UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

École doctorale de Droit de la Sorbonne

Département de droit privé

LA STABILISATION DES CONTRATS PETROLIERS

Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Ebtissam EL KAILANI-CHARIAT

Le 28 Novembre 2017

Sous la direction de

M. Philippe DELEBECQUE

Membres du jury

Membres du jury

M. Philippe DELEBECQUE (*Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) directeur de thèse*

M. Ahmed S. EL-KOSHERI *(professeur à la Université de Ain Shamas) rapporteur*

M Marius TCHENDJOU (*Professeur à l'Université de Reims) rapporteur*

M Raëd FATHALLAH (*Avocat au Barreau de Paris)*

M Mathias AUDIT (*Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)*

Avertissement

Les facultés de droit de l'Université La Sorbonne Paris I n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A mes enfants Chloé et Louis …
Et mon époux, Camille…

Remerciements

Tout d'abord, je tiens à remercier mon directeur de thèse, M. Philippe DELEBECQUE, pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant de diriger ce travail doctoral, pour ses bons conseils avisés, pour sa patience et pour tout le temps qu'il a consacré à diriger cette recherche. Enfin, j'ai été très sensible à ses qualités humaines d'écoute et de compréhension tout au long de cette période du travail doctoral.

Mes remerciements adressés également aux membres de Jury de ma thèse : M. A. EL KOSHERI, M. M Marius TCHENDJOU M Mathias AUDIT et M. Raëd FATHALLAH pour avoir accepté de participer à cet événement important de ma vie.
Je les remercie aussi d'avoir consacré du temps à me lire, écouter et critiquer dans l'évaluation de cette thèse.

Je voudrais aussi exprimer mes sincères remerciements et ma gratitude à mon cher père, la source de mon inspiration et ma force dans ma vie. Son amour et soutien, ses conseils, sa présence constante et ses conseils ont fait de moi la personne que je suis aujourd'hui.

Mes remerciements vont également à mon cher mari Camille, ma mère et ma petite sœur Fatma, qui ont vécu avec moi jour après jour, le travail de cette thèse. Leur grand soutien, leur amour et leur patience, m'ont aidé à travailler, à évaluer et à atteindre mes objectifs tout en avançant dans ma vie.

Je voudrais également remercier une personne très spéciale à mes yeux, mon parrain en droit, M. le Juge Azzam EL DEEB.

Aussi, je tiens à exprimer tout particulièrement ma reconnaissance à mon ami Abdelbasset IBRAHIM, car sans son soutien et ses conseils avisés, ce travail n'aurait pas abouti.

Aussi, je remercie ma petite belle-sœur Estelle CHARIAT, qui m'a aidée dans la dernière et dans la plus difficile période de rédaction de cette thèse, avec beaucoup de patience.

Résumé

Le contrat d'investissement étranger, soulève en pratique une longue série de problèmes juridiques très complexes. Une complexité qui est particulièrement accentuée lorsque l'investissement étranger concerne les ressources naturelles, en particulier le pétrole qui restent à ce jour la ressource la plus précieuse en matière de développement socio-économique. Cette complexité autour du contrat d'investissement pétrolier s'explique par deux facteurs principaux. ***La première*** concerne la nature diffèrent et même contradictoire des cocontractants ainsi que de leurs droits découlant du contrat lui-même. ***La deuxième concerne*** les éléments de risque qui entourent le contrat pétrolier et qui peuvent interrompre son exécution.

Alors qu'une étude qui porte sur la stabilité, la sécurité et de la continuité du contrat d'investissement pétrolier exigent une interrogation accrue de doubles mesures. *Le premier* porte sur un examen profond fin d'identifier les droits et obligations des deux cocontractants « État-hôte et investisseur privé », au vu du droit national et international. Il s'agit aussi de classer et identifier la nature juridique du contrat pétrolier lui-même ainsi que la nature des lois qu'il régissent. Alors que la deuxième mesure porte sur une analyse sur les solutions législatives et contractuelles ainsi que de leurs applications apportées par le droit international et les droits nationaux afin d'apercevoir une stabilité plus sûre et plus durable.

Descripteurs : contrat d'investissement pétrolier – stabilité – investisseur étrange – États-hôte - souveraineté - droit international – droit d'investissement- droit du contrat- le principe ddroit de la propriété – droit de l'Homme – droit Common – droit islamique – arbitrage international – *lex petrolea* – principes directeurs du droit du contrat – Unidroit - *pacta sunt servanda* - *Clausula Rebus sic Stantibus* – mutabilité du contrat – renégociation – l'imprévision - développement – expropriation directe – expropriation indirecte -

Abstract

The direct foreign investment contract raises, in practice, a long series of very complex legal problems. A Complexity that is particularly accentuated when a foreign investment concerns natural resources, and especially petrol, which remains to this day the most valuable resource for global socio-economic development.

This complexity around the petroleum investment contracts can be explained by two main factors. The first factor concerns the differences and even contradictory nature of the contracting parties as well as of their rights stemming from the contract itself. The second factor touching the elements of risk surrounding the petroleum industry as well as its affect on petroleum investment contracts which interrupts their execution.

While an investigation into the stability, security and continuity of the petroleum investment contracts requires work decided into two different steps. The first is an interrogation in order to identify the rights and obligations of the two contracting parties "host State and private investor", In view of national and international law. It is also a question of classifying and identifying the legal nature of the petroleum contract as well as the nature and sources of the laws that govern its relation. While the second step focuses on an analysis of the legislative and contractual solutions as well as their applications by international law, national law and the doctrine, in order to perceive a more secure and lasting stability.

Liste abréviations

AGNU	Assemblée Générale Des Nations Unies
ANMO	La région Afrique de Nord Moyen-Orient
CA	Cour d'Appel
CADH	Charte africaine des droits de l'homme
CASS	Cour de Cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CIUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNP	Compagnie pétrolière nationale
EPSA	Exploration and Production Sharing Agreements
ICC	Cour internationale d'arbitrage
J. CI	Juris-Classeur
JDI	Journal du droit international
NOEI	Nouvelle Ordre Economique International
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.
SPRN	Souveraineté Permanente Ressources Naturelles
Supra	ci-dessous
TBI	traités bilatéraux d'investissement

Sommaire

(Une table des Matières figure à la fin de cette thèse)

PREMIÈRE PARTIE : Le régime juridique du contrat pétrolier 47

Titre I : Identification du contrat pétrolier 49
Chapitre I : La qualification juridique du contrat pétrolier 51
Section I : Les caractères du contrat d'investissement pétrolier 51
Section II : La nature des parties aux contrats pétroliers 64
Section III : La classification des contrats pétroliers 71
Chapitre II : La loi applicable aux contrats d'investissement pétrolier 87
Section I. Le principe de l'autonomie face à de l'internationalisation du contrat pétrolier 88
Section II. La conciliation des deux théories en fonction de la particularité du contrat pétrolier : les positions de « monistes vs. Dualistes » 95
Titre II : L'identification des droits des cocontractants : souveraineté v. propriété 119
Chapitre I : La souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles 121
Section I : L'expression du principe de la souveraineté sur les ressources naturelles en droit international 121
Section II : L'expression du principe de la souveraineté sur les ressources naturelles en droit interne 141
Chapitre II : La propriété en matière d'investissement pétrolier 181
Section I : L'identification de la propriété en matière d'investissement pétrolier 182
Section II : Le transfert de la propriété à travers le contrat d'investissement pétrolier 193

SECONDE PARTIE : La solution pour la stabilité du contrat pétrolier 235

Titre III : La stabilité recherchée en droit international 237
Chapitre I : La nécessité de la stabilisation, du point de vue du droit international 237
Section I : Les enjeux du concept de stabilité au contrat d'investissement pétrolier 238
Section II : L'instabilité pose par le délit du principe d'État de droit' 253
Chapitre II : La stabilité du contrat pétrolier en vertu du droit international 269
Section I : La responsibilité de l'État cocontractant en droit international 269
Section II. Les sources de la stabilisté en droit international 275
Titre IV : La clause de la stabilité du contrat pétrolier et ses défis 303
Introduction au Titre IV 303
Chapitre I : Présentation de la clause de stabilité : ses pratiques, valeurs, et effets 305
Section I : Les différents types de clauses de stabilité 306
Section II : La validité des clauses de stabilité 331
Chapitre II : Une stabilité à travers de la théorie de l'imprévision ? 363
Section I : Exposé de la théorie de l'imprévision 364
Section II : La mutabilité du contrat pétrolier 404

ANNEXES 435
Bibliographie : Livres 517
Articles et revues 523
TABLES DES MATIERES 538

INTRODUCTION

Mettre tout en équilibre, c'est bien ; mettre tout en harmonie, c'est mieux. Victor Hugo[1]

1. La mondialisation[2], la révolution industrielle de 1870-1914 et la décolonisation[3] des XXe et XXIe siècles ont renforcé l'économie des états en voie de développement[4] et

[1] Victor HUGO, « Quatre-vingt-treize » Chapitre V, Livre VII, Bibebook, 1874, p. 621

[2] En terme linguistique le terme « mondialisation » a deux sens : un sens économique et un sens géographique. *Économie* : élargissement du champ d'activité des agents économiques (entreprises, banques, bourses) du cadre national à la dimension mondiale. *Géographie* : interaction généralisée entre les différentes parties de l'humanité ». Une définition plus précise fournie par un dictionnaire d'économie a défini deux notions : l'une générale, et l'autre plus contemporaine. La première définit la mondialisation comme « le genre humain ou toute cette partie de genre humain qui commerce ensemble et qui ne constitue plus en quelque sorte qu'un seul marché – définition de SISMONDI, *Nouveaux Principes d'économie politique* 19193. Alors que la deuxième définition contemporaine du XX^{e} siècle énonce que : « la mondialisation concerne à la fois les échanges internationaux de biens et services, les mouvements de capitaux et les transferts de technologie ». La même source identifie les acteurs principaux de cette mondialisation comme les « entreprise, consommateurs, lobby, et organisations internationales (…) mais, les premiers d'entre eux sont assurément les pays à travers leurs gouvernement ». Dictionnaire de l'économie, *Encyclopaedia Universalis*, Abin Michel, paris, 2007, p. 957.

[3] La décolonisation est un phénomène socio-politique qui a influencé de manière dramatique et progressive le commerce ainsi que l'économique du XX^{e} siècle. Ce phénomène a une dimension économique qui concerne le sujet de nos études. Le mouvement de décolonisation dans le monde en général a, d'un côté, encouragé et forcé les États décolonisés à obtenir plus de contrôle sur leurs économies, y compris les projets liés aux ressources naturelles, tandis que d'un autre côté, la décolonisation a ouvert des portes pour des expropriations directes du projet d'investissements étrangers conclu avant la seconde guerre mondiale entre les États colonisés et les investisseurs étrangers. Voir, Bernard DROZ, *Histoire de la décolonisation au XXe siècle*, Seuil 2006.

[4] Afin de comprendre l'expression « les États en voie de développement » que nous utilisons considérablement tout au long de cette étude, il est nécessaire de définir le terme développement en premier lieu. Dans un sens économique, le développement « *est conçu comme une expansion forte et soutenue de la production matérielle (…) telle qu'on peut la mesurer à travers la croissance du produit intérieur, ou du revenu national ».* Le développement dans un sens économique est conditionné par le fait : *« d'une part que la croissance économique bénéficie à toute la population et en particulier aux plus pauvres et, d'autre part, que l'amélioration du revenu se traduise dans des dimensions du bien-être approuvées par tous* ». pp. 342-351. Tandis que le sens juridique du développement - qui différencie les États développés des États en voie de développement - est observé par le « Pacte International Relatif Aux Droits Economiques, Sociaux Et Culturels » du 16 décembre 1966. Ce pacte a avoué le concept « développement » un tant qu'une obligation pour les États membres. Dans ce sens tout d'abord, l'article

ont également soutenu leur politique nationale ainsi que leur rôle dans l'économie internationale. En même temps, au cours du dernier siècle, il y eut un développement considérable du droit international, des droits de l'Homme[5] et du droit des investissements étrangers[6] qui a considérablement catégorisé les mouvements

1. A élargi le champ de développement par un « Développement économique, social et culturel art.1.1 ». Par la suite, tout au long du pacte, l'obligation de développement exige d'atteindre un niveau de déterminé par : *« exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* art 2.2 », l'assurance de plein exercice aux « *formations techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales.* Art. 6.2 », par « *le développement ou la réforme des régimes agraires, de manière à assurer au mieux la mise en valeur et l'utilisation des ressources naturelles* 11.2.b », par l'assurance à « *une répartition équitable des ressources alimentaires mondiales par rapport aux besoins, compte tenu des problèmes qui se posent tant aux pays importateurs qu'aux pays exportateurs de denrées alimentaire*s 11.2.c ». Ainsi par : « *a) La diminution de la mortinatalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant ; b) L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle ; c) La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies ; d) La création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie. 12.2* ».

[5] Bien que l'origine de la notion de « droits de l'Homme » repose sur la nature de l'être humain elle-même, l'histoire de l'humanité, la littérature des principales religions et les anciennes théories philosophiques morales, la formulation du droit positif des « droits de l'Homme » est un phénomène récent étroitement associé à l'émergence du modèle de la république libérale et de l'État démocratique. Voir. L'histoire moderne des droits de l'homme est marquée par trois moments fondamentaux ; i. La Magna Carta en 1215, qui a fixé des limites au pouvoir royal au Royaume-Uni, ii. La Déclaration d'indépendance américaine de 1776, et iii. La Déclaration française "des Droits de l'Homme et du Citoyen" de 1789, qui a, pour la première fois, énoncé les droits civils, politiques et économiques comme principales valeurs des droits de l'Homme. Les principes universels des droits de l'Homme ont été publiés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948. La création de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, du Conseil économique et social (ECOSOC) et de la Troisième Commission (chargée des affaires sociales, humanitaires et sociales) de l'Assemblée générale des Nations Unies (UNGA) ont fortement influencé le droit international, les droits internes des Etat riches en ressources naturelles ainsi que les accords d'investissement pétrolier conclus au début du XX siècle. Cela été observé notamment au travers de l'affrontement de la question du droit à l'autodétermination et du droit des peuples et des nations de disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles.

[6] Le Droit de l'investissement étranger trouve ses dispositions dans les « *diverses branches tant du droit public que du droit privé* » M. AUDIT, Sylvain BOLLEE, P. CALLE, « Droit du Commerce international et des investissements étrangers », 2e édition, LGDJ, 2016, p. 37 et ss. Les sources du droit d'investissement étranger que nous utiliserons comme méthode d'étude pour notre thèse sont : les législations internes relatives à l'investissement étranger y compris les dispositions spéciales telles que les dispositions

commerciaux, économiques et industriels mondiaux. Ces progrès socio-économiques d'un côté et le développement de droit international et ses instruments et institutions de l'autre côté, ont favorisé et facilité les échanges commerciaux ainsi que les investissements étrangers, dans différents secteurs et entre différentes parties du monde.

2. De plus, la première révolution industrielle de l'histoire moderne a commencé en Grande-Bretagne au XVIII[e] siècle et a transformé l'économie nationale d'une économie agricole et artisanale en une économie essentiellement dominée par l'industrie et la fabrication de machines[7]. La deuxième révolution industrielle de la fin du XIX[e] et du XXe siècle a cependant eu plus d'impact sur l'économie mondiale. Elle a été largement caractérisée par les échanges, l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles et synthétiques de même que le rôle important joué par les institutions financières et les organisations intergouvernementales. Les grands projets d'investissement, les transferts de technologie, de savoir-faire, de capital et de main-d'œuvre ont également été un élément clé de la seconde révolution industrielle au XX[e] siècle.

3. L'une des conséquences majeures de cette révolution industrielle réside dans la forte dépendance de l'énergie en tant que source de développement économique. De plus, la fluctuation spectaculaire des prix des matières premières entre la Première et la Deuxième Guerre mondiale, a contribué à l'augmentation de l'exploitation des ressources naturelles dans les pays en voie de développement en Amérique latine et dans la région de l'ANMO[8]. Cette période est marquée par les appels à la souveraineté

d'investissement pétrolier, les traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la promission des investissements étrangers, la jurisprudence de l'arbitrage international qui découle du conflit entre l'investissement État hôte, les droits des contrats avec leurs branches nationales et internationales, la doctrine et les différents modèles des contrats d'investissements s'appliquant dans différents secteurs. Voir aussi : « *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* », ouvrage collectif sous la direction de Charles Leben, Pedone 2015, et M. SORNARAJAH, "*The International Law on Foreign Investment*", 3[ème] édition, 2010, p. 8 et ss.

[7] Voir A. J.TOYNBEE, *A study of history*, oxford university Press, 1957.

[8] *ANMO* est l'acronyme de la région géopolitique « Afrique du Nord Moyen Orient Moyen-Orient et Afrique du Nord »

nationale, à l'intégrité territoriale et à l'indépendance des États colonisés, en conséquence desquels s'est créé un nouveau système politique et juridique international régi par les Nations Unies et ses institutions connexes.

4. L'un des domaines qui a été particulièrement influencé par ces progrès et changements est celui des investissements des ressources naturelles[9], y compris le pétrole[10], sujet de notre étude. Pourtant, plusieurs circonstances ont entravé l'exploitation directe des ressources naturelles par les États en voie de développement de la région ANMO[11] durant les années 1970s. Tout d'abord, les activités d'exploration et d'exploitation nécessitent des moyens financiers considérables, une infrastructure industrielle conséquente et une expertise technique solide. Ces prérequis ont

[9] Dans un contexte de commerce international, les ressources naturelles été défini, par l'Organisation Mondiale de Commerce comme « les stocks de matières présentes dans le milieu naturel qui sont à la fois rares et économiquement utiles pour la production ou la consommation, soit à l'état brut, soit après un minimum de transformation », et qu'ils sont « considérés comme des biens en capital naturel, distincts du capital matériel et humain, dans la mesure où ils ne sont pas créés par l'activité humaine. Le capital naturel peut être un intrant potentiellement important dans la fonction de production d'un pays », B. Les ressources naturelles : définitions, structure des échanges et mondialisation, Rapport sur le commerce mondial », WTO studying paper, 2010, p. 46 et ss. https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/anrep_f/wtr10-2b_f.pdf.

[10] Dans le cadre de cette étude, le terme « pétrole » sera utilisé comme synonyme de pétrole et de gaz. Le terme « pétrole » est généralement défini comme l'ensemble des hydrocarbures liquides et gazeux existant à l'état naturel extractible dans les gisements, ainsi que les autres substances produites en association avec ces hydrocarbures. L'une des définitions les plus complètes pour le terme « pétrole » est donnée par l'acte pétrolier norvégien n ° 72 1996, relatif aux activités pétrolières, modifié en dernier lieu par la loi du 24 Juin 2011. L'article 1-6 de cet acte a défini le terme « pétrole » comme *"In this Act the following definitions shall apply: a) Petroleum, all liquid and gaseous hydrocarbons existing in their natural state in the subsoil, as well as other substances produced in association with such hydrocarbons. b) Petroleum deposit, an accumulation of petroleum in a geological unit, limited by rock characteristics by structural or stratigraphic boundaries, contact surface between petroleum and water in the formation, or a combination of these, so that all the petroleum comprised everywhere is in pressure communication through liquid or gas. In cases of doubt, the Ministry will determine what shall be regarded as a petroleum deposit".*

[11] Selon l'estimation de l'OPEP de 2017, 81,5% des réserves mondiales prouvées de pétrole brut sont situées dans les États membres de l'OPEP, la majeure partie des réserves de pétrole de l'OPEP au Moyen-Orient représentant 65,5% du total de l'OPEP. L'Arabie saoudite, l'Iran et l'Iraq détiennent ensemble 47% de la réserve mondiale. D'autre part, la plupart des États développés membres de l'OCDE consomment environ 60 à 70% de la consommation mondiale d'essence. Voir le Rapport mensuel d'OPEC de 12 juillet 2017, et voir : opec.org.

généralement dépassé les capacités des pays en développement, en dépit de l'amélioration des capacités nationales et de l'expertise dans de nombreux États en voie de développement au cours des XX^{e} et XXI^{e} siècles. Ces besoins des deux parties ont été traduits dans le contrat d'investissement pétrolier, qui est considéré comme l'un des contrats d'investissement les plus énormes en capital ainsi qu'en risque[12] à nos jours. Par ailleurs, les risques et la complexité inhérents aux opérations d'exploration rendent également difficile une approche purement nationale de l'exploration et de l'exploitation des réserves de pétrole et de gaz dans les pays en voie de développement. Il est donc tout à fait compréhensible que ces États, ne pouvant pas supporter de tels risques, soient obligés de faire appel à des investisseurs étrangers possédant les ressources financières nécessaires pour mener les opérations d'exploration et par la suite, l'exploitation des découvertes. Tous ces facteurs révèlent l'énorme enjeu politico-économique entourant ces contrats. Il s'ensuit que la relation entre les parties a toujours été instable.

5. Alors que le contrat d'investissement pétrolier soulève en pratique une longue série de problèmes juridiques très complexes, une complexité est particulièrement accentuée par la nature juridique différente de ses cocontractants, son sujet, ainsi que le risque qui l'entoure. De plus, la complexité juridique autour du contrat d'investissement pétrolier, sujet de notre thèse, a fait l'objet d'une importante littérature doctrinale au cours des derniers siècles. Une discussion doctrinale qui, tout comme la présente étude, porte essentiellement sur les moyens d'obtenir la stabilité juridique nécessaire pour sécuriser et stabiliser les droits de l'investisseur étranger acquis à travers le contrat d'investissement.

6. Donc, il conviendra, dans le cadre de l'introduction de cette étude, de définir tout d'abord les cocontractants du contrat d'investissement pétrolier (I), de s'interroger sur les notions de risque qui entourent ce contrat, (2) d'examiner les méthodes de stabilité

[12] Voir: Peter D. CAMERON, « International energy investment law, the pursuit of Stability", Oxford, 2010, pp. 36-50.

du contrat d'investissement pétrolier (3), puis nous clarifierions l'intérêt du sujet (4) la problématique (5), et le plan de l'étude (6).

1.1. Les cocontractants du contrat d'investissement pétrolier

Le contrat pétrolier est un contrat conclu entre des personnes de natures juridiques différentes. La première partie est un État-hôte avec ses doubles capacités 'souverain et propriété'. La deuxième partie un investisseur privé sujet de droit privé[13]. Dans le cadre de cette étude, il sera important, en premier lieu, de déterminer avec plus de précision les parties au contrat pétrolier. Puis, de s'interroger sur l'endoctrine de la notion de souveraineté visant le contrat d'investissement pétrolier. C'est parce que les applications de la notion de souveraineté d'État sur ses ressources naturelles encadrent le type de relation contractuelle que l'État a choisi pour développer ses ressources.

1.2. Les indentifications des parties au contrat pétrolier

7. ***La première*** et essentielle partie au contrat d'investissement pétrolier est l'État hôte. C'est l'État dans lequel se déroule le projet d'investissement sur son territoire. L'État hôte, en tant que première partie au contrat d'investissement, joue un double rôle parallèle. ***Le premier*** est son rôle en tant qu'État souverain[14] personne juridique, sujet de droits des gens. Alors, à travers ce premier rôle, l'État intervient dans le domaine de l'investissement pétrolier « *en ayant recours à son pouvoir normatif, c'est-à-dire à sa capacité à émettre des règles de droit* »[15]. L'État joue ce rôle en exerçant ses droits souverains de disposer librement de ses ressources naturelles ; de décider de sa politique nationale relative à l''industrie pétrolière ; d'exproprier des propriétés d'un investisseur pour bénéfices publics et de contrôler librement son secteur d'investissement étranger ainsi que ses engagements environnementaux.

[13] Voir M. AUDIT, S. BOLLEE, P. CALLE, "Droit du commerce international…", op., cit., pp47-70

[14] Le terme d' « État souverain » désigne une personne morale de sujet du droit international qui exerce une « *indépendance extérieure et suprématie interne* ». O. BEAUD « La puissance de l'État », puf, 1994, p. 35. Tandis que l'indépendance extérieure de la souveraineté de l'État se traduit par sa capacité juridique à s'engager dans la sphère internationale. La suprématie interne de sa souveraineté est déterminée par sa capacité juridique exclusive à appliquer la loi et l'ordre sur son territoire. Voir : Ian BROWNLIE, « *Principles of Public International Law* », Oxford, 5e édition 1998, pp. 288-299.

[15] M. AUDIT, S. BOLLEE, P. CALLE, "Droit du commerce international", op., cit., p. 93.

8. ***Le deuxième rôle*** que l'État exerce en matière de contrat d'investissement pétrolier est celui d'opérateur. À cette fin, l'État crée une société étatique « *plus ou moins autonome, relevant tantôt du droit public et tantôt du droit privé* »[16] « *dont la totalité ou une majorité du capital-actions est propriété de l'État* »[17]. Au travers de cette entreprise, l'État jouit de son rôle en tant que premier cocontractant au contrat d'investissement pétrolier en appuyant sur ses « pouvoirs qui lui appartiennent comme titulaire d'un droit de propriété privée »[18] par les dispositions internes. Ce rôle permet à l'État d'assurer le transfert « d'un titre minier sur le domaine concédé »[19] à l'investisseur afin de garantir le capital, le savoir-faire et les ressources humaines nécessaires aux projets d'investissement.

9. Alors que, **la deuxième partie du contrat d'investissement pétrolier** est l'investisseur, Une personne qui trouve sa nature juridique « en général du droit privé et de leur nationalité …étrangère à celle de l'État cocontractant »[20]. L'investisseur étranger, afin de mener des activités d'exploration et d'exploitation pétrolières, investit un capital, la plupart du temps financé par une institution financière internationale. Il transfère et construit de grands matériels, engage des ressources humaines nationales et étrangères et apporte le savoir-faire nécessaire au projet d'investissement. En retour, l'investisseur obtient des droits aux propriétés, tangibles et intangibles[21], à titre privé, selon le type de contrat d'investissement pétrolier.

---

[16] Voir : Jean-Flavien LALIVE, "*Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées : développements récents* », Recueil des cours de l'Académie de la Haye de droit international, Volume 181, 1983, p. 28.

[17] Ibidem.

[18] Ahmed Sadek EL-KOSHERI, "*Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier*", Recueil des cours de l'Académie de La Haye de droit international, Volume 147, 1975, p. 236.

[19] *Ibidem.*

[20] Jean-Flavien LALIVE, op., cit., p. 29.

[21] La notion de droits de propriété en vertu du contrat d'investissement a été développée par la jurisprudence arbitrale concernant des expropriations directe ou indirecte de l'État hôte que vise du contrat d'investissement étranger. En résumé les droits des investisseurs tangibles, dans le domaine des contrats d'investissement pétrolier, comprennent : les paiements aux investisseur, le droit sur des matériaux transféré ou constitue dans l'État hôte par l'investisseur, le droit à la production pétrolière, le droit aux bâtiments et pipelines. Tandis que les droits intangibles de l'investisseur possédé par contrat

1.3. Les applications de Souveraineté en matière de contrat d'investissement pétrolier

10. Depuis la Paix de Westphalie[22] qui a mis fin à la Guerre de Trente ans en 1648, un système international moderne s'est développé, composé d'États souverains disposant chacun d'une autorité indépendante et exclusive sur son propre territoire géographique[23]. Le modèle de l'État souverain de Westphalie repose sur les principes d'autonomie, de contrôle territorial, de reconnaissance mutuelle et d'indépendance. Cette souveraineté a depuis été caractérisée par le pouvoir absolu au sein d'une communauté, l'indépendance totale à l'extérieur et le plein pouvoir en tant que personne morale en droit international[24]. La conception interne moderne de la souveraineté a été développée en Europe après la Révolution française de 1789 et en Amérique après l'avènement de la démocratie constitutionnelle au XVIII^{e} siècle[25]. Par la suite, cependant, les pays occidentaux sont passés du modèle de la « souveraineté du Prince », où le pouvoir se concentre en une seule personne ou organe, au modèle moderne de séparation des pouvoirs, de l'indépendance internationale, des responsabilités, droits et obligations découlant des conventions internationales et des constitutions nationales.

11. Ensuite, après la Seconde Guerre Mondiale et la constitution de la Cinquième République française, une nouvelle dimension de la souveraineté interne a vu le jour.

---

d'investissement pétrolier (appelé aussi *contract rights*) comprennent, la gestion, les services et la commercialisation de l'investisseur à son projet d'investissement, l'exonération de certains droits fiscaux, le droit et le droit à une compensation financière en cas d'expropriation. Le thème de l'investissement du droit sur contrat pétrolier doit être discuté en détail dans le chapitre 2 du titre 1 de cette thèse. Pour plus de littératures sur le sujet voir : R. Doak BISHOP, James CRAWFORD , W. Michael REISMAN, « Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary », 2^{e} Kluwer Law International 2014 pp. 583 – 752 ; M. SORNARAJAH, « the Sottement of foreign Investment disputes », Kluwer Law International, 2000.

[22] Voir H. WHEATON « Histoire des Progrès du Droit des gens en Europe et en Amérique depuis la Paix de Westphalie jusqu'à nos Jours », (1865), disponible en ligne file:///C:/Users/Ebtissam/Downloads/HenryWheatonHistoiredesPr%20(2).pdf,

[23] Voir, S. D. KRASNER, "Rethinking the Sovereign State Model", Review of International Studies, British International Studies Association, 2001,

[24] T. ENDICOTT "The Logic of Freedom and Power, the philosophy of International Law", Oxford university press, 2010, p. 146.

[25] Voir J. l. COHEN, "*The photocopy of International Law", op., cit.,* p. 265.

C'est la dimension connue sous le nom de l'« État de citoyens », comme développée en 1922 par la constitutionaliste DE MALBERG[26]. M. BEAUD[27] l'explique en énonçant que « *le peuple politique d'un État a cessé d'être exclusivement sujet du Prince et qu'il est lui-même devenu le Souverain* »[28]. Cette conception moderne de la souveraineté est identifiée par d'avantage par M. BEAUD comme *« la souveraineté constituante du peuple »*[29]. Ce modèle a révolutionné le concept de la souveraineté médiévale dans lequel le « *souverain est celui qui, comme le baron ou le Roi, peut dans sa sphère de domination donnée et reconnue, décider indépendamment d'autrui* »[30]. Et qui est comme l'affirme M. BEAUD « *l'adjectif souverain, ainsi que le substantif, désigne donc un pouvoir qui n'admet aucun supérieur* »[31]. La nouvelle notion de souveraineté nommée par BEAUD, *« l'État de citoyens* »[32] affirmant qu'il *« n'est plus la Loy du Prince, mais la constitution qui est l'acte exprimant la souveraineté de l'État et du peuple. Le monopole du la Constitution définit l'État de citoyens »*[33].

Dans le cadre de cette thèse, s'agissant de la stabilité de contrat pétrolier, nous nous intéresserons au rapport entre l'État hôte cocontractant et l'investisseur étranger. Ce rapport, avant d'être encadré par un contrat d'investissement, est régi par les principes de la souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles un principe de droit international traduit dans les droit constitutionnel[34] de chaque État. Ces principes sont généralement déterminés par la loi

[26] Cette notion de souveraineté du peuple a été exprimé by M. Raymond Carré DE MALBERG dans le deuxième tome de son ouvrage « contribution à la théorie générale de l'état », en 1922. Il l'a défini comme « …celle qui place la source du pouvoir dans le peuple, dans la masse commune des citoyens ». Alors qu'il décrit ses conditions en disant que « il sera nécessaire d'assembler et d'additionner toutes ces parcelles de souveraineté individuelle. En autre termes, toutes les fois qu'il y aura une décision souveraine à prendre, il faudra convoquer le peuple, la totalité des citoyens : puis on fera la somme des volontés particulière exprimées par chacun d'eux ». M. Raymond Carré DE MALBERG, « Contribution A La Théorie Générale De L'état », Dalloz 2004

[27] O. BEAUD, "*La Puissance de l'ÉTAT",* Léviathan, puf, 1994.

[28] *Ibidem*, p. 201.

[29] *Ibidem*, p. 199.

[30] H. QUARISCH « *Souveraniat* », cité chez O. BEAUD, « *la Puissance de l'État* », *op., cit.,* p. 38.

[31] O. BEAUD, La Puissance de l'État, op., cit., p. 38.

[32] O. BEAUD, *op., cit*., p. 24.

[33] *Ibidem*, p. 25.

[34] Le principe de souveraineté de l'état sur ses ressources naturelles tire ses applications de Le nouvel ordre économique international (NOEI). Alors que l'un de conséquences de la révolution industrielle sur les relations internationales politiques et économiques ainsi que la promotion des droits de l'homme après la Seconde Guerre mondiale ont conduit à l'apparition d'un « Nouvel ordre économique

internationale y compris le droit de l'Homme[35] et la NOEI ainsi que par les dispositions constitutionelles internes de cheque pays. Cependant, en observant ces notions dans la région ANMO à la suite du processus de décolonisation du XX^{e} siècle, on note que les dispositions juridiques concernant la souveraineté sur les ressources naturelles et sa propriété ont été considérablement influencées par le principe de NOEI, la révolution industrielle et le développement progressif des droits de l'homme. Tous ces éléments ont impliqué de nouveaux défis pour les investisseurs étrangers et pour le rapport État souverain-ressources naturelles.

12. Par conséquent, les États producteurs de pétrole du Moyen-Orient, depuis leur indépendance dans les années cinquante et la nationalisation des projets pétroliers étrangers dans les années soixante-dix, ont activement développé une politique de Souveraineté nationale permanente sur les ressources naturelles (Permanent Sovereignty Over Natural Ressources) (ci-après, SPRN). L'application de la SPRN a été considérée comme un élément fondamental pour le développement économique de ces États et pour la redistribution de la richesse par rapport au monde industrialisé. La

international » (NOEI) au début des années 1970s. Le NOEI s'est construit sur les valeurs suivantes : i. Chaque Nation a le droit d'exercer un contrôle et une gestion efficaces sur ses ressources naturelles et leur exploitation, y compris le droit de nationalisation. ii. La nationalisation est une expression du droit souverain de chaque pays de sauvegarder ses ressources naturelles, d'organiser librement ses lois et sa politique nationale et de s'engager avec des partenaires nationaux et internationaux pour des projets d'investissements. Le NOEI a considérablement modifié la relation contractuelle entre les États hôtes et les investisseurs étrangers. Le principe de « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » énoncé dans les dispositions du droit international par le « NOEI » a permis aux pays riches en ressources naturelles récemment indépendants de mener des mouvements de nationalisation des projets d'investissements étrangers sur leur territoire. Constitue par la « Déclaration Concernant L'instauration D'un Nouvel Ordre Économique International Résolution 3201 (S-Vi) De L'assemblée Générale 1974 », http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_ph_f.pdf , Pour plus de détails relatifs à la naissance de NOEI , son développement et son influence sur les Etats, voir N. J. SCHRIJVER, "Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights And Duties In An Interdependent World", Doctor of Philosophy, Hardvard publication, 1995

[35] Les droits de l'Homme ont eu trois conséquences fondamentales sur les relations entre investisseur et État hôte. En premier lieu, le droit des peuples à l'auto-détermination et leur droit d'utiliser les ressources naturelles pour leur économie et leur développement social et politique ont permis aux États en voie de développement d'organiser librement leurs lois économiques et leurs politiques nationales, y compris celles liées aux investissements dans le domaine des ressources naturelles. En deuxième lieu, le droit international relatif aux droits de l'homme a également permis de reconnaître et de protéger pleinement la propriété privée, qui recouvre les biens « tangibles et intangibles » de l'investisseur. En troisième lieu, les droits de l'homme, le droit de l'environnement et le concept récent de développement durable ont créé des obligations pour les investisseurs et les États hôtes envers les communautés locales et l'international.

résolution n° 2158 de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1966 reconnaît que « *les ressources naturelles des pays en développement constituent une base de leur développement économique en général et de leur progrès industriel en particulier* », et préconise l'application de la SPRN comme la garantie d'un tel développement. Le problème majeur de la plupart des États pétroliers de la région ANMO est la centralisation totale et le contrôle absolu des processus de gestion des ressources naturelles et de l'industrie pétrolière, ainsi que la distribution des revenus par un seul organe ou une seule personne. La puissance économique et politique des États riches en pétrole de la région ANMO s'est cependant souvent accompagnée d'un mépris total du principe d'État de droit et des droits de l'Homme, ainsi que d'une mauvaise gestion de la répartition de la richesse.

13. En outre, certains États de la région ANMO ont mis en place un modèle de souveraineté différent de celui qui est apparu dans les pays occidentaux après la Seconde Guerre mondiale. Cela s'explique notamment par la préservation du patrimoine religieux, l'histoire de la colonisation, les traditions culturelles ainsi que par l'infrastructure économique et industrielle très peu développée. Trois modèles différents sont ainsi apparus dans les États nouvellement indépendants de la région. ***Le premier modèle*** est cela qu'a adopté par des États républicains de la région ANMO comme l'Egypte après la révolution de 1952 et l'Algérie après l'indépendance en 1962, la Libye après son indépendance en 1951 et l'Iraq en de 1979. Ces États, suite à leurs indépendances et/ou déconsolidations, ont adopté une constitution républicaine démocratique, influencée par le système politique et juridique français de « souveraineté du peuple ». En théorie[36], ce modèle confirme la pleine souveraineté au

[36] Cette notion de souveraineté a toujours été appliquée dans ces États. La Libye, par exemple, avait une pratique « schizophrène » de cette notion qu'a influencé la politique étrangère de ces régimes ainsi que leurs relations contractuelles en matière de commerce d'investissement international. Ainsi, certaines nationalisations historiques dans la région ont été mises en œuvre pour des motivations purement politiques et non en vertu d'un intérêt national pour le développement. Dans l'affaire *BP v. Libye*, l'arbitre a conclu que la nationalisation des biens, des droits et des intérêts de l'investisseur étranger BP constituait une violation fondamentale de la concession. En ce sens, il s'agissait d'un rejet total du droit des contrats et des obligations de la Libye, arbitraire et discriminatoire, qui violait le droit international, motivé par des

peuple à travers une constitution. Toutefois, en pratique, le commandement applique la souveraineté du Prince[37] qui « *peut dans sa sphère de domination donnée et reconnue, décider indépendamment d'autrui (…) il désigne donc un pouvoir qui n'admet aucun supérieur* »[38]. Dans le cadre de ce premier modèle de souveraineté, les États pétroliers ont choisi d'utiliser le « contrat de production de partage » comme modèle pour leurs contrats d'investissement dans l'industrie pétrolière. Ce contrat assure le partage des droits de propriété sur la production pétrolière pour l'investisseur entre les parties du contrat. Il assure également le partage de la gestion du projet entre les deux parties. De plus, dans le cadre de ce contrat de partage, l'État fournit toujours des garanties contractuelles sous forme de clauses de stabilisation[39].

14. ***Le deuxième modèle,*** apparu dans la région ANMO après la Seconde guerre mondiale, est le modèle religieux, qui confirme la « souveraineté de Dieu » ainsi que sa propriété sur tous les sujets d'une société, telles que les personnes et les ressources naturelles. Ce modèle a été adopté par les deux États les plus puissants et les plus riches en pétrole de la région, l'Arabie Saoudite et l'Iran. Dans ce modèle, le commandant, roi ou imam, n'est que le représentant de Dieu ou « l'interprète » de sa volonté au sein de la Nation. En conséquence, la propriété des ressources n'est jamais transférée par contrat à un tiers et tout acte contraire doit être annulé. Tel est le cas de la nationalisation des investissements étrangers en Iran depuis la révolution iranienne de 1979. L'État hôte s'engage avec l'investisseur étranger afin d'effectuer des services

raisons politiques étrangères et confiscatoires car aucune offre d'indemnisation n'avait été faite selon le droit de nationalisation décrit dans les résolutions 3201 (S-VI) et 3202 (S-VI) de l'Assemblée générale des Nations Unies. *Voir l'affaire BP v. Libya*, 53 International Law Reports, 1979, p. 297 à p.346, Yearbook V, 1980, pp. 141-145 ; voir aussi R. Doak BISHOP, "International Arbitration of Petroleum Disputes : The Development of a Lex Petrolea", YCA 1998, pp. 1131 et ss. En outre, les politiques étrangères de ces États ont considérablement affecté la stabilité des investissements pétroliers et ont fait courir un grave risque politique aux investisseurs étrangers Les sanctions américaines contre la Libye et l'Iran au cours des années 1980 et 1990, telles que la « Loi de 1996 sur les sanctions contre l'Iran et la Libye (ILSA) » ont eu un impact négatif sur les investissements étrangers dans les deux États.

[37] Voir la notion médiévale de souveraineté selon O. BEAUD, in *La Puissance de l'État*, *op. cit.,* p. 38.

[38] *Ibidem*, pp. 38-39.

[39] Pour plus d'illustration sur c Ce modèle de contrat voir Chaitre 2, Titre I de cette thèse. Voir aussi; Zeyad A. ALQURASHI, International Oil and Gas Arbitration", OGEL special study – vol. 3 pp. 39 et SS

spécifiques ou de l'assistance technique limitée et transfert de savoir-faire et des matériaux. Cela contre une partie de l'argent calculé détecté du prix de la production pétrolière[40]. Sous le contrat de services, aucune clause de stabilité n'est fournie, car le pouvoir souverain ne doit pas être encadré par une clause contractuelle.

15. ***Le troisième modèle***, le plus stable sur le plan politique et juridique dans la région, est le modèle monarchique tel qu'adopté par le Qatar, le Koweït, les Emirats Arabes Unis et Bahreïn. Ce modèle confie la souveraineté au roi, qui est aussi le propriétaire des ressources sur son territoire et le premier cocontractant dans le contrat d'investissement pétrolier. Les États monarchiques utilisent les trois modèles de contrats pétroliers ; concession, contrat de partage de production ainsi que contrat de services.

16. Cette politique inconsistante dans la région a conduit au phénomène de « ***Resource Curse*** »[41], autrement dit, à la « malédiction des ressources naturelles » ou « malédiction des matières premières », caractérisé par l'incapacité de créer une économie productive efficace, par d'importantes inégalités sociales, par l'installation de dictatures militaires ou religieuses, par des conflits sociaux ainsi que par de sévères atteintes aux droits de l'homme ou à l'environnement. Ce phénomène et son aggravation au cours des dernières décennies, telles que la pauvreté et l'injustice sociale, ont joué un rôle majeur dans « les révoltes arabes de 2011 » et les conflits sociaux connexes.

---

[40] Voir, S. HOLLIS and J. BERRESFORD, "*Structuring Legal Relationships in Oil and Gas Exploration and Development in 'Frontier Countries*'", in T. WAELDE and G. NDI (eds.) "*International Oil and Gas Investment Moving Eastwards",* Graham & Tortman/ Martinus Nijhoff, London 1994, pp. 29, 38. Voir aussi: Zeyad A. ALQURASHI, op., cit., pp. 47 et ss.

[41] Voir J.D. SACHS, A.M. WARNER, "Natural Resources and Economic Development; The curse of natural resources" *Center for International Development,* European Economic Review, *Harvard University,* 2001, 45, pp. 827- 838

1.4. Le phénomène de risque

17. Le risque politique dans le domaine d'investissement pétrolier étranger forme un facteur majeur de l'instabilité de contrat d'investissement pétrolier. Ce risque peut être lié directement au contrat, tel que l'acte direct ou indirect de l'État souverain, qui affecte l'exécution du contrat et déstabilise la relation contractuelle. Le risque peut également être externe, autrement dit, lié aux changements de circonstances imprévu extérieurs à la volonté des cocontractants, et qui peut rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse.

18. Le risque politique a fait son apparition dans le commerce international et l'investissement direct à l'étranger au XX[e] siècle. La définition doctrinale du risque politique le décrit comme une menace pour la stabilité du projet d'investissement, découlant d'une sorte d'action ou d'inaction étatique[42]. C'est un acte pris ou non pris par l'État hôte qui peut réduire directement ou indirectement la capacité des investisseurs à réaliser le profit attendu de leur investissement [43]. De nos jours, le risque politique a pris une dimension beaucoup plus large. Il peut découler de diverses actions politiques menées par l'État hôte, un autre État ou résulter d'autres développements internationaux ou géopolitiques tels que les troubles civils, les sanctions, les tensions politiques, le changement de régime politique, les révolutions, les alliances régionales et/ou les conflits géopolitiques et, plus récemment, le terrorisme. Tous ces éléments politiques peuvent être considérés comme des risques menaçant les attentes des investisseurs, autrement dit : *"The principal risks to foreign investment come from certain uniform and identifiable forces. (…) will result from either regime change or changes to the existing political and economic policies of the host state*"[44]. La définition du « risque politique » serait donc un élément étranger, d'ordre métajuridique, aux

[42] Voir, N. RUBINS, S. KINSELLA, "International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A Practitioner's Guide", Oceana publication Inc., 2015, p 5

[43] *Ibidem,* p. 5.

[44] M. SORNARAJAH, "*The International Law On Foreign Investment*", Cambridge university press, 3[e] éd., 2010, p. 69.

investisseurs, qui menace le contrôle complet, le libre accès aux « biens tangibles et intangibles » inclus dans le projet d'investissement et qui diminue les attentes légitimes que l'investisseur porte vis-à-vis de son projet d'investissement. En conséquence, les risques politiques portent atteinte à l'équilibre économique du contrat. Néanmoins, le statut de risque politique n'implique pas une impossibilité totale d'exécution du contrat d'investissement tel que dans la théorie classique de la force majeure.

19. Aussi, les tensions idéologiques et géopolitiques de la Guerre froide entre les deux principaux systèmes sociaux et économiques, depuis la fin de la seconde guerre mondiale en 1945 et jusqu'au début des années 1990, ont par ailleurs eu un impact profond sur la stabilité du marché pétrolier. De même, au cours des sept dernières décennies, les tensions politiques dans la région ANMO ont également joué un rôle extrêmement important dans l'élaboration du concept de risque politique dans l'industrie pétrolière et eu un fort impact sur le prix du pétrole et plus largement, sur le commerce et l'économie mondiale.

1.5. Les moyens de stabilité du contrat d'investissement pétrolier

20. À la lumière de la détermination des sources de l'instabilité du contrat d'investissement pétrolier, nous étudierons les garanties dédiées de principes directeurs de droit du contrat au travers de la clause de stabilité insérée dans le contrat pétrolier. Puis, nous nous interrogerons sur le concept de mutabilité du contrat pétrolier, porté par la théorie de l'imprévision et ses applications en droit international.

1.6. Une stabilité fournie par les principes directeurs du droit du contrat

21. Le « contrat d'investissement pétrolier »[45] est initialement, comme tout autre contrat, selon une approche purement classique de la théorie du contrat, « une

[45] Dans le cadre de cette thèse nous entendons le contrat d'investissement pétrolier qui concerne une entreprise étrangère investissant dans des activités commerciales en amont « *Upstream Operations* » par

convention par laquelle une *ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »*[46]. Il s'agit ainsi d'« *un accord de volontés* »[47] entre un État hôte riche en pétrole et un investisseur de nature privée possédant capital et savoir-faire. Ce contrat est « *destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »[48]. Le contrat d'investissement, comme tout autre contrat, est une pure traduction du principe universel de « liberté contractuelle » qui permet aux parties de « *déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* »[49]. En conséquence, le contrat d'investissement pétrolier constitue la véritable loi des parties et est régi par la loi choisie par elles. Dans ce contexte, la stabilité et la sécurité du contrat d'investissement pétrolier émanent des principes directeurs du droit des contrats, de reconnaissance universelle[50].

22. L'un de ces principes est le *Pacta Sunt Servanda* signifiant que « les promesses doivent être tenues », qui renforce la stabilité et la sécurité de l'engagement contractuel et représente la préoccupation majeure de tous les investisseurs étrangers, particulièrement dans le cas de contrats caractérisés par leur longue durée et un niveau de risque très élevé. Le *Pacta Sunt Servanda* est un principe universel qui a été traduit dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, à travers les deux principes directeurs majeurs qui sont « *la liberté contractuelle* » et « *la force obligatoire du contrat* ». En droit du contrat français, l'article 1134 du Code civil confirme ce principe en affirmant que : « *Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Selon ce texte, *« le contrat est la loi des parties, non parce que la loi l'estime utile ou juste, jusqu'à ce qu'elle décide*

---

le transfert d'une capitale, d'un savoir-faire et de main-d'œuvre dans un Etat hôte riche de pétrole. Ces activités commerciales, ces opérations, comprennent toutes les étapes impliquées de la recherche pour les ressources pétrolières à l'exploration préliminaire et l'exploitation jusqu'au niveau de l'exportation de pétrole vers le marché international.

[46] L'ancien article 1101 du Code civil français.

[47] L'article 1101 du Code civil français.

[48] Ibidem.

[49] L'article 1102 C. civ.

