune du développement durable	225
PARAGRAPH 1. L'affirmation d'un mouvement de contractualisation en droit international comme moyen de refondation du contrat d'Etat	225
A. L'essor du mouvement de contractualisation en droit français	226
B. La consécration du mouvement de contractualisation en droit international	231
PARAGRAPH 2. La contractualisation comme moyen de mise en œuvre du développement durable	237
A. La contractualisation du développement durable à travers le co-développement : l'exemple des contrats de réseaux et d'infrastructures	238

1) Des contrats économiques partagés entre des intérêts antagonistes	238
2) Le co-développement : la recherche d'un équilibre à travers une coopération accrue	239
3) La recherche de stipulations adaptées	240
B. Le cas particulier de la contractualisation des droits fondamentaux	244
Conclusion	253
Conclusion du Titre 2	255
Conclusion de la Première Partie	258
DEUXIEME PARTIE : Les jalons d'un droit du développement durable en matière de contrat d'Etat	259
TITRE 1 : La recherche d'un ensemble de principes	261
CHAPITRE 1. La recherche de principes généraux s'imposant à la volonté des parties	263
SECTION 1. La définition des principes généraux	264
PARAGRAPHE 1. Le sens de la notion de « principe »	264
A. Une notion aux multiples significations	264
B. La nécessité et l'utilité des principes	267
PARAGRAPHE 2. L'acceptation de la notion de « principes généraux »	271
A. La définition des « principes généraux ».....	271
1) Des convergences et des divergences entre le droit interne et le droit international	272
2) Les sens particuliers des « principes généraux » en droit international	274
3) La genèse des principes généraux en droit international	276
B. Le rôle du juge et de l'arbitre en matière de principes généraux.....	277
SECTION 2. La recherche de principes généraux	283
PARAGRAPHE 1. Le recours au droit comparé	284

A. La contribution de l' <i>Alien Tort Claims Act</i> américain	284
1) La possible sanction d'un « dommage à l'humanité »	285
2) L' <i>Alien Tort Claims Act</i> et l'élargissement de la catégorie des auteurs sanctionnables : la théorie des liens suffisants	295
B. La contribution d'autres dispositifs à vocation internationale	296
1) Le « <i>duty of care</i> » britannique	297
2) L'exemple des systèmes belge et français	301
 PARAGRAPH 2. Les obstacles à l'émergence de principes généraux s'imposant à la volonté des parties.....	306
A. Le frein de l'effet relatif des conventions.....	307
B. Les difficultés liées à l'absence d'homogénéité de règles	308
Conclusion	313
 CHAPITRE 2. La recherche de principes d'ordre public	315
 SECTION 1. L'hypothèse de principes relevant d'un ordre public transnational	316
 PARAGRAPH 1 : Une recherche offrant des perspectives intéressantes.....	317
A. Les éléments fondant l'existence de l'ordre public transnational	317
B. Le rôle dévolu à l'arbitre	320
 PARAGRAPH 2 : Une recherche offrant des perspectives limitées	324
A. Les interrogations liées à l'existence d'un ordre public propre à la <i>lex mercatoria</i>	324
B. Les interrogations liées au contenu de l'ordre public transnational	326
 SECTION 2. L'hypothèse d'un ordre public indéterminable	328
 PARAGRAPH 1. Les fondements d'un ordre public applicable à la dialectique entre contrats d'Etat et développement durable	328
A. Le retour nécessaire à la définition de l'ordre public	329
B. Le recours impossible à un ordre public déterminé.....	333
1) Les difficultés du recours à un ordre public déterminé	333

2) L'intérêt du recours aux lois de police	335
PARAGRAPHE 2. Les perspectives d'un ordre public applicable	
à la dialectique entre contrats d'Etat et développement durable.....	339
A. La préservation de l'environnement au sein des droits locaux :	
entre volonté politique et nécessité juridique	339
B. L'exemple de l'Afrique subsaharienne.....	340
1) Les évolutions constatées en Afrique de l'ouest	340
a) Le Bénin : un élan volontaire	341
b) Le Burkina Faso : un élan imposé	345
c) Le Togo : un dispositif à mi-chemin	348
2) Les évolutions constatées en Afrique centrale	351
Conclusion	355
Conclusion du Titre 1	357
TITRE 2 : La recherche d'un ensemble de pratiques	359
CHAPITRE 1. Quelques éléments de pratique contractuelle	361
SECTION 1. L'intérêt de stipulations d'ordre général	361
PARAGRAPHE 1. La référence à des impératifs généraux	362
A. La référence générale au développement durable	362
B. La référence à des standards de comportement	365
PARAGRAPHE 2. La référence aux règles de l'art	370
A. La définition des règles de l'art	370
B. L'intérêt de la référence aux règles de l'art.....	372
SECTION 2. Le renfort de clauses circonstanciées	375
PARAGRAPHE 1. Les clauses à vocation préventive et curative	375
A. La spécificité des clauses à vocation préventive	375