[50] Une illustration donnée par l'un des plus célèbres affaires d'arbitrage pétrolier, qui fait jurisprudence jusqu'à ce jour, est l'affaire *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company And The Government Of The Libyan Arab Republic*, 1977, 17 I.L.M. 1 1978.

le contraire. Mais parce que la promesse faite et reçue est le mode de formation de l'obligation le plus naturellement humain et universel. Les racines de la loi contractuelle plongent dans les droits de l'homme en société ; d'où il suit que la loi de l'État doit en principe respecter le contrat, comme elle s'incline devant les droits de l'homme. Bien sûr, tout est ici affaire de mesure, d'autant plus que les frontières entre l'intérêt général et l'intérêt particulier sont poreuses, comme le montre le dangereux développement de l'ordre public de protection de l'intérêt privé, peut-être d'ailleurs mal nommé »[51].

23. Dans la doctrine du droit du contrat français, J. J. ROUSSEAU, durant le XVIII[e] siècle, a joué un rôle important dans le développement de la « théorie du contrat » et de ses principes fondamentaux tels que le principe de la « liberté contractuelle ». Rousseau était un individualiste convaincu, bien que moins sévère que ses collègues de l'école anglaise des individualistes[52]. Il a présumé que, naturellement, l'homme naît autonome et libre de s'engager à tout moment. Il est aussi indépendant, doté de droits naturels qui constituent l'ensemble de sa liberté. Mais dans la théorie de Rousseau, ces droits de l'individu ne peuvent imposer de restrictions au pouvoir souverain de l'État qui reste sans limites[53]. Selon sa version du « contrat social », l'homme perd une partie de son indépendance naturelle en faveur du Souverain, mais en retour, il acquiert la garantie de ses droits à la sécurité tout au long de la vie dans la société. Néanmoins, selon ce contrat, le pouvoir ultime du souverain reste intact et complet. En dépit de cette puissance illimitée de l'Etat, l'homme, d'après ROUSSEAU, reste l'individu autonome qu'il est par nature. De plus, dans son Livre III « Du Souverain », Rousseau ajoute que : « *l'acte d'association renferme un engagement réciproque du public avec les particuliers, et que chaque individu contractant, pour ainsi dire, avec lui-même, se trouve engagé sous un double rapport ; à savoir, comme membre du Souverain envers les particuliers,*

[51] L. AYNES, « *Le contrat, loi des parties* », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 17 (Dossier : Loi et contrat) - mars 2005.

[52] Voir T. HOBBS, "*Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*", printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard 1651, John LOCKE, "Traité du gouvernement civil", 1689, Paris, Garnier-Flammarion, 2[e] éd. corrigée, 2014.

[53] J. J. ROUSSEAU « du Contrat Social » Livre I.: Messidor-Éd. Sociales, Paris, 1982.

comme membre de l'État envers le Souverain". Dans le même livre, Rousseau déclare que « *le Souverain ne [tire] son être que de la sainteté du contrat* ». L'école individualiste, menée par Hobbes et Locke, a progressivement accentué le principe de l'autonomie de la volonté[54]. Les deux auteurs ont insisté sur le rôle du consentement de l'Homme et de sa libre volonté dans les engagements humains[55].

24. L'évolution du principe de force obligatoire du contrat trouve ses racines dans l'école du droit naturel, qui affirme qu'une promesse prévue par un contrat est naturellement obligatoire et exécutoire[56], en conséquence du lien intrinsèque entre droit et moralité selon la philosophie de cette école. Dans la philosophie juridique de Grotius, la loi naturelle repose sur le droit international, et tout l'édifice juridique est fondé sur la notion de « la nature sociale de l'homme » ("*the social nature of man*")[57]. À cet égard, le juge LAUTERPACHT estime que l'homme est "*the ultimate unit of all law, international and municipal, in the double sense that the obligations of international law are ultimately*"[58]. Selon GROTIUS, "*the law of nature requires us to abide by our promises*"; et "*since it was necessary that men should have some way of binding themselves to one another, and no other natural way can be imagined," we have "the origin of civil laws*"[59]. De même, le principe de la force obligatoire des traités entre États comporte le caractère exécutoire du principe ***pacta sunt servanda*** qui constitue la base du droit international conventionnel, ainsi que le fondement de la plupart des droits des contrats nationaux. En conséquence, la force obligatoire des contrats pétroliers dérive

[54] Pour une étude comparative approfondie du développement de la théorie du contrat et de la « Sanction des contrats » voir N. NASSAR, « *Sanctity of Contract Revised »*, Kluwer Academic Publication, 1995 ; M. KOVOC, *« Comparative Contract Law and Economics* », MPG Books Group MA, 2011.

[55] N. NASSAR, « Sactity of contracts Revised », op., cit., p. 1.

[56] Voir: Hugo Grotius, "*The Rights of War and Peace*", Indianapolis: Liberty Fund, 2005. Vol. 1. 25/10/2017. <http://oll.libertyfund.org/titles/1425>

[57] La théorie de droit naturel de Grotius a été développée de manière exhaustive par le juge LAUTERPACHT'S ; à cet égard voir H. LAUTERPACHT, « *The Grotian Tradition in International Law* », Y.B. Int'l L. 1, 53 (1946) p. 23 et ss.

[58] *Ibidem*, p. 27.

[59] H. GROTIUS, "*The Authority of The Highest Powers About Sacred Things*", traduit en anglais par C. B. M.A. (London: Printed by T.W. for Joshua Kirton, 1651), DUNDEE university collection, p. 60.

de la volonté des cocontractants qui, par un acte d'autolimitation, renoncent à une partie de leur souveraineté[60].

25. Autant ces théories, la coutume classique du droit et la philosophie gréco–romaine[61], ont été à la base du Code civil français de 1802 par l'entremise de Domat et Pothier, qui ont adopté pleinement le principe de la force obligatoire du contrat[62], ce qui a formé un terrain solide pour la stabilité et la sécurité des engagements contractuels en droit civil, ainsi que dans les droits du contrat international.

26. Le développement de la 'théorie classique du contrat' du XVII^{e} et XVIII^{e} siècle a eu un impact significatif sur la formation et le développement du droit international du XX^{e} et XXI^{e} siècles, ainsi que les accords internationaux interétatique ainsi que les contrats d'investissements étranges. À cet égard, Kelsen confirme que : « *une convention est obligatoire dans la mesure où l'ordre juridique la considère comme un* État *de fait créateur de droit ; ou, en d'autres termes, dans la mesure où une norme d'un degré supérieur (la loi, ou une norme coutumière) autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur* ». Après avoir confirmé la force obligatoire de la convention, il affirme que : « *La raison de validité de la convention se ramène donc à celle de la loi ou de la norme coutumière qui instituent la convention comme État de fait créateur de droit (pacta sunt servanda)* »[63]. Cette conception du droit des contrats a

[60] H. LAUTERPACHT. Private Law Sources and Analogies of International Law, The Lawbook Exchange, Ltd., 2002, p. 44 - 56.

[61] Voir B. KINGSBURY, B. STRAUMANN, " *Chapter I, State of nature versus commercial sociability as the basis of international law: Reflections on the Roman Foundations and Current Interpretations of the International Political and Legal Thought of Grotius, Hobbes, and Pufendorf* dans *Philosophy Of International Law***",** Oxford, 2010, p. 33 et s.

[62] Code Civil Des Français de 1804, Chapitre Iii. De L'effet Des Obligations, Section I. « Dispositions Générales », Article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. ».

[63] H. KELSEN, "*La théorie juridique de la convention*" in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, Paris : Sirey, 1940, no. 13 à 48.

profondément influencé la jurisprudence[64] et le droit positif du commerce national et international jusqu'au début du XXI[e] siècle. En conséquence, elle a construit une base de stabilité pour les engagements contractuels, y compris le contrat d'investissement pétrolier.

1.7. La clause de stabilité en tant que garanties contractuelles

27. Les investisseurs, tout comme les États pétroliers en voie de développement, cherchent constamment à obtenir des garanties de stabilisation contractuelles afin de promouvoir leurs projets d'investissement pétroliers et de sécuriser et stabiliser les droits et obligations découlant du contrat d'investissement pétrolier. Cette recherche des garanties de stabilisation contractuelles s'est intensifiée dans un contexte marqué par d'importantes fluctuations des prix du pétrole et de fortes tensions géopolitiques au cours des sept dernières décennies. L'incertitude politique et commerciale ainsi que le risque politique qui a toujours entouré l'industrie pétrolière, ont déjà été à l'origine de l'insertion de célèbres clauses de stabilité dans le contrat d'investissement en général et le contrat d'investissement pétrolier en particulier. La philosophie, dont découlent ces clauses de stabilisation, est de protéger ces contrats de tout acte législatif ou administratif unilatéral de la part de l'État, susceptible de déstabiliser le droit de l'investisseur privé. La singularité de ces clauses provient directement de la particularité du rôle joué par l'État dans le contrat pétrolier. D'une part, l'État exerce ses prérogatives de puissance étatique en créant et signant le projet d'investissement. D'autre part, l'État limite sa puissance étatique en s'engageant à stabiliser le cadre juridique de l'investissement contre ses propres prérogatives et contre les effets de ses propres actes souverains. Rappelons-le, le droit international et la constitution accorde à l'État le droit souverain de disposer librement de ses ressources naturelles. Les mêmes règles de droit

[64] Certaines affaires significatives ont posé la première pierre au principe « force obligatoire du contrat » dans le domaine de l'arbitrage international et le droit d'investissement international telles que : *Lena Goldfields, Ltd v. USSA* 1930, *Saudi Arabia v. Arabian american oil company* (ARAMCO), *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, AD HOC AWARD OF JANUARY 19, 1977, *Sapphire International Petroleum Ltd. V. National Iranian Oil Co*., 35 ILR 136 (1963).

donnent cependant à l'État le pouvoir de s'engager et de fournir des garanties aux investisseurs étrangers en ce qui concerne la sécurité de leurs propriétés et la stabilité de leurs investissements.

28. Au final, la participation de l'État hôte cocontractant dans le contrat d'investissement pétrolier engage en même temps[65] sa capacité de *jure gestionis*[66] et *de jure imperii*[67]. Ceci met en lumière le caractère « semi-public » du contrat d'investissement pétrolier[68]. Lorsque l'État agit *de jure imperii*, il exerce son droit de disposer et de contrôler le secteur pétrolier au niveau national, ainsi que sa capacité à s'engager au niveau multinational et bilatéral. En revanche, lorsque l'Etat souverain ratifie le contrat pétrolier conclu entre des investisseurs étrangers et la Compagnie pétrolière nationale (CPN), il engage sa capacité *de jure imperii* à respecter ses obligations contractuelles. Il engage ainsi sa responsabilité en tant que personne souveraine de droit international, de « ne pas faire »[69] un acte qui pourrait déstabiliser le contrat d'investissement et les droits des investisseurs étrangers. Dans le même temps, l'État hôte engage, dans ce contrat d'investissement, sa capacité *de jure gestionis* à travers la CPN. Tous ces engagements comprennent les obligations opérationnelles ou financières « *de faire* »[70] imposées par le contrat. À ce titre, la « clause de stabilité » est une garantie juridique pour engager la capacité *de jure imperii* de l'État souverain de « ne pas faire » à travers un acte direct ou indirect susceptible de porter atteinte aux droits des investisseurs acquis *via* le contrat d'investissement pétrolier.

---

[65] G. K. NDI, "International property rights versus the sovereign rights of states", op., cit., p. 47.

[66] Les contrats « dans lesquels l'État-partie agit telle une personne privée, sont analysés par la doctrine majoritaire comme conclu par l'État sujet de droit des gens, auquel sa souveraineté aurait permis de renoncer à ses attributs souverains pour adopter l'attitude d'un simple particulier », S. LEMAIRE, « Les contrats internationaux de l'administration », L.G.D.J 2005, p. 82.

[67] Il s'agit du « contrat d'État qui, contrairement aux précédents fait intervenir des pouvoirs étatiques dont ne disposent pas les particuliers », S. LEMAIRE, *« Les contrats internationaux de l'administration »,* L.G.D.J., 2005, p. 82.

[68] Ibidem.

[69] Pour les obligations de « faire, et, ne pas faire » de l'État cocontractant, voir P. LEBOULANGER, « *Les Contrats entre États et entreprises étrangères* », Economica, (1985), pp. 121-124.

[70] Ibidem.

29. Les clauses de stabilité peuvent varier selon leur typologie et leur objectif[71]. On distingue en particulier la clause de gel, la clause d'intangibilité, ainsi que les nouvelles clauses de stabilité économique. Les clauses de stabilité peuvent également être générales et viser le cadre général du contrat, ou spécifiques en ciblant une question particulière telle que les dispositions fiscales comme mentionnées dans le contrat au moment de sa conclusion.

30. Les clauses de stabilité ont prouvé leur validité à travers la jurisprudence arbitrale et l'importante littérature doctrinale des dernières décennies. Cette validité a ainsi été examinée et confirmée en vertu du droit international ainsi que du droit national de l'État hôte. Les clauses de stabilité ont également prouvé leur efficacité en attirant les investisseurs étrangers, assurant ainsi la sécurité juridique et politique, ou encore à travers les sentences arbitrales, en identifiant et confirmant les droits des investisseurs et les obligations des États hôtes.

1.8. La flexibilité du contrat d'investissement pétrolier

31. Le risque politique, le progrès économique et l'incertitude juridique et commerciale qui ont caractérisé les investissements étrangers en général et l'industrie pétrolière mondiale en particulier au cours du siècle dernier, ont conduit à l'introduction de nouveaux principes contractuels. Le principe de la « *clausula rebus sic stantibus* » en droit international ou la théorie de l'imprévision en droit national sont synonymes de « flexibilité contractuelle », un nouveau concept en droit des contrats. Ce concept permet la révision du contrat en cas d'apparition de circonstances imprévues pour les cocontractants, ultérieurement à la conclusion du contrat, rendant l'exécution excessivement difficile mais pas impossible. Par conséquent, cette révision ouvre des portes à la mutabilité des contrats. Cette « flexibilité contractuelle », assurée *via* un

[71] Pour une étude approfondie concernant les clauses de stabilité et leurs différents types, voir A.F.M. MANIRUZZAMAN, « *The pursuit of stability in international energy investment contracts : A critical appraisal of the emerging trends* » Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 2.

processus de renégociations entre cocontractants, constitue une exigence commerciale et juridique, permettant d'assurer la continuité du contrat d'investissement pétrolier.

32. Dans le cadre d'un examen général de la théorie classique du contrat, elle peut sembler être contradictoire avec le principe de la force obligatoire du contrat, constituant un principe fondamental du droit des contrats. Cependant, la révision du contrat est un concept qui répond à la nécessité de continuer et à la capacité de s'adapter par les cocontractants face à des changements susceptibles de déséquilibrer l'économie des contrats de longue durée. Un tel déséquilibre économique rend les obligations de l'un ou des deux cocontractants onéreux, sans les rendre impossibles. Ce changement est déterminé par la doctrine[72] par un élément de « risque supérieur »[73], imprévisible pour les parties, rompant l'équilibre du contrat d'investissement de longue durée et créant un statut dit de « commercial impracticability »[74], « frustration of purpose »[75] ou « imprévision » tel que récemment identifié par le droit des contrats français[76]. Les théories économiques modernes ont donc introduit la mutabilité du contrat en conséquence du « contractuel incompleteness »[77], qui signifie que les parties contractantes, lors de la conclusion de leurs contrats, ne traitent pas tous les détails pertinents de leurs engagements. Plusieurs raisons peuvent expliquer ou motiver le caractère incomplet de certains contrats. M. KATZ justifie cette théorie en affirmant que "*Sometimes parties deliberately leave terms unresolved, trusting future negotiations or social norms to fill in any problems that emerge. Other times, they leave terms unresolved without realizing they have done so, in part because they devote limited*

[72] S. J. GROSSMAN, and O. D. HART, « *The costs and benefits of ownership : a theory of vertical and lateral integration* », Harvard Journal of Political Economy, 1994, 4, pp. 691-719; M. KOVAC, « *comparative contract law and economic* », MPG books Group, UK, 2011.

[73] M.KOVAC, "comparative contract law and economic", op. cit., p. 128.

[74]Autrement dit, l'impraticabilité commerciale (trad.), voir M.KOVAC, *Ibidem*, p. 128.

[75] La théorie de l'imprévision sous le droit anglais est identifiée comme « frustration of purpose », voir titre IV de cette thèse.

[76] Comme reconnu par **l'**ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**.**

[77] « Incomplétude contractuelle » (trad.)

attention or resources to their negotiations and in part because contracts are expressed in ordinary language with all its ambiguities"[78]. En conséquence, ce n'est pas une stabilisation portée par une des clauses classiques de stabilité « clause de gel ou d'intangibilité », mais la continuité des relations contractuelles qui est en cause selon la théorie de l'imprévision. Les doctrines juridiques et économiques du XXI[e] siècle ont soutenu que le processus de « risk relocating »[79] est une nécessité obtenue par processus de renégociation. Cette nécessité est traduite au niveau du contrat d'investissement par une clause contractuelle explicite prévoyant la renégociation ainsi que l'assurance de la mutabilité du contrat en cas d'imprévision. Dans le cadre de renégociations, les parties reconnaissent les changements imprévus de circonstances et la nécessité du partage des risques, tout en reconduisant leur engagement dans de nouveaux termes. De ce fait, la mutabilité des contrats est maintenant reconnue dans la plupart des systèmes juridiques internationaux et nationaux, y compris les plus conservateurs.

33. Les dispositions juridiques de renégociations, de révisions et d'adaptations permettent certaines flexibilités qui assurent la sécurité juridique des deux parties en cas de modification des circonstances. Les dispositions contractuelles solides et bien établies de renégociation, ou des mécanismes juridiques dans le système juridique applicable au contrat, font en effet partie des conditions essentielles pour l'application de la « mutabilité du contrat ». Contrairement aux anciens contrats de concession, les contrats pétroliers modernes intègrent diverses dispositions prévoyant l'emploi de la théorie de « l'imprévision » et permettant la renégociation, la révision et l'adaptation dans le cas de circonstances imprévues.

[78] *Ibidem,* pp. 1969-170.

[79] Voir P. CAMERON, "international Energy Law, the Purisuit of Stability", Oxford, 2010, p. 83 et ss

1.9. La problématique de thèse

34. La question liée au contrat d'investissement pétrolier, soulevée par cette étude, découle de la nature différente et même contradictoire des parties à ce contrat. L'idée que l'État, en tant que puissance publique et pouvoir souverain, s'engage avec une personne étrangère de nature privée afin de générer des avantages et de mener des opérations de nature commerciale se trouve au cœur de la discussion autour de ce contrat. Un tel engagement pourrait en effet placer des restrictions au pouvoir souverain de l'État et limiter ses prérogatives administratives. En outre, les garanties contractuelles et les dispositions nationales et internationales des États pétroliers de la région ANMO ne suffisent pas à assurer la stabilité du contrat d'investissement au regard de la nature complexe de l'État souverain propriétaire de ses ressources et dont les politiques nationale et étrangère présentent des contradictions. En d'autres termes, l'interrogation qui se pose est, comment contracter avec des régimes politiques instables et non démocratiques, lorsque les principes même de « l'État de droit » et de respect des droits de l'homme sont absents, de manière à sécuriser le contrat pour tous les acteurs du projet d'investissement.

35. Cela dit, nous cherchons à apercevoir si l'investisseur peut s'assurer, au travers des garanties contractuelles incluses dans le contrat, de la stabilité et de la continuité du contrat d'investissement pétrolier. Sinon, doit-il s'appuyer sur les principes et les dispositions du droit international afin d'obtenir des garanties ?

1.10. L'intérêt de la thèse

36. Si le concept de stabilisation du contrat est une notion connue aujourd'hui dans la pratique du contrat d'investissement pétrolier, c'est grâce à de longues séries d'interrogation de la doctrine et au travers de la jurisprudence arbitrale au cours du dernier siècle, que nous étudierons en profondeur tout au long de cette thèse. L'intérêt

de cette dernière réside dans l'étude comparative horizontale entre les garanties proposées du droit international public, y compris le droit de l'homme et le droit d'investissement étranger, avec celles-ci le droit interne de certains États pétroliers. Ainsi qu'une interrogation verticale posée par cette thèse sur les différentes dispositions des garanties fournies par les droits internes des États développés d'un côté, et les celles des États en voie de développement de l'autre côté. En effet, cette étude tentera de redéfinir le concept de stabilité du contrat d'investissement pétrolier à travers la convergence entre les dispositions, ainsi que les applications fournies des droits internes et du droit international, afin d'assurer un concept d'une stabilité plus sûre et durable.

1.11. Le plan de l'étude

37. Cependant, les réponses à ces questions exigent que dans ***la première partie de cette thèse***, nous examinions et identifions les droits et obligations des deux cocontractants « Etat-hôte et investisseur privé », au vu du droit national et international. Il s'agit de classer et d'identifier les droits des cocontractants, tels que déterminés selon les droits national et international et encadrés par le contrat d'investissement, d'aider à interpréter les risques qui déstabilisent ces droits et de déterminer leur gravité. Nous étudierons la théorie de la souveraineté sur les ressources naturelles aux niveaux du droit national et international. Ensuite, nous examinerons la notion de « droit de propriété sur les ressources naturelles » ainsi que le mécanisme de transfert de ce droit dans le cadre d'un contrat d'investissement pétrolier, en considérant que le droit de propriété sur les ressources nationales est l'aspect fondamental de la question de stabilité de contrat pétrolier. Nous étudierons également la doctrine et de la jurisprudence internationale ainsi que les propositions du *Lex Pétrolea*[80] qui ont

[80] La notion *Lex Petrolea* est entrée dans le lexique de la littérature juridique et de l'industrie pétrolière et gazière internationale à la fin du XXe siècle. Ce terme a émergé tout au long de cas d'arbitrage international dans les années 1980. *Lex Petrolea* reflétait le mouvement légal de l'industrie pétrolière internationale dans ses règlements, accords et différends. La jurisprudence et la doctrine liées à ce mouvement avaient généré une règle coutumière valable pour l'industrie pétrolière, une Petrolea lex qui forme une branche particulière d'une lex mercatoria universelle générale. l'une des premières apparitions

contribué à reconnaitre les droits applicables aux relations contractuelles qui découlent de contrat d'investissement pétrolier ainsi que les conflits associés.

Alors que, dans la deuxième partie de cette thèse, nous analysons les solutions législatives et contractuelles ainsi que leurs applications apportées par le droit international et les droits nationaux afin de stabiliser les contrats d'investissement pétrolier.

du terme «Lex Petrolea» a été prononcé dans l'arbitrale Koweït v Aminoil disant que : « *"On behalf of the Government, it was maintained that the only compensation Aminoil was entitled to claim must be determined by precedents resulting from a series of transnational negotiations and agreements about compensation. These precedents, so it was said, had instituted a particular rule, of an international and customary character, specific to the oil industry. Attention was called to the fact that a number of nationalizations of oil concessions had occurred in the Middle East, and elsewhere in the world, in the years 1971-77. However, the solutions adopted in the case of these precedents were not identical but had certain common features: the compensation granted was very incomplete and had reference only to the "net book value*" of the redeemable assets. These precedents, it was claimed, had generated a customary rule valid for the oil industry-a lex petrolea that was in some sort a particular branch of a general universal lex mercatoria. That was why Kuwait, in the course of the 1977 discussions, had offered no more than the net book value of the redeemable assets as compensation for the expropriation". Ad-Hoc, Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL), 21 ILM 976, et, Luis Enrique CUERVO "*The Alien Tort Statute, Corporate Accountability, And The New Lex Petrolea*" TULANE ENVIRONMENTAL LAW JOURNAL VOLUME 19 Issue 2, 2006, p. 198 et ss. Voir aussi R. Doak Bishop, , "*International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea*", YCA 1988.

PREMIÈRE PARTIE
Le régime juridique du contrat pétrolier

PREMIÈRE PARTIE : Le régime juridique du contrat pétrolier

Introduction de la première partie

38. La science juridique traduit dans ses textes les mouvements politiques, culturels et sociaux, les besoins, les changements et les attentes d'une société. Les législations du droit civil décrivent les rapports et les interactions au sein d'une communauté. Puis les dispositions de droit public révèlent, quant à elles, l'existence d'une relation entre la population et une « autorité » disposant d'une force coercitive créée par la société. À cet égard, la complexité des textes législatifs s'appliquant aux ressources naturelles s'explique par la mixité des principes qui les gouvernent, certains relevant du droit privé, d'autres du droit public.

39. Les contrats d'investissements des ressources naturelles sont élaborés par les autorités nationales de chaque pays, selon le système juridique qui lui est propre et suivant sa prospective économique. Néanmoins, il est important de ne pas ignorer le rôle fondamental du droit international privé et public dans les relations contractuelles entre l'État hôte et les investisseurs étrangers. En effet, les principes de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles ainsi que les droits de propriété dont les nations jouissent sur ces ressources naturelles, font partie des rares divisions juridiques qui ont d'abord été reconnues et organisées par le droit international, avant d'être adoptées par les législations nationales.

40. Les contrats d'investissement portant sur l'exploitation de ressources naturelles en général, soulèvent un large éventail de questions relatives au droit de la souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles ainsi que sur l'attribution de titres de propriété aux investisseurs étrangers par le contrat d'investissement (titre II). De plus, afin de pouvoir analyser les meilleures méthodes de stabilisation du contrat pétrolier, nous tenterons dans cette partie de décomposer sa nature juridique ainsi que de la loi applicable à ses termes (titre I).

Titre I : Identification du contrat pétrolier

41. Les contrats pétroliers, plus que tout autre contrat d'investissement, soulèvent un haut niveau d'ambiguïtés. L'industrie pétrolière connaît divers arrangements contractuels par lesquels une entreprise privée étrangère participe à un contrat d'investissement avec un État hôte afin de mener des activités d'exploration, d'exploitation et de production. De l'ancien contrat de concession aux contrats de participation et contrats de services, en passant par les nouvelles générations de contrats de partage, tous ont en commun deux caractères principaux. *Le premier caractère* est que les cocontractants sont de nature juridique différente et sont soumis à des règles et à des principes juridiques de nature opposée. *Le deuxième caractère* est la durée prolongée de ces contrats, qui porte un risque d'instabilité très élevé.

42. *La première question* soulevée par ce Titre préliminaire est la question de la classification du contrat pétrolier et de sa nature juridique, au regard de la nature souveraine de l'État « co-contractant » et des enjeux économiques et politiques liés à son objet, les « ressources naturelles ». Une étude approfondie des caractéristiques juridiques du contrat pétrolier et de la nature de ses parties est un début nécessaire pour la classer sous le type de contrat connu de son genre.

43. *La deuxième question posée* par ce Titre concerne la loi applicable aux contrats d'investissement pétrolier. Au cours du dernier siècle, la question de la loi applicable aux contrats d'investissement en général et au contrat pétrolier en particulier a largement occupé la discussion de la doctrine. De la théorie de « l'internationalisation » ou de la délocalisation du contrat d'investissement à l'hypothèse récente de « relocalisation » d'un tel contrat en vertu du droit interne, la doctrine n'a pas encore confirmé sa position.

44. L'identification de la nature juridique des contrats d'investissement pétrolier est essentielle pour identifier les règles et les principes qui régissent la loi applicable aux relations contractuelles et qui soulèvent de nombreux des débats. De plus, comprendre

le caractère juridique de tels contrats est également important pour renforcer les mesures de stabilisation et pour limiter les prérogatives de l'État hôte qui pourraient déstabiliser l'équilibre économique du contrat.

Chapitre I : La qualification juridique du contrat pétrolier

45. Afin de bien comprendre le dilemme que pose un contrat pétrolier, il nous faut d'abord saisir les éléments essentiels qui le constituent. Une définition conventionnelle n'a jamais été attribuée au contrat pétrolier, comme tout autre contrat d'investissement classique. La jurisprudence et la doctrine ont contribué progressivement à la compréhension de son caractère et de sa caractéristique principale. Par conséquent, nous allons, dans cette section, étudier les caractéristiques générales du contrat d'investissement dans l'application de ces caractéristiques sur le contrat pétrolier, en accordant une attention particulière à sa singularité.

Cela signifie que nous examinerons :

1. *Section I Le caractère du contrat pétrolier,*
2. *Section II La nature des parties aux contrats pétroliers,*
3. *Section III La classification juridique des contrats pétroliers.*

Section I : Les caractères du contrat d'investissement pétrolier

46. Toute tentative de définition du « *contrat pétrolier* » se heurte à une difficulté immédiate, puisque celui-ci recouvre un grand nombre de notions très différentes. En effet, ce terme est couramment utilisé pour désigner un privilège d'accord entre l'État hôte ou une entreprise nationale, et une personne privée étrangère, afin de mener à bien un projet d'investissement étranger à travers des opérations de nature économique au sujet d'une ressource naturelle : « le pétrole ».

1. La notion d'investissement attachée au contrat pétrolier

47. Les contrats d'investissement pétrolier n'ont pas de définition juridique déterminée et claire. Ils sont également différents des contrats commerciaux internationaux purs, conclus entre des parties étrangères ou entre une partie étrangère et un État agissant jure gestionis. C'est un contrat entre une « personne morale » qu'est l'entreprise étrangère privée et une personne publique ou quasi publique qu'est l'État,

ou une entreprise nationale mandatée par la loi nationale pour gérer les ressources naturelles comprenant le pétrole (la plupart du temps appelée : la Compagnie Nationale Pétrolière, CNP). Selon ce contrat, la partie « étrangère » du contrat pétrolier acquiert, de manière exclusive et pendant une durée longue et déterminée, le droit de conclure les opérations pétrolières de nature commerciale. Ces opérations se déroulent en deux phases. ***La première*** phase est la « pré-découverte de la production pétrolière commerciale », qui englobe l'ensemble des activités d'étude, de recherche et d'exploration, jusqu'à la découverte d'une production pétrolière de nature commerciale[81]. Cette phase nécessite un transfert important de ressources humaines, de capitaux et de savoir-faire du parti étranger à l'État hôte. ***La deuxième*** phase commence par la découverte de la « production commerciale »[82] et comprend les opérations d'exportation de la production. Pendant cette phase, deux options sont possibles. Dans la première, la société étrangère possède la totalité de la production pétrolière et, en retour, elle a l'obligation de payer certaines rémunérations à l'État ou à son entreprise. Ces rémunérations se présentent sous la forme de « *Royalties* »[83] et loyers (contrat de la concession). Dans la deuxième, la production est divisée entre les deux parties selon un pourcentage déterminé par le contrat (contrat de partage de production PSA) [84]. Chaque modèle de contrat pétrolier définit dans ses termes les

[81] La « découverte commerciale » désigne : « *Commercial Discovery means a Discovery which is potentially commercial when taking into account all technical, operational, commercial and financial data collected when carrying out appraisal works or similar operations, including but not limited to: recoverable reserves of Petroleum, sustainable regular production levels and other material technical, operational, commercial and financial parameters, all in accordance with standard practices in the international petroleum industr*y », Article (1) Définitions dans le modèle de contrat irakien d'investissement de pétrole.

[82] La "production commerciale" signifie "the production of Petroleum from the Production Area in accordance with annual Production Works Program and Budget", Article (1) Définitions, dans le modèle de contrat irakien d'investissement de pétrole.

[83] Les « royalties/redevances » sont les paiements exprimés en pourcentage des volumes de pétrole qui sont produits par les « contrats, généralement des contrats de concession ». Ils sont présentés en espèces ou dans une même valeur. Ces paiements doivent être payés au propriétaire du pétrole *in situ*, dans la plupart des cas des pays pétroliers de la région MENA, l'État agissant au nom de la nation. Voir Bernard TAVERNE, « Petroleum, Industry and Governants », Wolters Kluwer law & business, 2010 pp. 129-130.

[84] Voir, H. Cattan, "*The Evolution of Oil Concessions in the Middle East and North Africa"* (New York: Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, 1967).

droits et obligations distinctifs de ces parties et les modalités, les conditions dans lesquelles « la deuxième partie » doit procéder aux opérations pétrolières. Afin d'examiner ce contrat au regard du droit des investissements, nous devons examiner la notion d'investissement et sa proximité avec le contrat pétrolier comme il est prévu par la doctrine et les différentes dispositions juridiques.

1.1. En droit International

48. Comme le soulignent M. M. AUDIT, M. S. BOLLEE et M. P. CALLE, « *il n'existe aucune définition juridique à portée générale de l'investissement étranger* » [85]. Mais le développement progressif des activités d'investissement au cours du siècle dernier, le rôle joué par la doctrine et l'arbitrage international, ainsi que les instituts internationaux concernés ont donné lieu à des tentatives pour définir la notion d'investissement.

49. Au droit international, la notion d'investissement étranger est définie par *l'Encyclopédie de droit international public*[86] comme des activités de transfert de fonds et/ou de matériaux d'un pays (appelé pays exportateur de capital) à un autre pays (appelé pays-hôte) en échange d'une participation directe ou indirecte dans les revenus

[85] Voir Mathias AUDIT, Sylvain BOLLEE, Pierre CALLE, « *Droit Du Commerce International Et Des Investissements Etrangers* », 2e édition, L.G.D.J, 2016, p. 232.

[86] *'a transfer of funds or materials from one country (called capital-exporting country) to another country (called host country) in return for a direct or indirect participation in the earnings of that enterprise'*. (Oxford Public International law, Max Planck Encyclopaedia of Public international law investment definition http://opil.ouplaw.com/browse?page=3&pageSize=10&prd=EPIL&sort=title
Une autre definition plus precise c'est la définition du FMI qui est une définition plus limitée, excluant les investissements de portefeuille et définissant l'investissement étranger comme: 'investment that is made to acquire a lasting interest in an enterprise operating in an economy other than that of an investor, the investor's purpose being to have an effective choice in the management of the enterprise', " IMF Balance of Payments Manual (1980), p. 122 et s.
https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf.

de cette entreprise[87]. En fait, cette définition, proposée par le Prof. SORNARAJAH,[88] est très vaste et générale. Une autre définition plus détaillée fournie par l'OCDE indique que les investissements étrangers directs sont une catégorie d'investissements (cross-border) effectués par une entité résidente d'une économie (pays d'origine des investisseurs étrangers), et ont pour objectif d'établir un intérêt durable par « une entreprise » (la branche dans l'État hôte) dans une économie de l'État hôte. La principale motivation de l'investisseur direct est d'exercer un certain degré d'influence direct sur la gestion de ses entreprises, que cela implique ou non une participation majoritaire. Cependant, dans de nombreux cas, voire dans la plupart des cas, la relation est suffisamment forte pour que l'investisseur direct contrôle l'entreprise d'investissement direct[89]. Les deux définitions soulignent essentiellement deux éléments : le transfert de « capital » par les investisseurs étrangers contre la possession d'un « bien » par l'investisseur dans l'État hôte. En revanche, cette définition recouvre bien le cœur de l'investissement pétrolier. Dans les pays en voie de développement, celui-ci est-toujours effectué par une entreprise étrangère en raison du manque de capital, d'infrastructures de base, de savoir-faire, et dans certains cas de main d'œuvre. Les investissements pétroliers évoquent tout d'abord le transfert de capitaux et de savoir-faire nécessaires

[87] Cette définition a également été adoptée et confirmée par une jurisprudence récente dans l'affaire Joy Mining Machinery Ltd. c/ Égypte, sentence du 6 août 2004. Dans cette affaire, les arbitres ont affirmé qu'« *il paraît conforme à l'objectif auquel répond la Convention qu'un contrat, pour constituer un investissement au sens de la disposition, remplisse les trois conditions suivantes ; il faut a) que le contractant ait effectué un apport dans le pays concerné, b) que cet apport porte sur une certaine durée, et c) qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque* ». www.asil.org/ilib/JoyMining_Egypt.pdf; Pour une illustration plus complète, voir : Walid BEN HAMIDA, "Investissements internationaux et arbitrage », Is s u d e Gazette du Palais - 15/12/2007 - n° 349, p. 2.

[88] M. SORNARAJAH, "THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT", Cambridge University press, THIRD EDITION, 2010, p. 9 et s.

[89] "a *category of cross-border investment made by a resident entity in one economy (the direct investor) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise (the direct investment enterprise) that is resident in an economy other than that of the direct investor" The main motivation of the direct investor is to exert some degree of influence over the management of its direct investment enterprise(s) whether or not this entails exercising a controlling interest. However*, *in many, if not most cases, the relationship is strong enough that the direct investor will control the direct investment enterprise*", OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment FOURTH EDITION 2008, p. 22 https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf.

des pays de l'investisseur vers l'État hôte. Par ailleurs, ils permettent le transfert des matières premières contre la possession de son projet et les fruits d'assurer par la production potentielle[90].

50. Par ailleurs, la doctrine développée par l'arbitrage international a, par nature et par expérience, ajouté un élément plus subjectif à la définition de l'investissement étranger. Le premier élément est l'association des activités définies ci-dessus à un « risque », qui n'est pas protégé par une voie diplomatique. La notion d'« investissement étranger» a toujours été associée à l'existence de l'élément de risque. Le Prof. J. MATRINGE a précisé cette évolution de la notion d'« investissement » en l'appelant « l'*investissement protégé* » et le considère « *comme unique figure de l'investissement* »[91]. Une raison importante pour cette caractérisation est le fait que « l'investissement étranger » ne peut pas bénéficier de la « protection diplomatique ». Ce fait a été confirmé par l'affaire Barcelona Traction[92], dans laquelle la Cour Internationale de Justice a jugé que : "*a shareholder's rights in a company that was the vehicle of the foreign investor could not be protected through the diplomatic intervention of the home state of the shareholder*"[93].

51. Ceci nous amène au deuxième élément qu'est l'insertion de la 'clause d'arbitrage' dans le contrat d'investissement. M. BEN HAMIDA souligne ce fait en

---

90 M. Sornarajah, "THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT", Cambridge University press, 3rd edition, 2010, P. 38.

91 Jean MATRINGE, "*la notion d'investissement » op., cit, p.137.* Matringe définit l'investissement « portage » en disant « *l'investissement protégé comprend généralement l'ensemble des biens et droit constitués par une personne privée « sur » le territoire d'un État dont il n'a pas la nationalité ou des activités économiques « situées sur ce territoire* »., p. 149. Cette évolution de la notion de « l'investissement protégé » a été influencée par le développement du droit international des investissements en général et par la considérable progression des traités bilatéraux et multilatéraux. Ceci est bien illustré dans l'ouvrage de Prof. M. SORNARAJAH de « international Investment law » où il fait une distinction claire « *The distinction between portfolio investment and foreign direct investment ».* M. SORNARAJAH 2010, *op., cit.,* p. 8-33.

92 [1970] ICJ Reports 1. *La position a été confirmée dans une décision plus récente de la CIJ* : affaire Diallo, CIJ (décision, 24 mai 2007).

93 Voir M. SORNARAJAH, "The International Law On Foreign Investment", op., cit., p. 11

précisant que : *« dès que les parties, implicitement ou explicitement, en consentant à l'arbitrage dans un contrat, dans un traité de protection d'investissement ou dans une loi nationale d'investissement, considèrent que l'opération litigieuse est constitutive d'un investissement* »[94].

52. À partir de cette caractérisation de la notion d'investissement et de ses applications au contrat pétrolier[95], nous retrouvons les caractéristiques essentielles du contrat d'investissement pétrolier[96]. Les mouvements importants de capitaux, de technologies et de savoir-faire en échange de la possession des « biens tangibles et intangibles » par l'investisseur étranger dans un État hôte étranger. De plus l'industrie pétrolière est souvent exposée à divers risques politiques et économiques, en particulier dans les pays en voie de développement. Par conséquent, ce risque est la raison pour laquelle l'arbitrage international a toujours géré le conflit lié aux risques associés et contribué au développement de *lex pétroea.*

53. Une autre interprétation de la notion d'« investissement étranger » plus spécifique aux investissements pétroliers est donnée par la « ***charte du traité de l'énergie » du 17 décembre 1994***. Elle souligne deux dimensions de la définition de l'investissement pétrolier. ***La première dimension est matérielle*** et renvoie au concept de « *bien* » « *dans le sens d'actifs étrangers »*[97]. C'est la possession « tangible ou intangible » de « biens » par les investisseurs :

---

[94] Walid BEN HAMIDA, "*Investissements internationaux et arbitrage* », Gazette du Palais - 15/12/2007 - n° 349 – p. 3,

[95] Par contrat pétrolier, nous entendons ici tout type d'arrangement contractuel visant à l'exploration et à l'exploitation de pétrole et de gaz.

[96] En 1994, un BIT entre l'Équateur et le Royaume-Uni a donné une définition large et ouverte de l'investissement dans son article 1. dis: "For the purposes of this Agreement: (a) investment means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes: (i) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges; (ii) shares, stock and debentures of companies or interests in the property of such companies; (iii) claims to money or to any performance under contract having a financial value; (iv) intellectual property rights and goodwill; (v) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources". Voir http://unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf.

[97] Jean MATRINGE, "La notion d'investissement », op., cit., p. 146.

§ 7. "Investment" means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:
(a) Tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;
(b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;
(c) Claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;
(d) Intellectual Property;
(e) Returns;
(f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licenses and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

La seconde dimension est corporelle, et renvoie au lieu de l'investissement, sur le territoire d'un État souverain, comme il est dit clairement :

(10) "Area" means with respect to a state that is a Contracting Party:
a) The territory under its sovereignty, it being understood that territory includes land, internal waters and the territorial sea; and (b) subject to and in accordance with the international law of the sea: the sea, sea-bed and its subsoil with regard to which that Contracting Party exercises sovereign rights and jurisdiction. With respect to a Regional Economic Integration Organization which is a Contracting Party, Area means the Areas of the member states of such Organization, under the provisions contained in the agreement establishing that Organization.

1.2. En droit interne

54. Tous les États indépendants disposent de leurs propres arrangements et de leur propre définition pour les investissements directs étrangers. Les lois internes et les conventions bilatérales déterminent le cadre des investissements étrangers, leur domaine d'activité et les droits et garanties qui accompagnent ces activités. En droit

français, « *l'ensemble du régime repose sur un principe de liberté des relations financières avec l'étranger* »[98]. L'article R151-1 du 15 Mai 2014 du code monétaire et financier prononce les conditions concrètes pour identifier un « investissement étranger direct » en France. L'investissement étranger direct peut être réalisé « ***soit** par l'acquisition de tout ou partie d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente. **Soit** par toutes opérations effectuées dans le capital d'une entreprise de droit français par une entreprise étrangère ou une personne physique non résidente lorsqu'une telle opération amène la personne physique ou morale étrangère à disposer de plus d'un tiers de capital ou des droits de vote sont détenus à plus d'un tiers par une entreprise de droit étrangère ou une personne physique non résidente* »[99].

55. Cette interprétation du droit français, semblable à la majorité des définitions nationales et internationales du terme « investissement », pose comme condition de l'investissement l'existence d'une entreprise étrangère « *dans le territoire souverain de l'État hôte* » qui possède, partiellement ou totalement, un « *capital/bien* ». Cette interprétation nécessite, aussi, que l'investisseur étranger puisse exercer un contrôle et participe directement ou indirectement à la gestion de cette entreprise d'une manière significative[100].

56. La plupart des pays de la région ANMO ont adopté la même définition. Les investissements dans l'industrie pétrolière, dans les États sous-développement, sont soumis à un double régime juridique. Les investissements étrangers en général, y compris les investissements pétroliers, sont régis par le code des investissements étrangers de chaque pays. Cependant, les investissements pétroliers comportent des dispositions supplémentaires accordées par le code du pétrole. Par exemple, l'industrie

[98] Mathias AUDIT, Sylvain BOLLEE, Pierre CALLE « *Droit Du Commerce International Et Des Investissements Etrangers* », op, cit, p. 236.

[99] Arnaud NANTEUIL, "*Droit international de l'investissement"*, éditions A. PEDONE, 2014, p. 59.

[100] Jean MATRINGE, "la notion d'investissement – Droit International Des Investissements Et De L'arbitrage Transnational", Édition A. PEDONE, 2015, p. 144.

pétrolière iranienne reconnaît les « investissements étrangers » [101], de manière indirecte, à travers les célèbres « contrats de services ». Cette reconnaissance est énoncée dans la loi de promotion et de protection des investissements étrangers de 2002[102]. On peut considérer que l'objectif de cette loi est d'encourager et de protéger les investissements étrangers en Iran. Son article 1 définit les investissements étrangers par l'engagement d'un capital d'origine étrangère dans une entreprise de nature économique suite à l'obtention d'une autorisation locale. 1.2 Contrat de développement économique.

1.3. Le développement économique : Une finalité du contrat pétrolier

57. L'investissement dans le secteur du pétrole (tant pour le raffinage que pour la commercialisation) est considéré comme l'un des plus importants investissements économiques actuels, qui comprend autant des placements financiers que des investissements en savoir-faire et en ressources humaines ne relevant pas de la capacité de l'État. Pourtant, l'objet du contrat pétrolier n'est pas purement commercial dans la mesure où il est lié à un intérêt national d'indépendance économique et politique, et il représente un enjeu important quant au développement social du pays concerné. Pour certains États, par exemple au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, le pétrole est la seule ressource économique et garantit donc à lui seul leur développement et leur indépendance politique. Bien qu'il n'y ait pas de définition juridique conventionnelle du terme « développement économique », on observe que le terme lui-même contient une

[101] Cependant, il est essentiel de mentionner que l'investissement pétrolier n'est pas seulement encadré par les dispositions générales du « droit d'investissement étranger ». Il l'est aussi par les dispositions plus spécifiques des « droits pétroliers ». Ces deux cadres ont adopté les mêmes critères pour déterminer l'investissement de tout ce qui est relatif à l'existence de risque et de couvrement d'instrument de probation internationale. En revanche, l'article 6 du code pétrolier iranien de 1987[101] ne permet pas les « investissements étrangers directs » dans les domaines « *Upstream* » de l'industrie pétrolière, y compris dans l'exploration et l'exploitation du pétrole.

[102] Foreign Investment Promotion and Protection Act (FIPPA) and the Implementation Regulations (approved in 2002).

description fonctionnelle d'une activité économique plus qu'il n'est chargé d'un caractère juridique[103].

58. Après la Seconde Guerre mondiale, la gestion de l'industrie des ressources naturelles a considérablement changé. À partir de la décolonisation, au milieu du XX[e] siècle, les États décolonisés ont cherché à développer de nouveaux principes et règles de droit international afin de protéger leur indépendance politique et d'assurer leur développement économique et social. Le principe de « *Souveraineté Permanente Sur Les Ressources Naturelles* »[104] est à la fois l'un des principes les plus importants et les plus controversés du droit international et du droit des ressources naturelles. Il a été introduit dans les débats des Nations-Unies afin d'appuyer la demande des États en voie de développement de profiter légalement des avantages de l'exploitation de leurs ressources naturelles. Depuis que la Pologne l'a utilisé en 1951, à l'Assemblée générale des Nations-Unies, sous la rubrique du « développement économique des État sous-développement », le terme de « développement économique » a été intensivement employé dans les domaines du droit international et des relations internationales[105]. Notons que lors des négociations en vue de l'adoption de la "NOEI[106]", le terme de « contrat de développement économique » a peu à peu remplacé le terme classique de « concession ».

---

[103] Mansour AL-SAEED, "*Legal Protection of Economic Development Agreements*", Arab Law Quarterly, Vol. 17, No. 2 (2002), pp. 150-176 Publié par: Brill Stable URL: http://www.jstor.org/stable/3382098 Accessed: 22-09-2014.

[104] Voir le Chapitre I de cette thèse.

[105] Nicolaas Jan SCHRIJVER, "*Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights And Duties In An Interdependent World*", thèse de doctorate en droit, Université de Groningen, 1995, **http://www.rug.nl/research/portal/publications/sovereignty-over-natural-resources(7a5718d7-cbf8-4e56-af2b-f2ba1f957ccf).html** p. 53; *UN Doc*. A/C.2/L.81, 26 Novembre 1951 et A/C.2/L.81/Corr. 1.

[106] Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies 3201 (S-VI). Déclaration sur l'établissement d'un nouvel ordre économique international ".

59. Un « contrat de développement économique »[107] désigne tout contrat conclu par un État et une personne privée étrangère, afin d'exécuter des travaux à caractère public s'étendant sur une période de temps considérable, et impliquant des capitaux énormes[108]. Ce point de vue a été largement adopté par la doctrine ainsi que par la jurisprudence arbitrale.

60. En 1967, D. P. O'CONNELL, a défini le terme de « concession économique » comme :

> *"A license by the State to a private individual or corporation to undertake works of a public character extending over a considerable period of time, and involving the investment of more or less large sums of capital. It may also consist in the grant of mining or mineral or other rights over State property".*

61. Bien que le terme désigne tous les « contrats d'État » conclus avec une personne privée étrangère et se rapporte au développement économique dans les années 1960 et 1970, il a plus généralement recouvert tous les projets de constructions et d''infrastructures[109].

---

[107] Pour plus de discussion sur les « contrats de développement économique », voir James N. HYDE "*Economic Development in General and Development Agreements* », Recueil des cours de l'Académie de La Haye de droit international, publié en 1962 ; Christopher CURTIS, "*The Legal Security of Economic Development Agreements*", Harvard International Law Journal, 1988, pp. 319-321 ; Daniel Patrick O'CONNELL, State Succession in Municipal Law and *International Law, Vol. 1, Cambridge University Press, 1967, p. 304 ;* Jean-Flavien LALIVE*, "Les contrats d'État : développements récents et perspectives d'avenir (181)",* dans : Recueil des cours de l'Académie de La Haye de droit international, Académie de La Haye de droit international, publié en 1983.

[108] Mansour AL-SAEED, "Legal Protection of Economic Development Agreements", op, cit., p. 152.

[109] James N. HYDE*, avait donné une definition aussi large en décrivant le "contract de development économique" comme : The term "economic development" will be used to refer to the process of growth of developing countries. The motivation in seeking a steel mill, a hotel, or a four-lane highway, may or may not be solely its contribution to the development of a country as outlined in a pre-existing long-term development plan. The financing and operations leading to the development of a natural resource or to the use of raw materials to produce capital for development is likely to be approached, not solely from the*

62. Les deux dernières décennies ont vu se développer une critique intéressante concernant le terme « investissements étrangers ». Plus précisément, on s'est demandé si ces accords devaient être caractérisés par le terme de « développement économique »[110]. C'est ainsi que les récentes affaires d'arbitrage international en matière d'investissement n'identifient plus les investissements étrangers à la condition du « développement économique »[111]. Prof. SORNARAJAH donne à cela deux raisons. *Premièrement*, les investissements actuels ne sont pas exclusivement conclus avec un États sous-développement, mais impliquent également les nations les plus développées économiquement[112]. Deuxièmement, il relie ce phénomène à l'essor du mouvement néolibéral dans les années 1990[113]. En conséquence, la jurisprudence arbitrale a récemment pris de la distance avec ce critère de développement économique en identifiant un investissement étranger[114].

---

point of view of economic considerations. It is a political world in which process of growth is to occur". James N. HYDE, *Economic Development in General and Development Agreements (105)",* in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. 1962, p. 277.

110 Voir, Stephen J. TOOPE "Mixed International Arbitration", Cambridge, U.K.: Grotius Publications Limited 1990.

111 Pour plus d'illustration concernant la place de l'expression « développement économique » dan les arbitrage récents et l'influence de la convention Washington, voir, Jean MATRINGE, *« La Notion d'Investissement* »., *op., cit.,* p150-158.

112 M. SORNARAJAH, "THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT", *op., cit.,* p 313

113 *Ibidem*, p. 145

114 C'est l'affirmation conclue par le tribunal dans l'affaire Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c/ Algérie en déclarant que « *la notion doit être comprise largement. Pour que l'on puisse en effet parler d'un investissement au sens de la Convention, il faut que l'on se trouve en présence d'engagements économiques ayant une valeur importante, suffisante en tout cas pour que l'on puisse admettre qu'il s'agit d'une opération de nature à promouvoir l'économie et le développement du pays concerné* ». SENTENCE CIRDI No. ARB/03/08 Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c/ République algérienne démocratique et populaire, 10 janvier 2005, https://www.italaw.com/documents/dipentav.algeria.pdf , *En expliquant cette décision par le tribunal, M. BEN HAMIDA livre quater raisons* « *En premier lieu, il a observé que la Convention CIRDI avait été conclue sous l'égide de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement. En second lieu, il a déduit de la référence dans le préambule de la Convention de Washington à la « nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux (...)» que la contribution au développement économique était un « principe de base», et un but qui imprégnait les dispositions particulières de cette Convention. En troisième lieu, le comité a souligné que le paramètre de contribution*

63. Pourtant, les « contrats d'investissement pétrolier », surtout dans la région MENA, détiennent encore ce caractère, que ce soit au niveau du secteur des ressources naturelles, ou au niveau du développement économique qu'ils apportent à l'État hôte. Contrairement à d'autres types de contrats internationaux d'investissement, l'objet du contrat pétrolier, surtout dans les pays en voie de développement, est lié au développement économique du secteur. À cet égard, M. Dupuy a estimé, au sujet de l'affaire *Texaco*, qu'*« ils ne se bornent pas à une fourniture ou à une prestation isolée, mais tendent à apporter à un pays en développement des investissements et une assistance technique, notamment dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales ou dans la construction d'usines 'clés en main'. Ils revêtent ainsi une importance réelle dans le développement du pays où ils sont exécutés : qu'il suffise de mentionner ici l'importance des obligations assumées en l'espèce par les sociétés concessionnaires »*[115]. Un argument de plus pour le « développement économique » attaché au contrat d'investissement pétrolier a été donné au sujet de la nationalisation par le tribunal arbitral dans le gouvernement de l'État du Koweït v. The American Independent Oil Co (AMINOIL). Le tribunal a défini « la nationalisation » comme un transfert, dans l'intérêt public, du droit de propriété du secteur privé au secteur public, dans le cadre du programme général de développement économique[116].

64. M. LEBEN confirme cette approche en admettant que « ces accords de développement économique sont d'une importance telle pour l'État récepteur de

---

au développement économique de l'État d'accueil avait toujours été pris en compte, de manière explicite ou implicite, par les tribunaux arbitraux CIRDI dans le cadre de leur raisonnement pour qualifier l'investissement protégé. Enfin, il a cité l'opinion du Prof. Schreuer qui considérait que la contribution au développement économique était la seule indication possible sur un critère objectif qui pouvait être déduite du texte de la Convention. Voir Walid BEN HAMIDA, « Investissements internationaux et arbitrage », *op., cit.,* p.4.

[115] Voir, *Texaco-Calasiatic (TOPCO) c. Gouvernement (libyen/de Libye)*, sentence du 29 janvier 1977, *JDI*, 1977, pp. 350 s.

[116] AWARD IN THE MATTER OF AN ARBITRATION BETWEEN KUWAIT AND THE AMERICAN INDEPENDENT OIL COMPANY (AMINOIL) Source: International Legal Materials, Vol. 21, No. 5 (SEPTEMBER 1982), pp. 976-1053 Published by: American Society of International Law.

l'investissement, qu'ils sont souvent conclus par les plus hautes autorités de l'État »[117]. Ainsi, compte tenu de sa valeur, de son importance et dans la mesure où il participe au progrès social et économique des États hôtes, le contrat pétrolier va bien au-delà de tous les autres contrats d'investissements internationaux.

Section II : La nature des parties aux contrats pétroliers

65. Afin de mieux caractériser le contrat pétrolier, il est nécessaire d'examiner la nature de chaque partie de ce contrat. La partie étatique, l'État ou son représentant, la compagnie nationale pétrolière d'une part, et l'investisseur, partie privée étrangère d'autre part[118].

1. Partie étatique : Un organisme public à caractère commercial

66. L'ordre juridique concernant les engagements, dans le domaine pétrolier, entre un État et une personne privée étrangère ne peut être régi que par la loi nationale de l'État co-contractant.

67. Dans la plupart des États en sous-développement, économiquement, politiquement et légalement, l'État joue un rôle de gardien, de protecteur et de régulateur. À l'inverse, dans quasiment tous les pays en voie de développement, l'État joue un rôle beaucoup plus actif dans les activités économiques et commerciales. Dans le domaine des ressources naturelles, en général, deux acteurs principaux sont concernés dans les pays en développement. Le premier est le ministère des ressources naturelles, qui énonce les politiques nationales s'agissant des ressources concernées. Le second est la compagnie pétrolière nationale, qui est l'opérateur commercial pour toutes les activités d'exploration, d'exploitation, de développement, de raffinage, de

[117] Charles LEBEN, *La notion de contrat d'État (302),* dans la collection des Cours de l'Académie de La Haye de droit international, 302, publié en 2003, p. 213, note 4, http://dx.doi.org.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789004140219.197_386.4.

[118] Sur le cadre général du contrat d'État, et le cadre juridique de ses parties, voir Jean-Michel JACQUET et Dolores BENTOLILA, « CONTRAT D'ÉTAT », JurisClasseur Droit international : 1er Novembre 2012.

marketing ou de vente de ressources naturelles. Ainsi, afin d'assurer leur indépendance politique et économique, de renforcer leur souveraineté sur leurs ressources nationales et de maximiser leur production de pétrole potentielle, les États pétroliers de la région ANMO tels que l'Iran, la Libye, l'Egypte et l'Algérie ont créé leurs compagnies pétrolières nationales.

68. Les ordres relatifs à la propriété du pétrole, et en conséquence les opérations correspondantes à la gestion, à l'exploration et à l'exploitation, ainsi que la capacité de l'organe chargé de régir la répartition des revenus sont toujours encadrés par les dispositions de droit constitutionnel et/ou droit pétrolier national. Les contrats pétroliers dans les pays d'Afrique du Nord et du Moyen-Orient sont caractérisés par une très forte implication de l'État, généralement représenté par l'entreprise pétrolière nationale (compagnie nationale pétrolière, CNP)[119]. La CNPjoue dans le contrat un rôle obligatoire d'intermédiaire entre le gouvernement et la partie privée au contrat.

69. Afin d'interpréter convenablement la participation de l'État aux activités pétrolières dans la région MENA, nous allons examiner certains exemples de CNP de la région (a), puis observer leur propriété juridique (b).

1.1. Exemples de Compagnies Nationales Pétrolières

70. ***En Iran***, en mars 1951, suite à une proposition du premier ministre Mohammad Mosaddegh au Parlement iranien, le Comité du pétrole du Parlement iranien vota une loi en faveur de la nationalisation de l'industrie pétrolière, jusqu'alors sous le contrôle de la *Compagnie pétrolière anglo-iranienne*[120], et autorisa la *National Iranian Oil Company* (NIOC) nouvellement créée, à explorer, exploiter et vendre du pétrole brut

[119] *Thomas W. WAELDE* "*International Energy Investment*", Dundee University Database, ENERGY LAW JOURNAL [Vol. 17:191, p. 192-215.

[120] L'Anglo-Persian Oil (APOC) est une société anglaise fondée en 1908 suite à la découverte d'importantes réserves pétrolières en Iran. Ce fut la première société à extraire du pétrole en Iran et au Moyen-Orient. En 1935, l'APOC fut rebaptisée « Anglo-Iranian Oil Company » (AIOC) et devint enfin, en 1954, la « British Petroleum Company » (BP).

iranien. Cette loi, adoptée le 31 juillet 1957[121], a ainsi fourni une nouvelle base pour les opérations pétrolières du pays. Aux termes de l'Article 3 des statuts de la *National Iranial Oil Company*, la NIOC fut qualifiée d'autorité propriétaire et gestionnaire des ressources pétrolières de l'Iran.

> *Article 3:*
> *« The objective and the principle function of the Company is to exercise the ownership right of the people of Iran in connection with oil and gas reservoirs throughout the country, as well as in the continental shelf thereof, and to engage in oil and gas petrochemical industries operations as well as in related industries within the country and abroad …..»*[122]

71. En tant que Société commerciale enregistrée au Registre du commerce, la NIOC est en charge d'exercer divers pouvoirs souverains sur le pétrole et sur le gaz. Selon la loi iranienne, le produit de la vente du pétrole est transféré par la NIOC à la Banque centrale d'Iran et est destiné au financement du budget de l'État. En exploitant les droits de propriété de la nation iranienne sur les réserves de pétrole et de gaz et en poursuivant des activités dans les industries connexes, la NIOC exerce le pouvoir souverain de la nation iranienne sur les gisements de pétrole de l'Iran.

72. En Libye, le code pétrolier libyen fut promulgué le 21 avril 1955 et le texte final, ainsi que les deux annexes, parurent au Journal Officiel le 19 juin 1955. Il est considéré comme la première loi moderne sur le pétrole dans les pays producteurs en Afrique du Nord et au Moyen-Orient. Il contient plusieurs dispositions inhabituelles, notamment des normes juridiques générales qui favorisèrent le développement d'une industrie du pétrole puissante, compétitive et prospère en Libye tout au long des années 1950 et jusqu'à nos jours. La régulation des activités pétrolières en Libye est assurée principalement par deux organismes gouvernementaux. Le premier de ces organismes

[121] Voir Homayoun Mafi, Iran's Concession Agreements and the Role of the National Iranian Oil Company: Economic Development and Sovereign Immunity, http://heinonline.org/HOL/License.
[122] La Statut sde « Compagnie National Pétrolier Iranienne », 22 Août 1974 (31 Mordad, 1353).

est la CNP. Réorganisée avec succès par le règlement n° 19/1979, la NOC, depuis sa création, est le seul organe gouvernemental visant à atteindre les objectifs du plan de transformation dans le secteur du pétrole, et soutient l'économie nationale en développant, en gérant et en investissant dans les activités pétrolières et gazières. La CNP est autorisée à exercer des activités d'exploration, ainsi que de commercialisation du pétrole et du gaz à l'intérieur et hors de la Libye. Ces activités peuvent être réalisées soit directement via les sociétés qu'elle détient, soit avec la participation d'autres compagnies pétrolières étrangères compétentes. La NOC est ainsi considérée comme la partie principale dans tous les accords de partage de production (EPSA) ou dans tout autre type de contrat concernant l'investissement et le développement de la richesse pétrolière en Libye.

73. Le second organisme gouvernemental en charge de la régulation des activités pétrolières en Libye est le ministère du Pétrole, récemment réorganisé par la Résolution n° 32/2012 du Cabinet (avec pour mission d'approuver la structure organisationnelle, les autorités du ministère du Pétrole et l'organisation de son organe d'administration). S'inspirant du modèle iranien, le législateur libyen a mandaté certaines autorités de gestion et de contrôle auprès de la NOC afin de mener des opérations pétrolières. La NOC est autorisée à signer de nouvelles formes de contrats d'exploitation du pétrole, qui diffèrent de la concession mise en place par la loi sur le pétrole. L'article 1 du décret n° 10 de 1979 décrit la NOC comme la seule entité active dans l'exploration, la production et la commercialisation du pétrole et du gaz à l'intérieur et hors de la Libye. Ces activités s'effectuent au travers de filiales en propriété exclusive ou en partenariat avec des entreprises étrangères, sous forme de contrats d'investissement. L'article 5 du même décret indique que la NOC est toujours considérée comme la « Première Partie » dans tous les contrats de participation, d'exploration et de partage de la production, ou d'autres accords pour l'investissement de la richesse pétrolière en conformité avec les termes et conditions des contrats et accords concernés. L'article 6 du décret n° 10 de 1979 du Cabinet libyen prévoit quant à lui que la NOC est l'autorité chargée de l'approbation des contrats et conventions conclus entre la NOC et les compagnies

pétrolières étrangères, ainsi que de leurs modifications. L'Arabie Saoudite et l'Algérie ont retenu les mêmes principes pour leurs compagnies pétrolières d'État Aramco et Sonatrach [123].

1.2. Le caractère juridique de la compagnie pétrolière nationale

74. Bien que le caractère privé/public des compagnies pétrolières d'État soit mis en question en raison de leur fonction, il convient d'établir une distinction entre la décision étatique ordonnant la prise de participation, qui est un acte de souveraineté effectué ***De jure imperii,*** et les activités conduites après la prise de participation au sein de la structure établie pour réaliser celles-ci, lesquelles s'accomplissent ***De jure gestionis***.

75. La quasi-totalité des compagnies nationales pétrolières ont été structurées sur la base des règles du droit privé et ont agi conformément aux principes du droit commercial. Par conséquent, les CNP, comme le confirme M. Homayoun MAFI,[124] ne sont pas des personnes de droit international public, mais des instruments mis en place par les États hôtes pour être responsables de l'exploitation et de la mise en œuvre des

123 Peu de temps après son indépendance, l'Algérie a compris que l'accès à l'énergie était essentiel au développement économique, social et politique. À cette fin, après avoir gagné son indépendance, l'Algérie a fondé Sonatrach, la "National Company for the transportation and marketing of hydrocarbons", 31 décembre 1963.

124 Il explique en effet que: "The role of the NIOC in the Iranian-Italian Agreement of 1957 seems to be as a State commercial corporation of public law's' The obligations and rights of NIOC may be equated with those of the Iranian government. This could be illustrated for example by reference to Article 42, which mentions expressly "the Iranian Government or First Party" and then stipulates that under certain circumstances "the Iranian Government shall have the right to require the impounding of the proceeds from oil sale or export of petroleum from Iran by Second Party…… On the other hand, Article 65 of the statutes of NIOC makes it clear that the company is a commercial corporation. By virtue of Article 10, "the company's directors, the members of the High Financial Inspection Board, and employees, shall in no respect be regarded as Government employees or as persons entrusted with public services." Under Article 73, the company is subjected to the provisions of the Iranian Commercial Code in regard to all matters not stipulated in the NIOC statutes. In this sense, NIOC is a government agency established in corporate form for the official transaction of public business. Since NIOC is a separate legal entity, its legal and commercial independence is not affected by the fact that its shares are in the hands of the Iranian Government. » Voir HOMAYOUN MAFI, Iran's Concession Agreements and the Role of the National Iranian Oil Company: Economic Development and Sovereign Immunity, http://heinonline.org/HOL/License.

activités liées aux opérations d'exploration et d'exploitation du pétrole, y compris la vente de la production. La même conclusion a été tirée par l'Amoco International Finance Corporation, le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, qui a conclu que *« the separate personality of an entity controlled by a State can be discarded...only if this entity acted as an instrument of the State* »[125]. Dans le même sens, M. Lalive[126] explique, en parlant de la CNP, que les termes « entreprise étatique » ou « entreprise publique » sont entendus dans un sens plus « économique » que juridique. « *Il s'agit d'une réalité de fait, car de nombreux États déploient en général leurs activités économiques internationales sous la forme d'organismes plus ou moins autonomes, relevant tantôt du droit public et tantôt du droit privé* »[127].

2. La deuxième partie, un cocontractant privé étranger

76. Les compagnies pétrolières internationales (IOC)[128] de renommée mondiale se trouvent au premier rang des plus grandes compagnies d'investissements internationaux. Ces grandes compagnies occidentales ont obtenu un rendement beaucoup plus élevé sur le capital que les compagnies pétrolières nationales de taille et d'activités similaires. Les IOC contrôlent toujours les entrées massives de capitaux pouvant être investis dans la production future[129].

---

125 Voir Iran-US Claims Tribunal, Amoco Int 'l Finance Corp. v. Iran, 15 IRAN-U.S. C.T.R., at 189 et s.

[126]Jean-Flavien Lalive, *Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées : développements récents,* Vol. 181 (1983), Séries : Recueil des Cours de La Haye 18, Année du cours : 1983, Année de publication : 1983, p. 29.

[127] M. Lalive ajoute que « *Les cas changent selon les pays et même à l'intérieur de ceux-ci : des sociétés nationales pour l'exploitation des ressources naturelles telles que l'Iran avec la National Iranian Oil Company, la Sonatrach en Algérie, les organismes du commerce extérieur en URSS et dans les autres États « socialistes » de l'Europe de l'Est, la Régie Renault ou l'Électricité de France, etc. Diverses techniques sont adoptées par les États pour des motifs juridiques et constitutionnels ou, plus souvent, pour des raisons d'opportunité, de commodité politique, pratique et commerciale. Aux fins de faciliter ses opérations commerciales, l'État s'efforce parfois d'échapper aux inconvénients de ses structures officielles et à la lenteur du processus constitutionnel ou législatif de ratification* ». Cours op., cit., p29.

[128] C'est ailleurs que leur caractère international est débattu, la plupart adhèrent à la doctrine anglaise, et continuent d'appeler la partie privée une "compagnie pétrolière internationale du CIO".

[129] Pour plus d'informations, voir: AMY MYERS JAFFE de WALLACE S. WILSON FELLOW IN ENERGY STUDIES, RONALD SOLIGO, PH. D PROFESSOR OF ECONOMICS, RICE UNIVERSITY & PREPARED IN CONJUNCTION

77. Dans les années 1930, le pétrole mondial a été en grande partie contrôlé par sept compagnies pétrolières internationales. Ces entreprises – dont cinq américaines (Gulf, Texaco, Mobil, SoCal - Standard Oil de Californie - et Exxon), une britannique (British Petroleum) et une anglo-néerlandaise (la Royal néerlandaise Shell) - furent connues sous le nom de « *Seven Sisters* ». Ces sociétés contrôlaient non seulement le transport, le raffinage et la commercialisation du pétrole, mais également, et dans une large mesure, les réserves mondiales de pétrole. Un tel contrôle fut rendu possible par des accords de concession des gouvernements qui donnaient aux dites sociétés des droits si importants que certains commentateurs les ont assimilés à des transferts de souveraineté des États concernés au profit des concessionnaires[130]. Bien qu'elles aient vu leurs actions, au stade de la production comme au niveau de la gestion des réserves mondiales de pétrole, se réduire au cours des deux derniers siècles, les compagnies pétrolières internationales demeurent des acteurs incontournables du marché international du pétrole, notamment par leur rôle majeur dans l'élaboration des contrats d'investissement internationaux au cours d'une longue série de négociations et d'arbitrages[131].

78. C'est lorsque les sociétés multinationales ont commencé à investir à l'étranger que la société multinationale a menacé de devenir une force économique, juridique et politique plus importante que l'État souverain. On a pu craindre que, soutenue par ses propres ressources financières immenses, bénéficiant de la puissance et de la protection

---

WITH AN ENERGY STUDY SPONSORED BY JAPAN PETROLEUM ENERGY CENTER AND THE JAMES A. BAKER III INSTITUTE FOR PUBLIC POLICY, novembre 2007, http://bakerinstitute.org/media/files/Research/3e565918/NOC_IOCs_Jaffe-Soligo.pdf. Voir aussi STEVENS Paul Prof. National oil companies and international oil companies in the Middle East: Under the shadow of government and the resource nationalism cycle, Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 1.

[130] V. Dr. Zeyad A. Alqurashi, International Oil and Gas Arbitration, 2005, www.gasandoil.com/ogel/, p. 24 et s. Voir aussi M. Sornarajah, *The settlement of Foreign Investment Disputes*, London: Kluwer Law International, 2000 p.44 et s.

[131] M. Sornarjah constate cela en affirmant que "they have the ability to shape principles of international law but yet the text-books on international law hardly address the role these corporation play in the international legal system", *The settlement of foreign Investment Disputes*, op., cit. p. 9.

de son pays d'origine, la société multinationale n'influence le cours socio-politique de l'État hôte en voie de développement.

79. Malgré cette énorme puissance et l'importance du rôle joué par les compagnies pétrolières internationales, il n'y a pas encore accord de la doctrine pour les reconnaitre comme des entités capables de produire des droits et obligations en droit international[132]. Cependant, on tend de plus en plus, dans la juridiction aussi bien nationale qu'internationale, à les tenir pour responsables de leur méconduite[133].

80. On peut bien sûr arguer que la protection des investissements internationaux, développée à travers le système d'arbitrage international, a été autant influencée que motivée par les sociétés multinationales et leurs conseillers. Il n'en reste pas moins que la reconnaissance de la société multinationale comme une entité unique, responsable de la violation des normes internationales émerge peu à peu[134].

Section III : La classification des contrats pétroliers

81. La nature juridique du contrat pétrolier pose depuis toujours de nombreuses questions. Malgré sa nature unique, que nous préciserons dans la conclusion de ce

---

[132] M. MANIRUZZAMAN admet cependqnt que: "*Obviously, this position may have to change, given the reality that it is as dominant an actor on the international economic scene as the state. Many multinational corporations command financial resources that are greater than many states can muster. However, within the international law on foreign investment, there is clear indication that multinational corporations possess both rights and duties*". Voir M. SORNARAJAH "*The International Law On Foreign Investment*", Cambridge University Press, troisième édition, 2010, p. 61 ; A.F.M. MANIRUZZAMAN, "Internationalization of Foreign Investment Agreements *Some Fundamental Issues of International Law",* J. World Investment, 2000? pp. 293 -320; D. Ijalye, Extension of Corporate Personality in International Law (1978); I. Seidl-Hohenveldern, The Corporation in and under International Law (1987); P. Muchlinski, Multinational Corporations and the Law (2nd edn, 2008).

[133] Afin de mettre en évidence la responsabilité des sociétés multinationales à travers le cadre (Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework) http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

[134] A.F.M. MANIRUZZAMAN, "Internationalization of Foreign Investment Agreements Some Fundamental Issues of International Law" op., cit., p.63.

chapitre, la participation de l'État aux contrats pétroliers nous oblige à étudier ses rapports avec les conventions internationales (1), les contrats administratifs (2), et également son rattachement à la catégorie des contrats d'État *stricto sensu* (2).

1. L'exclusion du contrat pétrolier de la catégorie de convention internationale

82. La première tentative de définition du **contrat** pétrolier a été réalisée à l'occasion du premier litige international survenu en matière de pétrole entre l'Iran et la Grande-Bretagne, et lié à la nationalisation de la société pétrolière anglo-iranienne en 1951.[135] Cette nationalisation a provoqué le premier conflit économique majeur dans le secteur de l'investissement pétrolier dans les pays de la région ANMO après la Seconde Guerre mondiale. Soulignons par ailleurs que ce litige est intervenu au moment où le principe de « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » faisait l'objet de discussions délicates entre les États sous-développement et les pays en voie de développement, riches en ressources naturelles[136].

83. La Cour Internationale de Justice a été saisie le 22 juillet 1952 et, aux termes d'un jugement définitif, s'est déclarée incompétente pour statuer sur cette affaire. Une telle conclusion vient du fait que la Cour a tout d'abord estimé que le contrat de concession en cause ne relevait pas de la catégorie des conventions internationales au sens de

[135] En avril 1933, un accord avait été conclu entre le Gouvernement iranien et la compagnie pétrolière anglo-iranienne. En mars, avril et mai 1951, des lois votées en Iran ont énoncé le principe de la nationalisation de l'industrie pétrolière, tout en établissant la procédure pour l'application de ce principe. Ces lois ont donc fait naître un différend entre l'Iran et la société co-contractante. Le Royaume-Uni a adopté la cause de cette dernière, et en vertu de son droit de protection diplomatique, a engagé une procédure devant la Cour Internationale de Justice. L'Iran a contesté la compétence de la Cour. Pour plus d'informations, Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), jugement rendu en 1952. Voir http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=82&p1=3&p2=3&case=16&p3=5&lang=fr

[136] Pour plus d'informations, voir M. Schrijver, NICO., "Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties", Cambridge University Press, 1997, part I.

l'article 38, paragraphe 1 de son statut[137], et ne pouvait être considéré que comme un *« contrat de concession entre un gouvernement et une société étrangère »*, et ce, conformément aux termes de l'accord lui-même. Par ailleurs, la Cour a relevé que le gouvernement du Royaume-Uni ne faisait pas partie de ce contrat, le document contractuel portant uniquement la signature du gouvernement iranien d'une part, et celle des représentants de la société pétrolière anglo-iranienne d'autre part. La convention en cause n'avait ainsi d'autre but que de structurer la relation entre le gouvernement iranien et ladite société pétrolière s'agissant de la concession accordée, celle-ci ne concernant aucunement la relation entre les deux gouvernements[138].

84. **Une seconde tentative** ressort d'un jugement arbitral rendu le 23 août 1958, mettant fin au litige opposant le gouvernement de l'Arabie Saoudite à l'Arabian American Oil Company (ARAMCO)[139]. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a été amené à s'interroger sur le droit applicable à cette concession, en l'absence de choix effectué par les parties elles-mêmes. Aux termes de sa sentence, le tribunal arbitral note que la concession *« n'ayant pas été conclue entre deux États, elle ne relève pas du droit international public et est nécessairement soumise à la loi d'un État déterminé »*. Il précise toutefois que ce droit *« devrait au besoin être interprété ou complété par les principes généraux du droit, les usages suivis dans l'industrie pétrolière et les données de la science juridique pure, notamment lorsque certains droits privés qui doivent nécessairement être reconnus au concessionnaire, à peine de vider la concession de sa substance, ne lui seraient pas assurés d'une manière indubitable par le droit en vigueur en Arabie Saoudite »*.

85. Par ces deux arrêts, l'arbitrage international a clairement énoncé que les contrats pétroliers, en ce qu'ils ne sont pas conclus entre États, ne sont pas identifiés comme des

[137] Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), op., cit.

[138] Ibidem.

[139] La question était de savoir si la concession pétrolière accordée à la société Aramco comportait un droit exclusif s'agissant du transport maritime du pétrole, ou si l'État concédant pouvait accorder ce droit exclusif à une autre société comme il l'avait fait en faveur de la compagne de l'armateur Onassis. Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (Aramco), 27 I.L.R. 117 (1958).

« conventions internationales » et ne sauraient en aucune manière être régis par les dispositions du droit international public « inter-étatique »[140]. C'est un fait établi que les accords conclus entre États sont généralement régis par des règles conventionnelles élaborées en conformité avec le droit international public. Cependant, ces règles ne peuvent ni ne doivent être transposées aux contrats dont les parties ne sont pas des États, comme il en est des « contrats pétroliers ».

1.1. Proximité du contrat pétrolier avec le contrat administratif

86. Le principe est qu'un contrat ne peut être qualifié comme un contrat administratif que si une personne publique fait partie de celui-ci. Mais les contrats conclus avec une personne publique ne sont pas toujours des contrats administratifs[141]. Les contrats administratifs, donc, se reconnaissent à certaines caractéristiques particulières. Ils sont qualifiés soit par l'organique qu'est la présence d'une personne

[140] LEBEN Charles, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2003 (vol. 302), p.197-386.

[141] René CHADUS, « *Droit Administratif Général* », Montchrestien, Tone 1, 13e édition, 1998, p. 522 et s.

morale de nature publique[142], soit par l'existence d'une clause inégalitaire[143], soit par leur objet[144]. Dans les régimes juridiques qui connaissent un tel type de contrat, tel que le régime juridique français, libyen ou égyptien, l'État, sous certaines conditions, possède un pouvoir de modification et de résiliation unilatérale plus étendu que s'il s'agissait de simples contrats de droit privé. Par conséquent, en comparant cette hypothèse avec du contrat pétrolier nous remarquions que :

87. ***D'une part***, les clauses spéciales de contrat d'investissement telles que cela relatives à la compétence judiciaire 'la clause d'arbitrage international', mis en cause de la compétence du juge national. Cette clause supprime un caractère fondamental pour qu'un contrat administratif soit examiné uniquement par des tribunaux administratifs nationaux. De plus, les clauses relatives au pouvoir normatif de l'État, telles que la clause de stabilisation ou renégociation, sont dans le fond contradictoires avec le principe de

---

[142] Le contrat administratif, en droit français, ainsi dans la plupart des droits des pays de la zone ANMO (qui suivent le modèle juridique français tels que l'Egypte, la Libye, La Syrie, le Liban, le Maroc et l'Algérie). L'identification du contrat administratif a été progressivement mise en œuvre par la jurisprudence et non par le législateur. La première caractérisation est organique : elle exige l'existence d'un personnel public comme un co-contractant au contrat et la compétence du juge administratif de contrat (voir René CHADUS, *op., cit.,)*. La deuxième caractérisation est matérielle exige deux conditions : 1. l'objet du contrat est un des critères d'identification du contrat administratif ; lorsqu'un contrat est administratif s'il s'agit de service public (l'arrêt terrier CE 6 février 1903 GA, n ° 11) ou 2. l'existence d'une clause spéciale qui est inhabituelle et les contrats de contrats civils qui est la « clause exorbitante » qui est connue par la jurisprudence pour un objet : « ayant pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangère par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales », (CE, sect., 20 oct., 1950, Stein, Lebon 505), voir. Un bon exemple de cette caractérisation est la fameux « marchés publics », qui est régi par un ensemble de règles de droit public correspondant aux besoins découlant de la nature ~~de~~ du premier cocontractant (« personne publique ») et de la nature particulière des objectifs de répondre à un besoin de service public. Voir Martine LOMBARD Gilles DUMONT, Lean SIRINELLI, « droit administratif », Daloos 11e édition, 2015. Voir aussi :

النهضة دار القاهرة بدوي ثروت االداري القانون ; 2004 العربّة النهضة دار القاهرة ساري شفق جورج االداري للقانون العامة المبادئ العربّة 2006::

العربّة النهضة دار القاهرة الباز الرزاق عبد داود المقارن بالفقه مقارنة داراسة القانون أصول

[143] Voir René CHADUS, « *Droit Administratif Général* », op, cit, p. 526.

[144] Par ailleurs, le contrat administratif est généralement soumis à des dispositions générales du droit public. Pourtant, le contrat pétrolier est soumis à des dispositions particulaire et différentes qui s'partage entre (i) les législations d'investissement étranger, leurs règlementations, (ii) la loi du pétrole, la règlementation et les modèles de leurs contrats régissant les relations avec les investisseurs étrangers. .

clause exorbitante du contrat administratif. Alors que la clause exorbitante témoigne de l'exercice des prérogatives de l'État, les clauses spéciales du contrat d'investissement entrent en contradiction avec les caractéristiques propres au contrat administratif du droit français et du droit égyptien ou libyen. À savoir que la clause exorbitante du droit commun s'accompagne du pouvoir de l'administration de modifier ou d'annuler un contrat. Cette conséquence éloigne le contrat d'investissement pétrolier de la catégorie de contrat administratif classique.

88. ***D'autre part***, le contrat pétrolier contient également des caractéristiques semblables à celles que l'on trouve dans le cadre juridique des contrats administratifs. Ces caractéristiques résultent soit de la nature de l'objet de l'accord pétrolier soit du rôle rogatoire que l'État joue afin d'accorder des « droits contractuels » à la deuxième partie.

89. À l'occasion de l'affaire *BP*, survenue en 1974, le Prof. Mohammed A. Omar, de l'Université du Caire, a soutenu que les contrats de concession, en droit libyen, devaient être considérés comme appartenant à la catégorie des contrats administratifs. Il a soutenu que l'État libyen a le droit de modifier ou de résilier la durée du contrat en considérant l'intérêt public. Il livrait à ce propos l'analyse suivante:

> *« The Government has the right to change unilaterally the clauses of the concession, and have also the right to terminate the concession. But these two rights are not absolute: the change of the clauses of the concession or its termination […] must be in pursuance of a true public interest. The judges have the right to review the change or termination to see whether they are based on good reasons or not. If the change or termination is not lawful, the concessionaire is entitled to obtain complete damages covering not only his actual losses but also all the profits he would have realized had the change or termination not taken place »*[145].

90. Pourtant, cette proximité avec le contrat administratif, qui est aussi en contradiction avec le fonctionnement des « clauses spéciales » des « contrats de l'État »,

[145] Voir LALIVE, op., cit., p. 120.

comme mentionné ci-dessus, ne supprime pas le caractère contractuel et commercial d'un contrat classique de droit civil. Au contraire, en comprenant la façon dont la jurisprudence a classé le contrat administratif par sa soumission au juge administratif ou l'existence d'une clause exorbitante. Nous pouvons éliminer le contrat pétrolier de la cadre classique du contrat d'administration en raison de l'absence de tels éléments.

91. Cependant, puisque l'État a accepté d'entrer dans une relation contractuelle avec une personne de droit civil, et a suivi depuis l'accord toutes les règles de base du contrat de droit civil (comme l'offre et l'acceptation ou des négociations)[146], et abandonné tous ses prérogatives, alors l'État a accepté d'être lié par le contrat et ne doit pas être traité différemment de toute autre partie contractante [147]. Il a été fortement soutenu par la doctrine et la jurisprudence qu'un État étant partie à un contrat ne peut le considérer en soi comme un contrat de droit public [148]. Grâce à ce contrat, l'acte de l'État « *De jure imperii* » représente l'intérêt public relevant de sa compétence [149].

92. En revanche, à l'occasion de l'affaire *Texaco*, en 1977, une autre émine spécialiste du droit égyptien et du droit libyen, Monsieur le Prof. MORCOS, est arrivé à une

[146] Voir, Z. AL KORISHI, *op., cit.,* p. 56.

[147] À cet égard, "KISSAM & LEACH" ont soutenu que: "*A concession agreement is entered into by a nation, which – for reasons of lack of capital, skilled labor, technical knowledge, or access to markets – is unable to develop its natural resources in a profitable manner, with a foreign corporation or individual able to supply these needs. Both parties voluntarily agree to the terms of the contract and both parties naturally hope that it will be profitable. The fact that the expectations of the state may not be fully realized in obtaining as large profit or benefit as anticipated is no justification for the repudiation of its obligation freely undertaken. The expectations of the concessionaire may be, and often are, unrealised. Large investments of time and capital may have to be made before success is achieved. There is no legal or moral justification for a state, after solemnly committing itself to a contract with a foreign national, seeking to avoid its responsibilities thereunder on some outworn theory that sovereignty embraces privileges only, without correlative obligations. Nothing inherent in a sovereign prevents the performance of contracts and the granting of irrevocable rights*", voir L. KISSAM & E. LEACH, "Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession.
Contracts", 28 *Fordham L. Rev.* (1959), 177, 199.

[148] P. BERNARDINI, "*Development Agreements with States*", in R. Pritchard, ed., *Economic Development, Foreign Investment and Law: Issues of Private Sector Involvement, Foreign Investment and the Rule of Law in a New Era* (London: Kluwer Law International & International Bar Association, 1996) 161, 169.

[149] Voir Sophie LEMAIRE, « les Contrats Internationaux de l'Administration », op., cit., p. 82 .

conclusion opposée s'agissant de la qualification du contrat en cause. Selon lui, il n'existe aucune similitude entre les actes de concession et les contrats administratifs en raison de l'absence de tous les caractères spécifiques du contrat administratif. Une telle divergence de points de vue, selon M. LALIVE, *« est peut-être due au fait que la concession visée principalement par la théorie du droit administratif est la concession de service public (électricité, tramways), ou d'usage du domaine public (autoroutes, etc.), tandis que dans les affaires libyennes, on avait affaire à une 'concession' ».* Suivant l'analyse de M. Lalive, nous aurions ici un bon exemple des inconvénients d'une terminologie imprécise et du danger des analogies trop rapides. Il est vrai que nous sommes dans un domaine où des définitions exactes sont très difficiles à établir.

93. Même si les contrats de partage de production (PSA), qui sont le modèle universellement utilisé par les pays en voie de développement, permettent une surveillance constante de l'ensemble du processus d'exploration et de vente de pétrole par les sociétés pétrolières d'État, les autres domaines de l'investissement étranger et d'autres contrôles administratifs sur l'ensemble du processus d'investissement étranger se rapprochent plus des dispositions de la loi administrative que de celles du droit pur des contrats[150]. En revanche, en droit libyen, les contrats de concession ne peuvent être considérés comme des contrats administratifs classique pour deux raisons : ***en premier lieu***, parce qu'ils ne concernent pas un service public mentionné dans les réglementations spéciales du contrat administratif, ***et en second lieu***, parce que le gouvernement libyen ne les a pas signés en sa qualité d'autorité publique, mais au contraire sur un pied d'égalité juridique avec l'entreprise étrangère[151]. Pour la doctrine libyenne[152], ce dernier point signifie que la partie libyenne (CNP) a signé le contrat en

[150] M. SORNARAJAH; « international investment law », *op., cit.,* p.294.

[151]voir LALIVE*, op., cit.*, p. 121.

[152] Aburaziq EL MURTADI, , الاشخاص الاعتبارية في العلاقات الدولية الخاصة، ما يسمى بعقود التنمية الدولية , Librairie nationale de Tripoli, 2007. De p. 58 ss.

abandonnant ses prérogatives et ses pouvoirs unilatéraux de modifier ou de résilier le contrat par fournir les clauses relatives aux pouvoirs normatif et judicaire[153].

1.2. La qualification des contrats pétroliers comme « contrats d'État »

94. Le nombre de contrats conclus entre un État et des parties privées a considérablement augmenté depuis la fin du dix-neuvième siècle. Cette augmentation est due à plusieurs facteurs, parmi lesquels le grand nombre de pays qui ont accédé à l'indépendance, la croissance du commerce international et des communications et la croissance des échanges dans le domaine du commerce international et du développement économique.

1.3. Notion de contrat d'État – observation générale

95. Dans les pays tels que la France, qui disposent d'un système de droit administratif et d'un corpus de règles juridiques dérogatoires au droit commun pour régir l'activité administrative des organismes publics, la question s'est posée de savoir si la concession pétrolière, en raison de son caractère commercial, devait être considérée comme un contrat de droit privé ou comme un contrat administratif similaire à une concession de service public.

96. Les accords conclus par les États sont de deux sortes : d'abord, comme nous l'avons vu ci-dessus, les accords conclus entre les États. Ceux-ci sont les traités, pactes, conventions ou protocoles internationaux. Ces contrats sont régis par le droit international public. Le *second type*, que nous allons aborder dans cette étude, est le contrat conclu par les États avec une personne privée. Ce type de contrat est identifié comme un « contrat d'État ». Malgré le conflit de doctrine sur la loi applicable au contrat

[153] Voir Prof. MUTERDI Abdulrazique, professeur à l'Université de Tripoli et membre du Comité de droit international des Nations Unies depuis 2011, الاشخاص الاعتبارية في العلاقات الدولية الخاصة، ما يسمى بعقود التنمية الدولية , Librairie nationale de Tripoli, 2007. P. 58 et ss.

d'État, il y a un consensus sur sa notion[154]. Un contrat d'État « *est un contrat qui est conclu entre un État et une personne privée étrangère* »[155]. Bien que l'identification de ce contrat ne soit pas une interrogation dans la doctrine française ni internationale, le lien entre les critiques provoquées par cette doctrine et le droit applicable à ces contrats est un sujet de contradiction dans ce domaine. Nous exposerons donc ces critiques dans une première étape (a), et nous identifierons la particularité d'un contrat pétrolier dans une seconde étape (b), afin d'en venir au sujet de la « loi applicable sur le contrat d'investissement pétrolier » qualifié comme un contrat d'État, dans la section précédente.

97. L'identification du contrat d'État est liée à la distinction présentée par le Prof. MAYER dans son célèbre article sur « la neutralisation du pouvoir de l'État en matière de contrat d'État »[156]. Dans cet article, le Prof. MAYER émet l'hypothèse que le mot « État » a ***deux sens*** indépendants. ***Le premier sens*** relève de « l'appareil État » ou de « l'État-Administration ». C'est l'État dans son rôle interne en tant qu'Administration des relations quotidiennes avec les citoyens, « *qu'il s'agisse de l'obligation de payer des impôts, de la responsabilité de l'État pour le mauvais fonctionnement des services public de la justice ou de la police, ou encore du droit pour un fonctionnaire d'obtenir le paiement de son traitement* »[157]. Dans ce cadre, l'État, selon le Prof. MAYER, est différent

[154] Pour une illustration sur la notion de contrat d'État, voir : Prosper WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilite inserées dans les accords de développement économique », in Mélanges Rousseau, Pedone, 1974, p. 21. et ss. Charles LEBEN, « Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales, Clunet, 1980, p. 539 et ss. Christopher GREENWOOD, « State Contracts in International Law - The Libyan Oil Arbitrations », Brit. Yearbook of Int. Law, 1982, p. 27. et ss. Pierre MAYER, La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État, Clunet, 1986, p. 5. et ss. E. LAUTERPACHT, « Law and Policy in International Resource Development », JENRL, 1993, p. 145. et ss ; A. F. M. MANIRUZZAMAN « State Contracts with Aliens The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law », 9 J. Int'l Arb. 141 1992.

[155] Jean-Michel JACQUET, Philippe DELEBECQUE, Sabine CORNELOUP, « *Droit du Commerce International* », Dalloz, 2e édition, 2010, p.

[156] Pierre MAYER, «*La Neutralisation Du Pouvoir* De l'État En Matière De Contrat d'État », JDI, 1986, pp.5-77.

[157] *Ibidem* p. 8

du deuxième sens qui est « *le 'gouvernement' au 'sens large', dont la coexistence avec deux autres éléments (la population et le territoire) formera ce qui, au sens des internationalistes de droit public, est l'État »*[158]. Ce qui est reconnu en droit international comme l'État souverain. C'est l'État, dans le sens de cette thèse, qui a la souveraineté sur les ressources naturelles, et qui a le pouvoir étatique et unilatéral de modifier ou d'annuler le contrat avec la deuxième partie. De plus, certaines méthodes comme la clause de stabilisation ou la clause d'arbitrage international sont des tentatives pour neutraliser le pouvoir de l'État souverain afin de sécuriser les relations avec les personnes « étrangères privées ». Pour finir, le Prof. Mayer affirme que « le contrat d'État » au sens strict du terme est un contrat conclu entre l'État sujet de droit international, l'« État souverain », et une personne privée. Contrairement au contrat conclu par l'État au sens « *étroit* »[159] du terme, « en tant qu'appareil bureaucratique de fonctionnaires avec à sa tête le gouvernement[160] ».

1.4. Les clauses spéciales du « contrat d'État »

98. Plus loin dans son article, le Prof. MAYER émet des critiques relatives au contenu du contrat afin de déterminer le contrat d'État. Nous utiliserons dans cette étude sa critique relative aux clauses extraordinaires qui se rapportent à des contrats d'État, et nous examinerons l'existence de ces clauses dans le contrat pétrolier afin de le qualifier en tant que contrat d'État. Ces clauses sont : a) la clause relative à la compétence juridictionnelle, b) la clause relative au droit applicable, et c) la clause relative au pouvoir normatif de l'État. Nous étudierons plus loin ces clauses de façon détaillée, mais il est important de les mentionner dans ce contexte car elles distinguent le "contrat d'État" des autres types de contrats administratifs ou des contrats commerciaux internationaux.

[158] Ibidem. P. 8

[159] Charles LEBEN, article p. 126 ?

[160] *Ibidem*, p. 126.

1.5. La clause relative à la compétence juridictionnelle

99. Le mot « justice » est ainsi défini : « dans le monde du droit, le mot justice a deux sens. Il désigne d'abord ce qui est juste, et par extension, ce qu'il est juste de juger dans un procès. Il désigne aussi l'appareil ou l'autorité judiciaire en tant qu'institution ayant pour fin le règlement des litiges »[161]. On parle du contrat d'État afin de « désigner l'appareil ou autorité judiciaire en institution ayant pour fin le règlement des litiges ». Nous rencontrons alors « l'arbitrage international » en tant qu'« autorité judiciaire». Le contrat d'État se caractérise par des règles différentes de celles qui régissent habituellement les contrats de droit interne. On y obéit à un système judiciaire autre que le système de l'État co-contractant[162].

100. Les États ont toujours eu le monopole de la volonté et des moyens d'administrer la justice au niveau interne et international. Subséquemment, de manière générale, dans le domaine de l'investissement international, le recours à une autre sphère que la sienne pour régler les litiges découlant des contrats d'État, et particulièrement à l'arbitrage international, apporte à son co-contractant privé une certaine sécurité juridique dans le règlement des litiges étatiques[163]. Le Prof. MAYER a soutenu cette hypothèse dans son article intitulé « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État » en affirmant qu': « un contrat d'État stricto sensu ne comporte pas une clause

[161] M. Jean-Michel JACQUET, M. Philippe DELEBECQUE et Sabine CORNELOUP DROIT *du commerce international*, Dalloz, 2010 p 793

[162] Pour définir le rôle de « l'arbitrage international », dans les contrats du commerce international, l'Institut international pour l'Unification du Droit privé (UNIDROIT), dans son préambule sur les principes relatifs aux *« contrats du commerce international »*, a mis en évidence les divers critères permettant de définir le caractère international d'un contrat. Il y est rappelé que l'un des critères les plus utilisés dans les législations nationales et internationales est la référence au siège social des parties dans différents pays. Mais qu'il existe aussi des critères plus généraux, comme le fait que le contrat ait *« des liens importants avec plus d'un État »*, ou que ce contrat *« implique un choix entre les législations de différents États »*, ou qu'il *« affecte les intérêts du commerce international »*[162]. Les principes UNIDROIT ne posent aucun de ces critères directement. Voir, les Principes d'UNIDROIT, Rome 1994, Préambule, p. 1.

[163] V. Philippe FOUCHARD, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international*, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème Siècle, Université de Bourgogne – CNRS, Litec, Année 2000 Volume 20.

le soustrayant à la compétence des tribunaux de l'État partie, pour la simple raison que l'on ne peut être juge et partie ; si l'on est juge, c'est donc que l'on n'est pas partie. […] Il a été soutenu que le caractère réellement international de l'arbitrage prévu suffit à soumettre le contrat au droit international public (ce qu'implique du point de vue qui nous intéresse un engagement de l'État souverain). La sentence Texaco c. Libye affirme ainsi qu'« il est incontestable que la référence à un arbitrage international suffit à internationaliser le contrat, c'est-à-dire à le situer dans un ordre juridique spécifique, celui du droit international des contrats »*[164]*.

101. De la même façon, le Prof. T. WALDE a défini cette garantie fournie au co-contractant de l'État en matière de « contrat d'investissement pétrolier » en parlant de l'arbitrage international comme de l'« égalité des armes »[165] entre l'État et l'investisseur privé. Cette « égalité » signifie que le contrat d'État a été soumis à un système extérieur à la sphère où l'État partie au contrat a le monopole du pouvoir judiciaire, afin que les deux parties soient à égalité devant le juge. Cette garantie à l'égalité, comme l'ont confirmé plusieurs cas d'arbitrage[166], continue d'être valide même dans le cas de la modification ou de l'annulation unilatérale du contrat par l'État[167].