1) La nécessaire réalisation d'études d'impact	376
a) L'étude d'impact environnemental	376
b) L'étude d'impact socioculturel	384
2) La référence à un plan de gestion circonstancié	385
3) Les stipulations liées à un inventaire nécessaire des ressources	386
4) Les stipulations tendant à vérifier les capacités de la société opératrice en cas de dommage à l'environnement	387
5) Les stipulations financières à vocation préventive	388
B. Les clauses régissant la fin du contrat : la remise en état des sites.....	390
PARAGRAPHE 2. Les autres clauses organisant la vie du contrat	391
A. Les clauses environnementales et sociales	391
1) Le principe d'usage durable des ressources	391
2) L'importance de stipulations liées à la participation et à l'information des populations locales	391
B. Les clauses d'ordre économique.....	394
1) L'obligation d'approvisionner le marché national	394
2) Les clauses de préférence nationale	395
3) Les clauses relatives au transfert du savoir, des connaissances, des compétences et de la technologie	396
Conclusion	403
CHAPITRE 2. L'importance de la pratique contractuelle	405
SECTION 1. Le contrat d'Etat : expression et modalités d'un droit particulier	406
PARAGRAPHE 1 : L'omniprésence du contrat	406
A. Le contrat d'Etat en tant que principal cadre juridique des rapports entre Etats et investisseurs privés.....	406
B. L'importance du contrat en tant que source normative	410
PARAGRAPHE 2. La relativité du contrat d'Etat	416
A. Les conséquences de la persistance de garants étatiques	416
1) Les effets d'une relativité inexorable	416

2) Le rejet de l'idée d'une relativité dommageable	417
B. Les conséquences de l'omniprésence des droits locaux	418
1) L'accès de l'investissement au marché national : la suprématie du droit local	418
2) L'investissement au sein du marché national : l'effacement relatif du droit local	419
3) Les implications d'une influence déterminante	420
 SECTION 2. Le contrat d'Etat : de la pratique à l'émergence d'un véritable droit.....	422
 PARAGRAPHE 1. Les perspectives offertes par le recours aux usages du commerce international	422
A. La valeur des usages du commerce international	422
B. Les conséquences du recours aux usages du commerce international	428
 PARAGRAPHE 2. Les perspectives de l'émergence de coutumes internationale	436
A. La définition de la coutume	437
B. Les conditions d'existence de la coutume	443
Conclusion.....	449
Conclusion du Titre 2	451
Conclusion de la Deuxième Partie	453
 Conclusion générale	455
 Annexes	461
 Bibliographie	577
Table des matières	641

CONTRATS D'ETAT ET DEVELOPPEMENT DURABLE

Résumé

La dialectique entre contrats d'Etat et développement durable existe, malgré une antinomie apparente. Elle s'appuie sur une interaction particulière qui s'est construite depuis l'origine, à travers les contrats d'Etat, instruments conventionnels singuliers et autour des nécessités politiques et économiques de l'époque, avec en toile de fond l'impératif de développement. Face aux évolutions sociales successives et l'absence d'arsenal juridique adapté, les contrats d'Etat se sont développés de façon spécifique entre dépendance, indépendance, interdépendance, hétéronomie et autonomie. En droit international des affaires, c'est précisément à partir du contrat conçu comme un instrument normatif singulier et à travers ses interactions avec le contexte extracontractuel au sein duquel il est amené à opérer que l'existence d'un droit du développement durable en matière de contrats d'Etat doit être fondée. Cela nécessite une autre vision du droit, sans cesse renouvelée et davantage appropriée aux réalités de notre siècle.

Mots clefs français : Contrats d'Etat – Développement durable – Développement – Droit du développement – Interactions – Droit international des affaires – Droit transnational – Pratique contractuelle – Contractualisation – Régulation – Pluralisme juridique – Norme – Normatif – Droit mou – Droit dur – Engagements volontaires – Responsabilité sociale des entreprises – Pays développés – Pays en voie de développement.

STATE CONTRACTS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Abstract

Common discussion points between sustainable development and State contracts exist, despite many visible contradictions. They are based on a particular interaction, built up from the beginning through State contracts, which are highly specific agreements and around political and economic necessities of the time, with the notion of development merely as a requirement in the background. Confronted with successive social changes and the lack of an appropriate judicial framework, State contracts developed in a particular way between dependence, independence, interdependence, heteronomy and autonomy. In international business law, the existence of a sustainable development law related to State contracts must be based precisely on contracts, seen as instruments able to set norms, and must benefit from contracts' interactions with a non-contractual environment. That requires another vision of law, constantly renewed and more adapted to current realities.

Keywords : State contracts – Sustainable development – Development – Development law – Interactions – International business law – Transnational law – Contractual practice – Contractualization – Regulation – Judicial diversity – Norm – Normative – Soft law – Hard law – Voluntary commitments – Corporate social responsibility – Developing countries – Developed countries.

Unité de recherche/Research unit : *Centre de recherche Droits et perspectives du droit, Campus Moulins, 1 place Déliot, 59000 Lille, <http://crdp.univ-lille2.fr>*

Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, [ecodoc.univ-lille2.fr](http://edoc.univ-lille2.fr), <http://edoc74.univ-lille2.fr>*

Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>*