---

[164] Pierre MAYER, « La Neutralisation Du Pouvoir De l'État En Matière De Contrat d'État », JDI, 1986, p 31-32

[165] *"Equality of arms" is a foundation principle of investment arbitration procedure. A government sued on the basis of an investment treaty, signed to encourage foreign and private investment by promising effective protection, should prosecute its case vigorously but within the framework of the principles of "good faith" arbitration, the applicable arbitration rules, and with respect to "equality of arms." However, such self-restraint is difficult for some governments, particularly if the investment dispute is seen as a domestic political risk, if the government is used to controlling internal adjudication directly or indirectly, and if there is not a clear internal separation of powers between the dual roles of the government as contracting and dispute party on one hand, and as sovereign, regulator, and "owner" of a massive machinery of government on the other*. Voir Thomas W. Wälde Arbitration Under International Investment Agreements : A Guide to the Key Issues, Chapter 8 "Equality of Arms" in Investment Arbitration: Procedural Challenge, Edited by: Katia Yannaca-Small ISBN13: 9780195340693, ISBN : 0195340698,

[166] Pierre MAYER, « La Neutralisation Du Pouvoir De l'État En Matière De Contrat d'État », JDI, 1986, pp 33

[167] Le tribunal de *LIAMCO v. Libye* a prononcé que : *«…it is widely accepted in international law and practice that an arbitration clause survives the unilateral termination by the state of the contract in which it is inserted and continues in force even after the termination.*", *LIBYAN AMERICAN OIL CO. V. THE GOVERNMENT OF THE LIBYAN ARAB REPUBLIC* (LIAMCO), AWARD OF 12 APRIL 1977, 62 I.L.R. 141, 189 (1982).; M. Bishop applique cette décision en disant : "*The arbitrator rationalized this decision by finding*

1.6. La clause relative au droit applicable

102. L'hypothèse est que, comme dans le cas des autres contrats internationaux, les parties disposent d'une certaine autonomie pour choisir la loi applicable à leur contrat. Sur la base de l'autonomie des parties, la partie étrangère privée choisira un autre système que le droit interne de l'État hôte afin d'être en mesure de protéger son investissement contre le « pouvoir souverain » qu'a l'État de modifier ses lois relatives au contrat[168]. La pratique du « contrat d'État » en général, dans les contrats pétroliers en particulier, est différente.

103. Le contrat d'État appuie dans ses engagements toujours sur la loi de l'État souverain co-contractant[169]. Cette pratique, qui s'applique à tous les contrats pétroliers[170], est clairement exprimée par la clause de « la loi applicable ». Dans le contrat administratif classique, nous ne remarquons pas de telles clauses, bien que l'applicabilité des lois nationales passe par défaut. Tandis que l'expression de telles clauses, dans le « contrat d'État », marque le pouvoir de négociation de l'État. C'est là le deuxième élément qui différencie ce type de contrats, « contrats d'État », du « contrat administratif » classique.

1.7. La clause relative au pouvoir normatif de l'État

104. La pratique qui consiste à insérer une « clause de stabilisation » ou une « clause d'intangibilité » a pour but de fournir une protection juridique externe à la partie étrangère contre la capacité de l'État à changer sa propre loi. Elle fournit également de quoi définir les « contrats d'État » *stricto sensu* des autres contrats de commerce

---

it was the intention of the parties and is a basic condition for creating a favorable climate for foreign investment". Voir R. D. Bishop, "International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea," Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, CEPMLP Discussion Paper No. DP 12 (1997).

[168] M. SORNARAJAH; « international investment law », op., cit., p285.

[169] Pierre MAYER, « La Neutralisation Du Pouvoir De l'État En Matière De Contrat d'État », op., cit., p 34.

[170] Avec une exception, dans le contrat pétrolier de la Provence de Kurdistan de l'Iraq, que portent ses engagements au droit d'Angleterre.

international. C'est une clause qui ne peut être insérée que si « l'État » est présent dans le contrat, puisqu'il ne peut être donné que par l'État à son co-contractant privé. De plus, c'est une assurance donnée par la partie qui a la capacité de modifier ou d'annuler les lois relatives au contrat à la partie qui demande des garanties pour assurer la stabilité de son investissement. Le but de ces clauses est destiné à immuniser le contrat d'investissement contre l'exercice du pouvoir normatif de l'État dans certains domaines, tels que la fiscalité, les contrôles environnementaux et d'autres règlements.

105. Les clauses relatives au pouvoir normatif visent l'ensemble des règles incorporées dans le contrat. Ces clauses de stabilisation, comme l'explique le Prof. MAYER, « *sont en général présentées, au contraire, comme ayant précisément pour but de supprimer l'aléa législatif ; elles seraient donc caractéristiques des contrats d'État au sens strict. Tous dépendent en fait du domaine dans lequel la clause intervient, et de sa rédaction* »[171].

106. **En somme**, de tout ceci, il ressort selon nous que la CNP, qui ne fait qu'exercer certaines compétences relevant du pouvoir souverain de l'État, au nom de ce dernier, ne peut en aucun cas être assimilée à l'État souverain lui-même. Une distinction nette doit donc être faite entre l'État, qui est *« le souverain d'origine »*, et la CNP, qui est une entreprise purement commerciale mandatée pour exercer des activités désignées par l'État. En fait, le contrat pétrolier ne peut être classifié que comme un contrat sui generis par sa nature, ses caractéristiques organiques, ses matériaux et ses propres dispositions spéciales.

[171] Pierre MAYER, « La Neutralisation Du Pouvoir De l'État En Matière De Contrat d'État », op., cit., p. 34.

Chapitre II : La loi applicable aux contrats d'investissement pétrolier

107. Il y a quarante ans, le Prof. JENNINGS remarquait que l'identification de la loi applicable aux contrats d'Etat est une des questions les plus compliquées en droit[172]. Ces difficultés sont liées à la différence de nature juridique de ses parties, à l'absence d'un système unifié traitant ce sujet et à l'importance des intérêts attachés à ce contrat. La complexité vient du fait que le droit positif national et international répond de manière très succincte et vague à cette question. De la même façon, le Prof. M. SORNARAJAH déclare que les jurisprudences arbitrales et la doctrine ne constituent pas une source forte de droit pour déterminer la nature juridique du « contrat d'Etat »[173]. Cependant, certaines questions conflictuelles telles que la question de la loi applicable aux « contrats d'État », y compris les « contrats pétroliers », ne sont pas encore codifiées. Depuis près d'un siècle, cette question a été seulement traitée par diverses doctrines et jurisprudences tout aussi divisées.

108. Nous allons dans ce chapitre examiner la question de la loi applicable au contrat pétrolier. Nous effectuerons nos recherches de la façon suivante :

1) Section I. Le principe de l'autonomie face à la célèbre théorie de « l'internationalisation » fournie comme une solution à la question de la « loi applicable au contrat d'Etat »,
2) Section II. Le débat doctrinal autour de la question de la loi applicable au contrat pétrolier.

[172] Il affirme que 'The particular topic of state contracts impinges upon some of the hardest questions of international law" JENNINGS, 'State Contracts in International Law', 37 BYIL (1961) 156.

[173] "In the hierarchy of norms of international law, the awards of arbitral tribunals or the writings of highly qualified publicists are not significant sources of law, and any theory of international law based entirely on such sources will be tainted with the weakness of the sources on which it is built. The same could be said of the writings of highly qualified publicists that emerged during and after this period supporting the techniques that were used in these arbitrations to externalize the state contract", M. SORNARAJAH, « international Investment Law », Cambridge University Press, May 6, 2010, p. 289.

Section I. Le principe de l'autonomie face à de l'internationalisation du contrat pétrolier

109. La théorie de l'internationalisation des contrats d'investissements étrangers constitue le cœur de la discussion autour de moyens des protections des investissements étrangers. Bien que le principe de l'autonomie soit développé par les juridictions et les législations nationales, la théorie de l'internationalisation a été bien développée par le point de vue étendu tout au long de l'arbitrage international et des débats doctrinaux distingués.

1. Le principe d'autonomie

110. Le principe de l'autonomie, est un principe « *universellement répandu* » qui accorde aux cocontractants la possibilité de choisir « *le droit applicable par les arbitres au fond du litige* ».[174]. Une affirmation intéressante fournit par M. JACQUE illustre que « *à partir du moment où l'existence des contrats d'État est reconnue …… la question de la détermination du droit qui leur est applicable s'enclenche logiquement à partir de la seule et nécessaire constatation de leur non-appartenance originaire à un ordre juridique. Plusieurs raisons se conjuguent pour donner ici effet à la volonté des parties* »[175]. *Un*e raison fournit par M. JACQUE est « *inhérente au droit de l'arbitrage international* », où il confirme que, « *Il est en effet au pouvoir des parties de définir les principaux aspects de la mission des arbitres* »[176]. Cette règle est confirmée par l'article 41-1 de la convention de Washington qui a établi le CIRDI.

[174] *Ibidem.*

[175] Jean-Michel JACQUET, « Contrat d'Etat », JurisClasseur Droit international 1er Novembre 2012 Fasc. 571-90 p. 26

[176] Ibedim

111. Le principe de l'autonomie est aujourd'hui bien établi et considérablement acquis[177] dans le domaine du contrat interne ainsi que dans le contrat d'investissement étranger, y compris dans le domaine du contrat d'investissement pétrolier. Cette règle assure l'enregistrement du contrat dans la norme du droit interne. Cette théorie, de manière excessive, retire au juge le bénéfice d'être le seul gardien de l'autorité de la loi[178]. Bien que la théorie de l'internationalisation ait pour but de délocaliser le contrat du domaine juridique de l'État hôte et de le placer sous la protection et la législation du « droit international », le contrat lui-même reste un facteur essentiel dans la détermination de la loi applicable. Selon ce principe, les parties au contrat peuvent librement choisir la loi de l'*État hôte*, la loi internationale ou la loi d'un pays tiers[179] comme la loi applicable à leurs engagements.[180] Elles peuvent aussi choisir une solution combinée dans laquelle elles choisissent par exemple le droit national de l'État hôte avec le droit international, et/ou les principes généraux du droit. Ce principe donnera aux parties du contrat le libre choix, sans limitation, de la loi applicable au fond de leur litige. De plus, ce choix ne pourra être ignoré par l'arbitre. Le Prof. J-M JACQUET affirme même que l'ignorance par un tribunal du choix de la loi applicable « *constituerait une violation de la mission confiée au tribunal* »[181].

---

[177] Voir J. MICHEL JACQUET, Ph. DELEBECQUE & S. CORNELOUP, « Droit du Commerce International », op., cit. p. 212.

[178] Jean-Michel JACQUET, "principe d'autonomie et contrats internationaux », *op. cit.,*

[179] Pour un choix du système juridique national, l'article 21, du modèle libyen des contrat de partage de la production EPSA IV prévoit que : "*GOVERNING LAW*
This Agreement shall be governed by and interpreted in accordance with the laws and regulations of GSPLAJ, including, without limitation, the Petroleum Law". La majorité des contrats d'investissement pétroliers affirment toujours le droit national comme la loi applicable aux contrats.

[180] Pour un modèle tout à fait exceptionnel, voir le PSA irako-kurde qui prévoit le droit de'un pays tiers comme la loi gouvernant le contrat, ainsi que le droit international et le *Lex Petrolea*. « *ARTICLE 43 - GOVERNING LAW, FISCAL STABILITY AND AMENDMENTS, Governing Law, 43.1 This Contract, including any dispute arising therefrom, thereunder or in relation thereto, shall be governed by English law (except any rule of English law which would refer the matter to another jurisdiction), together with any relevant rules, customs and practices of international law, as well as by principles and practice generally accepted in petroleum producing countries and in the international petroleum industry".*

[181] Il affirme que ce principe a deux effets : "D'une part elle donne aux parties au différend une liberté illimitée de s'accorder sur la loi applicable au fond du litige, et d'autre part elle impose au Tribunal de respecter la volonté des parties et d'appliquer ces règles. Par ailleurs l'accord des parties sur la loi

112. Ce principe trouve sa racine dans le principe général du droit civil, qui détermine que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »*[182]. Autrement dit, le contrat fait la loi de ses parties. En conséquence, le contrat est en partie formé par le droit qui lui est applicable. Lorsque ce droit a été choisi par les parties, ce qu'une clause du contrat en cause établit, et que limite la liberté de l'arbitre, bien que le principe de l'autonomie soit inconstant de par la doctrine et la jurisprudence, et qu'il réponde d'autant moins à la question de la détermination de la règle applicable au conflit qui est au fond du litige.

113. Ce principe crée des difficultés particulières pour ce qui est du contenu de la loi applicable. Dans de tels cas, les arbitres tentent d'identifier comment les différents systèmes de droit mentionnés évolueraient face à un problème particulier. Lorsque ces systèmes ont donné des résultats divergents à la matière d'un contrat d'État, les arbitres ont tendance à donner un poids plus au moins inférieur à des solutions qui ne sont pas généralement partagées par les parties au contrat. Ils tendent à appliquer les principes qu'ils ont choisis parmi tous les systèmes de droit.

114. Une forte critique visant ce principe a établi que l'inclusion de certaines clauses dans le contrat, comme la clause de stabilité et la clause en arbitrage international, détache le contrat de la sphère juridique nationale et le localise dans la sphère du droit international. Pour une partie de la doctrine, l'existence de telles clauses a établi que les parties avaient l'intention d'échapper à la loi de l'État hôte en tant que loi applicable et d'être protégées par un système juridique plus neutre.[183] Même le concept lui-même selon lequel les parties peuvent choisir le système juridique qui régit leur propre

---

applicable fait partie de la clause d'arbitrage. Dès lors, la méconnaissance par un Tribunal des règles de droit convenues par les parties constituerait une violation de la mission confiée au tribunal, voir (sent. 6 janv. 1988, annulée pour d'autres raisons que la détermination de la loi applicable par un comité ad hoc du 22 décembre 1989 ; voir. les extraits : JDI 1991, p. 166, obs. E. Gaillard), Voir J-M JACQUET « Contrat d'État », op., cit., p. 26.

[182] Code civil, art. 1134, al. 1.

[183] M. SORNARAJAH, « *The Settlement of foreign Investment Disputes* », Kluwer law international, 2000, 226.

engagement peut être interprété comme une possibilité d'échapper à la loi de l'État hôte en tant que loi applicable à leur contrat. Une autre critique du principe consiste à mettre en valeur la possibilité d'un conflit entre le principe et l'équilibre de l'équité et de la justice du contrat et donner au parti plus fort la liberté de soumettre le contrat à un système qui lui serait plus favorable.

1.1. La théorie de l'internationalisation

115. La théorie de l'internationalisation signifie la délocalisation des contrats d'investissements étrangers, y compris le contrat d'investissement pétrolier, du droit de l'État hôte pour les soumettre à ce « système inchangeable, supranational »[184] qu'est le droit international. Cette théorie se fonde sur le fait que le « contrat d'État » acquiert plus de stabilité et de sécurité quand il est retiré du système juridique national de l'État souverain co-contractant, et soumis à un système « supérieur » et « neutre ».

1.2. L'origine de la théorie de l'internationalisation

116. Cette théorie a été fortement établie après la Seconde Guerre mondiale et la période de la décolonisation. C'était le système politique international et les nouveaux États émergents qui ont posé un large écart entre les pays « développés » et les pays en développement. La notion de développement dans ce concept faisait référence au développement social, politique mais aussi juridique, où les États nouvellement indépendants, avec leur héritage de colonisation, n'avaient pas un système juridique suffisamment global et solide pour gérer le commerce international et les investissements étrangers. Cette théorie avait pour but de neutraliser la 'puissance normative et judicaire' de l'État hôte et de fournir les garanties maximales à l'investisseur étranger en limitant le pouvoir de l'État de modifier ou d'annuler le contrat fourni par la loi interne. Cela signifie que le contrat pouvait être jugé au regard d'une autre norme que celle de l'État hôte. Afin de comprendre cette théorie, nous allons tout d'abord

[184] M. SORNARAJAH, « *international Investment Law* », Cambridge University Press, May 6, 2010, p. 289.

examiner ses origines, puis présenter le débat qu'elle soulève et la position de la jurisprudence.

117. Une version extrême de la théorie de « l'internationalisation » veut que la nature même du contrat d'investissement étranger, complexe et spéciale, nous amène à conclure de manière exclusive à ce que le contrat soit soumis à un système supranational de droit[185]. Une version moins exagérée cherchera l'existence du principe de l'autonomie et la clause de l'arbitrage international ainsi que la clause de stabilisation pour indiquer que le contrat est soumis au droit international et au principe général de droit. En effet, les investisseurs et leurs institutions financières qui soutiennent l'investissement ne peuvent se satisfaire de la seule référence à la loi de l'État pour déterminer la responsabilité des actes de l'État vis-à-vis du contrat[186]. En réalité, la raison derrière la délocalisation du contrat d'investissement de l'ordre juridique de l'État-hôte est ce que le Prof. P. MAYER a appelé la « *neutralisation du pouvoir normatif de l'État* »[187].

118. La délocalisation du système juridique du contrat des lois nationales pour le soumettre au droit international a été initialement introduite par le concept « *autonomous contract »* ou *« contrat sans loi »*[188]. Cette approche examine les contrats d'État en mettant en évidence le droit positif en vigueur entre les parties et peut être

---

[185] Voir, M. SORNARAJAH "*the international law on foreign investment*", *op., cit.*, p. 294 et s. et la position prise par "Revere Copper and Brass Incorporated, Appellant, v. Overseas Private Investment Corporation, Appellee, 628 F.2d 81 (D.C. Cir. 1980), http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/628/81/58957/

[186] Le phénomène adapté de « l'internationalisation » a évolué dans la doctrine de la discussion arbitrale qui est à l'origine des pratiques autour du contrat d'investissement étranger, et il a été décidé que le contrat devait être régi par une loi autre que la loi de l'État hôte. Comme le démontre le Prof. M. SORNARAJAH; "*The removal of the foreign investment contract from the sphere of the host state's law and its subjection to an absolute, supranational system is seen as essential for the protection of foreign investment under the theory of internationalization. M. SORNARAJAH "international law of foreign investment*", *op., cit.,* p. 290 et s.

[187] P. MAYER, 'La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État', *JDI* (1986) 113

[188] This approach was well illustrated by the writings of two well- known and distinguished scholars of international law, Lord MCNAIR, and Alfred VERDROSS.

contraignante en vertu de certains principes de la loi naturelle, ou « *principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* »[189].

119. Cette idée a été introduite à travers la formulation d'une doctrine portée par Lord MCNAIR en 1957, pendant le mouvement de décolonisation. Il a en effet suggéré qu'un contrat de développement économique est généralement régi par certaines normes juridiques, qui ne découlent ni du droit national ni du droit international public, mais qui serait plutôt inscrit dans ce qu'il a appelé *« the general principle of law recognized by civilized nations »*[190].

120. La théorie de Lord MCNAIR a créé une base essentielle de la pratique de l'arbitrage international, liée aux contrats de développement économique et à la tentative des investisseurs étrangers et de leurs conseillers juridiques d'échapper à la sphère de la loi nationale des États hôtes. Lord MCNAIR remarque, ***d'abord**, que* comme le contrat ne ressort pas d'une relation entre des États souverains, alors il n'est pas soumis aux normes du droit international public. ***Puis*** il explique que parce que les contrats sont généralement soumis à l'arbitrage international, ils renvoient automatiquement à une sphère juridique hors de la loi nationale[191]. Son argument a également soutenu le fait que la CIJ, qui a fréquemment eu affaire à ces arbitrages internationaux relatifs aux contrats de l'État, se réfère au concept de « *principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* »[192] en tant que source de droit pour

[189] McNair, « the general principles of law Recognized by Civilized Nation », BYIL, 1957.

[190] ***Ibidem,*** p. 1

[191] « ….most of these contracts contain provision for arbitration….. if it be true, as is generally recognized, that the submission of dispute to the jurisdiction of a particular court amounts to the acceptance of the law of the court as the law governing the dispute, it would seen to follow that the submission of the dispute to a tribunal of arbitration involves the acceptance of such system of law as the arbitrator may decide to the relevant one", ***Ibidem,*** p. 6.

[192] « Chapitre II-Compétence de la Cour, Article 38, « 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 États en litige; b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit; c. 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

les affaires en question. Suivant la philosophie de Lord MCNAIR, M. VERDROSS maintient la déconnexion du contrat du droit municipal et crée un nouvel ordre juridique positif, dans le sens de la constitution d'un règlement intégral de la relation entre les parties. M. VERDROSS a une compréhension universaliste du droit international. Il existe une loi commune à tous les États, et les États font partie d'une communauté plus large [193].

Conclusion section I

121. Cette théorie a surtout été développée dans l'école juridique française par M. P. WEIL et le Prof. C. LEBEN. Ils expliquent l'internationalisation par la nature du contrat comme un acte juridique international « *un véritable acte juriste international* »[194]. À cet égard, M. LEBEN accepte que l'État ait deux fonctions : de personne agissant en vertu du droit national « État administratif », et de personne agissant en vertu du droit international « État souverain ». Mais ces deux fonctions sont menées sous une personnalité unie, où M. LEBEN développe que le contrat est créé par un État souverain acteur du droit international, et pour cette raison, il est régi par le droit international[195].

122. Par contre, M. BATIFFOL[196], le promoteur de la théorie de la « localisation »[197], explique que cette théorie dénie le fait que la loi de l'autonomie soit exclusivement la loi applicable au contrat. La théorie de la localisation du contrat se fonde sur l'hypothèse que la loi de l'État hôte co-contractant « *n'était utilisée qu'à défaut de volonté manifestée par les parties »*[198]. M. BATIFFOL a abordé le sujet alors qu'il cherchait des réponses à la question du conflit de lois. En tant que privatiste, il a identifié l'objet

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 ». Statuts de la CIJ, http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&lang=fr.

[193] Thomas KLEINLEIN, "*Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism*", Gottingen Journal of International Law 4 (2012) 2, 385-416.

[194] P. WIEL, 1981, op., cit., p. 562

[195] Ibidem.

[196] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, « droit international privé », Tomé I 8e édition, 1993, p 443 et ss.

[197] ***Ibidem***.

[198] JM JACHUET, PH. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, "*Droit du Commerce International*", op., cit., p.213.

« matériel » comme une source de modalité de localisation. En cas de manquement d'un « objet matériel meuble ou immeuble » selon lui, « *il ne s'agit plus de droits réels, mais de droits de créance corrélatifs à des obligations* »[199]. Il développe l'idée que les obligations nées d'un rapport tel que le contrat d'État, « ne se localisent pas par elles-mêmes », et rejette le principe de l'autonomie comme un élément exclusif qui déterritorialise les normes applicables à ses obligations. Il ajoute qu' « *il est difficile, comme le droit interne en a fait l'expérience, de dissocier les obligations des actes ou des faits juridiques qui les engendrent : la localisation du contrat ou du délit déterminera donc la loi applicable aux obligations dont ils sont la source* »[200]. Il adopte un concept de « localisation objective » afin de rattacher le contrat à la loi applicable. Il le rattache *« à la loi du pays avec laquelle ces situations présentent les liens les plus étroits permettant de donner satisfaction à la fois à l'intérêt des parties, à celui des Etats et à ceux de l'ordre international* »[201]. Son hypothèse exige d'imposer certains contrôles extérieurs sur les obligations découlant du contrat d'État, qui par conséquent, empêchent l'application exclusive de « normes » choisies par les parties.

Section II. La conciliation des deux théories en fonction de la particularité du contrat pétrolier : les positions de « monistes vs. Dualistes »

123. La théorie de l'internationalisation a depuis longtemps fait l'objet de débats entre juristes et praticiens. La plus grande partie de cette discussion s'est développée entre les écoles *moniste* et dualiste, que nous résumerons brièvement comme suit.

1. L'école moniste

124. L'école moniste se réfère à la théorie KELSEN de la relation entre le droit international et le droit national. L'origine de l'école, en particulier sa version anglo-saxonne, a été notablement impulsée par « *The Grotian Tradition in International Law*

[199] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, « droit international privé », *op., cit.,* p. 449

[200] *Ibidem*

[201] *Ibidem*

» [202]. Dans cette tradition, la loi naturelle est le soubassement de la loi en général et de la loi internationale en particulier, considérant que la loi internationale est en totalité basée sur la notion de « *nature sociale de l'homme* »[203]. Le Juge LAUTERPACHT se pose essentiellement la question de la compétence dans le cadre du droit international public, et se réfère aux institutions judiciaires de ce champ du droit comme la Cour Internationale de Justice[204].

125. Nous identifions ici le renforcement d'une position moniste concernant la loi applicable aux contrats de l'État, qui élimine directement l'application du droit national et implique l'application du droit international sur les contrats[205].

126. M. JENNINGS[206] a abordé la question en utilisant la méthode objective du droit international privé, afin d'atteindre l'internationalisation du contrat d'Etat. Il met l'accent sur la connexion entre le contrat lui-même et l'ordre juridique international qui peut être mis en place à la fois subjectivement et objectivement. Il écrit que:

---

[202] Voir, H. LAUTERPACHT *"The Grotian Tradition In International Law",* 23 Brit. Y.B. Int'l L. 1 1946; Mary Ellen O'CONNELL, "The Power and Purpose of International Law: Insights from the Theory and Practice of Enforcement", Oxford Scholarship Online: January 2009.

[203] ***Ibidem*,** p. 27.

[204] Cette observation était présentée dans l'avis du Juge LAUTERPACHT sur des emprunts norvégiens dans lequel il a observé que :*"It may be admitted . . . that an 'international' contract must be subject to some national law: this was the view of the Permanent Court of International Justice in the case of the Serbian and Brazilian Loans. However, this does not mean that that national law is a matter, which is wholly outside the orbit of international law. National legislation . . . may be contrary, in its intention or efforts, to the international obligations of the State. The question of conformity of national legislation with international law is a matter of international law. The notion that if national law governs a matter it is for that reason at the same time outside the sphere of international law is both novel and, if accepted, subversive of international law. It is not enough for a State to bring a matter under the protective umbrella of its legislation, possibly of a predatory character, in order to shelter it effectively from any control by international law"* "SEPARATE OPINION OF JUDGE SIR HERSCH LAUTERPACHT", http://www.icj-cij.org/docket/files/29/4781.pdf.

[205] Pour une discussion intéressante sur les différences entre les écoles moniste et dualiste, voir Ivan ALVIK, "contracting with sovereignty", Oxford and Portland Oregon, 2011 pp. 59-69.; voir aussi, A.F.M. MANIRUZZAMAN, *"State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies", EJIL* (2001), Vol. 12 No. 2, p. 309–328.

[206] JENNINGS, 'State Contracts in International Law', 37 *BYIL* (1961) 156., voir aussi Philippe Leboulanger, *Les Contrats entre états et entreprises étrangères* (1985).

> *"The first step then ... is to establish a legal bridge between the contract and international law. An effective link must be forged between the principles of international law and the relevant municipal law, so that these two systems interact. We may find ourselves, for example, wishing to say that, even in the cases in which the contract is governed by the local municipal law as its proper law, certain overriding principles of international law impinge upon the contractual relationship itself We can imagine a situation in which the principles of pacta sunt servanda or the notion of acquired rights or something of that sort operates so as to invalidate an apparent dissolution of the contract by municipal law. The relationship between international law and municipal law must be regarded as a monist system and no longer can be explained on the basis of a dualist theory that international law and municipal law operate on different planes and never the twain shall meet"*[207].

127. Le concept de M. JENNINGS est fondé sur l'unité des deux normes *nationale et internationale*, et sur le fait que si le droit international ne peut pas être applicable au contrat de l'État, l'absence réelle d'obligation peut modifier ses normes[208]. Dans son approche moniste, il affirme d'abord que le droit international suppose la primauté sur le droit interne, puis ensuite il examine la possibilité « d'un droit international de contrat »[209]. Ce faisant, il semble élever l'individu au niveau du sujet de droit international. Cela suppose, en conséquence, que le contrat soit régi par le droit national ou international où toute violation de ses obligations est une violation du droit international et implique l'engagement de la responsabilité de l'État vis-à-vis des normes internationales :

> *".. there is at any rate nothing inherent in the structure of international law, and in the relationship between international*

[207] Robert Y. Jennings, "*Rules Governing Contracts Between States and Foreign Nationals",* International and Comparative Law Center, The Southwestern Legal Foundation, 1965, at pp. 127-128.

[208] Ivar ALVIK, op., cit., p. 63 et ENNINGS, *op., cit.,* p. 124-128.

[209] *Ibidem***,** p. 161, et voir aussi, A.F.M. MANIRUZZAMAN "Internationalization of Foreign Investment Agreements.
Some Fundamental Issues of International Law", 1 J. World Investment 293 2000, p.299.

and municipal law, that inhibits the sanctioning of contractual obligations by international law"[210].

128. Afin de connecter le contrat à la loi internationale, le moniste JENNINGS a soulevé l'intention des parties comme un élément subjectif. Il se tourne ainsi vers la disposition particulière des contrats, y compris la clause d'arbitrage, la clause de stabilisation, et la clause de choix de la loi applicable. Quelle que soit la loi applicable au contrat, pour lui ainsi que pour l'école moniste, ces éléments contractuels forgent un point de contact direct entre le droit international et le contrat. Pour les monistes, ces clauses sont l'intention explicite des parties de lier le contrat au droit international[211].

129. L'école moniste française, dirigée par le Prof. C. LEBEN et, avant lui, M. WEIL, est fortement influencée par la théorie KELSEN sur le droit international et sa supériorité sur le droit national. KELSEN, probablement, comme les neutralistes, se fonde sur la conviction que le véritable sujet du droit international est l'individu. Un facteur commun, dans la vision moniste, est que l'individu est l'objet ultime du droit international. Pour KELSEN, il est indubitable que le droit international impose des devoirs et l'obligation de fournir des droits à des personnes souveraines, mais le but ultime est de ''réglementer le comportement humain''[212]. En outre, selon lui, le droit international est ce qui détermine la sphère et la validité du droit municipal, comme les deux formes, inséparables, d'une seule méthode[213].

130. Ensuite, et dès le début, P. WEIL pose l'hypothèse que le droit national manque des dispositifs nécessaires pour gérer de tels engagements. Il constate « *les insuffisances*

[210] JENNINGS, op., cit., note 9, p. 161.

[211] Ivar ALVIK, *op., cit.*

[212] H. KELSEN, "General theory of law and state", English version "Harvard University press, Cambridge 1945 P342 -351 Pour une version plus extrême de cette théorie, Scelle nie complètement que l'État peut avoir la personnalité dans un sens réel parce qu'un État n'a pas la volonté ni possède une conscience indépendamment de ces individus qui la composent. Voir, Scelle, Précis de droit des gens Vol I, recueil Sirey, Paris 1932, p. 9 et s.

[213] KELSEN *Ibidem.*

des mécanismes classiques » pour administrer le « contrat d'Etat »[214]. Selon lui, le droit national comporte de graves inconvénients pour le co-contractant « sur le plan procédural »[215]. Il cherche ensuite à rattacher le contrat au droit international. Il trouve alors que l'arbitrage international est « *l'un des moyens pour faire échapper le contrat à l'emprise de l'ordre juridique national* »[216]. Puis il ajoute que l' « *internationalisation procédurale (...) du droit matériel* »[217] compromettrait directement « *le rattachement direct des relations contractuelles à l'ordre international* »[218]. Pour lui, ce n'est pas une convention entre deux personnes souveraines de droit international[219], mais « *un véritable acte juridique international* » indépendant[220]. Puis, et en conséquence, cet ordre *« provoque la responsabilité internationale de l'Etat »* co-contractant et *« signifie essentiellement que l'inexécution du contrat sera appréciée selon des standards échappant au droit interne et pourra engager la responsabilité de l'Etat envers son co-contractant devant un organe juridictionnel non national* »[221].

131. M. LEBEN a défendu au cours de ses années de carrière et dans plusieurs de ses ouvrages prestigieux le concept de l'internationalisation du contrat d'État. ***Tout d'abord***, il rejette la théorie de la double personnalité de l'État, présente dans les idées dualistes[222], en construisant sa propre théorie selon laquelle l'État a une double fonction

[214] Weil, PROSPER, "*Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier (Volume 128*)", dans le Cours de l'Académie de La Haye de droit international, Académie de La Haye de droit international recueillis. Edition en ligne : 1969.

[215] *Ibidem*, p145.

[216] *Ibidem*, p. 156.

[217] *Ibidem, p.* 157.

[218] *Ibidem.*

[219] « Ceux des contrats d'État qui sont fondés dons l'ordre international constitueraient ainsi une catégorie spécifique d'actes juridiques internationaux. A côté des traités, des actes unilatéraux des États et des organisations internationales et des actes judiciaires ou arbitraux. Le contrat simplement soumis à des règles de fond de droit international ne serait, au contraire, pas un acte juridique international », P. WEIL, « Droit international et contrats d'État, Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter », Paris : A. PEDONE, DL 1981, pp. 549-582.

[220] *Ibidem,* p. 562.

[221] Weil, Prosper, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier », *Ibidem*, p. 157.

[222] Pierre MAYER, « *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État* », Clunet, 1986 ; Sophie LEMAIRE « Les Contrats Internationaux de l'Administration », LGDJ 2005

mais aussi « un ordre juridique universel et unique ». Prof. LEBEN démontre qu'un État a une double personnalité nationale et internationale où chaque personnalité est attachée à l'ordre juridique de cette sphère, en expliquant que « *si on maintient, en effet, à la fois que l'État a une double personnalité juridique 'interne et internationale' et qu'il s'agit bien du même et seul État, il faudrait admettre qu'il existe une substance de l'État indépendante de sa personnalité juridique, ce qui, pour KELSEN, est théoriquement exclu* »[223]. Cependant, il admet le double rôle que joue « l'État uni ». L'un est interne joué par *« l'État, au sens étroit du terme (…) en tant qu'appareil bureaucratique de fonctionnaires, avec à sa tête le gouvernement* »[224], et l'autre est externe, joué par l'État souverain au « sens large du terme »[225]. En conséquence, il identifie les contrats de l'État comme « des contrats qui sont conclus avec une personne privée par l'État sujet du droit international 'État Souverain', par opposition avec l'État-administration ». Puis, plus loin, il soutient que « *les contrats conclus par l'Etat souverain sont conclus hors de son ordre juridique ».* Enfin, il le place en-dessous de l'ordre juridique international en disant qu'ils sont *« à nos yeux, conclus dans l'ordre juridique du droit international public* »[226].

132. Selon la thèse de M. LEBEN, deux principes essentiels permettent de caractériser un tel contrat d'État : ***tout d'abord***, la présence d'une clause soumettant les litiges liés au contrat à l'arbitrage international, remettant ainsi en cause la compétence des juridictions de l'État hôte ; ***ensuite,*** la stipulation d'une clause (ou un ensemble de clauses) excluant l'application au contrat du droit national de l'État concerné. Cette exclusion du contrat du champ d'application du droit national s'obtient soit par un choix délibéré de la loi internationale, soit par une stabilisation (ou gel) de la loi de l'État hôte.

---

[223] C. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », *in Mélanges offerts à Ph. Kahn*, Paris, Litec, 2001, pp.119-175. p. 125, il fait rappel aux mots de KELSEN disant « *l'État n'existe …. pour la théorie de droit, qu'en tant que sujet du droit ou en tant qu'ordre juridique ….et si dans une théorie juridique deux sujets de droit différents sont qualifiés l'un et autre d'État, ce ne peuvent être que deux États différents ».* Voir KELSEN, « La transformation du droit international en droit interne », RGDIP, 1936, pp. 5-49, p. 23.

[224] *Ibidem*, p. 126

[225] *Ibidem*, p. 126

[226] *Ibidem,* p. 120.

Ainsi, l'État est lié par un contrat à l'échelle internationale essentiellement en acceptant de neutraliser son propre droit et ses prérogatives de souveraineté en vertu de cette loi. Il fait référence à l'article 42/1 de la Convention de Washington créant le « CIRDI » : « *…de l'État contractant combiner avec les principes du droit international en la matière* ».

133. Selon M. LEBEN, les personnes privées, deuxième partie du contrat d'investissement pétrolier CPI, « *ont acquis, dans ce domaine des contrats d'État, une personnalité internationale limitée, mais réelle* ». Par conséquent, d'une part ces personnes privées étrangères ont la capacité d'affronter un domaine de la juridiction internationale comme « *l'arbitrage international* »[227]. D'autre part elles peuvent profiter des protections données par les traités multilatéraux et bilatéraux, ce qui permet « *de conclure à l'existence d'une personnalité internationale* »[228]. Cette analyse fournit le critère essentiel qui sous-tend la théorie de M. WEIL pour déterminer les hypothèses dans lesquelles les contrats sont soumis au droit international. Selon cette hypothèse, les contrats sont soumis au droit international lorsqu'ils sont conclus par l'État exerçant son rôle externe, en sa qualité de sujet du droit international : *« Ce qui caractérisait ce type de contrat est la volonté d'égaliser la situation des deux contractants, c'est-à-dire de faire en sorte que l'« État ne soit pas à même d'utiliser ses prérogatives souveraines*

227 M. LEBEN a mis l'accent sur la « clause compromissoire », en faisant référence à la 'CIRDI », en illustrant plus loin dans sa démonstration de l'idée que la deuxième partie de contrat « CPI » est une personne de droit international que *« ….a) il est monté que , dans un domaine précis, elles peuvent enter en litige diectement avec un sujet primaire du droit international (i.e. un État), ou avec un sujet dérivé dont la personnalité est dèjà reconnue par le domaine de droit international général (les organisation interétatique) et ; b) peuvent attraire l'un ou l'autre de ces sujets devant une juridiction internationale (toujours sous la réserve du consentement) ou être attraites par lui ».* Charles LEBEN, *Quelques reflexions theoriques a propos des contrats d'Etat*, dans « Souverainete etatique et marches internationaux a la fin du 2O'me siecle - Melanges en I'honneur de Philippe Kahn », Universite de Bourgogne – CNRS 2000, P. 131.

228 Les personnes privées de droit privé interne, peuvent profiter du droit international public « en matière de droits de l'homme et en matière de droit de la famille, sans avoir le caractère de personnes de droit international.

pour remettre en cause le contrat, sans qu'il soit redevable de quoi que ce soit au titre de la violation du contrat » »[229].

1.1. L'école dualiste

134. La théorie de l'internationalisation a été fortement critiquée pour plusieurs raisons. La première critique est que cette théorie a été spécialement inventée pour que le contrat sous-jacent fondé sur « *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* »[230] échappe à la règle juridique interne du droit des pays en voie de développement. Les pays en voie de développement, d'un point de vue juridique, ont le même poids devant le droit international que les États en sous-développement. Leurs lois contiennent les mêmes « principes généraux du droit » et leurs systèmes juridiques renferment les principes juridiques équitables, susceptibles de répondre à toutes les questions juridiques qui découlent des « contrats d'État ». Or, en réalité, on ne peut prétendre que « l'acte de l'État » dans les États sous-développement soit toujours en conformité avec les principes de l'« *Etat de droit* » et, objectivement, qu'il ne soit dirigé politiquement. Ce n'est pas l'absence de cadre législatif qui cause l'instabilité juridique dans les relations contractuelles avec un pays en voie de développement, mais l'application de ces législations qui tend à « neutraliser l'acte normatif de l'État ».

135. Une autre critique subjective qui vise la théorie est que, selon WEIL, « l'ordre juridique de la base » s'applique automatiquement au « contrat d'État » et à l'ordre de droit international. Cependant, ces arguments ne suffisent pas à expliquer pourquoi

[229] LEBEN, cours, op., cit., (LEBEN 2003/258).

[230]« Chapitre II-Compétence de la Cour, Article 38, « 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 États en litige; b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit; c. 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 ». Le Status de ICJ., http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&lang=fr.

cette « ordonnance de base » n'est pas attachée au droit interne[231]. Un autre défaut évident de la théorie d'internationalisation est que la partie étrangère au contrat d'investissement, du moins aux yeux des juristes internationaux positivistes, n'a pas la personnalité suffisante pour former un sujet de droit international et être un possesseur de droit en droit international[232].

136. De plus, les dualistes ont utilisé les mêmes armes critiques que celles utilisées contre les monistes. D'une part, le droit international n'a pas la structure nécessaire pour reconnaitre les droits et obligations liés aux « contrats d'État », encore moins avec le contrat pétrolier, à ce que nous pensons. D'autre part, les clauses spéciales identifiant le contrat comme contrat international chez des monistes comme WEIL et LEBEN, y compris la clause de stabilité, ne sont ici que pour stabiliser et neutraliser le système juridique de l'État qui régit les contrats, et non pour détacher le contrat de règles juridiques internes. Par conséquent, les lois et obligations nationales forment le système juridique applicable aux « contrats d'État »[233] plus détaillé et plus complet.

137. Cela explique pourquoi les dualistes, dans leur doctrine, ont cherché un autre fondement juridique pour former le « contrat d'État ». La théorie du dualisme de l'État a sa source dans la « double personnalité de l'État » de ANZILOTTI [234]. En 1929, il a mentionné que « *par le terme État, nous ne désignons pas seulement un sujet de droit international, mais aussi un sujet possible d'ordre juridique interne* »[235]. ANZILOTTI rejette les deux théories basées sur des concepts relatifs à la « loi naturelle », qui supposent qu'existait le concept *a priori* d'une loi[236]. Il remarque que, "*une catégorie*

231, voir P. MAYER, 'La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État', *JDI* (1986).
232 M. SORNARAJAH "international law of foreign investment", op., cit.,292-293.
233 Voir *Ahmed* S. *El-KOSHERI and Tarek* F. *RIAD, "*The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process", Arab Law Quarterly, Vol. 1, No. 5 (Nov., 1986), pp. 475-503 Published by: Brill Stable URL: http://www.jstor.org/stable/338139.
[234] Dionisio. ANZILOTTI*, " Cours de droit international ",* LGDJ Université Panthéon-Assas, 1999, *p. 342 et ss.*
[235] Ibidem.
236 *Ibidem.*

spécifique de ces normes – certainement la plus importante – est constituée de celles qui voient le jour à travers des accords entre Etats… Leur force contraignante réside dans le principe que les Etats sont dans l'obligation de respecter les accords conclus entre eux: pacta sunt servanda. Ce principe, puisqu'il est le fondement de ces normes, ne peut être démontré plus avant du point de vue des mêmes normes. Il doit être accepté comme la première et indémontrable hypothèse à laquelle tout ordre de savoir humain est lié. Il pourrait y avoir une démonstration à partir d'autres points de vue – éthique, politique, etc – mais ce n'est clairement pas pertinent pour la science juridique, qui ne va plus loin que ladite hypothèse " special category of these norms - certainly the most important one - is formed by those which come into being through agreements among States... Their binding force rests on the principle that States are under an obligation to respect agreements between themselves : pacta sunt servanda. This principle, because those norms are based upon it, cannot be further demonstrated from the point of view of the same norms. It has to be accepted as the first and undemonstrable hypothesis to which all order of human knowledge is related. There may be a demonstration from some other points of view - ethical, political, etc. - but this is clearly irrelevant for legal science, which goes no further than the said hypothesis"[237].

138. Le Prof. P. MAYER développe ce concept en déclarant que : « lorsque l'on évoque les relations entre un citoyen et l'État – qu'il s'agisse de l'obligation de payer des impôts, de la responsabilité de l'État pour le mauvais fonctionnement des services publics de la justice ou de la police, ou encore du droit pour un fonctionnaire d'obtenir le paiement de son traitement – le mot État est pris au sens d'appareil d'État ou d'Administration. Il ne constitue que l'élément de « gouvernement » (au sens large) dont la coexistence avec deux autres éléments (la population et le territoire) forme ce qui, au sens des internationalistes de droit public, est l'État. Il est significatif d'ailleurs que la langue anglaise utilise le mot « Government » pour désigner l'État au premier sens, et mot « State » dans le second sens »[238]. Dans une étude très longue et sophistiquée, le Prof.

[237] *Ibidem.*

[238] P. MAYER, *op., cit.,* .p. 9.

P. MAYER pose l'hypothèse que l'État a deux personnalités de nature juridique différente. L'une est celle de l'État sujet de droit international avec toutes ses relations et actes en tant qu'État souverain, qui sont soumis au droit international. L'autre est l'État administratif, par exemple la compagnie nationale pétrolière dans le cas du contrat pétrolier, qui est soumis à la norme de droit interne dans ses relations contractuelles avec un tiers. Le Prof. S. LEMAIRE aboutit à la même conclusion dans sa thèse « Les Contrats Internationaux de l'Administration »[239]. Tout d'abord, elle distingue le droit français du droit interne : « l'État personnifié par le droit constitutionnel, se distingue de l'État, personne morale de droit public étudié par les administratifs, et prône en conséquence la dualité de la personnalité juridique de l'État »[240].

139. Les deux thèses s'efforcent de faire le lien entre le contrat d'État et le droit national. Ce faisant, elles séparent le contrat de la capacité juridique de l' « État souverain » et le placent sous la capacité de l'« État administratif »[241]. Cette hypothèse est davantage adoptée en ce qui concerne le contrat pétrolier, étant admis que la compagnie nationale pétrolière, première partie au contrat, n'a pas la personnalité souveraine qui la qualifierait comme une personne de droit international public. L'hypothèse de M. MAYER et Mme. S. LEMAIRE fournit un argument, que nous partageons : l'insertion de la clause de stabilisation dans le contrat d'investissement pétrolier a pour but d'incorporer la loi de l'État hôte dans le contrat au moment de

239 Sophie LEMAIRE, "Les Contrats internationaux de l'Administration", Paris : LGDJ, 2005.

240 S. LUMIER *op., cit.,* p.14. Elle repose sur la théorie philosophique de J.J. ROUSSEAU, dans son « Contrat Social », surtout ce passage du Livre III, Chapitre I : « *A l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté. Cette personne publique, qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres, prenait autrefois le nom de cité, et prend maintenant celui de république ou de corps politique, lequel est appelé par ses membres État quand il est passif, souverain quand il est actif, puissance en le comparant à ses semblables. À l'égard des associés, ils prennent collectivement le nom de peuple, et s'appellent en particulier citoyens, comme participant à l'autorité souveraine, et sujets, comme soumis aux lois de l'État. Mais ces termes se confondent souvent et se prennent l'un pour l'autre ; il suffit de les savoir distinguer quand ils sont employés dans toute leur précision* », Jean-Jacques ROUSSEAU « Du contrat social », Paris : H. Champion, 2010.

241 P. MAYER, op., cit., p. 9.

formation du contrat. Ce qui signifie que cette clause existe pour stabiliser les droits et les obligations des co-contractants au moment de la conclusion du contrat, et pour les lier aux dispositions juridiques nationales prévues à ce moment-là. L'exemple le plus exact à cet égard est le « régime fiscal », la partie privée fait son calcul pour son bénéfice sur de nombreux éléments, y compris la suppression d'un certain montant pour les taxes de l'État hôte. Si l'État hôte change son arrangement, de manière unilatérale, avec le co-contractant privé, cela signifie que l'équilibre économique du contrat changera évidemment.

140. Malgré les débats au niveau de l'arbitrage international, l'arbitrage a conclu dans la plupart des cas que le droit interne de l'État hôte s'applique uniquement ou est complété par le droit international. La célèbre affaire d'ARAMCO a affirmé cela en déclarant que :

> *"The law in force in Saudi Arabia should be applied to the content of the concession because this state is a party to the agreement, as grantor, and because it is generally admitted, in private international law, that a sovereign state is presumed, unless the contrary is proved, to have subjected its undertakings to its own legal system. This principle was mentioned by the Permanent Court of International Justice in its judgment in the Serbian Loans Case"*[242].

141. Selon la longue analyse que René-Jean Dupuy donne de la sentence *Texaco,* la référence aux principes généraux du droit doit être comprise comme un renvoi aux principes généraux reconnus par les nations civilisées. En fait, un champ commun d'opération apparaît pour les deux lois municipale et internationale en vertu de l'autonomie de la volonté des parties à un contrat lorsque les deux sont constituées de la loi applicable au contrat. Reste à déterminer la relation opérationnelle entre les deux systèmes. Dans le cas de Texaco, le système double aurait fonctionné comme un droit propre, mais DUPUY réduit le droit municipal de l'État en le renvoyant au droit

[242] (Aramco) (1959), op., cit.

international. Ceci peut-être parce qu'il croit que le contrat doit être ancré dans l'ordre juridique international. La référence aux principes du droit international, conclut-il, ne signifie rien d'autre que « *le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale* »[243].

142. En effet, l'analyse de R.-J. Dupuy affirme que le contrat de concession de la Texaco était enraciné dans l'ordre juridique international. Cependant, plus tard, DUPUY travaille sur l'unité des deux systèmes (national et international) en réservant la suprématie du droit international sur le droit national. « *L'État se prévaut du droit international pour justifier ses conduites et de fait, ses intérêts et les prescriptions juridiques peuvent coïncider…*[244] » ; « *…. les gouvernements ne peuvent se détacher du principe fondamental qui conditionne leur engagement, le principe de réciprocité. C'est pour le faire observer qu'ils développent les stratégies normatives….* »[245].

143. En fait, le modèle de la concession pétrolière libyenne fournit une compensation unique en elle-même pour la règle applicable aux contrats pétroliers :

> *"The Concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of law of Libya common to the principles of international law and in the absence of such common principles then by and in accordance with the general principles of law, including such of those* principles as may have been applied by international tribunals*"*[246].

144. En 1974, lors de l'arbitrage BP, le tribunal a fait une distinction entre les principes généraux du droit et les principes généraux du droit international. Puis, le tribunal, après la qualification du contrat en tant que contrat de droit public, a décidé que le droit international public était le droit applicable à ce contrat :

---

[243] Texaco, op., cit., (par. 41).

[244] René Jean DUPUY, *Dialectiques du droit international, souveraineté des États, communauté international et droit de l'Humanité,* Edition A. PEDONE, 1999, p. 151.

[245] DUPUY, Dialectiques du droit international, op., cit.,, p. 153.

[246] Article 18.7 de modelé de contrat de concession Libyenne fournit par la loi pétrolier 25/55

> *"since the Parties have expressly excluded the direct and sole application of Libyan law, but have made reference to the general principles of law, and since 'a'system must govern, 'the only system that is left is public international law'"*[247].

145. Un autre exemple caractéristique qui, jusqu'à présent, a servi de base pour la pratique de l'arbitrage est l'arbitrage AGIP vs. Congo en 1979[248]. Le tribunal a conclu simplement que le droit international pourrait intervenir pour combler une lacune ou ajouter des éléments nécessaires à la législation nationale. Le tribunal a jugé que la nationalisation est une violation à la fois du droit congolais et du droit international parce qu'elle a violé les clauses de stabilisation du contrat.

1.2. La particularité du contrat pétrolier

146. Comme nous l'avons constaté au cours de la première section de ce chapitre, il y a deux points de vue concernant la nature juridique du contrat pétrolier. Le premier affirme que l'implication des personnes privées dans les activités commerciales et les arrangements contractuels en vue de profits gagnants, la relation d'un État ou une entité de l'État ne sont plus « contrats de droit public ». Le second affirme que les contrats en question sont régis par le droit public dès leur conclusion et que le contenu favorisant de tels accords est régi par des règles de droit public.

147. Les partisans du droit privé affirment que, puisque l'État a accepté d'entrer dans une relation contractuelle avec une personne, et puisque le contrat a suivi toutes les règles de base du contrat privé, de sa formation à son exécution, alors l'État a accepté d'être lié par le contrat et ne doit pas être traité différemment de tout autre partie contractante[249].

---

[247] B.P. v. Libya, 53 ILR (1977), p. 297, at p. 329.

[248] AGIP Co. SpA v. Government of the Popular Republic of the Congo, Award of 30 November 1979, 8 Y.B. Com. *A*rb. 133(1983). Voir http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0462.pdf.

[249] Cet avis est soutenu par certains spécialistes des contrats pétroliers: *"A concession agreement is entered into by a nation, which – for reasons of lack of capital, skilled labor, technical knowledge, or access to markets – is unable to develop its natural resources in a profitable manner, with a foreign corporation*

148. Alors que d'autres spécialistes du marché pétrolier ont soutenu au contraire que le contrat pétrolier ne peut pas être qu'un contrat de droit public, principalement en raison de la présence de l'État et de son pouvoir étatique. Il est dit que:

> *"[u]nder the various families of modern legal systems, some inherent powers exist with respect to all modern types of contracts dealing with the development and exploitation of certain natural resources. Furthermore, apart from the regulatory powers inherent in the legal relationship between the state and the private party, it is clear that the state is entitled to exercise general regulatory powers derived from the constitution itself. This includes especially the state's police and taxation powers"*[250].

149. La clause de stabilité elle-même, que les privatistes désignent comme la preuve que l'État n'exerce pas ses prérogatives publiques, les publicistes la considèrent comme un élément de droit public. Ils disent que si le contrat n'a pas été un contrat de droit public où l'État a une vaste possibilité d'utiliser ses prérogatives, la clause de stabilité ne sera pas là pour bloquer et geler ses prérogatives[251]. Puisqu'il a été soutenu que le caractère public du contrat provient de son caractère en tant que contrat de

---

or individual able to supply these needs. Both parties voluntarily agree to the terms of the contract and both parties naturally hope that it will be profitable. The fact that the expectations of the state may not be fully realized in obtaining as large profit or benefit as anticipated is no justification for the repudiation of its obligation freely undertaken. The expectations of the concessionaire may be, and often are, unrealized. Large investments of time and capital may have to be made before success is achieved. There is no legal or moral justification for a state, after solemnly committing itself to a contract with a foreign national, seeking to avoid its responsibilities thereunder on some outworn theory that sovereignty embraces privileges only, without correlative obligations. Nothing inherent in a sovereign prevents the performance of contracts and the granting of irrevocable rights". voir L. Kissam & E. Leach, "Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts", 28 *Fordham L. Rev.* (1959), 177, 199. Voir aussi Zeyad A. ALQURASHI, "International Oil and Gas Arbitration", OGEL special study – vol. 3, janvier 2005.

[250] A. El KOSHERI & T. RIAD, "The Law Governing New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process", 1 *ICSID Rev. FILJ* (1986) 257, at p. 259.

[251] *Ibidem.*

développement économique, ces activités d' « intérêt public » ne peuvent se traiter que par un contrat de droit public[252].

150. Avec les fortes argumentations fournies par les deux écoles, nous ne pouvons que croire à la nature différente et unique du contrat pétrolier. Ces contrats sont différents des autres contrats d'État classiques par la nature de leur objet, le rôle joué par l'État, ainsi que par l'importance de leurs enjeux. Ils ont des caractères très particuliers et uniques. Ils sont uniques parce qu'on ne peut jamais les ranger dans l'une des catégories classiques du droit public ou privé[253].

151. De plus, si nous revenons à la division classique du rôle joué par l'État, en tant qu'appareil bureaucratique fonctionnaire et l'État au sens large du terme d' « État souverain », nous remarquons que les deux personnalités, comme les appellent les dualistes – ou les fonctions interne et internationale – se mélangent dans le contrat pétrolier.

152. Pour revenir à la thèse de Mme. S. LEMAIRE, son analyse selon laquelle « la soumission d'un contrat passé par l'État à un droit national invalide l'idée de la participation de l'État, sujet de droit international, et lui substitue celle de la participation de l'État administration interne…. »[254], s'oppose à la théorie de l'internationalisation, fondée sur l'hypothèse que ce contrat est conclu par l'État souverain sujet de droit international. Elle identifie l'État administratif en mesurant le pouvoir étatique mis en cause par ces contrats. Elle pose la question : « s'agit-il de pouvoirs spécifiques de l'État sujet de droit de gens, ou est-il possible de les imputer à l'État, personne morale de droit public »[255]. De plus, le Prof. LEMAIRE fait référence à la distinction interne de « contrats privés et publics de l'Administration », qui reconnaît à

[252] W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (London: Stevens, 1964) 22; A. Frihagen.
[253] Voir aussi, Zeyad A. ALQURASHI, *op., cit.,* p. 63.
[254] S. LEMIARE op., cit, p. 81
[255] *Ibidem 82.*

l'État la capacité d'agir comme un particulier[256]. Elle fait la distinction entre les deux personnalités d'État, selon sa théorie de la dualité d'État, l'État souverain qui agit comme un particulier jure gestionis et l'État souverain qui use de ses prérogatives spécifiques »[257] et agit jure imperii. Présentons ici brièvement les deux distinctions afin d'identifier le rôle joué par l'État dans le contrat pétrolier.

1.3. Contrats conclus « jure gestionis »

153. *Jure gestionis* est un terme latin qui désigne généralement les actes d'une nation qui sont essentiellement commerciaux ou privés, contrairement à ses actes publics. Les contrats d'État conclus *jure gestionis* sont les contrats où l'État-partie agit telle une personne privée[258]. En examinant le contrat pétrolier, sujet de cette étude, c'est le rôle joué par la compagnie nationale pétrolière. Cette définition s'applique davantage à la nouvelle génération de contrats pétroliers, où la compagnie pétrolière nationale participe directement ou indirectement à l'exploration et à l'exploitation du pétrole en tant que « partenaire », comme l'explique le Prof. EL KORISHI, spécialiste du droit pétrolier : *« En effet, l'association de l'État aux activités des sociétés pétrolières en tant que 'partenaire' dans la conduite des opérations s'assimile à celle d'une personne privée qui participe avec d'autres partenaires à pied d'égalité pour réaliser une opération industrielle et commerciale »[259].* La CNP, comme nous l'avons montré dans la première section de ce chapitre, a un caractère quasi-privé. De plus, la CNP tout au long de ses droits et obligations nés du contrat, contribue aux opérations pétrolières et devient un partenaire égal à la compagnie pétrolière étrangère. La compagnie pétrolière nationale joue ici sur un terrain privé commercial pur, génère des bénéfices, négocie les termes et conditions, et assume le risque du marché avec son co-contractant. Les droits et obligations liés à ce contrat sont purement attachés aux normes de droit interne.

[256] *Ibidem* p. 82.
[257] *Ibidem*, p. 81.
[258] *Ibidem*, p. 82.
[259] Ahmed Sadek EL-KOSHERI, "*Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier (Volume 147)",* in: Collected Courses of The Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. 1975, p. 242.

L'exportation et l'importation, la vente et l'achat, le droit du travail et le droit de douane, toutes ces obligations sont attachées aux différents domaines de droit interne et ne peuvent être soumises qu'au droit interne. Elles sont ce qu'a décrit le Prof. EL KOISHERI : *« les activités conduites après la prise de participation au sein de la structure établie pour réaliser cette participation, et qui s'accomplissent* de jure gestionis *»*[260].

1.4. Contrats conclus jure Imperii

154. Aussi connus sous le nom de acta jure Imperii, ces contrats qui « font intervenir des pouvoirs étatiques (…) sont conclus au plan international, (et) mettent en jeu des pouvoir souverains de l'État, sujet de droit des gens »[261]. Autrement dit la capacité de l'état de jure Imperii représente les actes État souverain sujet du droit international. Alors que le rôle joué par l'État cocontractant au contrat pétrolier est représenté par « la décision étatique ordonnant la prise »[262], l'État souverain, à travers l'autorité qui ratifie le contrat, présente « un acte de souveraineté »[263]. L'État « souverain » s'appuie pour ce rôle sur le principe de la « souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles » fourni par le droit international public dans le « nouvel ordre économique international ». De plus « … il ne faut pas en conclure que la « souveraineté » s'efface devant la 'propriété' ou que l'État souverain n'intervient plus à partir de ce moment en cédant sa puissance à l'État propriétaire »[264]. Ce principe donne à l'État souverain un ensemble de droits et d'obligations qu'il doit honorer, en jouant son rôle en conséquence.

155. Ces deux rôles de l'État co-contractant au contrat pétrolier expliquent le caractère mixte du contrat pétrolier et l'application de règles juridiques différentes qui relèvent des lois interne, internationale, publique et privée.

---

[260] Ahmed Sadek EL-KOSHERI, « Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier » ;op., cit., p. 243.
[261] S. LEMIARE *op., cit.,* p. 83.
[262] Ahmed Sadek EL-KOSHERI, "Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier » ;op., cit., p. 243.
[263] *Ibidem.*
[264] Ahmed Sadek EL-KOSHERI, "Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier3 ; op., cit., p. 244.

1.5. Une approche composée du droit applicable aux contrats pétroliers

156. Les partisans de la théorie de l'internationalisation faisaient toujours valoir que le contrat contient des clauses particulières, certaines fonctionnalités spéciales telles que les clauses d'arbitrage, ou la stabilisation, qui sont, selon eux, une volonté explicite de neutraliser leur contrat contre les prérogatives de l'État et de le délocaliser dans la sphère internationale. Néanmoins, si les parties au contrat ont l'intention d'internationaliser leur contrat et choisissent le droit international comme droit unique au contrat, pourquoi ne pas le mentionner directement ? Les doctrines publiques internationales tendent à ignorer qu'en vertu des règles du droit international privé, un contrat contenant un élément d'extranéité est régi par le système de droit déterminé par la *lex fori* [265]. L'internationalisation du contrat d'État est donc fondée, pour l'essentiel, sur une règle de droit international privé[266]. En conséquence, le droit international public ne contient pas de règles qui ne soient applicables à un contrat entre un État et une personne privée.[267]

157. En fait, la législation nationale, dans les États en voie de développement ou en voie de développement, n'est en principe en contradiction ni avec le principe du droit international ni avec le droit international public ou avec les normes du droit international privé. La question qui se pose quand on cherche la source de l'instabilité

[265] Dans ce domaine, MONIRUZZAMAN a declaré que:"*Since such a contract on, its own does not create an international obligation even though international law is designated by the contracting parties to be the governing law of the contract. A contractual relationship between a State and a foreign private party, even though governed by international law, does not belong to the international legal system per se. This is especially true in the context of any international commercial arbitration, which is particularly of private international character or rather "quasi-international".* Voir, A.F.M. MANIRUZZAMAN, Internationalization of Foreign Investment Agreements, S*ome Fundamental Issues of International Law,* 1 J. World Investment 293 2000, Contenu téléchargé depuis HeinOnline.

[266] Voir en genral, EL KORISHI, *op., cit.*

[267] Prof. BOWETT a aussi exprimé ce point en disant, "the relevance of international law is theoretically undeniable in such a case [contract between a State and a foreign entity], but its practical relevance is limited by the fact that international law contains no rules relevant to breach of contract as such', Derek *W.* BOWETT, "*State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach",* 59 British Yearbook of International Law (BYiL) 1988, p. 49, at p. 53.

du contrat pétrolier ne porte pas sur la conformité de la loi de l'État-hôte avec le droit international, mais sur la conformité de l'acte de l'État avec les normes du droit national comme du droit international et – c'est le plus important – sur sa conformité avec le principe de l' « État de droit » qui détermine sa légitimité.

158. Malgré cela, c'est un fait que le droit international s'applique toujours en parallèle avec le droit national. La loi interne, y compris le droit pétrolier, le droit fiscal, le droit du travail, le droit de douane, constituent le cadre juridique qui régit la mise en œuvre du contrat pétrolier et veille à son exécution. En revanche, les normes de droit international relatives à la responsabilité de l'État et à ses obligations envers son co-contractant ne peuvent pas être exclues de leur interprétation par des actes de l'État qui menacent la stabilité des contrats pétroliers et les relations contractuelles qui en découlent.

Conclusion section II

159. Le droit international public contient certaines normes qui imposent à l'État souverain des obligations comme il lui fournit des droits. Le NIEO[268] a garanti aux États propriétaires de ressources naturelles le droit de disposer librement du cadre juridique relatif à leurs ressources naturelles. Il lui reconnaît aussi le droit de revendiquer la nationalité de ses ressources et de s'engager dans leur exploration et leur exportation. Cependant, le même NIEO a imposé à l'État certaines obligations de bonne conduite, comme l'indemnisation, la non-discrimination et la collaboration[269]. L'ensemble de ces droits et obligations ne peut pas être négligé, au même titre que les normes découlant du droit international applicable aux contrats pétroliers. En outre, le droit international contient des règles qui protègent les « droits de propriété ». Il définit des règles pour les compensations suite aux expropriations, et établit la responsabilité de l'État envers les individus, c'est-à-dire des droits internationaux qui de nouveau ne peuvent être négligés

[268] Voir le GA Res. 3281(xxix), UN GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31 (1974).

[269] Voir l'article 2 de la résolution de l'Assemblée générale 3281 (XXIX) du 12 Décembre 1974 (Charte des Droits Economiques Droits et Devoirs des États).

en matière de contrat pétrolier[270]. En outre, le nombre croissant des « traités d'investissement bilatéraux », n'influe pas sur les droits contractuels liés à l'inexécution du contrat, mais impose certaines règles relatives aux responsabilités de l'État vis-à-vis de ces traités.

160. E. LAUTERPACHT271, en discutant le rôle et les effets du droit international dans le système du CIADI, souligne que l'application de l'article 42 (1) de la Convention est « *quelque peu expérimental »* '*somewhat experimental'* et « imprévisible » 'unpredictable' et que tout dépend du juge du contrat. De même, le Prof. SCHWARZENBERGER[272] doute qu'un tribunal CIRDI pourrait appliquer des règles du droit international qui ont été fixées à l'avance. La question est finalement laissée à l'appréciation de chaque tribunal individuel. Par conséquent, la composition du tribunal est d'une haute importance. Dans ce sens, nous partageons l'opinion de Prof. SORNARAJAH selon laquelle la version moins extrême de la théorie de l' « internationalisation » affirme que, même si la loi de l'État-hôte est la loi applicable, elle reste soumise aux normes du droit international[273].

[270] Ce point de vu est illustré par M. CANTEGREIL qu'affirme que: "The more radical solution that is sometimes proposed is substantially to alter the relevant treaties to establish, if not a formal hierarchy, at least the correlations between international investment law and other areas of international law to take into account non-market values in general and the protection of human rights in particular. This would involve a satisfactory anchoring of the rights and obligations of investors in public international law and a determination of the priorities that would apply in foreign direct investment arbitration. To acknowledge both the existence of international human rights obligations binding on companies and the possibility for the state to bring its own proceedings certainly paves the way for arbitrators to determine the scope of legality of international private conduct and, where appropriate, to affirm the investor's responsibility and impose liability on it. It is always a difficult, but necessary, task to define the consequences of the so-called 'internationalization', voir Julien CANTEGREIL, "The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law", op., cit, p. 458.

[271] M. LAUTERPACHT, *'The World Convention on the Settlement of International Investment Disputes*', Recueil d'études de droit international en hommage a Paul Guggenheim (1968), pp. 642,654-5.

[272] SCHWARZENBERGER, Foreign Investments and International Law (1969), pp. 10.

[273] "The less extreme version of the theory" internationalization" states that, even if the host state's law is the relevant law, it is still subject to the standards of international law, so that, if it conflicts with the standards of international law, it must give way to those standards", M. SORNARAJAH, « international investment law", op.cit., p. 294.

Conclusion du Titre I

161. La particularité des contrats pétroliers vient de ses attachements à plusieurs ordres juridiques différents dans leurs sources et leur nature. Sa qualification en contrat d'État ne permet pas de le rapprocher du contrat d'administration classique, qualifiant le contrat pétrolier de « Un contrat sui generis ».

162. De plus, la théorie de l'internationalisation pure fut développée, à notre avis, pour répondre à l'ancienne version des « contrats d'État / contrats d'investissement pétroliers », après la décolonisation. À cette époque, les États en voie de développement n'avaient ni la base juridique pour répondre à toutes les questions liées au contrat, ni les normes nécessaires à la protection indispensable de l'investisseur et de son investissement. Cependant, avec le changement de la forme des « contrats pétroliers » et l'évolution des lois et règlements connexes internes, la théorie de l'internationalisation n'est plus applicable. À notre avis, le choix de l'application d'un système de droit national ou international n'a pas pour objectif d'exclure l'autre système. En outre, les difficultés liées à l'instabilité des « contrats pétroliers » ne sont pas liées aux différences entre les normes de droit interne et international, mais à la conformité de l'acte de l'État au principe de l'État de droit (« the *rule of law* »). Le contrat pétrolier, comme le décrit le Prof. EL KORISHI[274], forme une catégorie unique qui trouve ses racines et son application dans les normes de droit interne ainsi que du droit international. Les principes du droit privé sont fortement présents et les applications du droit public sont également réelles, même sous forme d'obstruction par la clause de stabilisation.

[274] A. El KOSHERI & T. RIAD, "The Law Governing New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process", 1 *ICSID Rev. FILJ* (1986), H. Batiffol, Problernes des Contrats Prives Internationaux, Fasc. 1, at 3 (cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris (1961-1962).

Titre II

L'identification des droits des cocontractants : Souveraineté *v.* propriété

Titre II : L'identification des droits des cocontractants : souveraineté v. propriété

163. La détermination du problème d'instabilité des contrats pétroliers entre les États hôtes et les investisseurs étrangers, exige au préalable, de clarifier les principes de propriété et de souveraineté sur les ressources naturelles. Alors que le droit public se fonde pour l'essentiel sur les notions de souveraineté de l'État en tant que personne morale, son indépendance absolue, sa liberté et sa pleine puissance sur une communauté[275], le droit privé régit les relations entre les personnes privées. Le dilemme que pose le contrat d'investissement pétrolier est la convergence entre les deux systèmes.

164. Les droits souverains de l'État sur les ressources naturelles et le droit de propriété ont deux sources de droit différentes. La première est une source de droit public pure provenant à la fois du droit national et du droit international. La seconde relève du droit privé où l'État transfère à l'investisseur certains droits de propriété conformément au contrat. Bien que la distinction entre les deux notions soit théoriquement très claire, l'examen attentif des lois et des pratiques en vigueur dans les États pétroliers en voie de développement, telles que celles de la région ANMO (Afrique Noire Moyen-Orient) nous révèle que les notions de souveraineté et de propriété sont confondues.

165. Il est acquis que la souveraineté et la propriété opèrent à différents niveaux et de différentes manières. Pourtant, en ce qui concerne un rapport contractuel dans le domaine pétrolier avec l'investisseur étranger, l'État s'appuie essentiellement sur les droits qui découlent de sa « souveraineté » pour déstabiliser le droit de propriété de la partie privée de ce contrat. Le contrat d'investissement pétrolier, qui permet un transfert complet ou partiel, par l'État, de ses droits de propriété à une partie privée, en est une parfaite illustration.

[275] Voir *The Philosophy of International Law*, Edité par Samantha BESSON et John TASIOULAS, Oxford University Press, Oxford, 01 April 2010, p. 245.

166. Par conséquent, la relation État hôte - investisseur étranger, implique tout d'abord, « une application du principe de SPRN encadrée par le droit international de souveraineté permanente sur les ressources naturelles déterminée par le droit international public (chapitre I de ce titre). Cette relation compromet aussi le droit sur la propriété privée découlant du droit privé et son organisation par le droit des contrats (chapitre II du titre I).

Chapitre I : La souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles

Le principe de souveraineté de l'État sur les ressources naturelles est l'une des notions les plus controversées dans le conflit soulevé par les contrats d'investissement des ressources naturelles. Selon ce principe, l'État a autorité sur les ressources naturelles de son territoire : ressources considérées comme un vecteur de développement économique et social. Celui-ci a d'abord été développé et évalué par une série de déclarations universelles de droit international (section I). et, mis en œuvre par les lois et règlements nationaux comme dans les dispositions constitutionnelles et les droits pétroliers (section II).

Section I : L'expression du principe de la souveraineté sur les ressources naturelles en droit international

Introduction section I

167. Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, bien qu'il soit un concept juridique, est aussi un concept économique, social et politique. Le processus de décolonisation du début du XX^{e} siècle et les efforts des États nouvellement indépendants, riches en ressources naturelles, a eu un impact profond sur l'évolution de celui-ci. Ces États ont adopté le principe de la « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » ce, en dépit de son apparente contradiction avec les principes traditionnels liés à la gestion des ressources naturelles tels que la règle *pacta sunt servanda*, le principe d'inviolabilité des contrats des concessions pétrolières, et celui du strict respect des droits des investisseurs étrangers. En invoquant la « souveraineté permanente », les pays en voie de développement ont ainsi contesté les droits détenus par ces investisseurs étrangers et revendiqué, entre autres, le droit de reprendre le

contrôle efficace de leurs ressources naturelles et de disposer librement de leur domaine de ressources naturelles selon leur propre système socio-économique[276].

Alors, nous devons, tout d'abord, identifier brièvement la notion de souveraineté en général (1), puis étudier la signification du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles (2).

1. La notion de souveraineté en droit international

168. Le traité de Westphalie de 1648[277] marque traditionnellement la reconnaissance historique de la notion de souveraineté des États en tant que pilier fondamental du droit international. Mais le vrai sens du mot « souveraineté » demeure complexe, en raison de ses dimensions juridiques, sociales et politiques. Le modèle souverain de l'État selon le cadre international se définit comme étant un système de l'autorité politique fondé sur le territoire, la reconnaissance mutuelle, l'autonomie et le contrôle[278].

169. La science politique et juridique moderne a défini la souveraineté par une autorité absolue, juridique et politique, qui est exercée territorialement, sur un espace géographique défini et sur une population. Cette autorité absolue qui détermine/occasionne une autonomie, signifie qu'aucun acteur externe ne dispose d'une autorité au sein des frontières de l'État. Alors même que l'autorité souveraine interne possède une reconnaissance externe qui lui permet d'agir en tant que personne

[276] Voir l'évolution historique de ce concept chez SCHRIJVER NICO "*Sovereignty over natural resources: Balancing rights and duties*", Cambridge University Press, 1997; Lorenzo COTULA, *"Human rights, Natural Resources and Investment Law in a Global World"*, Cornwall, 2012. Voir aussi Dominique ROSENBERG, « *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles* », Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983.

[277] Voir COLUTA. L. Human rights, natural resources and investment law in globalized world, Shades of Grey in the shadow of law, Routledge, 2012, p. 38.

[278] M. KRASNER ajoute: *"It orders the minds of policymakers. It is an analytic assumption for neo-realism and neo-liberal institutionalism. It is an empirical regularity for various sociological and constructivist theories of international politics"* Voir, D. Stephen KRASNER., "Rethinking the sovereign state model, *Review of International Studies",* Volume 27 / Issue 05 / December 2001, pp 17-42*,* publié par, Cambridge Legal Jurnals, on 04 July 2003, p. 17.

morale indépendante en vertu du droit international et de conclure tout l'engagement nécessaire pour sa politique nationale et internationale[279].

170. L'autorité souveraine signifie que l'on s'attend non seulement à ce que les États souverains aient le pouvoir d'agir, mais aussi qu'ils puissent effectivement réguler les mouvements socio-politiques à travers leurs frontières[280]. Cette théorie moderne de la souveraineté est appelée par M. BROWNLIE « *la souveraineté territoriale* ». Selon son approche, la souveraineté aurait deux fonctions. La première fonction aurait un sens physique : la terre et ses effets, l'espace aérien et la mer territoriale, les personnes vivant sur cette terre et l'autorité de tutelle sur ce territoire. La seconde fonction aurait un sens juridique : elle représente la capacité juridique de la personne morale en droit international et au sein de la communauté internationale identifiée comme un *« État* ». Cette capacité juridique décrit la compétence de l'État à se prononcer, se protéger et réglementer dans les limites de la fonction physique[281].

171. Cette compétence juridique à gouverner, à disposer et à s'engager, représente le sens moderne de « la souveraineté des États ». Cette notion désigne un ensemble de droits impliquant l'indépendance de l'État dans la communauté internationale et l'interdiction de l'ingérence d'un autre État dans ses affaires, ce qui lui permet de se prononcer et de réglementer sur son territoire[282].

172. Donc, ce terme de souveraineté tel qu'il est communément usité, revêt deux aspects majeurs : la souveraineté internationale qui représente l'État comme personne morale indépendante dans la communauté internationale, et la souveraineté interne qui représente le pouvoir interne de réguler la vie et la relation de la communauté

[279] Voir Samantha BESSON et John TASIOULAS "*The philosophy of International Law*", Oxford 2010.
[280] Voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit,* L.G.D.J., Paris, 04/1999.
[281] Voir BROWNLIE. Ian, *Principles of public international law* - 5th edition, Oxford University, Oxford, 1998 pp.107 et s.
[282] Voir BROWNLIE, 1998, *op., cit.,* p. 108.

nationale[283]. La souveraineté n'est pas seulement liée aux notions de pouvoir et d'indépendance, elle représente aussi la capacité d'un État à s'engager et à imposer une série de droits et d'obligations vis-à-vis de la communauté internationale. Le droit d'un État à contracter des engagements dont la portée est internationale par un traité bilatéral ou multilatéral est incontesté par le droit international public.

173. À ce titre, la notion de souveraineté de l'État est importante en droit international et dans les relations internationales, ceci pour deux raisons. La première est qu'elle fournit aux États la capacité politique et juridique de prendre des décisions et d'adopter des dispositions légales pour le compte du pays en ce qui concerne les questions nationales ou les relations internationales. La seconde est qu'elle représente l'indépendance juridique de l'État face aux autres États ou à des organisations. La souveraineté interne de l'État renvoie à la faculté de cet État de contrôler en toute indépendance les mouvements à travers ses frontières ; elle se réfère au droit des États à gérer leurs frontières et à contrôler les mouvements des biens et des personnes[284]. La souveraineté externe se définit par l'indépendance et l'imperméabilité de l'État territorial face aux revendications de compétence ou de contrôle politique par des autorités étrangères.

174. Cette notion de souveraineté moderne a été insérée dès 1945 dans la Charte des Nations Unies, par l'affirmation du principe juridique de « l'égalité souveraine ». À cette époque, le postulat de base est celui d'un État membre disposant d'une souveraineté absolue du point de vue international et interne. En d'autres termes, le principe d'« égalité souveraine » constitue l'autonomie de tous les États membres des Nations Unies et leur autodétermination, ce qui se traduit par les principes de la Charte connexe de non-intervention dans les affaires intérieures ou sa juridiction et le droit à sa défense[285].

[283] Voir Timothy ENDICOTT, VII. "*What powers and freedoms does a State need in order to be a good State? The philosophy of International Law*", Oxford 2010, p. 254.

[284] Voir KRASNER. D. Stephen, Rethinking the sovereign state model, *Review of International Studies.*

[285] « L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres ». Article 1. § 1 de la Charte des Nations Unies.

175. Il est important de mentionner que cette notion moderne de souveraineté, qui donne droit à l'État indépendant, pose des obligations devant la communauté internationale. Dans l'affaire *Antoine c. Burundi*[286], le tribunal arbitral a confirmé le principe d'obligation de l'État souverain vis-à-vis de la communauté internationale, en estimant que : *« Dans la présente affaire, par conséquent, l'obligation pour la République du Burundi de respecter non seulement son droit national, mais aussi les dispositions de la Convention qu'elle a conclue avec l'Union belgo-luxembourgeoise, n'est pas autre chose que l'expression de sa souveraineté étatique au plein sens du terme »*. Le tribunal va même jusqu'à reprendre les termes de la sentence rendue précédemment dans l'affaire du Vapeur Wimbledon[287] qui a rappelé que : *« La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté (…) La faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État »*.

1.1. La signification du principe *de souveraineté permanente sur les ressources naturelles* (SPRN)

176. Le principe de la souveraineté permanente comme manifestation contemporaine du droit international en matière de contrats d'investissement pétrolier est affirmé par la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1962 :

> *"La Commission était priée d'achever l'élaboration de ses recommandations touchant le respect du droit des peuples à*

[286] Voir la sentence Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi (Affaire CIRDI ARB/95/3), rendue par un tribunal arbitral composé de M. le Président Prosper Weil et des membres : M. Mohammed Bedjaoui et M. Jean-Denis Bredin - Secrétaire du Tribunal : Mme Eloïse M. Obadia.

[287] Affaire *Vapeur Wimbledon*, Cour Permanente De Justice Internationale, Arrêt du 17 Août 1923, Recueil Des Arrêts (1923-1930).

disposer d'eux-mêmes, y compris des recommandations concernant leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles."[288]

177. La résolution énonce par ailleurs le principe du droit inaliénable de tous les États de disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles, conformément à leurs intérêts nationaux, et celui du respect de l'indépendance économique des États. Ainsi est-il affirmé, en son 20eme paragraphe, que: *"Noting that the creation and strengthening of the inalienable sovereignty of States over their natural wealth and resources reinforces their economic independence."*[289].

178. La résolution prévoyait un concept de pouvoir interne de l'État souverain de gérer et de contrôler librement le domaine de ses ressources naturelles. Un pouvoir motivé par la notion d'intérêt collectif et par le développement économique et social des États en voie de développement. Les résolutions fournissent un caractère d'inaliénabilité de valeur logique pour reconnaître l'État comme le seul organe ayant l'autorité exclusive de disposer des ressources naturelles. Un principe incontestable par toute autre source du droit international. Cette notion d'inaliénabilité est également reliée à la perception des droits fondamentaux de l'Homme[290].

179. Le caractère inaliénable et permanent des richesses et ressources naturelles signifie que le droit pour un État d'en disposer librement peut toujours lui revenir, le cas

[288] Voir ONU Résolution 1803 : § 4.

[289] Voir ONU Résolution 1803 : § 8.

[290] Ceci est garanti par l'article 1 commun de la Convention des Nations Unies sur les droits civils et politiques (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques) «Article 1 - Tous les peuples ont droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. 2. Tous les peuples peuvent, à leurs propres fins, disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance. 3 Les États parties au présent Pacte, y compris ceux ayant la responsabilité de l'administration de territoires non-autonomes et des territoires sous tutelle, sont de promouvoir la réalisation du droit à l'autodétermination, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies ».

échéant de manière unilatérale, et ce y compris en présence de dispositions contractuelles contraires.

180. Il est donc important de suivre tout d'abord le processus émergent du principe de « souveraineté permanente sur les ressources naturelles SPRN », et sa convergence avec certains principes des droits de l'Homme. Ensuite, nous allons éclairer les deux principaux textes internationaux qui ont articulé le principe SPRN.

1.2. L'émergence du principe de souveraineté sur les ressources naturelles : contexte politique et historique

181. Le développement des relations économiques entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement a été l'un des événements mondiaux les plus importants du XX^{e} siècle. C'était la première fois qu'une majorité aussi importante d'États demanda une répartition plus équitable des richesses et des progrès qui avaient été accomplis par l'humanité jusqu'alors[291]. Cependant, parallèlement, la négociation, la discussion et le vote des documents adoptés au sein du système des Nations Unies entre 1950 et 1980 ont été un facteur de révélation des différences profondes de philosophies et d'attentes entre deux groupes très définis de nations.

182. Après la crise économique des années 1930 et la seconde guerre mondiale, les États industrialisés ont pris conscience de leur dépendance à l'égard des matières premières venant de l'étranger et de la vulnérabilité de leurs lignes d'approvisionnement. Par la suite, cette préoccupation a été implicitement exprimée dans les articles de certaines conventions, comme l'accord du Fond Monétaire International (FMI)[292] et le préambule de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le

[291] Voir VIELLEVILLE D.E. et VASANI Esq., Sovereignty Over Natural Resources Versus Rights Under Investment Contracts: Which One Prevails*? Transnational Dispute Management*, Issue: Vol. 5, issue 2 : April 2008. www.transnational-dispute-management.com.

[292] Voir l'article I.III "to promote exchange stability, to maintain orderly exchange arrangements among members, and to avoid competitive exchange depreciation".

Commerce (AGETAC, ou GATT pour General agreement on Tarifs and Trade). Il ressort de ces textes la nécessité de développer *« les ressources productives de tous les membres »* et *« la pleine utilisation des ressources du monde »* afin de contribuer à une économie mondiale équilibrée[293].

183. Dans la période qui a suivi leur indépendance, au XX^{e} siècle, les pays en développement et producteurs de pétrole, acceptant pleinement leur nouvelle souveraineté, ont engagé un mouvement d'auto affirmation de leur nationalisme économique radical. Forts de cette souveraineté toute récente, les États en cause ont été d'autant plus déterminés, en ce début de XX^{e} siècle, à détenir le plein contrôle de leurs ressources naturelles, supposant l'exercice de pouvoirs politiques et économiques complets.

184. La notion de souveraineté économique et politique dans les États en voie de développement a été présentée pour la première fois par la Pologne devant le Conseil Économique et Social des Nations Unies le 26 novembre 1951 sous la rubrique « Développement économique des pays sous-développés ». La revendication initiale d'une souveraineté permanente sur les ressources naturelles apparaît dans un premier temps suite à la fin de la Deuxième Guerre Mondiale et à l'émergence des Nations Unies. Lorsque les régimes latino-américains ont affirmé leurs aspirations nationales à l'autodétermination politique et au contrôle souverain de l'exploitation des ressources naturelles nationales par l'État, le gouvernement de M. MOSSADEGH en Iran[294], a poursuivi ce mouvement à la suite des États arabes de la péninsule arabique.

185. Le mouvement de nationalisation des ressources naturelles a commencé bien avant toute résolution prise par l'ONU, puisqu'aucun instrument de droit international n'approuvait le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. L'État iranien a fourni la première grande transformation économique, qui fut dramatique dans

[293] Nico Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources, Balancing Rights and Duties*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p.33.
[294] Voir SCHRIJIVER Nico, 1995, *op., cit.*

la relation investisseur/État hôte dans la période d'après-guerre, en nationalisant la compagnie pétrolière anglo-iranienne en 1951[295]. Le Dr Mossadegh, premier ministre du gouvernement iranien, alors socialiste, a annoncé le 1er mai 1951 sa décision officielle de mettre fin au célèbre contrat de concession (contrat d'Arcy[296]) datant de 1933. Cette nationalisation est bien la première de la région ANMO.

186. Suite à la pression des États riches en ressources naturelles et leur demande d'obtenir la pleine souveraineté permanente sur leurs ressources, l'Assemblée Générale de l'ONU a déclaré le 12 décembre 1958 la résolution 1314 (XIII). Cette résolution a créé la Commission pour la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Une commission que les États ont chargé 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 États, 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. »*[297].

187. Au cours de la période 1950-1970, le principe de SPRN a été souvent rappelé par l'ONU à l'occasion de résolutions traitant d'autres questions, telles que la situation sociale dans le monde, ou bien encore dans d'importantes résolutions relatives au bilan de l'Organisation. Citons par exemple la Déclaration de 1969 sur le progrès social et le

[295]Anthony SAMPSON "*The Seven Sisters The Great Oil Companies and the World They*", Hodder and Stoughton, 1975.

[296] Premier contrat de concession pétrolière de la Région ANMO, conclu entre le Lord William Knox D'ARCY et Mozzafar AL-DIN, Shah of Persia en 1901. La société Anglo-Persian Oil (aujourd'hui la célèbre BP) a repris la concession en 1909.

[297] Voir le préambule de la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1962.

développement, qui considère que la souveraineté de chaque nation est permanente sur ses richesses et ressources naturelles, laquelle dessine les *« premières conditions du progrès social et du développement »*[298]. Le SPRN a également évoqué la *« Stratégie internationale du développement pour la deuxième Décennie des Nations Unies »* [299]

1.3. Le principe de « SPRN » et les droits de l'Homme

188. La Déclaration Universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 a mis l'accent sur les droits économiques, sociaux et culturels en plus des droits civils et politiques. Le catalogage des droits et des devoirs des États a donné une nouvelle dimension à la formulation des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies. Les États nouvellement indépendants, qui ont toujours exercé une influence forte dans ce domaine, ont accueilli positivement la fonction du droit international. La convergence entre la souveraineté du peuple sur ses ressources naturelles et ses droits humains à deux dimensions. La première dimension est le droit de l'autodétermination, et la seconde, le droit de participer au développement social et économique.

1.4. **La souveraineté des États sur ses ressources naturelles dans le cadre de l'autodétermination**

189. La Déclaration Universelle Des Droits de L'Homme En 1948 (DUDH), a inspiré l'Uruguay qui, le 5 novembre 1952, a présenté un projet de résolution intitulé : « Développement économique des pays sous-développés ». Le préambule de ce texte reconnaît « *la nécessité de protéger les pays sous-développés qui tendent à utiliser et à exploiter leurs propres ressources naturelles. »*[300]. Son dispositif a reconnu la nécessité pour les États membres de disposer du *« droit de chaque pays à nationaliser et librement*

[298] Déclaration sur le progrès social et le développement, article 3, GA Res. 2542 (XXIV), adopté le 11 décembre 1969 par 114 voix contre zéro, avec 2 abstentions, Voir, Nico SCHRIJIVER, 1995, *op., cit.,* pp. 159 et s.

[299] Ibidem.

[300] UN Doc. L.165 - Corr. 1–3. http://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/6

exploiter ses richesses naturelles, comme un facteur essentiel de l'indépendance économique »[301]. Pour les représentants de l'Uruguay, ainsi qu'ils l'ont exposé dans l'introduction du projet de résolution, la libre exploitation des richesses naturelles d'un pays est directement liée au financement de son développement économique.

190. Plus tard, par la résolution 545 (VI) du 5 février 1952, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé d'inclure dans les projets de pactes une disposition relative au droit des États à nationaliser leurs ressources naturelles, composée de deux paragraphes, aux termes de laquelle est affirmé le droit des peuples à l'autodétermination politique et économique. Cette résolution a encouragé le Chili, le 16 Avril 1952, soutenu par plusieurs autres pays en développement indépendants, à demander l'insertion d'un troisième alinéa visant explicitement la notion de souveraineté permanente, qui fut ainsi rédigé : *« le droit des peuples à l'autodétermination doit également inclure la « souveraineté permanente » sur leurs richesses naturelles et des moyens. »*[302].

191. Le 21 décembre 1952, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la résolution n° 626 (VII), qui prévoit le droit des peuples d'exploiter leurs ressources naturelles dans le cadre de leur souveraineté. Il convient de souligner que la résolution n° 626 a été le premier texte de l'Assemblée générale à recourir à la notion de « *souveraineté permanente sur les ressources naturelles* ». En 1966, deux autres conventions internationales importantes ont été approuvées : Le Pacte international

[301]Dans le préambule, la nationalisation des ressources naturelles était conforme à l'article 1.2 de la Charte des Nations Unies selon lequel elle affirme « développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde ».

[302] SCHRIJVER NICO ajoute que : "*Chile pointed out that its proposal was to be interpreted as 'a practical way of giving moral support to a country's democratic struggle for the control of its own means of subsistence', its main aim being 'to enable the people to remain masters of their own natural wealth and resources*" UN Doc. E/CN.4/SR.260, 6 May 1952, p. 6 ; (UN Doc. E/C.4/L.24, 16 April 1952.

relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[303], et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[304].

192. L'article 1.2 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels a déclaré ce qui suit :

> *« Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance ».*

193. Bien que ce texte affirme le droit des peuples de disposer librement de leurs ressources naturelles, ce qui implique implicitement, la reconnaissance du principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, ce principe n'est pas mentionné explicitement.

194. Plus précisément, le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoient que les peuples *« peuvent »,* et non pas *« doivent »* ou *« devraient »,* disposer de leurs ressources naturelles. Et cette possibilité doit être exercée dans le respect du droit international et des obligations qui en découlent. Par ailleurs, les textes ne font aucunement référence au droit d'exproprier ou de nationaliser.

195. Cependant, dix ans plus tard, le 14 Décembre 1962, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la résolution n° 1803 (XVII), laquelle autorise les mesures de nationalisation, de sécurité ou d'intérêt national, sous réserve d'allouer une

[303] Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. *Entrée en vigueur* : le 3 janvier 1976, conformément aux dispositions de l'article 27.

[304] Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Entrée en vigueur : le 23 mars 1976.

« compensation appropriée » à l'investisseur, conformément au droit national et international. Bien que la résolution n° 1803 ait reconnu le droit pour les États de nationaliser la propriété privée, celui-ci est tempéré par le paragraphe 8 du texte, selon lequel les accords d'investissement conclus par les États « doivent être observés de bonne foi ». La résolution 1803 apparaît donc, à notre sens, comme un texte équilibré, réalisant un compromis satisfaisant entre le respect du droit international et national, la protection des droits des investissements étrangers et les droits et intérêts des États d'accueil.

1.5. La SPRN dans le cadre des droits au développement

196. La résolution 626 (VII) de l'AG stipule que les États souverains peuvent exercer librement leur droit de disposer de leur domaine de ressources naturelles et d'exploiter ces ressources pour leur propre progrès et développement économique. De plus, la résolution 1803 (XVII) se réfère à cet égard à l'intérêt du développement national et au bien-être des populations de l'État concerné. La même résolution a souligné que les contrats économiques, y compris les investissements, doivent permettre aux États hôtes le progrès de leur développement national indépendant puis doivent être basés sur le respect de leur souveraineté sur leurs richesses et ressources naturelles.

197. Alors que, L'article I de la « Déclaration sur le droit au développement de 1986 »[305], a annoncé que « le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits de l'Homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés, et de bénéficier de ce développement »[306]. Le même article dans son deuxième alinéa a lié « le droit de l'homme au développement suppose aussi la pleine réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui comprend, sous

[305] Déclaration sur le droit au développement, Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 41/128 du 4 décembre 1986.
[306] Ibidem.

réserve des dispositions pertinentes des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme, l'exercice de leur droit inaliénable à la pleine souveraineté sur toutes leurs richesses et leurs ressources naturelles. »[307].

198. Sur la base d'un examen de la littérature du droit international, y compris des résolutions connexes de l'ONU, nous pourrions définir le « développement » comme les moyens qui visent à élargir les capacités et les ressources des parties prenantes pour progresser sur le plan économique, social, culturel et politique, à la justice sociale et au droit de l'Homme dans un cadre de *l'État de Droit*. Les parties prenantes ici sont les gouvernements, les individus, les communautés locales et le secteur privé au sein de l'État. L'accès à l'économie libre, une forte infrastructure économique sociale et industrielle et l'autonomisation d'un environnement d'affaires stable sont des traductions du développement économique réel. Par conséquent, le développement, tel que mentionné dans la Résolution 1803 (XVII) et la déclaration de 1986, pose des responsabilités aux communautés internationales, aux gouvernements des États hôtes et aux investisseurs étrangers.

1.6. Le nouvel ordre économique international « NIEO »

199. La tentative de créer une nouvelle organisation des relations économiques entre les pays industrialisés et les pays en développement a été l'un des événements mondiaux les plus importants du XX^{e} siècle[308]. Lors de la sixième session extraordinaire de

[307] Ibidem.

[308] Pour plus d'informations sur l'importance historique de cet ordre économique, voir ALENAUIMI Najeeb, *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law Springer*– July 28, 1995; BULAJIC , M. *Principles of International Development Law: Progressive development of the principles of international law relating to the new international economic order,* , 2nd ed., Martinus Nijhoff: Dordrecht1993; HOSSAIN, K. et CHOWDHURY S.R., *Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law: Principle and Practice*, Frances Pinter: London, 1984; HUSSAIN, I., *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Martinus Nijhoff: Dordrecht, 1984. CATANEDA, J., *Legal Effects of United Nations Resolutions*, Columbia University, Press: New York, 1969; ABI-SAAB G. 'The Third World and the International Legal Order', *Egyptienne de Droit International* 29: 27-66. (1973); ABI-SAAB, G. 'Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Activities', *Bedjaoui,* 1991: 597-617,1991,

l'Assemblée générale des Nations Unies de 1974, les pays en développement ont tenté d'introduire des changements radicaux dans les principes juridiques de la nationalisation. La résolution n° 3201 (S-VI) du 1er mai 1974, intitulée *« Déclaration sur l'instauration d'un nouvel ordre économique international »* énonce dans son paragraphe 4 : *« l'égalité souveraine de tous les États avec la non-ingérence dans leurs affaires internes, leur participation effective au règlement des problèmes mondiaux, la liberté de choisir leur système économique et social ; la libre gestion de leurs ressources naturelles et des autres activités économiques nécessaires au développement ainsi que le contrôle des sociétés multinationales. »*[309]. Outre les principes d'égalité, d'autodétermination, d'interdiction de l'usage de la force et de non-ingérence, la résolution appelle à une participation effective de tous les pays à tenir compte des difficultés économiques. Comme pour les précédentes résolutions, l'Assemblée générale a confirmé la « souveraineté permanente intégrale » de l'État sur ses ressources naturelles et a fourni une liste de principes relatifs au commerce, à la technologie économique, environnementale et sociale, dont le respect par tous les États membres des Nations Unies permettrait de réduire l'écart entre les pays développés et les pays en voie de développement.

200. Le nouvel ordre économique international, dont l'instauration a été voulue par la résolution 3201 (S-VI), avait pour vocation d'établir une pratique économique internationale, non plus caractérisée par l'inégalité, la domination, la dépendance,

DOLZER R. 'Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Development', in *Human Rights Law Journal* 7: 217-230. 1986; O'KEEFE, P.J. 'The United Nations Permanent Sovereignty over Natural Resources', *JWTL* 8: 239-282. 1974; PETERS, P., N.J. SCHRIJVER et P.J.I.M. de Waart, 'Responsibility of States in respect of the Exercise of Permanent Sovereignty over Natural Resources', *NILR* 36: 285-313. 1989; SCHWEBEL, S.M. 'The Story of the UN's Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources', in *American Bar Association Journal* 49: 463-'69, 1963; GESS, K.N. 'Permanent Sovereignty over Natural Resources: An analytical review of the United Nations declaration and its genesis', *ICLQ* 13: 398-449. 1964; HOSSAIN. K. 'Permanent Sovereignty over Natural Resources', Hossain 1980: 33-44; National Advisory Council for Development Co-operation (1981), *Permanent Sovereignty over Natural Resources: Settlement of disputes concerning foreign private investment*, Recommendation no. 73, The Hague

[309] Voir : La Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, par Ahmed Mahioun à New York, le 1 Mai 1974 : http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_f.pdf.

l'intérêt et la segmentation étroite des pays industrialisés face aux pays en développement, mais fondée sur l'équité, l'égalité souveraine, l'interdépendance, l'intérêt commun et la coopération entre les États, indépendamment de leurs systèmes économiques et sociaux[310].

201. La Déclaration sur l'instauration d'un nouvel ordre économique international énonce les principes de base sur lesquels un nouveau système viable de coopération économique internationale pourrait être construit progressivement. Son principal objectif est de corriger les déséquilibres dans les rapports de développement des pays développés et sur la promotion du développement accéléré des pays en développement, sur la base de l'autonomie collective. Par conséquent, les principes énoncés dans la Déclaration, portant sur la conduite des relations économiques internationales, couvrent un certain nombre de domaines clés dans lesquels les déséquilibres fondamentaux existent, parmi lesquels :

> *(a) "effective control over natural resources:*
> *(b) regulation of the activities of transnational corporations;*
> *(c) just and equitable prices for primary commodity and other exports of developing countries;*
> *(d) reforms in the realm of money and development finance;*
> *(e) access to markets by products of developing countries: and*
> *(f) strengthening the science and technology capacities of developing countries. In addition,[311]".*

202. La Déclaration sur l'instauration d'un nouvel ordre économique international a également invité à une coopération plus étroite entre les pays en développement, y compris la création d'associations de producteurs.

[310] Voir: l' Analytical Report on Developments in the Field of International Economic Co-operation since the Sixth Special Session of the General Assembly "Towards the New International Economic Order", A/5-11,5 UNITED NATIONS, New York, 1982.
[311] Ibidem.

203. La Déclaration a également souligné la nécessité de la participation pleine et effective, et sur un pied d'égalité, de tous les pays pour contribuer à la résolution des problèmes économiques mondiaux dans leur intérêt commun, pour renforcer le rôle de l'Organisation des Nations Unies afin de faire face d'une manière globale aux problèmes de coopération économique internationale, et pour assurer équitablement les intérêts de tous les pays.

204. Ce programme est entrepris afin que les principes du nouvel ordre économique international puissent fonctionner à travers un large éventail de mesures. Ces mesures comprennent la transformation considérable de la structure de la production mondiale de la consommation et du commerce impliquant une transformation des économies des pays en développement. Il a également donné une base solide pour des changements radicaux dans la relation entre l'investisseur et l'État hôte.

205. Une mesure remarquable dans le programme d'action a permis de conférer aux pays en voie de développement la faculté de contrôler efficacement leurs ressources naturelles et de renforcer leur impact dans les processus internationaux de prise de décisions économiques[312]. Cela a permis d'une part, pour ces pays, de jouir d'un pouvoir de négociation collective dans leurs relations économiques avec d'autres États et/ou investisseurs.

206. Un certain nombre de concepts contenus dans la Déclaration d'instauration d'un nouvel ordre économique international a été développé de manière significative dans la Charte des droits et devoirs économiques des États adoptée par la résolution 3281 (XXIX). Cette résolution a souligné l'importance d'apporter une régularité et un équilibre à l'économie mondiale. À cet égard, la résolution n° 3281 (XXIX) du 26 juillet 1974 est l'une des plus importantes puisqu'à travers celle-ci, l'Assemblée générale des Nations

[312] Voir : la résolution 3202 de 1974, de l'Assemblée générale des Nations Unies relative au programme d'action de l'établissement du nouvel ordre économique international.

Unies a adopté la Charte des droits et devoirs économiques des États. Ce texte a réaffirmé que le droit de nationaliser des biens à l'étranger doit être suivi d'une « indemnisation adéquate », et a admis que dans l'hypothèse où la compensation n'aurait pas été acquittée, l'obligation internationale de l'État nationalisant n'aurait alors pas été remplie « de bonne foi ». La résolution n° 3281 prévoit également que tout différend sera réglé conformément au droit interne de l'État expropriant et au sein de son système judiciaire, sauf s'il y a un accord appelant à d'autres moyens pacifiques.

207. **En somme**, il ressort que la résolution 3201 du 1er mai 1974 a donné un nouveau souffle à l'instauration de nouvelles règles du jeu, notamment en ce qui concerne l'exercice de la souveraineté sur les ressources naturelles. Cet exercice a pu équilibrer les droits économiques et politiques souverains des pays en développement et les a placés sur un pied d'égalité avec les pays développés. La Charte a également introduit la notion « d'égalité réelle » visant à compenser les inégalités, et a réaffirmé l'autorité des États sur les agents économiques opérant sur leur territoire. Ce faisant, elle a développé les principes juridiques esquissés dans la Déclaration de 1974 concernant la souveraineté sur les ressources naturelles, la nationalisation, la juridiction compétente pour connaître des litiges impliquant des sociétés transnationales, les associations de producteurs et l'égalité souveraine des États.

1.7. Le pouvoir de Gestion Internationale, énoncé par l'OPEP

208. En 1960, cinq états producteurs de pétrole, à savoir l'Iran, l'Irak, le Koweït, l'Arabie Saoudite et le Venezuela se sont réunis afin d'examiner la question de la baisse du prix du pétrole. Le résultat de cette conférence s 'est matérialisé par la création de l'Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole (OPEP).

L'article 2, paragraphe A des statuts de l'OPEP définit ainsi ses principaux objectifs :

> *A. The principal aim of the Organization shall be the coordination and unification of the petroleum policies of*

Member Countries and the determination of the best means for safeguarding their interests, individually and collectively.
B. the Organization shall devise ways and means of ensuring the stabilization of prices in international oil markets with a view to eliminating harmful and unnecessary fluctuations.
C. Due regard shall be given at all times to the interests of the producing nations and to the necessity of securing a steady income to the producing countries; an efficient, economic and regular supply of petroleum to consuming nations; and a fair return on their capital to those investing in the petroleum industry.

209. L'OPEP a très rapidement lié le principe de SPRN à son fonctionnement en le mentionnant dans son article 4 de son statut et en insistant sur le fait que l'Organisation doit être guidée par le principe de la souveraineté : selon cette disposition en effet, *« the Organization shall be guided by the principle of the sovereign equality of its Member Countries. Member Countries shall fulfil, in good faith, the obligations assumed by them in accordance with this Statute ».*

210. L'OPEP a affirmé aussi le principe de SPRN dans ses résolutions ultérieures. La plus pertinente parmi celles-ci est la déclaration n° 2158 du 25 novembre 1966. L'OPEP a déclaré que le droit inaliénable de tous les pays d'exercer [le SPRN] dans l'intérêt de leur développement national est un principe universellement reconnu du droit public et a été réaffirmé à plusieurs reprises par les résolutions de l'ONU[313]. Aux termes de cette même résolution, l'OPEP a en outre déclaré que pour la mise en œuvre du SPRN, l'exploitation [du pétrole] doit viser à assurer le plus grand bénéfice possible pour les pays membres par le contrôle direct de leur liberté de choix dans l'utilisation des ressources d'hydrocarbures dans les conditions les plus favorables.

[313] Guidelines of Petroleum Policy in OPEC Member Countries, *Preamble*, OPEC Res. XVL 90, in International Legal Materials, 1183-1186, Vol. 7, No. 5 (September 1968) [hereinafter — OPEC Petroleum Policy Guidelines]. See also RIGHT TO PERMANENT SOVEREIGNTY OVER NATURAL RESOURCES OR IS IT A QUANTITATIVE RESTRICTION UNDER THE GATT XI:1? A THESIS PRESENTED TO THE ATENEO DE MANILA UNIVERSITY IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF JURIS DOCTOR ALLAN G. REVOTE 2013.

211. Dans ce cadre, les mécanismes de fonctionnement de l'OPEP ont un réel impact dans la gestion du marché du pétrole international. Ils agissent sur : le contrôle des prix mondiaux du pétrole[314], le contrôle des quantités de productions pétrolières des États membres, la participation vérifiable des pays membres aux directives prises par les associations pétrolières agissant sur leurs territoires, le contrôle des opérations d'exploration et d'exploitation, de production pétrolière et les bénéfices afférents, et l'obtention du contrôle de la politique de l'industrie pétrolière par les pays membres.

212. Dans la déclaration de l'Algérie, les pays membres de l'OPEP ont manifesté leur souveraineté dans la gestion internationale de leurs ressources pétrolières en affirmant ceci : *"The Sovereigns and Heads of State reaffirm the solidarity which unites their countries in safeguarding the legitimate rights and the interests of their peoples, reasserting the sovereign and inalienable right of their countries to the ownership, exploitation and pricing of their natural resources and rejecting any idea or attempt that challenges those fundamental rights and, thereby, the sovereignty of their countries*"[315].

213. Bien que les déclarations de l'OPEP ne soient obligatoires qu'à ses membres, l'organisation a joué un rôle important dans les plans politiques et économiques du pétrole au niveau international.

214. **En somme**, le concept d'État souverain comme pierre angulaire de l'ordre juridique et économique international suppose, pour chacun, une concordance de volontés entre États souverains, et non l'intervention d'une autorité supranationale. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques sont des traités intergouvernementaux et sont donc juridiquement contraignants. Néanmoins, ces textes ne posent pas le

[314] ALQUIRSHI Z a ajouté: "In 1971 the OPEC negotiations that led to an increase of the countries' share of income through additional income tax led also to inflation –indexed system for determining the posted price of oil. This was the first time where oil companies recognized a role for host countries in the process of setting the oil price". Z. Alqurishi, *op., cit.,* p. 30.

[315] Déclaration de l'Algérie des pays de l'OPEP de 1975.

principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles aussi fortement et explicitement que le fait la Charte des droits et devoirs économiques des États.

Conclusion Section I

215. Nous pouvions affirmer que Le Nouvel Ordre Economique International et le principe de la « Souveraineté Permanente Sur Les Ressources Naturelles » ont tous les deux renforcé politiquement et économiquement les États pétroliers, y compris ceux de la région ANMO. Depuis les années 1970s, l'industrie pétrolière, y compris l'investissement pétrolier, a procédé à des changements fondamentaux. Les États pétroliers, sont devenus des acteurs majeurs de la politique internationale et de l'économie mondiale.

216. Cependant ce que nous ne pouvons pas retenir dans ce regard, c'est à quel point le principe de la souveraineté permanente sur les ressources nationales a atteint son objectif concernant le développement de la vie socio-économique du « peuple » en tant que le vrai titulaire des droits de souveraineté sur leurs ressources.

Section II : L'expression du principe de la souveraineté sur les ressources naturelles en droit interne

Introduction

217. La souveraineté des États hôtes sur leurs ressources naturelles est une question extrêmement importante qui a affecté le droit des investissements en général, et les contrats portant sur les investissements pétroliers en particulier. La notion de « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » implique pour les États hôtes une interaction des aspects politiques, économiques, sociologiques et aussi des relations internationales. Cette section aura pour objet de discuter des droits liés au principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles, et d'étudier la manière dont les État pétroliers de la région ANMO les ont adoptés dans leurs législations nationales et leur politique pétrolière. Mais au départ nous examinerons brièvement la notion de

souveraineté et comment les différents États de la région ANMO ont adapté leur système juridique, afin de comprendre son impact sur le sujet des ressources naturelles.

218. La notion de souveraineté de l'État, en général, est un concept crucial qui permet d'une part l'exercice du pouvoir dans une communauté nationale et, d'autre part, l'indépendance externe dans la communauté internationale. Mais la signification exacte de la souveraineté est confuse, ambiguë et paradoxale. Elle « n'a pas bien mûri »[316] et son interprétation abusive a parfois été utilisée de façon injustifiée pour la promotion de *« valeurs humaines destructrices* ».

219. La notion de la souveraineté de l'État au niveau interne se base sur l'existence d'un organe unifié à la tête de l'État, qui monopolise la totalité des pouvoirs. Cette notion participe également à l'assurance de l'unité du système juridique et politique[317]. Par conséquent, un État est souverain pour la sphère internationale s'il exerce un contrôle effectif sur ses territoires et sur sa population à travers un appareil gouvernemental en mesure de maintenir la loi et l'ordre[318].

---

[316] Voir: Luis HENKLIN, That "S" word: sovereignty and globalization, and human rights"*, Fordham Law Review* Volume 68 Issue 1 Article 1 1999.

[317] À cet égard, Jean L. COHN soutient que toutes les lois posées devaient être retracées à la volonté de ce souverain qui est le principe *legibus solutus*, et que la souveraineté limitée semblerait donc être une contradiction. Il explique: « *All posited law had to be traced back to the will of a sovereign that is legibus solutus. Limited sovereignty thus seemed an oxymoron. Because it was also assumed that sovereignty entails what the Germans call Kompetenz—the unrestricted competence to decide the extent of jurisdiction and competences—sovereignty and constitutionalism were deemed incompatible. This and other prerogatives, especially the right to make law and the jus belli, were assumed to flow directly from the fact of sovereign power*". COHEN Jean L. Globalization and Sovereignty Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 27.

[318] Historiquement, la souveraineté trouve ses racines dans la relation qui existait entre le roi ou la reine d'un pays et ses sujets. La construction sociale et politique était telle que le monarque avait le pouvoir absolu et exerçait une autorité non filtrée sur l'ensemble de ses sujets. Bien que le concept ait été fondé au XVI^{ème} siècle, il est encore vivace aujourd'hui, car il a une racine plus profonde. Dans sa définition de la notion médiévale de la souveraineté, le Prof. O. BEAUD constate que « *l'adjectif souverain, ainsi que le substantif, désignent donc un pouvoir qui n'admet aucun supérieur* ». Il fait le rapprochement avec la notion de souveraineté au XXI^{ème} siècle et constate que ce sens existait déjà dans la souveraineté monarchique ou religieuse. Voir : BEAUD O. *la puissance de L'État, précité, p. 38 et s.*

220. Au XVI[ème] siècle, Jean Bodin[319] a défini principalement la souveraineté nationale comme le pouvoir absolu d'une autorité structurée sur les peuples et sur un territoire défini. Il réussit avant tout à établir un système stable de l'autorité, qui sera reconnu comme légitime par tous les membres du corps politique, indépendamment de leur appartenance religieuse[320]. Jean Bodin a caractérisé la souveraineté par le monopole absolu du droit positif par l'État. Pour lui, la souveraineté représente *« l'autorité suprême dans une communauté politique »*. Bodin relie ainsi la souveraineté avec le pouvoir permanent du gouvernement, ce qui indique clairement qu'il considérait la souveraineté comme infinie[321].

221. Au contraire, avant le XIX[e] siècle, la souveraineté interne représente la suprématie du souverain. À cet égard, Thomas Hobbes considère que la souveraineté doit être concentrée en une seule personne, et est une véritable indication de la signification originale de la souveraineté[322]. La théorie de Hobbes reflète donc la souveraineté interne telle que conçue avant le XIXe siècle, c'est à dire représentant la suprématie du souverain.

1. La traduction de la notion moderne de souveraineté aux XIXe et XXe siècles.

222. La souveraineté de l'État se définit, juridiquement, comme étant la compétence juridique de l'État, en tant que personne morale, de posséder et de contrôler des biens à l'intérieur de son territoire. Toutefois, les droits souverains associés à cette notion comprennent notamment le droit de réglementer, le droit de protéger et le droit de

[319] BODIN Jean*, Les six livres de la République*. Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583, Édition et présentation de Gérard Ma, Paris 1993.

[320] Ibidem.

[321] Voir: BODIN: "On Sovereignty, Four chapters from *The Six Books of the Commonwealth",* Edité par FRANKLIN Julian H., Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p.1 et s.

[322] Voir: A. WENDT "*Social theory of international politics"*, Cambridge University Press, Cambridge, (1999) p. 206 et s.

contracter[323]. O. BEAUD nous dévoile une définition scientifique de la souveraineté (en prenant en compte les thèses de Bodin, Hobbes et Rousseau) : *« Le Souverain est la personne qui détient et qui exerce le pouvoir supprimé, c'est-à-dire la personne qui, sans être contrôlée crée librement le droit positif »*. Le souverain est alors la personne qui dispose d'un « pouvoir absolu au sens *juridique du terme* »[324]. Il montre dans son ouvrage remarquable *la puissance de l'État*[325] que le concept moderne de la souveraineté se définit comme étant *« un pouvoir suprême de domination de l'État sur les personnes qui entrent dans les cercles de sa juridiction »*. En ce sens, elle n'est que *« le résultat d'un processus systématique de quadrillage du territoire par le droit »*[326].

223. Monsieur BEAUD affirme ensuite que l'évolution de la souveraineté vers une conception moderne est une manifestation de l'État moderne, qui est *« l'État des citoyens »*. Ainsi, *« le peuple politique d'un État a cessé d'être exclusivement sujet du Prince ; il est lui-même le Souverain »*. Cette manifestation remarquée par M. O. BEAUD dessine la nouvelle notion de la souveraineté constitutionnelle qui s'énonce *« par rapport au peuple et son pouvoir de se donner une constitution »*[327]. Aussi, une telle hypothèse n'est-elle envisageable que dans un système démocratique républicain où *« les deux notions de pouvoir constituant et de souveraineté sont devenues homologues dans le droit public moderne »* [328] et où l'acte de la souveraineté est réellement l'acte constituant.

224. Afin de comprendre le concept de « *Souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles* » et comment il a été introduit dans les lois nationales, nous examinerons tout d'abord brièvement certains systèmes juridiques majeurs tels que ceux de la France et du Royaume-Uni. Ensuite, nous étudierons comment ces systèmes ont influencé les États

[323] Voir : BROMNLIE, , *op., cit.,* p. 289.
[324] BEAUD O., *Le Souverain,* http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs67_p33-45_Souverain.pdf
[325] Olivier BEAUD « La Puissance de L'État », puf, 1994.
[326] *Ibidem*, p. 55.
[327] Dominique MAILLARD DESGREES DU LOU*, Les Évolutions de la Souveraineté*, Montchrestien, Paris, 2005, p.5.
[328] Voir : BEAUD, *op., cit.,* p. 201.

décolonisés de la région ANMO, riches en ressources naturelles, ainsi que le système religieux particulier de l'Arabie Saoudite et de l'Iran.

1.1. En droit français

225. En droit constitutionnel français[329], le concept de souveraineté est interprété comme étant une puissance « *inaliénable, indivisible et imprescriptible »*[330]*.* Cette définition paraît archaïque et semble devoir évoluer pour être opérante. Il est important de mentionner que la souveraineté dans le système politique et juridique français a connu, au cours de l'histoire, deux évolutions majeures.

226. ***La première résulte du*** transfert de la souveraineté du roi à la nation française. Cette mutation, opérée par la Révolution française en 1789, a conduit à adopter l'article 3 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1793, lequel édicte que : *« Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation »*[331]. Selon M. DUPUY[332], analysant cette évolution, la consécration de la liberté de l'Homme implique de reconnaître la souveraineté de l'État-nation. Car en effet, « *c'est un l'État-personne. Leur nature nationale leur confère l'égalité souveraine, formule consacrée aujourd'hui par la Charte des Nations Unies. Ni l'étendue du territoire ni l'importance de la population ne peuvent affecter une égalité qui s'attache uniquement à l'égale valeur du phénomène national* »[333]. Cette vision de la souveraineté nationale prend en réalité racine dans la philosophie du droit issue de la pensée de Jean-Jacques ROUSSEAU, plus particulièrement de sa théorie du « *contrat social* ». Rousseau considère en effet que la

---

[329] Voir : HAQUET Arnaud *Le* concept, de souveraineté en droit constitutionnel français, 1ere édition, PUF, Paris 2004.

[330] Voir : Titre III, article 1, la Constitution française de 1791.

[331] L'article 25 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1793 proclame : « *La souveraineté réside dans le peuple, elle est une et indivisible, imprescriptible et inaliénable »*. A cet égard, M.DUPUY a expliqué que *« la nation, qui répond à une vision statique et juridique, est dépassée par le peuple, mythe politique dont le dynamisme anime le messianisme révolutionnaire »*, Voir, RENÉ-JEAN DUPUY, *La Révolution française et le droit international actuel*, RCADI, vol. 214, 1989, pp. 9-30.

[332] *Ibidem*, p. 9 et ss.

[333] *Ibidem*, *RCADI*, 1989, p. 21.

nation est le fruit d'un contrat social, qui se confond dans une association de citoyens égaux devant la loi et concourt à la formation de ce que nous appelons aujourd'hui un État de droit.

227. **La Deuxième évolution est affirmée par la** Constitution de la Cinquième République du 4 octobre 1958. Lorsque le premier paragraphe du préambule confirme que « *le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004* », les articles 3[334] et 4[335] confirment que « le peuple » est à l'origine de la souveraineté nationale et qu'il l'exerce à travers le processus et les méthodes démocratiques.

228. Selon cette deuxième évolution, « le citoyen » est l'Homme devenu membre de la société politique par l'effet supposé du contrat social de J. J. ROUSSEAU. Il en résulte pour M. DUPUY qu'à la différence de l'Homme, appréhendé de manière générale, *« le citoyen se trouve situé dans un L'État déterminé. Dès lors, même si elle proclame les droits de l'Homme pour l'univers, la Révolution en réduit l'exercice au citoyen. L'individu n'est point élevé à la qualité de sujet actif du droit international capable de faire valoir ses droits dans cet ordre juridique »*.

[334] ARTICLE 3. de la Constitution de 1958 : *« La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques*.».

[335] ARTICLE 4. de la Constitution française de 1958 : « *Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie. Ils contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1er dans les conditions déterminées par la loi. La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation.*».

229. En effet, la Révolution française de 1789, ayant joué un rôle décisif et progressif dans l'affirmation des droits de l'Homme, est également à l'origine de l'émergence d'un droit « du peuple », qui devait connaître de si nombreuses applications avec les révolutions du XX^{e} siècle. Le peuple ne se confond pas avec la nation. Il est une abstraction, il est réalité charnelle[336]. Pour M. DUPUY, la nation est élitiste car seuls les « citoyens actifs » participent à l'exercice de sa souveraineté. Selon lui, le peuple « *est la démocratie, au sens originel du terme, c'est-à-dire le pouvoir de tous sur chacun* »[337]. De la même manière, M. BEAUD affirme que *« le peuple politique d'un Etat a cessé d'être exclusivement sujet du Prince et qu'il est lui-même devenu le Souverain »*[338]. Ce peuple-souverain obtient finalement le monopole des sources du droit et l'exercice du pouvoir au travers de l'institution juridique de *L'État de droit* et du système démocratique. Ainsi, on le voit, M. BEAUD va au-delà du fait que : « *le Souverain est celui qui fait la constitution* » - car précisément « *le peuple est le Souverain parce qu'il se donne lui-même une constitution* »[339]- pour soutenir que l'État moderne est un *«État de citoyens »*[340] .

230. Bien que la constitution française n'ait pas mentionné le concept de souveraineté de l'État sur les ressources naturelles, elle construit un concept juridique selon lequel « le peuple », et non la Nation, est la source du pouvoir et de la souveraineté. Cette souveraineté est exercée par des méthodes démocratiques en vertu d'un État *du Droit* et le respect des droits de l'Homme. C'est la conception que de nombreux États de la région ANMO ont suivi et la même théorie qui a également influencé leur compréhension de la « souveraineté de l'État sur les ressources naturelles », comme nous le verrons plus loin.

[336] DUPUY, *RCADI*, 1989, p. 24.
[337] Ibidem.
[338] Voir, BEAUD O. *op., cit.,* p. 201.
[339] Ibidem.
[340] Ibidem.

1.2. En droit anglais : le système monarchique

231. Le véritable sens de la souveraineté dans le système politique monarchique, comme le système anglais, a toujours été très mal compris. Certains confondent « souveraineté » et « monarchie »[341]. Les deux termes ne sont pas les mêmes. Les monarques sont souverains, mais ils peuvent ne pas exercer le pouvoir souverain. Le sens de la souveraineté dans un tel système pourrait être défini, selon M. BUNTER, comme *« le souverain ou les membres de la nation »* qui *« exercent leur pouvoir (suprême) souverain par leur législature mandate »*[342].

232. D'après le dictionnaire anglais d'Oxford (1970) le « souverain » est celui qui a la suprématie sur les autres par le rang en tant que supérieur, gouverneur, seigneur ou maître. Ici, souveraineté est donc définie par la suprématie selon un classement de puissance. Au Royaume-Uni, le pouvoir souverain du monarque fut diminué lors de la Glorieuse Révolution de 1688. La souveraineté est passée des mains du monarque à l'Assemblée législative. Le pouvoir suprême dans le domaine anglais est aujourd'hui la "Crown in Parliament"[343]. Depuis, les dispositions constitutionnelles du système anglais, « monarchie constitutionnelle », fournissent trois propositions juridiques en Angleterre :

1) Aucun homme dans le domaine n'est exonéré du droit du Parlement, y compris le roi.

2) Le pouvoir de légiférer du Parlement est illimité, et même le Parlement lui-même ne peut pas se limiter en rendant une loi inaltérable (le Parlement ne peut pas lier ses successeurs, ce que rend impossible une constitution écrite).

---

[341] Voir : BUNTER M., *op., cit.,* p. 274.

[342] Voir : BUNTER M., *op., cit.,*

[343] Pour la souveraineté en droit anglais, voir GOLDSWORTHY Jeffrey , *Parliamentary Sovereignty Contemporary Debates*, *Cambridge Studies in Constitutional Law*, July 2010.

3) Aucun organisme autre que le Parlement n'a le droit de disposer, sauf si ce pouvoir a été délégué par la loi du Parlement [344].

233. Cette notion de monarchie constitutionnelle anglaise est traduite dans les dispositions pétrolières de 1998. Celles-ci attribuent tous les droits sur les ressources en pétrole de l'État à la « Couronne », mais le gouvernement peut accorder des licences qui confèrent des droits exclusifs de recherche et d'alésage pour obtenir le pétrole. Chacun de ces droits n'est valable que sur une zone et pour une période limitée[345].

1.3. Le concept de Souveraineté chez **des États pétrolier de la région ANMO**

234. La présence française dans la région commence avec la colonisation de l'Algérie en 1830, la Tunisie devient un protectorat français sous le traité du Bardo le 12 mai 1881, le Maroc devient aussi un protectorat à la suite de la conclusion du traité de Fez le 30 mars 1912, et enfin, le mandat français sur la Syrie et le Liban a été institué entre 1923 et 1946. Cependant, la véritable influence culturelle et politique de la France a commencé avec la campagne de Napoléon en Egypte et en Syrie (1798-1801). C'est ce qui facilite le fait que les élites arabes et les intellectuels, principalement Égyptiens, ont toujours étudié en français et ont ainsi appliqué la culture politique et juridique française à la région ANMO. Cette histoire est ce qui explique comment le Dr Abd al-Razzāq AL-SANHURI (1895-1971), juriste égyptien et professeur, diplômé en France, a rédigé le Code civil égyptien révisé de 1948, endoctriné par le code civil de Napoléon de 1804. Il a également, avec le même esprit, écrit les projets de code civil irakien, code civil libyen, code civil jordanien, code civil koweïtien entre 1950 et 1964[346]. Malgré que le concept

[344] V. BUNTER M. *op., cit.*

[345] V. *Guidance of Oil and gas: petroleum licensing guidance, Department of Energy & Climate Change*, https://www.gov.uk/oil-and-gas-petroleum-licensing-guidance.

[346] Pour plus d'informations sur le travail et l'influence de M. SANHOURI ~~au~~ en droit des pays arabes, voir : Adel Omar SHERTF "Al-Sanhuri and Islamic Law: The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, Egyptian Jurist and Scholar", 1895-1971 [Part II] Author(s): Enid

moderne en droit international de l'État souverain ait été appliqué dans la région ANMO, qu'est fondé sur l'égalité souveraine et l'indépendance de l'État. Cependant, la structure juridique et politique interne dans la région ANMO a également été influencée par la culture, l'histoire et les principes de la loi islamique.

235. Par conséquent, trois systèmes juridiques et politiques différents sont apparus dans la région ANMO après la Seconde Guerre Mondiale et le mouvement indépendantiste dans la région. D'abord le système religieux, ensuite le système républicain et le système de monarchies partagées. Cela n'exclut pas l'existence indépendante de l'État-nation moderne, islamique ou autre, dans la région. Cela n'a pas non plus atteint dans le passé les droits monarchiques des empereurs islamiques, des rois, émirs et autres dirigeants de la Perse (Iran), d'Irak, du Bahreïn, du Koweït et de l'Arabie saoudite, plus ou moins absolus dans la plupart des cas. On soulignera d'ailleurs que dans l'État islamique moderne, l'existence des assemblées législatives et constituantes élues trouve son fondement dans le verset coranique 42-38 selon lequel confirme le principe de la démocratie en disant que *« leurs affaires sont réglées par des consultations entre eux »*[347].

1.3.1. Les Systèmes Religieux

236. Selon les principes de la charia, la souveraineté appartient uniquement à Dieu, qui est Souverain au sens politique et qui a le pouvoir exclusif de légiférer[348]. Cette conception de la souveraineté existe principalement dans les États les plus riches en ressources naturelles : l'Arabie Saoudite et l'Iran - bien qu'un tel concept soit plus structuré et organisé dans le système juridique iranien.

Hill Source: Arab Law Quarterly, Vol. 3, No. 2 (May, 1988), pp. 182-218 Published by Brill Stable URL : http://www.jstor.org/stable/3381872.

[347] Voir: AL SANHOURI Ali A., *Actif du gouvernement islamique*, Dar Al Hayate, Beirut 1978 ; EL-MALIK Walied M.H., *Minerals Investment under the Shari'a Law,* Kluwer Law International, … 1993.

[348] **د/ محمد أحمد مفتي , د/سامي صالح الوكيل "السيادة وثبات الأحكام في النظرية السياسية الإسلامية", سلسلة بحوث الدراسات الإسلامية, جامعة أم القرى معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي مركز بحوث الدراسات الإسلامية مكة المكرمة المملكة العربية , 1411هـ/ 1991م..**

237. La Constitution de la République islamique d'Iran a été adoptée le 24 Octobre 1979 et est entrée en vigueur le 3 décembre 1979. Par la suite, elle a été modifiée le 28 Juillet 1989. La Constitution elle-même a un long préambule historique, qui fait référence aux événements qui ont conduit à la loi du Shah et l'établissement de la République islamique. Il est juste de souligner que tous les aspects de la Constitution de l'Iran ne trouveront pas la faveur de tous les érudits islamiques. En particulier, l'institution révolutionnaire, connue sous le nom de « tutelle de la jurisprudence » ou « velayat-e-faqih » et la suprématie de la jurisprudence islamique, ne peut pas être le « faqih/ le savant qui interprète les règles de la charia », placé au sommet du pouvoir étatique et connu sous le nom de « Guide Suprême » reconnu ailleurs.

238. Certains passages du préambule pourraient aider à comprendre le lien principal entre la charia et la loi constitutionnelle islamique iranienne : « (…) *le Régime de la République Islamique est basé sur les convictions islamiques et sa légitimité est assurée par le* Wilayât al-Faqîh *et la voix du peuple. La gestion des affaires s'appuie sur la légitimité populaire et sur les différentes élections (…) Le Guide est un* Mojtahed *(docteur en jurisprudence islamique), désigné par l'Assemblée des Experts et élu indirectement par le peuple (…) »*[349].

239. Ces règles ont été traduites dans le sujet de la souveraineté sur les ressources naturelles (et le pétrole) dans les articles suivants :

1) L'Article 2, de la Constitution soutient que Dieu est exclusivement souverain et a le droit de légiférer,

[349] De plus, le préambule aide à concevoir le système politique : « Les organes dominants de la République Islamique d'Iran sont : le Pouvoir Législatif, le Pouvoir Exécutif et le Pouvoir Judiciaire. Les députés de l'Assemblée Consultative Islamique (Majlis Shorā-ye Islami) ainsi que le Président de la République sont élus au suffrage universel direct. Le Conseil des Gardiens de la Constitution (Shorā-ye negahbān-e qānune assāssi), composé de faghihs (érudits religieux) et de juristes a pour principale mission de veiller à la conformité des lois adoptées par l'Assemblée à la Constitution et aux préceptes de l'Islam. ».

2) L'article 43, prévoit la prévention de la domination économique étrangère du tout domaine économique en Iran,
3) L'Article 44, affirme que le secteur public doit inclure la responsabilité des « ressources minérales majeures »,
4) L'Article 45, affirme que la richesse publique telle que les gisements minéraux est à la disposition du gouvernement islamique à utiliser conformément à l'intérêt public.
5) L'Article 81, interdit l'octroi de concessions aux investisseurs étrangers et interdit également «la formation des entreprises étrangères traitant de sujets comme l'extraction minérale.

240. L'Arabie Saoudite ne dispose pas encore d'une Constitution écrite qui établisse des règles entre l'État et le peuple et dessine le système politique et juridique de l'L'État. Mais le principe de la loi islamique forme le cadre juridique général des états et tout le contraire à éviter. En outre, malgré des différences politiques entre l'Arabie Saoudite et l'Iran, les mêmes politiques nationales de « souveraineté du Dieu sur tous les sujets dans la société » et les investisseurs de l'État ont été adoptées.

241. De plus, cette conception de la souveraineté étatique a justifié les mesures d'expropriations des contrats d'investissements pétroliers initiaux et la transformation de concession aux contrats de services comme nous le verrons dans le prochain chapitre.

1.3.2. **Le système républicain**

242. Le deuxième modèle adopté par les états pétroliers de la région, comme l'Algérie, la Libye et l'Égypte, est le système républicain (au sens juridique français)[350], bien que

[350] L'article 4 de la Constitution égyptienne de 2014 se lit comme suit: *«Sovereignty belongs only to the people, who shall exercise and protect it. The people are the source of powers, and safeguard their national unity that is based on the principles of equality, justice and equal opportunities among all citizens, as stated in the Constitution »*; aussi l'article Art. 7 de la constitution Algerian le lit comme suit "*Le peuple est la source de tout pouvoir. La souveraineté nationale appartient exclusivement au peuple* ».

ces États soient gouvernés par la région militaires totalitarisme. Mais leurs relations internationales, leurs accords et conventions bilatéraux et multilatéraux sont régis par les principes généraux du droit international et de la Constitution[351]. Par conséquent, les contrats d'investissement pétrolier adoptés dans le cadre de ce modèle depuis les années 1970 sont les accords de partage de production conclus entre l'entité spécialisée de l'État hôte et les investisseurs étrangers.

1.3.3. Le régime de monarchie

243. Le troisième système, dans la région ANMO est celui plus stable dans un niveau politique, mais moins progressé dans l'articulation de la notion de la souveraineté en général et sur ses applications sur les ressources naturelles en particulier. Celui-ci concerne les états pétroliers de la péninsule arabique tels que les Émirats arabes unis, le Koweït et le Qatar. Alors que la constitution des EAU de 1971, forme un sorte d'accord entre les états membres, elle confirme la propriété exclusive de chaque état sur ses ressources naturelles, mais elle évite de concéder le principe de souveraineté à la nation, au peuple, au gouverneur ou au prince. Les koweïtiens à la Constitution qatarienne que la législation de pétrole et de publicité est également très générale et éviter l'articulation de la notion de souveraineté et ses applications au niveau interne.

244. **En Somme** : Bien que la distinction entre les trois régions soit théoriquement très claire, des recherches actives sur les lois et pratiques dans les états de la région ANMO révèlent que les pratiques des principes de la souveraineté constitutionnelle, dans une large mesure, sont confondues. Cela est à cause de l'absence de respect des droits de l'Homme, de « l'État de droit » et d'une véritable pratique de la démocratie. Ce qui explique pourquoi les investisseurs étrangers exigent des garanties de stabilité pour leurs investissements, à l'égard des risques politiques causés par l'acte du Souverain.

[351] A l'exception de la Libye, qui a formé un cas pratique aprèsla coupe d'l'État de 1979 et la désactivation de la constitution jusqu'à présent.

1.4. Les droits attachés au principe de souveraineté sur les ressources naturelles

245. Le principe de la « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » est l'affirmation de plusieurs droits : le droit de disposer librement des ressources naturelles, le droit à l'expropriation, le droit à réparation des dommages causés aux ressources naturelles par des États tiers ou des entreprises… pour n'en citer que quelques-uns. L'invocation de ces droits a souvent conduit à de sérieuses controverses entre les états, en particulier entre ceux développés et ceux en voie de développement.

246. L'adjuration de ces droits a souvent donné lieu à de sérieuses controverses entre les états hôtes et les investisseurs étrangers, même si plusieurs tentatives ont été faites pour formuler les règles pertinentes du droit international[352]. D'ailleurs, les droits et l'exercice des droits « souverains » sur les ressources naturelles, avant d'être énoncés dans le NIEO, ont souvent fait l'objet de protestations diplomatiques et politiques puis de litiges internationaux[353]. Il est donc important de mentionner deux points sur les droits attachés au principe de « souveraineté permanente sur les ressources naturelles ». ***Premièrement***, bien que ce principe ait été déclaré dans le cadre de plusieurs résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies et des conventions relatives aux droits de l'Homme, il a également suscité un fort débat dans les litiges d'investissements étrangers. Alors que les sentences d'arbitrage ont prononcé et confirmé le principe (comme le fameux arbitrage de la nationalisation libyenne et les arbitrages américains et iraniens des années 70 et 80), ses applications restent limitées par les engagements de l'État dans des conventions multinationales, bilatérales ou au travers des engagements contractuels imposés par un contrat d'investissement. ***Deuxièmement***, comme le principe SPRN impose aux États hôtes producteurs un « *Bill of Rights* », que nous mentionnerons ci-dessous, il impose aussi certaines obligations pour l'application de ces droits.

---

[352] Voir: Nicolaas Jan SCHRIJVER, 'Sovereignty *Over Natural Resources: Balancing Rights And Duties In An Interdependent World*", publication de RIJKSUNIVERSITEIT Groningen, 21 mai 1954, pp. 242 et ss.

[353] Ibidem.

1.5. Le droit de disposer [354] librement des ressources naturelles

247. Le droit de disposer librement, avant d'être un principe du droit international, il trouve ses caractères fondamentaux dans les dispositions internes de l'État souverain. Un État, au quotidien, dispose de nouvelles lois, régulations et décrets, à travers ses institutions législative et exécutive, afin de gouverner, organiser et mettre en application l'ordre au sein d'une société.

248. Le principe de souveraineté sur les ressources naturelles se décrit par la pleine souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles, donnant le droit à l'État hôte de disposer librement de celles-ci et de la richesse nationale dans les limites de la juridiction nationale. On retrouve ce droit dans pratiquement toutes les résolutions citant le principe de SPRN. Ce droit de disposer librement des ressources naturelles est étroitement lié au fait que chaque l'État jouit du droit d'adopter le système économique et social qu'il juge le plus favorable à son développement[355].

249. Le droit de disposer librement des dispositions pétrolières est reconnu dans plusieurs décisions d'arbitrage international rendues à l'issue de conflits pétroliers survenus entre investisseurs internationaux et les états pétroliers. Dans la sentence de Texaco (1977) portant un acte de nationalisation du contrat d'investissement pétrolier, le tribunal a donné de la souveraineté la signification générale suivante :

> *"Territorial sovereignty confers upon the State an exclusive competence to organize as it wishes the economic structures of its territory and to introduce therein any reforms which may*

[354] Dans le dictionnaire « Vocabulaire Juridique » de Gérard Cornu, association Henri Capitant, Presse universitaires de France, 1987, la première définition pour le mot *disposer* est : édicter, ériger en règle : « qui règle, décide ou qui est relatif à ce qui est réglé, décidé. Le deuxième sens donné par le même dictionnaire était : décider ; en ce sens, le juge dispose.

[355] Ce droit est reconnu dans de nombreuses résolutions des Nations Unies, y compris la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international « *Tout État a le droit inaliénable de choisir ses systèmes politiques, économiques, sociaux et culturels, sans interférence par un autre L'État* », le principe III.4) et la Résolution SPRN 3171 (XXVIII) qui réaffirme cela comme étant un principe inviolable » (préambule, §3).

> *seem to be desirable to it. It is an essential prerogative of sovereignty for the constitutionally authorized authorities of the State to choose and build freely an economic and social system. International law recognizes that a State has this prerogative just as it has the prerogative to determine freely its political regime and its constitutional institutions"* [356].

250. L'arbitre unique DUPUY dans la sentence Texaco a introduit une distinction très intéressante entre « profiter » et « exercer » des droits souverains étatiques à propos de l'exploitation du pétrole. Pour lui, la notion de « souveraineté permanente » peut être complètement résolue par la conclusion d'accords pétroliers qui consentent au contrôle par l'État des activités de l'autre partie contractante sur son territoire. Selon DUPUY, un contrat de concession ne revient pas à éliminer totalement cette souveraineté. Il s'agit plutôt d'une limitation de celle-ci:

> *"The State retains, within the areas which it has reserved, authority over the operation conducted by the concession holder and the continuance of the exercise of its sovereignty is manifested, for example, by the various obligations imposed on its contracting party".*

251. Aussi, Dans l'arbitrage LIAMCO (1977), l'arbitre unique M. MAHMASSANI exprime une analyse similaire. À l'étude de la résolution 1803 (XVII) de 1962, M. MAHMASSAN affirma le respect du droit souverain des États à disposer de leurs richesses et ressources naturelles et conclut que cette résolution, bien que ne faisant pas l'unanimité en tant que source de la loi, est la preuve de la tendance récente de l'opinion internationale dominante concernant le droit souverain des États sur leurs ressources naturelles[357].

[356] *Texaco* v. *Libya* reprinted in 17 *ILM* (1978), pp. 3–37, paragraph 59; aussi in 53 *ILR*, p. 389.

[357] Il affirme que "The said Resolutions, if not a unanimous source of law, are evidence of the recent dominant trend of international opinion concerning the sovereign right of States over their natural resources". *Liamco* v. *Libya*, reprinted in 20 *ILM* (1981), pp. 1–87 à p. 53, § 100; 62 *ILR*, p. 140, § 100.

252. Le droit de disposer librement des ressources naturelles, ainsi qu'il a déjà été souligné, est étroitement lié au principe selon lequel chaque État dispose du droit d'adopter le système économique et social qu'il juge le plus favorable à son développement, droit reconnu dans de nombreuses résolutions adoptées par l'ONU dont, notamment, la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international *(« Tout L'État a le droit inaliénable de choisir son système politique, économique, social et culturel, sans ingérence de la part d'un autre L'État »*[358]. Ce principe formé l'axe principal de la résolution 3171 (XXVIII) qualifiant son caractère 'inviolable'.

253. Par conséquent, les États pétroliers de la région ANMO ont, depuis leur indépendance, exercé le droit d'obtenir d'abord du contrôle total de leur secteur pétrolier et ensuite d'appliquer leur organisation et gouverner le secteur en vue de leurs cadre juridique et politique nationale. À titre d'exemple des législations de pétrole majeures dans la région, nous allons examiner l'expérience de l'Iran, la Libye et l'Algérie.

1.5.1. **Iran**

254. En Iran, antérieurement à la nationalisation de son industrie pétrolière en 1951, aucun cadre juridique spécifique ne préexistait au processus de négociation entre les parties[359], en sorte que chaque accord ayant pour objet l'exploitation des ressources pétrolières résultait d'une discussion individuelle.

255. En mars 1951, suite à une proposition faite par le Premier ministre Mohammad MOSSADDEGH au Parlement iranien de nationaliser l'industrie pétrolière, le comité du pétrole du Parlement iranien a voté en faveur de la nationalisation de l'industrie pétrolière, qui était sous le contrôle de l'anglo-iranienne Oil Company. Dans le cadre de la loi de nationalisation (1951), la National Iranian Oil Company (NIOC) est instaurée

[358] Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies.

[359] HOMAYOUN MAFI, Iran's Concession Agreements and the Role of the National Iranian Oil Company: Economic Development and Sovereign Immunity Content downloaded/HeinOnline, 48 Nat. Resources J. 407 2008 (http://heinonline.org), Sun Apr 20.

comme première compagnie pétrolière nationale du Moyen-Orient afin de développer les activités d'hydrocarbures industrielles et commerciales de l'Iran.

256. L'Iran a élaboré sa première loi sur le pétrole quelques années plus tard, en 1957. Aux termes de cette loi, l'État iranien, représenté par la Compagnie Nationale pétrolière Iranienne 'CNIP', a déclaré le droit de conclure des contrats d'investissement pétrolier avec les investisseurs étrangers dans un but d'explorations et d'exploitations pétrolières[360]. Peu de temps après le premier choc pétrolier de 1973, l'Iran a continué à légiférer dans ce domaine avec une autre loi, intervenue en 1974.

257. Après la révolution Islamique de 1979, la loi de pétrole de la République islamique iranienne a été validée par le Parlement islamique d'Iran en 1987[361]. Notons que la Constitution de la République islamique de 1979 et la loi sur le pétrole de 1987, basées sur le concept de la souveraineté issu de la Charia, ont toutes deux restreint le transfert des « droits souverains » à une tierce partie dans l'exploitation de l'or noir.

1.5.2. **Libye**

258. Malgré la très récente instabilité politique en Libye, l'État a connu un certain niveau de stabilité dans le cadre juridique régissant l'industrie du pétrole. Le principal texte législatif organisant les activités pétrolières en Libye est la loi libyenne sur le pétrole n° 25 -1955, dite « loi sur le pétrole ». Elle a été promulguée le 21 avril 1955 et le texte final, avec deux annexes, a été publié au Journal Officiel du 19 juin 1955. Cette loi est considérée comme l'un des premiers exemples de loi moderne sur le pétrole dans les États pétroliers d'Afrique du Nord et du Moyen-Orient. Elle contient plusieurs caractéristiques inhabituelles et des normes juridiques générales qui, en se combinant, ont entraîné le développement d'une industrie pétrolière compétitive et prospère en Libye des années 1950 jusqu'à aujourd'hui. La loi sur le pétrole a été suivie par trois

[360] Voir: TAVERNE Bernard, Petroleum, Industry and governments, a study of involvement of industry and governments in the production and use of petroleum. Wolters Kuwer Law & Business, 2nd edition, ISBN 978-90-411-2663-4. 2008. P190 et s.

[361] HOMAYOUN, 2008, *op., cit.*

principales réglementations qui imposent des conditions spécifiques à l'industrie du pétrole en Libye : le règlement pétrolier n° 1 sur le dessin de la carte officielle pour la fin des activités pétrolières en Libye telles qu'elles sont organisées dans la loi sur le pétrole, le règlement pétrolier n° 8 relatif à la conservation des ressources pétrolières, et le règlement pétrolier n° 9 affirmant le contrôle financier, administratif et technique de l'industrie[362].

259. Le Code pétrolier libyen de 1955 prévoit que l'État libyen dispose de droits souverains stricts sur ses ressources naturelles et que toutes les ressources minérales dans les strates situées sur des terres privées ou publiques sont la propriété de l'État Libyen, sans distinction entre les surfaces ou les souterrains. En outre, l'objectif du modèle des contrats de développement utilisés en Libye n'est pas d'accorder plus de pétrole *in situ* dans la zone visée par ce contrat, mais de fournir plus de ressources financières permettant le fonctionnement de l'exploitation pétrolière dans la zone concernée.

1.5.3. **Algérie**

260. La loi pétrolière algérienne qui règle les aspects commerciaux de l'industrie pétrolière est la loi n° 05-07 du 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures modifiée, complétée par l'ordonnance n ° 06-10 du 29 juillet 2006, dite « loi sur les hydrocarbures ».

261. Cette loi établit une distinction entre l'amont pétrolier qui regroupe la prospection, l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures et l'aval pétrolier que représentent le transport d'hydrocarbures, le raffinage, la transformation, le stockage et la distribution des produits pétroliers.

[362] Le Code de 1955 fixé avec le modèle de concession, Voir: AL KILANI Ibtisam, « Libyan Oil Regulation » *Getting the Deal Through*, Oil Regulation, 2013.

262. Aucune différence n'apparaît dans la loi sur les hydrocarbures entre les activités « on shore » et « offshore », et celles-ci peuvent être réalisées en Algérie par toute entreprise, sous réserve qu'elle en ait obtenu l'autorisation.

263. L'entreprise publique SONATRACH, cependant, maintient une position dominante dans tous les domaines de l'activité pétrolière algérienne et reste le principal opérateur de l'industrie[363].

264. Depuis 2005, deux organismes nationaux indépendants sont en charge de la réglementation des activités pétrolières.

265. En vertu de l'article 14 de la loi sur les hydrocarbures, l'ALNAFT[364] a pour mission la délivrance des autorisations de prospection, la gestion des appels d'offres et l'évaluation des offres relatives à l'exploration et/ou des activités d'exploitation, l'attribution de prospection et d'exploitation des périmètres, et la conclusion de contrats d'exploration et/ou d'exploitation. En outre, l'ALNAFT perçoit les taxes auxquelles sont soumises les activités pétrolières.

266. L'ARH[365], quant à elle, réglemente les opérations pétrolières en aval. Cette autorité de régulation est responsable notamment de l'examen des demandes de concessions de transport par pipeline et de leur conformité aux règlements (art. 13 de la loi sur les hydrocarbures).

---

[363] M. SAYAH en CMS Bureau Francis Lefebvre Algeria explique: "….. for instance, US$5 billion invested in 2008 including US$2 billion in association contracts and in oil downstream activities, with US$1 billion invested in 2008 for pipeline transportation, and 10.3 million tonnes of oil products sold in the domestic market and 10.1 million tonnes in the international market in 2008. This is largely because the Hydrocarbon Law requires that Sonatrach must have a stake of at least 51 per cent in each new exploitation and exploration contract (article 32 of the Hydrocarbon Law), in all pipeline transportation activities (article 68 of the Hydrocarbon Law) and in all refining and processing actions (article 77 of the Hydrocarbon Law)". Samir SAYAH, 'L'Algerie' Publié à "Getting the deal though, Contributing editor Bob Palmer, 2011".

[364]National Agency for the Valorisation of Hydrocarbons Resources (A.L.N.A.F.T), voir: http://www.mem-algeria.org/francais/index.php?page=introduction-6.

[365] L'autorité de Régulation des Hydrocarbures.

267. L'État algérien conserve également d'importants pouvoirs. Les contrats d'exploration et d'exploitation doivent être approuvés par décrets émis par le conseil exécutif ; le visa de rapports prouvant que les activités respectent la législation environnementale est accordé par le ministre chargé de l'environnement, et le gouvernement peut ne pas tenir compte de certaines dispositions de la loi « pour des raisons d'intérêt public ». La fixation et la mise en œuvre de la législation sur le pétrole, comme les prérogatives en matière de règlement des différends, appartiennent également à l'État.

1.6. Le droit de s'engager

268. Il est aussi largement manifeste que l'État a un pouvoir discrétionnaire considérable dans la gestion de ses ressources naturelles. Dans l'exercice de son SPRN, il peut librement conclure des accords aux termes desquels il contracte des obligations, sous réserve toutefois de ne pas réaliser de transfert de ses pouvoirs souverains à une partie privée.

269. Compte tenu de la nature « inaliénable » et « permanente » de la souveraineté de l'État évoquée *supra*, il convient de déterminer quelles sont les limites de son pouvoir discrétionnaire. En droit international, la première référence au droit fondamental souverain de l'État de s'engager apparaît dans le célèbre arrêt rendu par la CPJI dans le cadre de l'affaire "Wimbledon"[366] :

> *"The court has declines to see in the conclusion of any treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performance a particular act an abandonment of its sovereignty ….. the right of entering into international engagement is an attribute of State Sovereignty"*

[366]*Case of the S.S. Wimbledon*, Ser. A, No.1, Permanent Court of International Justice, Ser. A., No. 1, 1923).

270. Plus récemment, la décision arbitrale rendue dans l'affaire Texaco contre la Libye ajoute qu'un État a le droit d'exercer sa souveraineté en prenant des engagements internationaux vis-à-vis des investisseurs étrangers :

> *"The State by entering into an international agreement with any partner whatsoever exercises its sovereignty whenever the State is not subject to duress and where the State has freely committed itself through an untainted consent".*

Concluant cette séquence jurisprudentielle, la sentence Aramco déclare que les deux décisions précitées mettent en exergue la capacité juridique externe de l'État à s'engager[367] .

271. D'après GA Res. 626 (VII du 21 décembre 1952) et la Déclaration du NIEO, paragraphe 4, GA Res. 3201 (S-VI, 1974), les États hôtes ont le droit « d'utiliser et d'exploiter librement et d'exercer un contrôle effectif sur eux et leur exploitation ». Alors, les États pétrolier sont libres de s'engager, dans le cadre contractuel déterminé par eux et conformément à leur politique nationale. De plus, ces États ont le droit de déterminer la nationalité, le type et la capacité financière et juridique des investisseurs nationaux ou étrangers afin de mener les opérations pétrolières nécessaires et d'apporter leur savoir-faire et leur main-d'œuvre sur leur marché national.

272. Donc, déterminer le cadre des contrats d'investissement, fixer les conditions et obligations pour les investisseurs étrangers et définir les termes et leurs activités sur leur territoire sont des droits purs et fondamentaux liés au droit de disposer librement des ressources naturelles. Aussi, quand bien même un État puisse, par un contrat librement conclu, accepter une limitation partielle de l'exercice de sa souveraineté à l'égard de certaines ressources, cela ne peut être le cas que dans des domaines particuliers et pour une période déterminée et limitée dans le temps.

---

[367]For more discussion on this, see Ivar Alvik, Contracting with S, *State contracts and international arbitration*, OXFORD AND PORTLAND, OREGON, p. 241 et s. See also C. LEBEN *La Théorie du Contrat d'L'État et l'Évolution de droit international des investissements* (2003), Recueil des cours de la Haye 197, eg 329. Voir auss ; Ian BROMNLIE, « *Peinciples pf Public International law »*, *5eme édition, 1998, 105 et ss.*

1.7. Le droit d'exproprier

273. La question de l'expropriation des droits des investisseurs étrangers acquis en vertu de contrats d'investissements pétroliers a fait l'objet d'une confusion considérable au fil des années dans les décisions arbitrales. Il ne fait aucun doute aujourd'hui, en droit international, que les États ont le droit de nationaliser leurs ressources naturelles, mais que ce droit va de pair avec l'obligation d'indemniser la partie à laquelle les biens ont été confisqués. Le droit d'exproprier ou de nationaliser les investissements étrangers, sous réserve de certaines conditions, est essentiel à la souveraineté de chaque État et a généralement été reconnu bien avant que les résolutions sur la SPRN aient été adoptées.

1.7.1. Définitions

274. La CNUCED a en 2012 fourni une définition de l'acte d'expropriation directe comme étant un transfert juridique obligatoire du titre de propriété ou sa confiscation physique pure et simple, le plus souvent au bénéfice de l'État hôte[368]. À la même occasion, la nationalisation et l'expropriation directe étaient mentionnées comme des actes délibérés et déterminés par une loi formelle, un décret ou un acte physique qui privent le propriétaire de ses biens par le transfert de titre ou sa confiscation absolue.

Les termes « expropriation », « nationalisation » et « confiscation » recouvrent diverses formes d'ingérence de l'État dans la propriété privée, et ne sauraient être considérés comme synonymes.

275. **Les expressions « expropriation » et « nationalisation »** sont utilisées pour décrire le fait qu'un gouvernement « s'approprie » directement la richesse privée (biens

[368] « A mandatory legal transfer of the title to the property or its outright physical confiscation, usually, for the benefit of the Host-State. In this regard the report has mentioned nationalization and direct expropriation as sole act that deliberate and explicit determined, as reflected in a formal law or decree or physical act, to deprive the owner his property through the transfer of title or absolute seizure. » Voir : UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, EXPROPRIATION, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2012, *unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf.*

et droits acquis connexes). L'appropriation de la propriété privée par l'État avec, en corollaire, le versement d'une indemnité, est décrit comme une expropriation selon les termes du tribunal dans la célèbre affaire de pétrole *Amoco International Finance Corporation c/ Le Gouvernement de la République islamique d'Iran (Amoco)*, qui évoque le « transfert obligatoire des droits de propriété »[369]. L'expropriation a également été définie comme « *la prise ou l'utilisation de biens par les pouvoirs publics avec une compensation adéquate* »[370].

276. **Définition de la nationalisation :** la nationalisation est la forme d'action la plus ancienne de l'État à l'encontre des investisseurs sur le marché pétrolier au cours de XX^{e} siècle. Là où l'État exerce ses pouvoirs pour exproprier la propriété privée, les biens ainsi saisis peuvent être dévolus à l'État ou à un organisme de l'État, c'est-à-dire nationalisés. La nationalisation diffère de l'expropriation dans son champ d'application et sa portée, plutôt que dans sa nature juridique[371]. Le terme « expropriation » est le plus souvent appliqué aux mesures prises dans des cas individuels, et est parfois utilisé dans des cas de nationalisation comme une mesure du changement général dans la vie économique et sociale de l'État. Les termes expropriation, nationalisation et prise de possession ont souvent été utilisés de façon interchangeable. La doctrine a fait une légère distinction entre les deux termes en soulignant que la nationalisation est le transfert des activités économiques aux autorités publiques nationales, ce qui signifie dans un contrat pétrolier le transfert des opérations pétrolières conçues par le contrat pour la partie nationale[372]. Ceci est à distinguer de l'expropriation, qui est communément comprise comme se

[369] Award No. 310-56-3 (14 July 1987), 15 Iran-US CTR p. 189 at p. 220.

[370] Ibidem.

[371] Voir Z. ALQURISHI. (2008), op., cit, p. 68, B.

[372] *Voir Nico SCHRIJVER, Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties, op., cit.,, p. 270 "Expropriation is commonly understood to refer to unilateral interference by the State with the property or comparable rights of an owner in general terms, while nationalization denotes the transfer of an economic activity to the public sector as part of a general programmer of social and economic reform".*

référant à l'ingérence unilatérale de l'État s'octroyant des droits comparables à ceux d'un propriétaire au sens classique[373].

277. Le tribunal arbitral intervenu dans l'affaire de *l'État du Koweït v. The American Independent Oil Co. (AMINOIL)* a défini la nationalisation comme le transfert dans l'intérêt public de la propriété du secteur privé au secteur public dans le cadre d'un programme général de développement économique. Ainsi, le Tribunal des revendications, dans l'affaire Amoco, a donné une définition similaire à la nationalisation en affirmant que : *« the transfer of an economic activity from private ownership to the public sector. It is realized through expropriation of the assets of an enterprise or of its capital stock, with a view to maintaining such enterprise as a going concern under the state control »*[374].

278. Concrètement, il est clair que la nationalisation est l'exercice de l'acte de l'expropriation qu'implique le transfert de la propriété privée « d'un étranger » à l'État pour un besoin public. Alors que l'acte de nationalisation, une fois effectué, constitue un acte définitif. L'État a exercé son pouvoir souverain pour « chasser » une entreprise étrangère et s'approprier ses propriétés matérielles et immatérielles[375], avec une motivation légale et au travers de processus justes et équitables.

---

[373] *Le Professeur Emmanuel GAILLARD a mentionné une définition plus récente donnée par le CIRIDI sur l'expropriation en matière de droit d'investissement international : « La décision d'interprétation a été prononcée le 31 octobre 2005. Elle concerne la sentence arbitrale intervenue le 8 décembre 2000 dans l'affaire Wena c/ Égypte. […] » La décision clarifie le sens du terme « expropriation » et précise « qu'il s'entend d'une privation totale, permanente et définitive des droits fondamentaux de propriété possédés par l'investisseur et suppose donc l'impossibilité pour l'investisseur de jouir de son investissement. Elle en tire la conséquence que toute action juridique ultérieure de l'Égypte qui aurait pour but de remettre en cause une telle conception de la notion d'expropriation devrait être exclue. Elle rejette en revanche toute demande d'interprétation mettant en cause le tiers à la procédure arbitrale qu'est l'entité égyptienne chargée du tourisme (V. la décision publiée sur le site Internet de l'American Society of International Law) ». Voir Emmanuel GAILLARD, Chronique des sentences arbitrales, JDI (Clunet) n° 1, Janvier 2006, 2.*

[374] Award No. 310-56-3 (14 July 1987), 15 Iran-US CTR p. 189 at pp. 222-23.

[375] Voir *Jean-Flavien LALIVE, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Developments recents", 181 Recueil des Cours 9*, 144-46 (1983). p. 113.

1.7.2. Le droit d'exproprier en relation avec la « SPSN » :

279. Le droit d'exproprier n'est explicitement inclus que dans quatre des résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Il s'agit des résolutions de l'Assemblée Générale 1803, 3171, 3201 et 3281. En outre, le droit de l'État hôte à exproprier est également visé au paragraphe 2 de la résolution de la CNUCED TDB 88 (XII), au paragraphe 2 de la résolution de l'ECOSOC 1956, et au paragraphe 32 de la Déclaration de Lima de l'ONUDI II. Il convient de noter que le sens exact du terme « nationalisation » n'a jamais été précisé au cours des débats, et encore moins dans les résolutions elles-mêmes. En outre, à côté de la nationalisation, les termes d'« expropriation » et de « réquisition » ont aussi été utilisés (cf. paragraphe. 4 de la Résolution 1803), de même que celui de transfert de propriété à ses ressortissants (Déclaration sur le nouvel ordre économique international et transfert de biens étrangers : art. 2.2 de la CERDS)[376].

280. La résolution 1803 (XVII) relative au principe de la « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » renvoie au droit de l'expropriation comme une règle de droit international conditionnée par un motif d'intérêt général, un processus juste et des indemnisations équitables et énonce que[377]: *« 4) La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de*

[376] « 2. Each State has the right: (a) to regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment; (b) To regulate and supervise the activities of transnational corporations within its national jurisdiction and take measures to ensure that such activities comply with its laws, rules and regulations and conform with its economic and social policies. Transnational corporations shall not intervene in the internal affairs of a host State. Every State should, with full regard for its sovereign rights, cooperate with other States in the exercise of the right set forth in this subparagraph; (c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means ». Voir le chapitre 2 paragraphes 2 de la Charte des droits et devoirs économiques des États (CERDS) UNGAR 3281 de 1974

[377] La Résolution De L'asseblée Générale De Nation Unis 1803 (XVII) 1964.

sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant sur 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'État qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. ».

281. **Dans l'arbitrage *Texaco*[378]**, M. DUPUY a reconnu que le droit d'un État hôte de nationaliser est un principe incontestable du droit international coutumier. Lorsqu'il aborde la possibilité de limiter ce droit, la question devient plus critique. Il fait valoir que lorsque le contrat est internationalisé, les parties se trouvent en situation d'égalité ; donc l'État hôte sera lié par les garanties offertes à l'investisseur par le contrat, comme il le serait par un traité conclu entre États. En d'autres termes, l'État hôte a entravé l'exercice de sa souveraineté vis-à-vis d'une partie privée pour la durée de l'accord, ce qui, selon le Prof. DUPUY, est précisément l'effet de la clause de stabilisation dans les contrats de concession. Il poursuit en affirmant qu'une telle analyse ne doit pas être incompatible avec le concept de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, en établissant une distinction entre la jouissance et l'exercice. En vertu d'un accord de concession garanti, l'État hôte conserve la jouissance permanente sur les ressources, seul l'exercice de la souveraineté étant limité pendant la durée de la convention.

1.7.3. La légalité de l'expropriation

282. Bien que l'expropriation soit en substance l'expression des États hôtes de ses droits souverains sur ses ressources naturelles, la tension entre l'autonomie réglementaire d'un État d'un côté et le droit de l'investisseur étranger acquis sous contrat d'investissement pétrolier, est particulièrement relevé par la légalité et les conséquences de l'expropriation.

283. L'expropriation est un acte souverain qui consiste à priver le propriétaire de la jouissance de ses droits de propriété. Cet acte est licite dès lors qu'il satisfait certaines

[378] Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, Clunet 1977, p. 350 et ss.

conditions identifiées tant en droit national qu'international. Pour que l'acte soit licite, il doit être conduit à des fins publiques et non discriminatoires, et accompagné du paiement d'une indemnité.

A. Le cadre juridique de l'expropriation

284. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789 a fixé des principes universels, et confirmé le caractère sacré de la « propriété ».

Pour autant, le texte n'ignore pas le droit d'exproprier, pour autant qu'un certain nombre de conditions soient respectées. Ainsi l'article 17 de la DDHC énonce-t-il : *« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».* En d'autres termes, la propriété ne peut être expropriée qu'en cas de nécessité déterminée par la loi, par l'autorité publique, pour un usage public et sous réserve qu'elle soit accompagnée d'une juste et équitable indentation. Ce texte a introduit les conditions des expropriations dans le cadre de la protection de la propriété. Considérant que le caractère sacré de la propriété est l'un des principes fondamentaux des droits de l'Homme. Par conséquent, nous pouvons définir la condition de l'acte d'expropriation comme suit :

B. Un pouvoir souverain

285. **L'État dispose du monopole en matière d'expropriation[379]**. Aucun autre organe public ou privé national ne peut exercer le pouvoir d'« expropriation » d'une propriété privée. La plupart des juristes de droit national et international s'accordent sur ce point. La doctrine française considère que ce monopole résulte du pouvoir exorbitant de l'État en tant que puissance publique, qui s'appuie sur deux arguments. Le premier est la théorie du *domaine éminent,* datant du Moyen-Âge[380]. Selon cette théorie, l'État est le propriétaire principal de tout le territoire ou « domaine éminent », et son pouvoir d'exproprier lui permet de recouvrer entièrement la propriété des meubles et

[379] Voir *FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, Lexis Nexis, 2ème édition, Paris, 2013, p 401 et s.*
[380] *FOULQUIER, op., cit., p.401.*

immeubles « *s'il le juge nécessaire* »[381]. La deuxième théorie est celle de *la souveraineté étatique.* Cette théorie est à la base de tout le pouvoir normatif de l'État moderne y compris sa souveraineté sur les ressources naturelles. Cette souveraineté permet à l'État personne morale, sous réserve du droit international, d'exproprier la propriété privée. M. WORTLEY considère le droit de l'État d''expropriation qui, *prima facie,* dépend de sa souveraineté territoriale[382]. Cela doit, en l'absence de preuve contraire, être présumé comme étant en conformité avec le droit international et avec la conception de la justice qui y est énoncée quand elle fonctionne dans les limites territoriales de l'État et sur sa propriété sous contrôle effectif.

C. La nécessité d'un acte juridique

286. La procédure d'expropriation, parce qu'elle porte une atteinte grave à un droit fondamental, garanti à la fois par la Constitution et par la Convention des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ne peut être menée que dans le respect des prescriptions du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. En droit français, les expropriations ne sont pas opérées à l'initiative du législateur, qui ne décide pas de leur opportunité mais en fixe uniquement le cadre juridique général. Selon le Code de l'expropriation, une telle prérogative appartient aux autorités administratives et judiciaires.

D. Le caractère d'utilité publique dans le domaine pétrolier

287. Pour en revenir à la « Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen » de 1789, l'intérêt public comme exigence principale de la légalité de l'acte de confiscation de biens a été clairement présenté comme une limite à l'exercice souverain du pouvoir[383].

---

[381] *FOULQUIER, op., cit., p. 402.*

[382] *Ibidem. ;* Voir aussi: BROMNLIE Ian, *International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law*, Collected Courses / Recueil des Cours Vol. 255 (1995) pp. 141 – 154.

[383] Selon l'Article L11-8 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique *:* « lorsque la déclaration d'utilité publique prévoit, conformément à l'article L. 11-5-1, le retrait des emprises expropriées de la propriété initiale, l'arrêté de cessibilité précise l'emplacement de la ligne divisoire. L'arrêté de cessibilité

La condition relative à l'utilité publique a été rappelée dans toutes les dispositions constitutionnelles confirmant le caractère sacré de la propriété privée. En droit national et international, le juge a le dernier mot pour déterminer la finalité de l'acte de l'expropriation. Certains juristes ont souligné que cette condition n'est plus en vigueur, notamment parce qu'il n'y a pas d'autorité de droit international pour l'examiner[384]. Pourtant, l'arbitrage international joue encore un rôle fondamental reconnaissant le caractère « d'utilité publique » espèce par espèce, et en étudiant toutes les circonstances qui en découlent, en matière d'investissements étrangers.

288. Si le droit international ne contient pas de définition précise de la notion d'utilité publique, celle-ci est largement entendue comme signifiant que les mesures d'expropriation doivent être entreprises pour ménager la sécurité, l'intérêt national ou le bien-être général de la communauté, et non pour favoriser des intérêts individuels ou privés. Le motif doit être social et/ou économique, doit réellement viser le bien public, et l'intérêt national doit l'emporter sur les intérêts privés[385].

289. Même dans le cadre juridique conçu par le principe de SPSN, les limites de l'utilité publique face au caractère sacré de la propriété privée sont quelque peu ambiguës. Le

emporte le transfert de gestion des dépendances du domaine public de la personne publique propriétaire autre que l'État au profit du bénéficiaire de l'acte déclaratif d'utilité publique, pris conformément à l'article L. 11-2. En cas de désaccord entre le bénéficiaire de cet acte et la personne propriétaire, le juge de l'expropriation fixe les modalités de répartition des charges de gestion entre ces personnes ainsi que la réparation du préjudice éventuellement subi par le propriétaire. », Modifié par Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 - art. 145 JORF 28 février 2002.

[384] Ce point de vue a également été adopté dans le cas AMINOIL, dans lequel le tribunal arbitral n'a pas trouvé que l'exigence d'utilité publique avait été atteinte, mais a décidé que cette exigence n'était pas une condition nécessaire à la légalité de la nationalisation. Le Prof. MAHMASSANI, l'arbitre unique dans ce cas, observa que: "As to the contention that the said measures were politically motivated and not in pursuance of a legitimate public purpose, it is the general opinion in international theory that the public utility principle is not a necessary requisite for the legality of nationalization … Motives are indifferent to international law, each state being free to judge for itself what it considers useful or necessary for the public good … The object pursued by it is of no concern to third parties". Voir: M. SORNARAJAH "*The pursuit of international property",* Martinus Nijhoff Publishers, 1986, Dordrecht. p. 174 et p. 182. Voir aussi: AMINOIL, op., cit.

[385] M. SORNARAJAH, The pursuit of international property", op., cit., p. 182 et ss.

SPSN a formulé l'utilité de l'expropriation dans le droit des « peuples et des nations », il doit être exercé dans l'intérêt du développement national et le bien-être de la population de l'État[386]. La Résolution GA 523 (VI) de l'Assemblée Générale de l'ONU exige des États en voie de développement, dans la mise en œuvre du SPSN, qu'ils utilisent leurs ressources naturelles *« afin d'être en meilleure position pour poursuivre la réalisation de leurs plans de développement économique conformément à leurs intérêts nationaux »*[387]. Selon le premier paragraphe de la Résolution 1803 (XVII), le SPSN est un droit des nations et des peuples, qui doit être exercé dans l'intérêt de toute la population et du développement national (*"The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned").*

[386] La fameuse sentence arbitrale AGIP SA (Brazzaville) c/Congo[386] a abordé la question de l'exigence d'utilité publique dans la nationalisation, par le gouvernement de la République du Congo, des actifs d'une société étrangère appelée AGIP. Il s'agissait d'un contrat conclu en 1965 pour l'exploitation du pétrole. En 1974, le secteur de la distribution pétrolière au Congo fut nationalisé. Tous les actifs furent transférés à la compagnie nationale pétrolière du Congo. La compagnie AGIP, cependant, n'a pas été affectée par la mesure en raison d'un protocole d'accord signé dans lequel elle avait vendu les actions du gouvernement congolais représentant 50 % du capital de la société. Malgré cet accord et avec l'approbation du gouvernement, la société Hydro-Congo State Corporation est entrée dans une concurrence de plus en plus agressive avec la société AGIP. En conséquence, la santé financière d'AGIP s'est détériorée. La compagnie a donc demandé l'ouverture de négociations avec le gouvernement. Alors que les négociations se poursuivaient, le président congolais a émis une ordonnance de nationalisation de la compagnie. L'une des objections à la validité de la nationalisation était qu'elle ne remplissait pas la condition de base prévue par la Constitution congolaise, à savoir être motivée par l'intérêt national. AGIP a cherché à distinguer entre le gouvernement agissant dans l'intérêt général de la population et le gouvernement agissant dans un intérêt privé comme un actionnaire d'une société. Sur ce point, il est déclaré dans le préambule de la sentence arbitrale: *"considering that the company AGIP (Brazzaville) S.A. has ceased all commercial activities and is therefore unable to meet its obligations, and considering that this situation is seriously damaging the Congolese state as a shareholder in this company…"*. Le Tribunal a rejeté l'argumentaire d'AGIP quant à la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt privé de l'État agissant en tant qu'actionnaire. Le Tribunal a observé à cet égard que : *"If a state, in participating in the formation of the capital of a company, performs an act in the private sphere analogous to the action of an individual, it is nonetheless acting in the general interest of the community for which it is responsible. Thus the fact that the state that nationalizes a company is a shareholder cannot alone warrant the conclusion that this step is not taken in the general interest".* CIRDI, AGIP c. Congo, ARB/77/1 sentence du 30 novembre 1979.

[387] La Résolution GA 523 (VI) de l'Assemblée Générale de l'ONU de 12 janvier 1952 concernant le développement économique intégré et accords commerciaux.

290. Ainsi, l'Assemblée générale des Nations Unies lie clairement l'exercice du SPSN à l'obligation de promouvoir le développement national et le bien-être des habitants. Notons que ces deux conditions ne sont pas nécessairement conciliables et peuvent parfois entrer en conflit. Par exemple, l'exploitation d'une mine de cuivre ou d'une forêt peut être propice au développement de l'économie nationale, mais avoir des conséquences négatives sur le bien-être de la population locale. De même, les avantages de l'exploitation des ressources naturelles peuvent profiter principalement aux investisseurs étrangers et aux élites nationales et ne pas rejaillir sur la population. Dans toutes les résolutions ultérieures portant sur le SPSN, d'autres principes très généraux ont été affirmés, tels que la promotion du « développement national ».

291. Des observations intéressantes ont été faites par les tribunaux à l'occasion de ces examens[388]. Ainsi, il est contraire au principe de la recherche de l'intérêt public de procéder à une expropriation dans le seul but d'échapper à des obligations contractuelles. De même, un État ne peut légalement exproprier des biens étrangers à des fins strictement financières. Est également illégale la saisie de la maison d'un ressortissant étranger qui serait en réalité mesure de représailles politique[389].

292. **L'utilité publique n'est pas un acte politique.** L'utilité publique n'est certainement pas un instrument politique que les États hôtes peuvent utiliser dans leurs relations internationales. Mais l'ambiguïté de la notion et le défaut d'autorité internationale indépendante pour la définir strictement ont ouvert les portes pour

[388] L'espèce qui a très tôt posé la condition de l'utilité publique dans le droit international en général fut la nationalisation indonésienne en 1958, concernant les revendications du gouvernement pour la libération de l'Irian Barat contre les entreprises hollandaises. Le gouvernement indonésien fit valoir que la nationalisation était destinée à faire pression sur le gouvernement néerlandais afin de transférer la souveraineté de l'Iran occidental à l'Indonésie. Sir McNair a constaté que: *"True motive for the nationalization was to obtain sovereignty and that the State aim is "Fatal and suffices to render unlawful the nationalization act"*. La même opinion a été confirmée par la Cour d'Appel d'Amsterdam qui a affirmé que les mesures de nationalisation indonésiennes étaient illégales, car leur but était *: "[…] to attain purely political ends unconnected with the measures being taken*Voir M. SORNARAJAH., 1986, *op., cit.*, p. 171 et ss.

[389] Voir Z. ALQURISHI, *op., cit.,* p. 106 et s.

certains États souverains, en particulier au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, à l'utiliser comme un instrument politique.

293. **L'arbitrage pétrolier Libye v. BP** du 7 décembre 1971[390] : le gouvernement de transition libyen, né après la révolution et mené par le Colonel Kadhafi en 1969, a nationalisé les actifs de la compagnie pétrolière britannique BP, et transféré la propriété de tous les biens, droits, actifs et actions de la concession BP à une nouvelle société nationale, « the Arabian Gulf Exploration Corporation »[391]. Cette expropriation est intervenue en représailles du fait que le gouvernement britannique n'avait pas empêché l'occupation de certaines îles du Golfe persique par l'Iran, alors que celles-ci demeuraient encore sous sa protection. Aucune autre mesure n'a été prise à l'époque sur d'autres concessions.

294. Il convient d'observer que la loi de nationalisation avait mentionné que la compensation devait être déterminée par un comité établi par le ministre du pétrole, et dont la décision devait être définitive. Or, aucune mesure de compensation n'avait été prise par les autorités libyennes au moment où le tribunal d'arbitrage fut conçu. Dans de telles conditions, l'un des motifs invoqués par les Britanniques pour invalider cette nationalisation a été que celle-ci avait été menée pour des raisons purement politiques, sans rapport avec le bien-être interne de l'État libyen. Le tribunal arbitral, après avoir examiné la légitimité des motifs de l'État libyen, finalement considéré qu'ils ne se conformaient aucunement au cadre juridique de l'intérêt public. Dans cette affaire, l'arbitre a constaté que la nationalisation des biens de BP avait *« violé le droit*

[390] British Petroleum Exploration Company (BP) v. The Government of the Libyan Arab Republic 53, ILR (1974) 296, 317.

[391] *Ibidem*, p. 297 ; *Yearbook Commercial Arbitration,* 1980, 143 *; Rev. arb.,* 1980, 117. Cette sentence a été commentée par nombreux auteurs. Pour plus de détails, voir ; cours de M. LALIVE, JEAN-FLAVIEN, *Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents*, 1985*, op., cit.,* pp. 72 - 185, CAMERON, D. Peter, *international energy Investment, the Pursuit of Stability, 2010* précité, pp. 112 – 122; Cf. J. Fisher/A. Goldberg, « British Petroleum v. Libya: a Preliminary Comparative Analysis of International Oil Companies' Response to Nationalization», *Southwestern University Law Review,* 1975,68.

international public, dans la mesure où elle a été opérée pour des raisons purement politiques, et était donc arbitraire et discriminatoire ». Par conséquent, la prise de possession de la propriété d'un ressortissant étranger – en l'espèce BP - a été considérée comme illégale au motif du défaut d'intérêt public. L'arbitrage en faveur de BP fit autorité : il est acquis désormais que l'expropriation doit être opérée dans l'intérêt public et ne doit pas être discriminatoire.

E. Non-discrimination

295. On l'a vu, la deuxième condition pour qu'une expropriation soit licite en droit international est que cet acte soit « non discriminatoire ». En d'autres termes, le droit des investissements internationaux impose généralement que l'expropriation soit réalisée « sur une base non discriminatoire », « d'une manière non discriminatoire » ou « sans discrimination ». Ces variations dans la formulation ne sont pas significatives juridiquement. L'origine de ce principe vient du principe de justice qui a été souligné comme condition *sine qua non* pour une expropriation licite. La raison de l'expropriation et la méthode employée ne doivent pas être contraires à cette conception de la justice, qui est une partie intégrante du droit international[392]. Il n'est pas toujours aisé de déterminer à quel moment l'absence d'égalité constitue une discrimination illégale en vertu du droit international. En toute hypothèse, l'expropriation visant à singulariser des étrangers sur la base de leur origine nationale ou ethnique est discriminatoire et par conséquent illégale.

[392] M. WORTLY a souligné la « justice » comme l'une des conditions du droit international pour l'expropriation légale. Pour lui, l'idée de justice en droit international, historiquement européen, a un caractère universel, qui est basé sur la nature de l'Homme lui-même, et qui garantit à chaque homme ses droits à la vie et à la liberté et au moins autant aux biens qui lui sont nécessaires pour vivre. L'actuelle Déclaration universelle des droits de l'Homme, comme toutes les autres déclarations, ne fait que confirmer un droit inhérent à la nature de l'Homme. Dans une société civilisée, l'objectif et le but de la société sont de promouvoir la vie et non de la détruire. Donc l'expropriation ne doit pas être contraire à cette conception de la justice qui est partie intégrante du droit international. « Justice » est un mot qui a des significations différentes selon les pays, et cette ambiguïté éveille les soupçons instinctifs de l'avocat. Voir: B. A WORTLY. *Expropriation in international law*, 1947, *op., cit*.

296. On distingue deux types de discrimination, pouvant survenir dans deux cadres différents : d'une part, la discrimination entre étrangers et nationaux et d'autre part, la discrimination parmi les étrangers.

297. On précisera, pour être tout à fait complet, que la discrimination visant des investisseurs étrangers peut être autorisée, comme ce fut le cas des nationalisations de certaines parties du secteur bancaire en France dans les années 1980. En effet, le Conseil constitutionnel français a ici jugé que le principe constitutionnel d'égalité n'avait pas été pas violé, quand bien même les banques étrangères n'avaient *a priori* pas été nationalisées, seules les banques françaises ayant été visées par les mesures de nationalisation.

F. Compensation

298. En fait, la question la plus importante liée aux controverses sur les droits d'exproprier est la question de l'indemnisation. Ceci est principalement dû au fait que la question de l'indemnisation reflète la valeur économique du bien exproprié, ce qui est contradictoire entre les parties.

299. Si les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies constituent une source pour le droit international, elles aussi reflètent la pratique des États membres. Dans tous les cas, il existe des preuves solides à l'appui de la conclusion de la résolution 1803 qui indiquent que le principe de l'indemnisation repose sur le principe de « compensation appropriée »[393]. Il est clair, d'après les décisions de la doctrine, que l'approche la plus largement admise sur la question de l'indemnisation se fonde sur la perte subie par la partie nationalisée. La difficulté essentielle concernant la question de la compensation tient au fait que l'expression « compensations appropriées » de la

[393] Voir: Leo KISSAM T, & Edmond K. LEACH, *"Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts*", *Fordham law review*, Valuem 22, issue 2, 1959, Fordham University School of Law, Yew York, http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1625&context=flr.

résolution 1803 appelle à interprétation, ce qui génère un risque d'incertitude plutôt qu'une nouvelle norme juridique.

300. Il semble naturel que l'un des principes à appliquer pour déterminer le montant des compensations approprié est la valeur réale des actifs nationalisés au moment de la nationalisation. Reflétant un consensus de l'opinion, ce principe d'évaluation de la compensation due à la suite d'une mesure de nationalisation a été appliqué dans l'affaire du Gouvernement du Koweït v Amin oïl (1982)[394]. Ce fût la position adoptée dans cette affaire, dans le cadre de laquelle le Tribunal a observé que : *"The Tribunal considers that the determination of the amount of an award of 'appropriate' compensation is better carried out by means of an enquiry into all the circumstances relevant to the particular concrete case, than through abstract theoretical discussion. Moreover, the Charter of the Economic Rights and Duties of States, even in its most disputed clause (Article 2, paragraph 2c) — and the one that occasioned reservations on the part of the industrialized States — recommended taking account of 'all circumstances' in order to determine the amount of compensation — which does not in any way exclude a substantial indemnity".*[395]

301. Comme l'affirme M. P. CAMERON, cette sentence avait adopté explicitement les normes de « rémunération appropriée » *in* UN Résolution 1803 XVII[396]. Le Tribunal, tout en ne contestant pas directement le principe de la valeur privée comme seul critère de compensation, a souligné l'importance d'une *« indemnisation équilibrée »* et d'un prix basé sur un *« taux de rendement raisonnable »*, par opposition à *« des profits spéculatifs »* réclamés par l'investissent[397]. Dans cette affaire, le Tribunal a déclaré que le principe à appliquer était celui de la rémunération appropriée, comme indiqué dans

[3] ARBITRATION TRIBUNAL: AWARD IN THE MATTER OF AN ARBITRATION BETWEEN KUWAIT AND THE AMERICAN INDEPENDENT OIL COMPANY (AMINOIL) International Legal Materials, Vol. 21, No. 5 (SEPTEMBER 1982), pp. 976-1053 para 144, p. 18.

[395] Ibidem.

[396] P. CAMERON, "Internatinal Energy investment law", op., cit., pp. 172.

[397] Ibidem.

la résolution 1803 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Le Tribunal a également déclaré que *« la détermination du montant de la concession d'une compensation appropriée est mieux réalisée au moyen d'une enquête sur toutes les circonstances appropriées de l'affaire ».* Le Tribunal a ajouté qu'Aminoil serait en fait indemnisée à la hauteur de ses attentes légitimes (la valeur totale de la propriété dont elle a été privée)[398].

302. La question de savoir si la compensation devrait être régie par les normes de droit municipal ont été analysées en profondeur dans Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Co. v. le gouvernement de la République de la libyenne[399]. À sa décharge, M. Dupuy, a soutenu que la nature juridique de la résolution 1803 de 1962 n'est pas obligatoire. Il a rejeté tout statut juridique international des résolutions 3201 et 3281 de 1974. Toutefois, cette résolution donne aux Etats hôtes la liberté de déterminer la teneur de leurs lois nationales.

303. Or, le Tribunal irano-américain de règlement des litiges reconnaît qu'en vertu du droit international coutumier (constituant la *lex generalis*) et dans le cadre du traité d'amitié entre l'Iran et les États-Unis signé en 1955 (invoqué à titre de *lex specialis*), une indemnité est due[400].

304. Dans sa première décision sur le fond portant sur la question relative à l'évaluation de la compensation due à la suite d'une nationalisation, rendue dans une affaire American International Group Inc. v Iran (1983), le Tribunal a reconnu sans équivoque que : "*It is a principle of public international law that even in a case of lawful*

[398] Aminoil, *op., cit.*

[399] Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, Clunet 1977, at 350 et ss.

[400] Voir : Charles N. BROWER, Jason D. BRUESCHKE, « The Iran-United States Claims Tribunal », Martinus Nijhoff Publishers, Feb 12, 1998.

nationalization the former owner of the nationalized property is normally entitled to compensation for the value of the property taken"[401].

305. Une autre norme pour les compensations versées à l'investisseur en cas de nationalisation est « l'exigence d'une indemnisation prompte, adéquate et efficace » basée sur la fameuse « formule de HALL »[402]. Le rapport de la Banque mondiale au Comité du développement et les lignes directrices sur le traitement des investissements étrangers directs en 1992 ont mentionné la même formule *« be deemed 'appropriate' if it is adequate, effective and prompt »*[403]. Le rapport se réfère à un point de vue significatif sur cette question. Il souligne que la compensation peut être due à l'investisseur en vertu de la loi applicable du contrat.

306. Le Traité sur la Charte de l'Énergie, qui constitue une autre source importante de droit en matière de traitement des investissements pétroliers, fait également référence au modèle « rapide, adéquat et efficace » adopté par la formule HALL. L'article 12 Affirme que les compensations aux investisseurs pour la perte de sa propriété, « *shall be accorded restitution or compensation which in either case shall be prompt, adequate and effective* »[404].

307. Ce qui est clairement observé en matière de concession de la propriété expropriée liée au contrat d'investissement, c'est que : bien que la concession soit une exigence du droit international et de toutes les législations nationales, il n'y a pas de

[401] *Ibidem*, p. 105.

[402] Cette formule est nommée d'après l'ancien secrétaire d'État américain Cordell Hull qui a énoncé cette formule dans une demande au gouvernement mexicain pour l'indemnisation des propriétés des compagnies pétrolières en 1938. Voir : Dolzer, *Nouvelles fondations de la loi d'expropriation des biens étrangers*, 75 AJIL (1981) 558 ; voir aussi : Z. ALQUSHIRI, p122.

[403] World Bank: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 31 *ILM* (1992)1363, Guideline IV, https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf

[404] Article 13 conditioné l'expropriation avec l'association de "(*d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation"*. Energy Charter Treaty De 1994, http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-Positive_Annex_W.pdf

règle établie à calculer. Chaque cas est jugé différemment selon la loi applicable et les conséquences juridiques, économiques et politiques qui entourent le contrat.

Conclusion Chapitre I

308. Nous soulignerons que la notion de la souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles a empêché la création d'un modèle international uniforme dans le domaine des ressources naturelles et ce, malgré la connexion entre les secteurs pétroliers nationaux et les intérêts mondiaux. Ce concept puissant a partout un impact sur l'élaboration des lois et politiques nationales, et agit indéniablement sur les relations internationales et les investissements étrangers.

309. Dans une société ouverte, mondialisée, où les pouvoirs sont interdépendants, il est en effet illusoire de proclamer l'existence d'une puissance de commandement indivisible dont les décisions seraient incontestables. De plus, peut-on continuer à soutenir que l'autorité souveraine est affranchie du respect du droit, alors que le droit constitutionnel contemporain est dominé par le concept de l'État de droit**,** ainsi que par la protection des droits fondamentaux du pouvoir politique[405] ?

[405] Mélange Fromont Strasbourg, Les droits de l'Homme et la souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ?, PU de Strasbourg, 2001, p. 376.

Chapitre II : La propriété en matière d'investissement pétrolier

310. En règle générale, dans les législations nationales en matière de ressources naturelles, l'État hôte est propriétaire du pétrole présent *in situ*. C'est la raison pour laquelle l'État joue un rôle important dans le transfert du titre de propriété ainsi que dans le droit de mener des opérations pétrolières d'exploration et exploitation. De ce fait, ces États hôtes décrient dans leurs dispositions internes, des normes, des conditions et des restrictions sur l'acquisition de certains droits de propriété relevant de leurs juridictions, y compris le titre de propriété sur les ressources naturelles. Le droit de l'exploration et l'exploitation et sur la production du pétrole est d'habitude transféré aux investisseurs par un contrat d'investissement pétrolier et en harmonie avec les dispositions de droit interne. Les dispositions internes des droits de propriété sont un moyen important pour assurer les relations entre les citoyens, mais aussi avec des investisseurs étrangers qui inventent et travaillent sur le territoire.

311. De plus, dans l'hypothèse où un litige surviendrait entre un État hôte et un investisseur étranger qui estimerait avoir été l'objet d'une expropriation directe ou indirecte, il convient en tout premier lieu de déterminer si, parmi les *actifs* dont cet investisseur a été privé, certains ont la nature de droits de propriété, susceptibles d'être indemnisés.

312. Par conséquent, ce chapitre fournit d'abord un aperçu global de la notion de propriété de titres de ressources naturelles, y compris l'essence, en droit des investissements et *Lex Petrolea*. Ensuite, dans la deuxième section, nous examinons la pratique de l'industrie pétrolière en transférant ce titre par des différents types d'accords d'investissement pétrolier.

Section I : L'identification de la propriété en matière d'investissement pétrolier

313. La propriété, en tant que concept juridique, est essentielle à la structuration de la société et constitue un aspect central dans la question des relations humaines. Elle est profondément liée à la notion de l'intérêt personnel ainsi que l'intérêt public dans une société, bien que l'interprétation du droit de propriété sur le pétrole soit également essentielle pour examiner la stabilité des droits des investisseurs étrangers accordés en vertu de contrats pétroliers.

314. Contrairement au principe de souveraineté sur les ressources naturelles, la notion de propriété des ressources naturelles est mal définie et ses règles ne sont pas suffisamment déterminées par le droit international. Malgré ce fait, la notion de propriété en matière d'investissement étranger est apparue sous deux sources différentes ; la première sont les dispositions nationales relatives aux ressources naturelles, telle que la loi pétrolière, et la deuxième source réside dans le droit d'investissement à l'étranger, à sa jurisprudence et à sa doctrine.

1. La notion droite de la propriété sur le pétrole en général

315. Il convient d'observer que le droit de propriété ne se réduit pas à la seule propriété, son domaine regroupant un large éventail de droits. En effet, diverses théories juridiques décrivent la propriété comme l'ensemble des relations juridiques entre les personnes ou d'autres entités en ce qui concerne les choses[406]. Ainsi, il revient aux États de réglementer l'affectation de leurs ressources nationales économiques entre ces différentes personnes ou entités, ce qui est l'objet des dispositions régissant le droit de propriété.

316. La propriété confère à celui qui jouit de ce droit une protection législative essentielle à certains égards. Dans le système de droit civil et notamment le système

[406] Voir: Stephine R., MUNZER '*A Theory of Property*', *Cambridge University Press*, Jan 26, 1990, p. 16 et s.

français, le droit de propriété est analysé comme se composant, comme nous l'avons déjà mentionné, de trois éléments : *l'usus* (le droit d'utiliser), *le fructus* (le droit aux fruits de la propriété, tels que les intérêts ou les loyers) et *l'abusus* (le droit d'aliéner ou de vendre la propriété)[407].

317. Le droit commun a également conféré un ensemble de droits au propriétaire du bien : celui-ci peut l'utiliser sans la nécessité d'aucune autorisation préalable, comme il le souhaite (sous réserve que cette utilisation ne soit pas prohibée par la loi), et dispose du droit le plus absolu d'autoriser ou d'interdire à tout tiers l'utilisation de ce bien. Le propriétaire a également le droit exclusif de l'aliéner[408].

318. Bien que le droit de propriété, accordé à un investisseur étranger, soit protégé en vertu de certains principes du droit international public et privé, il est tout à fait possible pour l'État hôte d'accorder ou non ce droit sur son territoire. De plus, c'est en fonction d'enjeux tels que la politique intérieure et l'économie, la sécurité nationale et la politique nationale, que l'État considéré décidera de continuer à accorder ce droit ou au contraire de le retirer.

1.1. Le droit de la propriété en matière de droit d'investissement

319. Selon la doctrine du droit international, les principes généraux mis en lumière par Sir Ian BROMNLIE[409] fournissent l'exemple de l'acquisition du droit de séjour permanent pour un ressortissant étranger. Ce principe a été clairement visé parmi les principes édictés par I. BROMNLIE à travers sa définition *« de l'expropriation de biens étrangers »*[410]. Ainsi, en affirmant que l'acquisition d'un titre de propriété par un étranger relève d'une compétence de droit interne, BROMNLIE considère que les États restent maîtres des conditions d'entrée d'un étranger sur leur territoire, ainsi que de la

[407] Voir : F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil - Les Biens*, 8ème éd, Dalloz 2010.
[408] P. Comeaux & S. Kinsella, Protecting Foreign Investment Under International Law : Legal Aspects of Political Risk (Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications, 1997) 1-2.
[409] BRAWNLIE *Principles of public international law*, Oxford University press, 2008, p.608 et s.
[410] Voir I. BROWNLIE, *Principles*, *op., cit.,* p. 620.

restriction de l'acquisition de certains biens par des étrangers. En outre, le même principe confirme que les étrangers peuvent acquérir un titre de propriété.

320. Dans le contexte du droit d'investissement étranger, le terme « propriété » désigne à la fois les biens corporels et incorporels. Conformément à l'article 1139 de l'ALENA[411], la définition de « placement » couvre, entre autres, « les biens immobiliers ou autres biens corporels ou incorporels [c'est nous qui le soulignons], acquis dans l'attente ou utilisés à des fins de profit économique ou d'autres fins commerciales ». De même, la plupart des TBI contiennent une définition relativement standard d'investissement qui couvre également les formes immatérielles de propriété : 'La propriété intellectuelle et les droits contractuels'. Or, le droit des investissements a défini la notion d'investissement tantôt par l'objectivité de son mouvement, et tantôt par la subjectivité de son contenu[412].

321. De plus, le traité sur la charte de l'énergie de Lisbonne du 17 décembre 1994, aux termes de son article 1:6, a quant à elle, donné une définition très précise de la notion d'investissement dans le secteur de l'énergie en la rattachant à la celle de « *biens »* en propriété de l'investisseur. Cet article fait clairement référence aux deux caractères essentiels de la propriété. Ces dispositions évoquent en effet que :

> *« a) les biens matériels et immatériels, mobiliers et immobiliers, et tous droits de propriété tels que locations, hypothèques, créances privilégiées et gages ; b) une société ou entreprise commerciale ou les actions, capitaux ou toute autre forme de participation au capital dans une société ou entreprise commerciale, ainsi que les obligations, titres ou autres dettes d'une société ou d'une entreprise commerciale ; c) les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement ; d) la propriété intellectuelle ; e) les rendements tout droit conférés par la loi ou par contrat ou découlant de licences ou d'autorisations délivrées*

411 L'Accord de libre-échange Nord-Américain, 1 Janvier 1994.

412 Nous discuterons ce point en détail dans le chapitre I du titre II, en définissant la notion d'investissement.

conformément à la loi pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie »[413].

1.2. Le droit de propriété sur le ressources naturelles – le pétrole

322. Afin de mener à bien notre étude, il est particulièrement important de définir avec précision les notions de *« souveraineté »* et de *« droit de propriété »* appliquées aux ressources naturelles et notamment au pétrole. L'enjeu de cette clarification est de bien identifier les droits transférés par le contrat à chaque partie.

323. Une distinction très importante a été observée par M. BUNTER par rapport aux relations État/Ressources naturelles et à la distinction entre la souveraineté et la propriété : *"Nevertheless the concept of the nation–state and its sovereignty over mineral resources must not be confused with ideas about the ownership of minerals and petroleum. The two concepts are close to each other, are related, but are not identical, neither in the Anglo-European legal thought nor in the Islamic (Sharia) Law"* [414].

324. Les notions de la propriété et de la souveraineté appartiennent toutes deux aux dispositions du droit public. Tandis que la propriété relève des droits privés, la souveraineté est un concept politique, s'inscrivant avant tout dans le champ des relations internationales et du droit constitutionnel. L'origine de la distinction entre « propriété » et « souveraineté » peut trouver son origine dans la *summa diviso* romaine faite entre le *dominium*, qui correspond à la règle sur les choses de l'individu, et l'*imperium* [415], la règle sur tous les individus édictés par le « Prince-Souverain »[416].

325. Plusieurs similitudes rapprochent les notions de souveraineté et de propriété. En premier lieu, il apparaît que comme la propriété – dont le caractère « exclusiviste » « *que*

[413] Le traité sur la Charte de l'énergie de Lisbonne du 17 décembre article 1:6.
[414] Michel BUNTER., *"Sovereignty over Minerals and Petroleum in the Islamic (Shariah) Law and the Question of Ownership"*, article publié à Gas & Energy Law Intelligence, Value 4-issue1 may 2006, p.2.
[415] *Ibidem*, p. 5.
[416] Voir : Ian BROWNILE Principle of international public law, oxford, 2012, p. 204.

prolonge en la matière l'absolutisme »[417] permet de s'opposer à toute atteinte portée par un tiers -, la souveraineté a pour principal corollaire l' « exclusivité ». En effet, la dimension extérieure de la souveraineté notamment, qui se traduit par la compétence exclusive de l'État sur un territoire défini[418], confère l' « exclusivité » de la puissance de l'État au sein de la communauté internationale sur ses ressources naturelles. Ainsi, on peut considérer que la notion de souveraineté renvoie à la notion de « propriété publique » dans le domaine des ressources naturelles et du pétrole. Une autre similitude commune aux notions de souveraineté et de propriété inspirée du droit romain, est qu'elles se caractérisent toutes deux par le « contrôle » sur un objet par une personne physique ou morale [419].

326. Examiner la « souveraineté territoriale » dans le contexte du droit de la propriété sur les ressources naturelles, nous amène à prendre la mesure de l'importance de l'État dans la relation juridique exclusive entre « droits »[420], « pouvoir » et « privilèges » sur le pétrole, exclusivité qui a l'exercice de tout droit, pouvoir ou privilège par une quelconque autre personne physique ou morale sur le territoire de l'État et/ou sur le pétrole situé sur ce territoire. M. BARNES soutient que le droit de percevoir les « fruits »

[417] F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les Biens*, Dalloz, 8ème éd, 2010, p. 144.

[418] L'arbitre M. HUBERD rejoint cette idée en disant: « *Territorial sovereignty, as has already been said, involves the exclusive right to display the activities of a State. This right has as corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory. Although municipal law, thanks to its complete judicial system, is able to recognize abstract rights of property as existing apart from any material display of them, it has none the less limited their effect by the principles of prescription and the protection of possession. International law, the structure of which is not based on any super-State organization, cannot be presumed to reduce a right such as territorial sovereignty, with which almost all international relations are bound up, to the category of an abstract right, without concrete manifestations*". L'affaire de l'île de Palmas (Or Miangas), États-Unis d'Amérique, V. Pays-Bas, Permanent Court Of Arbitration, The Hague, 4 April 1928, http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=10035.

[419] Morris R. COHEN "Property And Sovereignty", 13 Cornell L. Rev. 8, 1927, Available at: http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol13/iss1/3

[420] Ibedim

doit être considéré comme un incident du droit de propriété, qui est l'un des éléments fondamentaux de la souveraineté des États sur les ressources naturelles[421].

327. Or, le droit de propriété sur les ressources naturelles est lié au pouvoir politique, à l'identité sociale, aux valeurs culturelles ou spirituelles, à la politique économique et surtout au sens collectif de la justice nationale[422]. Presque toutes les législations sur le pétrole et les dispositions constitutionnelles octroient à l'État la propriété du pétrole *in situ*, le pétrole se produisant dans des conditions naturelles dans le sous-sol de l'État concerné [423].

328. L'autorité publique « souveraine » joue un rôle fondamental en exerçant sa souveraineté par la création, l'attribution, la régulation et la gestion du droit de propriété sur le pétrole. Conformément aux législations nationales, la constitution, la loi pétrolière et le droit d'investissement, l'État, a le pouvoir de détenir, contrôler et gérer directement le secteur pétrolier et de jouir des droits liés à la propriété du pétrole. Elle peut aussi les transférer partiellement ou totalement à un tiers afin de mener des prestations pour l'intérêt public.

329. Désormais, la propriété du pétrole *in situ* est généralement dévolue à l'État, elle dispose du pouvoir exclusif et absolu de déterminer si oui ou non ses ressources pétrolières seront explorées pour le développement et la production. En d'autres termes, un État n'a aucune obligation à rendre son territoire disponible à l'exploitation du pétrole[424].

---

[421] Voir : Richard BAENES, "*Property Right and Natural resources"*, Oxford, 2009, p. 222 à 229.

[422] Voir: Lorenzo COTULA, *op., cit.*, p. 19.

[423] Voir: Bernard TRAVERNE, "Petroleum industry and goverments, A study of the involement of the industry and goverments in the production and use of petroleum," 2ème éd., Wolters Kluwer law and business, 2008, pp. 120 et s.

[424] Une exception à ce fait est liée au droit international de l'environnement et au développement durable, où un nouveau concept de responsabilité commune envers les environnements et l'avenir de la terre est en train de se développer. L'accord de Paris du 12 décembre 2015 est une étape vers ce concept de résistibilité.

330. La plupart des lois nationales sur le pétrole délèguent à l'organe exécutif étatique – le Gouvernement - le pouvoir d'organiser le processus de transfert de propriété de cette ressource naturelle. Les lois nationales désignent les processus, les méthodes d'engagement avec une partie privée étrangère ou nationale afin de mener les activités pétrolières.

1.3. Le développement de la *Lex Petrolea*

331. La *Lex Petrolea* a examiné principalement les droits de propriété de l'investisseur privé en vue d'une réponse donnée à travers des litiges élevés par des actes d'expropriation directe ou indirecte des propriétés privé découlant de contrat d'investissement. Sa première vocation consistait à déterminer que ce qui avait été confisqué ou affecté par un acte de l'État, directement ou indirectement, constituait des droits de propriété susceptibles d'être indemnisés. Pour se faire, il a été essentiel d'avoir une compréhension de la notion de propriété au travers des contrats pétroliers.[425].

332. À cet égard, le terme « propriété » a été défini dans un grand nombre de sentences d'arbitrage pétroliers. Parmi ces arbitrages, citons ici deux sentences significatives : la sentence rendue dans l'affaire « *Libyan American Oil Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic* (LIAMCO)[426] » qui donne une définition intéressante aux droits de propriété afin d'identifier l'expropriation (a) et la célèbre sentence rendue par le Tribunal Pétrolier irano-américain dans l'affaire AMOCO, qui a défié la propriété afin de mettre en place des règles d'indemnisation particulières (b).

---

[425] Z. ALQURISHI 2008, *op., cit.,* p. 69. Dans la même ligne, M. BISHOP affirme qu'il y a deux questions importantes dans les contentieux pétroliers, « la sainteté du contact » et « la propreté » des cocontractants : "*Two preliminary issues relating to the nature of concessions have arisen from time to time in expropriation cases. The first is whether a concession is a contract that can be breached. The second is whether contractual rights represent property which is capable of being expropriated and for which compensation is due in the event of expropriation. Affirmative answers have evolved to both of these questions*", Doak R. BISHOP *"International Arbitration Of Petroleum Disputes*, *The development of a Lex Petrolea"*, King & Spalding, 1100 Louisiana Street, Suite 3300, Houston, Texas, U.S.A. 77002.

[426] Sentence arbitrale opposant la Libyan American Oil Company (LIAMCO) au gouvernement de la République arabe libyenne relative aux concessions pétrolières, 20 I.L.M. 1, 87 (1981).

1.4. La notion de propriété vue par l'arbitrage LAIMCO

333. Le Tribunal a d'abord examiné les principes posés par les législations nationales en matière de propriété du pétrole. La loi pétrolière libyenne de 22/1055, dans son article premier, confirme que l'État libyen est titulaire du droit de propriété de l'ensemble des ressources naturelles. Cette disposition prévoit que le pétrole présent à l'état naturel dans le sol libyen est la propriété de l'État, et que nul ne peut explorer ces sols en vue d'établir une mine ou tout autre système de production sans y avoir été autorisé en vertu de la loi libyenne, par l'attribution d'un permis ou d'une concession[427].

334. La deuxième étape du raisonnement du tribunal a été de s'interroger sur la nature des droits du cessionnaire accordés par la concession[428]. Dans ce cadre, le tribunal a tout d'abord abordé cette question sous l'angle de la propriété en général, avant de se pencher plus précisément sur la notion de propriété en tant que droit indemnisable dans le contexte de l'expropriation de « droit des investisseurs pétroliers ».

L'analyse du tribunal au travers du prisme de la propriété au sens classique

335. Il apparaît que pour fonder sa décision dans cette affaire LIAMCO, le tribunal s'est référé au droit de propriété tel que défini classiquement dans le système de droit civil, c'est-à-dire composé des trois attributs fondamentaux que sont l'*usus* (le droit d''usage

[427] L'article 1 de la loi pétrolière libyenne de 25/1955.

[428] Article I de la concession libyenne: "In consideration of the undertaking by the Company to make the annual payments and pay the fees, rents and royalties herein after prescribed and to perform and observe the terms and conditions of this Concession, the Secretariat of Petroleum hereby grants to the Company, subject to the conditions hereof and the provisions of the Law, the exclusive right for a period of … years to carry out geological investigations, including aerial surveys, and to search for by any other means, bore for, and extract petroleum within and over the area outlined in red on the map annexed hereto of approximately (…) square kilometers situated in the (…) Zone bounded and defined as follows (…) The Company shall have the right to take away such petroleum whether by pipeline or otherwise from the concession area and to use, process, store, export and dispose of the same" loi pétroliere libyenne 25-1955 Schedule II".

d'un bien), le *fructus* (le droit à la jouissance) et *l'abusus* (le droit de disposer de la chose) [429], en affirmant :

> *"One of the fundamental rights universally recognized is the right of private ownership or property (Dominium), The Classical concept of this right defines it as the right to use, exploitation and disposal (upus, fructus, abusus)"*[430].

1.5. Le concept de la propriété et l'émergence du droit de nationalisation « LIAMCO »

336. En vertu de l'article 1 du contrat de concession libyenne, le concessionnaire LIAMCO bénéficiait de la jouissance des droits exclusifs pendant la période prescrite de mener des opérations pétrolières d'expropriation et d'exploration afin de profiter ainsi du droit de propriété sur la production commerciale de pétrole.

337. Tirant les conséquences attachées à cette stipulation, le Tribunal a reconnu ces droits contractuels exclusifs, notamment le droit de mener des activités pétrolières et celui d'emporter le pétrole par pipeline ou par un autre moyen de la zone de concession

[429] Voir : Abdelraziq ELSANHOURI, *Alwaseet in Interpreting the Civil Code*, part 7 (7th ed. 2007), pour la notion de propriété en droit français, voir : F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil - Les Biens*, 8ème éd, Dalloz 2010.

[430] La Cour a ajouté : "*Although the classic definition has been tempered and limited sometimes by reason of public interest, nonetheless the inviolability of right property has remained throughout history as a sacred proposition confirmed and reaffirmed by a succession of constitutional and international declarations and charters*". Dans ce contexte, le Tribunal a examiné, et a fait référence aux définitions de la propriété apportées par les déclarations internationales et nationales des droits fondamentaux et des principes du droit international, et a affirmé : " *The most famous instances of such basic documents are the English Magna Charta of 1215, the French Declaration des droits de l'homme et du citoyen of 1789 which was recently in corporate in the Preamble to French constitution of 1958, the Fifth amendment to the American constitution of 1769, the two Hague Conventions of 1890 and 1907, the Declarations the International Law Association of Vienna in 1926 and of Oxford 1932,and last but not least the United Nations Bill of Human Rights 1948,the Pan-American Bill of the same name and date, and Protocol of 1952 annexed to the Convention of Rome on Human Rights 1950. The same concept of this absolute right property was adopted in private law, in particular Roman law, the European civil codes influenced by it, and many other modern codes*", LIAMCO, *op., cit*., pp. 89-90 et s.

et à l'utiliser, le traiter, le stocker, l'exporter et en disposer. Le Tribunal trouva que : "Rights as Property It is well-known that property in its general meaning is of two kinds: corporeal and incorporeal. The first, by unanimous opinion of jurists, covers all physical things, such as chattels, lands and various other things of material nature. On the other hand, incorporeal property comprises all interests and rights which, though incapable of immediate material composition, may produce corporeal things or may be evaluated in financial and economic terms. In other words, incorporeal property includes these rights that have a pecuniary or monetary value. Concession rights, as those of the present dispute, may be included under the class of incorporeal property"[431].

338. Relevons que le Tribunal n'a pas évoqué la propriété *du pétrole* en tant que tel, mais plutôt les droits de posséder la production, accordée aux termes du contrat, en les distinguant des biens corporels acquis par le concessionnaire dans le cadre du contrat, comme les terres ou le matériel de travail.

1.6. La notion de la propriété identifiée par l'arbitrage d'AMOCO[432]

339. La Chambre III du Tribunal des différends Irano-Américain dans l'affaire AMOCO, a posé la question de savoir si les droits contractuels découlant du contrat KHEMCO[433] - joint-venture entre les cocontractants de 1966 - constituaient des propriétés indemnisables en vue de la Convention d'amitié, de commerce et de droits consulaires

[431] *Ibidem,* p. 107.

[432] Voir : Iran-United States Claims Tribunal : Partial Award In Amoco International Finance Corporation V. Islamic Republic Of Iran (Treaty of Amity and Customary International Law Requirements for Compensation for Expropriation; Calculation of Compensation) Source: International Legal Materials, Vol. 27, No. 5 (SEPTEMBER 1988), pp. 1314-1405 Published by: American Society of International Law; Cambridge University Press Stable URL: http://www.jstor.org/stable/20693263

[433] KHEMCO était une coentreprise « Joint-Venture » formée par AMOCO (une société suisse) et NPC (une compagnie iranienne). Le requérant est AIFC (une société américaine). Le requérant allègue à l'Iran de prouver sa participation de 50% dans Khemco en 1966. Le résultat de cet accord fut la création d'une société par actions appelée KHEMCO, dont les cocontractants s'étaient réparti le capital à hauteur de 50% chacun, et dont l'objectif était d'installer et d'exploiter une usine de production de gaz naturel sur l'île de Kharg, située dans le golfe Persique. L'accord fut cependant annulé en 1980 en vertu d'un Acte unique, article promulgué par le Conseil de la révolution islamique d'Iran.

signée entre l'Iran et les États-Unis le 15 août 1955. Cela afin de déterminer l'indemnisation pour l'acte d'expropriation de 50% de participation d'AMOCO International Finance. Bien que la convention ait mentionné à plusieurs reprises le terme de « propriété », elle n'a à aucun moment proposé une définition directe pour une propriété découlant d'un contrat de participation KHEMCO. Selon la thèse soutenue par l'Iran, AMOCO, actionnaire à hauteur de 50 % dans la société KHEMCO, ne forme pas des propriétés au sens du traité d'amitié conclu entre les États-Unis et l'Iran en 1955.

340. Aux termes de sa décision, le Tribunal a souligné la nécessité de compenser une privation de droits contractuels. À cet égard, le Tribunal a relevé que le terme de *« bien »* utilisé à l'article IV, paragraphe 2[434] de la Convention d'amitié, ne devait pas s'appliquer automatiquement. Malgré cela, le Tribunal a jugé que les intérêts d'Amoco constituaient des *« biens »* ou des *« intérêts sur des biens »* selon les termes de la Convention, et devaient donc donner lieu à une indemnisation en cas d'expropriation.

Conclusion : Section I

341. La protection des droits de propriété est considérée comme un élément important pour un environnement d'investissement stable. Pour tout projet d'investissement, notamment dans le domaine du pétrole, la protection des droits de propriété est un outil fondamental pour gérer les risques. Cela nécessite une articulation bien claire de la notion de propriété dans les dispositions internationales et nationales

[434] *L'article IV* de la Convention d'amitié, de commerce et de droits consulaires signée entre l'Iran et les États-Unis le 15 août 1955 dit : *"1. Each High Contracting Party shall at all times accord fair and equitable treatment to nationals and companies of the other High Contracting Party, and to their property and enterprises; shall refrain from applying unreasonable or discriminatory measures that would impair their legally acquired rights and interests; and shall assure that their lawful contractual rights are afforded effective means of enforcement, in conformity with the applicable laws. 2. Property of nationals and companies of either High Contracting Party, including interests in property, shall receive the most constant protection and security within the territories of the other High Contracting Party, in no case less than that required by international law. Such property shall not be taken except for a public purpose, nor shall it be taken without the prompt payment of just compensation. Such compensation shall be in an effectively realizable form and shall represent the full equivalent of the property taken; and adequate provision shall have been made at or prior to the time of taking for the determination and payment thereof"*.

relatives à l'investissement et à l'investissement pétrolier. L'absence de cette articulation occasionne une confusion juridique qui conduit à des risques politiques plus importants dans l'industrie pétrolière. Bien que cette articulation soit bien développée dans certaines conventions internationales, le droit international et les dispositions nationales n'ont pas encore fourni une définition droite et détaillée de la notion de propriété en droit des investissements.

342. En outre, nous approuvions le fait que les applications de la souveraineté territoriale présentent certaines particularités juridiques propres à la propriété sur les ressources naturelles, mais il convient de garder à l'esprit que la souveraineté et la propriété sont deux concepts bien distincts.

Section II : Le transfert de la propriété à travers le contrat d'investissement pétrolier

Introduction : Section II

343. Les contrats d'investissement dans l'industrie pétrolière ont traversé une variété de phases depuis l'émergence du pétrole en tant que marchandise dans le commerce international du XVIII^{e} siècle. Historiquement, les droits sur le pétrole ont été accordés par le biais de « concessions pétrolières » qui ont donné l'autorisation complète aux investisseurs, national ou étranger, d'explorer et de développer le pétrole sur le marché pour un certain nombre d'années. En clair, les droits au pétrole ont été accordés par le biais de « concessions » qui autorisent une entreprise à explorer et à développer la production de pétrole. D'un autre côté, l'investisseur reçoit par la concession pétrolière les droits complets de propriété sur la production du pétrole afin de le commercialiser pour un certain nombre d'années[435]. À partir des années 1970, les États en voie de

[435] M. TAVERNE ajoute ceci: « there were no provision vesting the ownership of petroleum in situ in the State or in the Head of the State, but the concessionaire is granted ownership of all production and won by it within the State. » B. TAVERNE, op., cit., p. 178.

développement ont commencé à chercher plus de participation à la gestion des opérations pétrolières, ainsi qu'à développer leurs ressources humaines et leur savoir-faire nationaux. Les États en sous-développement, surtout ceux de la région ANMO et d'Amérique latine, ont commencé à chercher plus de participation à la gestion des opérations pétrolières, ainsi qu'à développer leurs ressources humaines et leur savoir-faire nationaux. Le contrat de participation[436], qui a plusieurs formes et ne se limitait pas à un accord de partage de production, était le premier type de contrat que les États pétroliers dans la région ANMO ainsi que beaucoup d'autres États latino-américains et asiatiques ont adopté depuis. Par conséquent, dans cette section, nous examinerons les différents types de contrats pétroliers et les droits que ces contrats transfèrent à l'investisseur privé.

344. Par conséquent, pour l'intérêt de cette étude, nous examinerons d'abord le modèle de propriété sur les ressources naturelles ainsi que les modalités de transfert ce titre, et la façon dont ils sont articulés dans le droit français. Et ensuite en droit comparé.

1. Titre de propriété sur les ressources naturelles en droit français

345. En droit français, le droit de propriété est la notion pivot autour de laquelle est construit le droit des biens[437], qui traite des distinctions juridiques entre les différents types d'actifs et les moyens qui peuvent être utilisés ainsi que les relations entre ces actifs et le propriétaire. Le droit de la propriété est ainsi « le plus important des droits réels »[438]. Le sens de la propriété ne traduit pas seulement un pouvoir du titulaire sur la

[436] Pour une illustration détaillée et complète de l'accord de participation, voir : Ahmed Sadek El-KOSHERI, Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier (Volume 147), dans : Recueil des cours de l'Académie de La Haye de droit international, l'Académie de La Haye de droit international, publié en 1975. http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789028610088.219_405

[437] Pour une analyse plus poussée de la propriété en droit français, voir : Frédéric ZENATI-CASTAING, Thierry REVET, "Les biens, PUF Coll. Droit fondamental », 3ème éd. 2008 ; François TERRE, Philippe SIMLER, « Droit civil, Les Biens », Dalloz, 7ème éd. 2006 ; Jean MAZEAUD, Henri MAZEAUD, François CHABAS, Léon MAZEAUD, « Leçons de droit civil, Biens, Droit de propriété et ses démembrements », Montchrestien, 8ème éd. 1994.

[438] François TERRE et Philippe SIMLER, op., cit., p. 91.

chose, mais plutôt « un rapport juridique objectif »[439]. Une telle analyse est cohérente avec l'esprit de l'article 544 du Code civil français, selon lequel : *« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

346. La France a connu la notion de la propriété des ressources naturelles avec le premier Code minier de 1810. Ce code, toujours en vigueur aujourd'hui (cf. art. L. 131-1 du code minier de 1956), précise que, sous réserve des dispositions de l'article L. 131-2, les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'une concession ou par l'État. Selon la loi du 21 avril 1810, en effet [440] :

> *"TITRE II. De la Propriété des Mines. 5. Les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession délibéré en Conseil d'État."*

347. Précisons qu'en France, un propriétaire possède un terrain et son sous-sol, sauf dans le cas, prévu par la loi, où des ressources minières ou pétrolières se trouvent dans ce sous-sol, auquel cas elles appartiennent à l'État français et non plus au propriétaire du terrain. Alors en droit français :

i. Par principe : le propriétaire est propriétaire du terrain et du sous-sol ;
ii. À l'exception : sauf si ce sont des mines ou du pétrole, alors l'État en est le propriétaire ;
iii. C'est ce que prévoyait la loi de 1810 à l'origine du code minier.

348. De plus, le « titre minier », qui matérialise l'autorisation ministérielle de procéder à la recherche ou à l'exploitation du pétrole présent en sous-sol, est octroyé par décret pris en Conseil d'État au terme d'une procédure pouvant durer plusieurs

[439] Frédéric ZENATI-CASTAING, Thierry REVET , op., cit., p. 308.

[440] Le code minier a été créé en 1956 par la reprise de la loi de 1810 : la loi impériale du 21 avril 1810 – dont découle en partie le Code minier créé par décret le 16 août 1956.

années. Il peut alors s'agir soit d'un permis d'exploitation (disparu aujourd'hui, sauf dans les DOM)[441], soit d'un permis de recherche, soit encore d'une concession minière. Le titre minier, qui précise bien entendu l'opérateur auquel il est accordé, détermine précisément le périmètre au sein duquel la recherche et/ou l'exploitation peuvent être réalisées, le ou les produits concernés, ainsi que la durée pour laquelle il est octroyé. Il confère ainsi à son titulaire le droit *exclusif* de procéder à la recherche et/ou à l'exploitation de ce ou de ces produits dans le périmètre défini, au cours de la période précisée (à noter que si les titres miniers pouvaient à l'origine être octroyés sans limite de durée, ce n'est plus le cas depuis 1919).

349. En dehors de l'expiration de sa durée de validité, le titre peut néanmoins être remis en cause de plusieurs manières. Le titulaire du titre peut tout d'abord, à tout moment, y renoncer totalement ou partiellement, sous réserve des dispositions particulières prévues par la législation minière. Une telle renonciation est cependant soumise à l'autorisation préalable de l'autorité concédante, laquelle prend la forme d'un arrêté ministériel.

350. Ensuite, le propriétaire peut, en particulier s'il n'a pas exploité sa concession de manière satisfaisante ou plus généralement en cas de faute, se voir retirer le titre minier. Enfin, les concessions dont le ou les titulaires ne sont plus connus (sociétés dissoutes, héritages indivis, etc.) peuvent être annulées par l'autorité concédante par le biais également d'arrêtés de retrait. Le droit donne d'abord au titulaire la possibilité à la société d'exploiter les matériaux situés sur ou sous des terrains qui ne lui appartiennent pas (contrairement aux carrières). Le concessionnaire est également autorisé à utiliser les terrains de surface, même sans l'autorisation de leur propriétaire, pour y édifier les installations nécessaires à son travail y compris des routes et des voies ferrées. Ces servitudes ouvrent évidemment droit à indemnité, mais le fait est que « l'utilité

[441] Le droit minier des DOM est autonome et résulte des décrets n° 55-586 du 20 mai 1955 et n° 56-1039 du 5 octobre 1956.

publique » prime. En abordant plus en détail les modalités d'obtention d'un titre minier en droit français :

1.1. Les modalités d'obtention du permis de recherche :

351. Les permis exclusifs de recherche sont octroyés par simple arrêté ministériel depuis la loi n° 94-588 du 15 juillet 1994. La durée du permis est de 5 ans, renouvelable deux fois pour la même durée – soit une durée totale maximum de 15 ans - (art.9 et 10, C. min.). Le titulaire du permis de recherche est le seul à pouvoir obtenir un permis d'exploitation (art. 26, C. min.). Il n'y a pas de limitation de superficie, mais elle doit être délimitée suivant un quadrillage préétabli. Le titulaire est protégé contre les concurrents et les tiers (art.7 C. min.). Il peut exploiter le produit de ses recherches (art. 8, C. min.), mais il peut être soumis à des obligations particulières : de sécurité, d'effort financier minimal, de se conformer aux directives administratives, etc.

1.2. Les modalités d'obtention du permis d'exploitation

352. Les permis d'exploitation ont été supprimés par la loi du 15 juillet 1994 sauf dans les DOM. Les concessions sont octroyées par décret en Conseil d'État après enquête publique (art. 25 C. minier). Le demandeur peut tout à fait être une personne physique et de nationalité étrangère. Toutefois, toute société commerciale titulaire d'une concession devra être constituée sous le régime de la loi française ou de la loi d'un État de la Communauté Européenne. L'exploitation est limitée à 50 ans, susceptible d'une prolongation successive de 25 ans (art. 29 C. min.).

353. Le concessionnaire à qui un titre minier a été octroyé a pour principales obligations d'exploiter le gisement, de respecter l'environnement, de s'acquitter des redevances, de prendre en compte les intérêts des individus et des collectivités locales, etc.

1.3. Le mécanisme de transfert de propriété sur le pétrole dans les États de la région ANMO

354. La plupart des États en voie de développement ont mis en place un *corpus* de règles qui régissent le secteur pétrolier. Dans tous les cas, les ressources minérales sont détenues soit directement par l'État, soit en fiducie. Bien évidemment, le droit pétrolier/minier de chaque État s'inscrit dans son propre système juridique (droit civil, droit islamique et droit commun) et reflète sa compréhension juridique, sociale et politique de la notion de propriété. Tandis que, en établissant les limites d'une conduite acceptable pour l'exploration et de l'exploitation minière, le système juridique encadrant le secteur pétrolier a vocation à guider à la fois l'action du gouvernement du pays hôte et celle de l'investisseur concerné.

355. Les législations pétrolières de l'État comprennent toutes les lois, règlements et règles de toute nature conçus spécifiquement pour réglementer le pétrole, sa définition, sa propriété, son exploitation et le transfert de sa propriété entre l'État et une partie privée.

1.4. Les dispositions relatives aux droits de propriété des États de la région ANMO

356. La plupart des législations de la région AMMO ont été très peu clairs sur le titre de propriété sur les ressources naturelles, y compris le pétrole. Bien que le premier article de droit Libyen pétrolier déclare que « l'État a obtenu les droits de propriété pétrolière » et a le droit de transférer ces droits à un tiers par le biais d'une autorisation spéciale, le projet constitutionnel libyen de 2015, dans son article 31, affirme que les ressources naturelles appartiennent à la « UMMH-nation », en référence à la nation islamique, sans donner une définition sociale, géographique ou politique à cette Umma/nation. Cette hypothèse trouve ses origines dans l'opinion de l'Imam Malik[442],

[442] Malik Ibn ANAS, un savant musulman connu sous le nom d'Imam Malik, est né au XIII[e] siècle à Medinah en Arabie saoudite. Sa doctrine et son interprétation de la « charia » islamique sont largement suivies en Afrique du Nord, y compris en Libye. Voir : Malik Ibn ANAS, " Al-Muwatta of Imam Malik – Arabic

confirmant que tous les minéraux appartiennent à la communauté musulmane dans son ensemble et sont sous le contrôle direct du « Gouverneur ».

357. La législation de l'Arabie Saoudite, du Koweït et des Émirats Arabes Unis a traité ce sujet avec le silence ou l'ambiguïté. Tandis que l'article 23 de la Constitution des Emirats Arabes Unis de 1971, affirme que le titre de propriété des ressources naturelles est considéré comme une propriété publique[443]. De plus, le code pétrolier iranien et la Constitution de 1979 ont également traité le sujet avec ambiguïté, en affirmant que le principe islamique protège la propriété des ressources naturelles sans affirmer si ce droit appartient à la nation, à l'État ou au peuple[444]. La règle la plus importante de la disposition iranienne dans cette affaire est que l'étranger n'est pas autorisé à gagner des biens sur les ressources naturelles, y compris le pétrole. La question importante à cet

English *4th Edition*", Diwan Press, 2016; pour une illustration compressive du propriété sur ressources naturelles in droit islamic voir : Walied M.H. El-MALIK, "Minerals Investment Under the Shari'A Law (International Energy & Resources Law and Policy", Kluwer Law International; 1993.

[443] Article 23 de la Constitution des EAU de 1971: "Ownership of natural resources The natural resources and wealth in each Emirate shall be considered the public property of that Emirate. Society shall be responsible for the protection and proper exploitation of such natural resources and wealth for the benefit of the national economy".

[444] Les articles 44-45 de la Constitution iranienne de 1971 disent : *A. 44: The economic system of the Islamic Republic of Iran is based on three sectors: state, cooperative, and private, and will be based on disciplined and correct planning. The state sector includes all the national industries, foreign trade, major mines, banking, insurance, energy sources, dams and large water irrigation networks, radio and television, post, telegraph and telephone, aviation, navigation, roads, railroads, and others which are publicly owned and under the state's control. The cooperative sector will include corporations and cooperative institutions of production and distribution that are established in accordance with Islamic criteria in cities and villages. 14 The private sector is comprised of that sector of agriculture, animal husbandry, industry, trade, and services that complement the state and cooperative economic activities. The law of the Islamic Republic protects ownership in these three sectors as long as it agrees with the other principles described in this chapter; and it must not surpass the limits set by Islamic law. Such ownership must induce development and growth in the country's economy; and not cause any social harm. The details of the regulations, areas, and boundaries of the three sectors will be determined by law. Article 45: The following are under the control of the Islamic government: wastelands and public wealth, abandoned or unclaimed land of deceased owners, mines, seas, lakes, rivers, and other public bodies of water, mountains, valleys, forests, marshlands, natural prairies, unrestricted pastures, inheritance without any heir, wealth without any identified owner, and public wealth that is confiscated from the usurpers. The Islamic government will treat these in accordance with the public interest. The law shall determine the detail and manner of utilization of each of them*".

égard est que tous les États pétroliers de la région ont, sans exception, établi une société nationale « à caractère commercial ». La compagnie nationale du pétrole, comme nous le verrons en détail dans le titre II de cette thèse, est déléguée à la conduction des opérations pétrolières au nom de l'État, et est le premier partenaire à tous les accords pétroliers.

1.5. Les caractères généraux des accords pétroliers

358. Il existe deux modalités de base pour l'exploration et l'exploitation du pétrole dans le monde : les concessions et les contrats[445]. C'est la partition et la définition donnée par M. BARROWS à la licence pétrolière, basée sur le transfert total du titre propriété de pétrole à l'investisseur étranger par concession. Il existe trois types de contrats pétroliers : le contrat du partage de la production, le contrat de services et le contrat des services de risque.

359. Bien qu'il y ait des différences entre les types de contrats, il existe des caractéristiques communes à tous les types de contrats d'investissement pétrolier : (a), le financement du cocontractant étranger des opérations de l'exploration et l'exploitation de pétrole (b) la participation du cocontractant étranger à la gestion, et (c) le partage des bénéfices de la production de pétrole.

1) **Le financement étranger** : il est courant dans la plupart des formes d'arrangement de pétrole (lorsque les États en voie de développement sont impliqués) d'avoir des financements étrangers pour des opérations pétrolières. Le financement est l'élément majeur qui explique la volonté de certains États de rechercher un investisseur étranger afin d'anticiper l'opération et l'exploration du pétrole. Le financement étranger est également l'un des principaux facteurs de risque pour les compagnies pétrolières étrangères, pour les investisseurs pétroliers étrangers. Ces investisseurs fournissent un énorme apport financier, soutenus par des instructions

[445] Voir : Gordon H. BARROWS « worldwide Concession Contracts and Petroleum Legislations » , PennWellBook, 1983, p. 1-3.

financières spéciales. En retour, la compagnie nationale pétrolière CNP s'attend à ce que tout arrangement de pétrole soit compensé par une reprise réussie de leurs investissements et de leurs profits, que ce soit dans un modèle monétaire (en espèces) ou dans des actions de pétrole et de gaz (bien)[446].

2) **La gestion** : la plupart des accords pétroliers offrent aux entreprises étrangères des voies légales et des méthodes pour gérer leurs investissements et les opérations d'exploration et d'exploitation. C'est le montant de l'influence et de la direction dont les parties privées étrangères ont besoin pour exercer la conduite des opérations et la planification de leur processus de développement et des investissements d'exploration. Le degré de liberté dans la gestion qu'a permis l'investisseur étranger est étroitement défini dans les législations de pétrole et/ou dans les contrats. L'extension du contrôle exercé par le parti de l'étranger varie selon les capacités techniques de l'investisseur étranger et les limites du contrat.
3) **Les profits** : en cas de succès, comme expliqué (a) ci-dessus, le partenaire étranger s'attend à réaliser un profit correspondant au risque et à l'effort qui ont été investis. Ce rendement économique est généralement obtenu dans tous les cas par le pétrolier (que ce soit des arrangements/contrats, des contrats ou des concessions) à travers divers paramètres tels que les taux d'imposition, les aspects financiers ou de partage de la production, des règles de dépréciation/amortissement, des titres de participation, les prix d'achat de pétrole et les frais. Étant donné le nombre suffisant de ces paramètres et compte tenu de l'exposition aux risques en tant que facteur principal pour le contrat/concession, il est possible d'obtenir le même résultat financier pour différentes formes d'armement de pétrole.

1.6. Les type de contrats pétroliers

360. Le contrat d'investissement pétrolier se décline en trois types différents. La concession et le contrat de partage (une forme de joint-venture) ensuite le contrat de service.

[446] Voir, Gordon H. BARROWS 1983, *op., cit.*, pp. 8 et ss.

1.6.1. La concession

361. La concession est le premier contrat pétrolier jamais utilisé dans l'industrie. C'est le modèle préféré des investisseurs car c'est une méthode unique et directe qui offre des libertés plus élevées dans les gestions et plus de droits sur les productions que d'autres types d'arrangements pétroliers.

A. Définition

362. ***La concession*** est la première « disposition contractuelle » originale utilisée dans l'industrie pétrolière. Bien que les concessions ne soient plus utilisées dans la région ANMO de nos jours, elles restent la forme contractuelle la plus utilisée dans les États développés tels que les États pétroliers de l'UE et les États-Unis. Pour définir la concession, nous pouvons l'identifier comme l'arrangement contractuel par lequel l'État hôte transfère les droits de propriété exclusifs sur la production du pétrole à un investisseur étranger afin de mener les opérations de recherche, d'exploration et d'exploitation nécessaires. Ces droits acquis par l'investisseur étranger sont généralement l'échange de paiements « déterminés » versés à l'État hôte sous la forme de « redevances/Royalties », de « loyers/rents » ainsi que le paiement de taxes locales. En retour, les investisseurs étrangers ont le droit de produire, de transporter et d'exporter du pétrole brut sur le marché international. Les conditions de concession peuvent être soit fixées par une législation pétrolière de l'État hôte, soit négociées entre les parties. La concession, ancienne et récente, confère à l'État hôte des droits non limités ou limités d'ingérence dans les opérations pétrolières et dans les plans de gestion.

363. Le droit français définit la concession comme « un contrat par lequel une collectivité publique fait appel au concours d'un particulier ou d'une personne pour exploiter un service public ou une entreprise d'intérêt général »[447]. Par contre, dans

[447] Ph DEVELLE., *La concession en droit international*, Paris, 1936, pp. 1-2.

l'esprit du droit commun, la « concession » est, de manière plus large : « a private property right of the granter, a contractual relationship to which a government is a party and a right affecting governmental interests »[448]. La concession a plusieurs caractères distinctifs par rapport à d'autres accords pétroliers :

B. Les droits découlant de la concession pétrolière

364. ***Tout d'abord*** la pleine exclusivité sur une période de temps et d'espace, puis le transfert de propriété sur le pétrole et enfin, à côté de l'amélioration de la concession moderne, la concession donne une liberté de gestion plus importante au concessionnaire que tous les autres contrats pétroliers.

- **Exclusivité**

365. La concession pétrolière est un accord d'exclusivité, en temps et lieu, entre un État hôte et un investisseur privé, la plupart du temps étranger, afin d'accorder de manière exclusive les droits sur la production pétrolière d'un territoire déterminé en vertu de la concession. La doctrine française annonce ce caractère exclusif en affirmant que : *« Celui qui par le titulaire d'une marque, ou concédant, s'engage sur un territoire donné à ne vendre qu'un cocontractant, ou concessionnaire, qui s'oblige, en contrepartie à distribuer les biens uniquement ces biens, en respectant la politique commerciale définie par son partenaire* »[449].

366. Cette définition évoque un élément très important de la « concession » qui est l'exclusivité. En d'autres termes, il s'agit d'un contrat avec des obligations de nature exclusive entre le concédant et le concessionnaire, dans l'espace et le temps. Ce qui signifie que le concédant est lié à certaines obligations contractuelles pendant la période de temps et dans le lieu définis.

---

[448] Voir: S. Toriguian, "Legal Status of Oil Concessions in the Middle East", Beirut: Hamaskaine Press, 1972, p. 31, note 5.

[449] Voir : François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9e édition Dalloz, 2011, p. 951.

367. Par conséquent, la concession accorde au concessionnaire des droits sur le pétrole, qui autorisent une entreprise à explorer et à développer le pétrole sur le marché pour une zone déterminée pendant un certain nombre d'années. Grâce à la concession, le concessionnaire se voit accorder notamment des droits exclusifs opérationnels et techniques tels que la prospection, le forage, le développement et le droit sur la production d'une zone en particulier et pour une certaine durée déterminée dans la concession. Cela est en échange d'un paiement initial et d'un droit à une fraction de la valeur de tout le pétrole produit.

- **Transfert de la propriété**

368. Le plus important dans la concession est qu'elle donne un titre de propriété sur la production au concessionnaire tout en imposant une hausse proportionnelle des taux d'imposition et de redevances sur la concession. Comme M. EL KOSHERI l'a décrit, « *l'État concédant dans ses relations avec le concessionnaire s'appuyait essentiellement sur les droits qui découlent de sa "souveraineté", sans se prévaloir d'aucun droit de "propriété privée" sur le pétrole extrait des gisements ou sur l'entité qui entreprend l'exploitation et ses biens.* »[450]. Donc, la concession se constitue par une « autorisation administrative » émise par le gouvernement au nom de l'État hôte. Cette autorisation confirme les transferts de droit de propriété sur le pétrole extrait des gisements au deuxième cocontractant privé « le concessionnaire », et permet d'imposer une hausse des taux d'impôts et de redevances pour le bénéfice de la première partie, l'État hôte.

369. L'une des différences fondamentales entre la concession et l'autre accord pétrolier réside dans le transfert intégral des droits de propriété sur le pétrole extrait des gisements au concessionnaire, contre certains droits et le paiement de taxes. Se rajoutent à ce transfert d'autres droits souverains que l'État accorde au concessionnaire par le droit international et les législations nationales de pétrole. Parmi ces droits, on retrouve notamment la gestion et le contrôle des ressources naturelles ainsi que les

[450] Voir : AL KORISHI, *op., cit,* p.237.

activités d'exploration et d'exploitation du pétrole. Une autre différence importante entre une concession et un autre arrangement de pétrole est que la concession est un accord entre l'État et le concessionnaire sans une entreprise d'État obligatoire servant d'intermédiaire, tandis que tous les autres accords pétroliers sont conclus avec l'entreprise de l'État en tant que partenaire dans tous les droits souverains ainsi que les droits de propriété de la production pétrolière[451].

370. Le Royaume-Uni, dans son modèle offshore de concession, a fourni très tôt un exemple de l'ambiguïté que présente le transfert de droit de propriété sur le pétrole, si et quand il est produit.

> *« In consideration for the payment and royalties hereinafter provided and the performance and observance by the licensee of all terms and condition hereof the Minister, in exercise of the powers conferred upon him by the Act of 1934 and the act of 1964 hereby grants to the licensee Exclusive Licence And Liberty during the continuance of this license and subject to the provisions hereof to search and bore for, and get, petroleum in the seabed and subsoil under the seaward area comprising an area of …. Square kilometers more particular described in schedule 1 to this license, etc »*[452].

371. La concession entre le gouvernement impérial de Perse et la Compagnie Anglo-Perse, en 1933, a explicitement clarifié le transfert des droits de propriété sur le pétrole, extrait des gisements de l'État iranien à la compagnie en déclarant que :

> *« Le gouvernement octroie à la Compagnie, aux termes de cette concession, **le** droit exclusif dans le territoire de la concession de*

[451] M. EL KOSHIRI décriait ces droits en confirmant que le concessionnaire tout au long du contrat de concession a le droit *: « i) à un* jus ad rem *sur le domaine concédé ; ii) il possède un droit de propriété (jus in rem) sur le pétrole extrait des gisements, c'est-à-dire à la sortie des puits ; iiv) il a aussi un droit de propriété sur l'entité qui entreprend l'exploitation, les installations matérielles, les équipements, moyens de transport, etc., apportés par lui dans le cadre de l'industrie pétrolière qu'il établit dans l'État »* , *op., cit.,* p. 237.

[452] Voir, B. TRAVARNE,-*op., cit.,* p. 122.

rechercher et d'extraire le pétrole, ainsi que de raffiner ou traiter de toute autre manière et de rendre propre pour le commerce le pétrole obtenu par elle. Le Gouvernement octroie également à la Compagnie, dans l'étendue de la Perse, le droit non exclusif de transporter le pétrole, de le raffiner ou traiter de toute autre manière et de le rendre propre pour le commerce, ainsi que de le vendre en Perse et l'exporter »[453].

372. De plus, Le modèle de concession libyenne attachée à la loi pétrolière de 1955 a également adopté la même forme dans son article 1 en déclarant que :

"In consideration of the undertaking by the Company to make the annual payments and pay the fees, rents and royalties herein after prescribed and to perform and observe the terms and conditions of this Concession, the Secretariat of Petroleum hereby grants to the Company, subject to the conditions hereof and the provisions of the Law, the exclusive right for a period of (…) years to carry out geological investigations, including aerial surveys, and to search for by any other means, bore for, and extract petroleum within and over the area outlined in red on the map annexed hereto of approximately (…) square kilometers situated in the (…) Zone bounded and defined as follows : (…)
The Company shall have the right to take away such petroleum whether by pipeline or otherwise from the concession area and to use, process, store, export and dispose of the same"[454].

373. La formulation de ces clauses définit directement et clairement le transfert exclusif dans la zone de concession ainsi que la propriété sur le pétrole selon trois critères :

I. L'*usus* (le droit d'utiliser) : rechercher et extraire le pétrole, ainsi que de raffiner ou traiter de toute autre manière ; et

[453] Le contrat est publié dans les documents de INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, PLEADINGS, ORAL ARGUMENTS, DOCUMENTS ANGLO-IRANIAN, OIL Co. CASE, (UNITED KINGDOM v. IRAN), http://www.icj-cij.org/docket/files/16/2019.pdf.
[454] Voir annexe 1 de cette thèse

II. Le *fructus* : le droit d'en percevoir les fruits et revenus de la production ; et

III. L'*abusus* : le droit d'aliéner et/ou de vendre la production.

374. Malgré ce transfert de propriété de l'État hôte au concessionnaire, l'État reste détenteur de son droit souverain sur le pétrole ainsi que les droits de propriété du pétrole et des gisements, tel que prévu dans son droit national et prévu par le droit international. Ce qui a été confirmé par M. EL KOSHERI, qui déclare que : *« En ce qui concerne l'État concédant i) L'État reste toujours investi des droits souverains qui émanent de sa fonction en tant que pouvoir public ; ii) l'État possède toujours un droit de propriété sur les gisements et les ressources souterraines qui s'y trouvent ; iii) l'État n'a aucun droit de propriété sur la production pétrolière, l'investisseur exploitant ou l'industrie pétrolière se trouvant sur son territoire national ; iv) l'État est titulaire d'un certain nombre de droits contractuels, dont la source est l'acte juridique conclu avec le concessionnaire ; v) en même temps, l'État est tenu par ses engagements, y compris le respect de tous les droits consentis en faveur du concessionnaire* » [455].

- **La participation de l'État**

375. La concession moderne diffère sur les détails importants du « modèle d'Arcy ». Des changements ont touché les deux termes techniques et juridiques. Cependant, le concept fondamental lié au transfert de propriété reste inchangé. Ainsi, une entreprise ou un consortium d'entreprises fut autorisé à développer les réserves de pétrole de l'État et a permis l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire considérable sur les détails des opérations de développement et de gestion.

376. Les concessions modernes contiennent des dispositions exigeant les programmes de travaux d'exploration et de dépenses minimales entrepris pour chaque année de la période et la remise progressive de la zone d'origine. En vertu des accords

[455] Voir : EL KORISHI, recueille, op*., cit.,* p. 237.

modernes, l'État hôte participe au processus de prise de décision et d'approbation des coûts et des dépenses d'exploration. Existe également le transfert de technologies et de formation que l'entreprise a généralement l'obligation de remplir et le gouvernement garde le contrôle sur les prix. Une concession de l'investisseur de portefeuille est souvent contrainte d'employer des ressortissants de l'État hôte et l'État hôte exerce un contrôle sur la force de travail introduite dans l'État.

C. Les termes financiers de la concession

377. Les conditions financières et le paiement effectué par le concessionnaire à l'État concédant sont l'un des éléments majeurs et conflictuels dans les concessions de pétrole qui nécessitent la stabilité et la protection contre l'évolution du marché et d'éventuelles modifications par l'État hôte. Les arrangements financiers de concession peuvent être désignés comme suit :

"The bonus of goodwill"

378. Les primes en espèces sont des sommes d'argent à verser à l'État à certaines occasions, telles que les jours où la concession a été accordée ou bien à la signature du contrat (prime de signature) ou lorsque la production atteint un certain niveau (bonus de production). Les paiements de ces bonus sont généralement différents d'un système de concession à l'autre et se font sur la base de négociations directes entre les cocontractants.

379. La prime de terme désigne le paiement une fois pour toutes fait par le concessionnaire lors de la signature du contrat, lorsque le pétrole est trouvé ou lorsque la production atteint un chiffre donné. L'écart d'acquisition d'expression est plus restrictif en se référant uniquement à la somme payée par le concessionnaire avant de commencer l'exploitation. Au fil des ans, les paiements de bonus, en particulier en ANMO, sont restés dans des limites relativement modestes.

- **Royalties (redevances annuelles)**

380. Les redevances sont un paiement en pourcentage des volumes de pétrole et/ou de gaz naturels qui sont produits par le concessionnaire et payables en espèces. Les redevances doivent être versées au propriétaire du pétrole *in situ*, qui est l'État dans la plupart des cas ou le souverain personnel. Dans le cadre de transfert de propriétés, ce droit de l'État, accorde à l'investisseur des droits exclusifs de mener la gestion des opérations d'exploration et d'exploitation sur une zone déterminée. Le premier paiement est dû avant la découverte de la production commerciale.

381. Dans le modèle de concession libyenne, comme le premier modèle de la concession moderne en ANMO, les redevances sont fondées sur la valeur nette de la production :

> ***CLAUSE 7: Royalties***
> *"The Company shall pay a royalty of 12.5% of the value of the total field production of all natural gasoline recovered by the Company from the concession area and of all petroleum (excluding natural gas) won and saved into field storage freed of water and foreign substances after deduction of the quantities of any petroleum, petroleum products and natural gasoline used in Libya by the Company in the course of its operations hereunder.*
> *The value of crude oil for royalty purposes shall be calculated on the basis of the posted prices as defined in Article 14 (5) of the Law."*

Le même article essaye de parvenir à un accord dans le calcul de la valeur du gaz naturel et du pétrole.

> *« The value of natural gasoline and of petroleum other than crude oil for royalty purposes shall be calculated in a manner to*

be agreed upon from time to time between the Secretariat of Petroleum and the Company ».

382. L'article a par ailleurs ajouté une deuxième partie des redevances (royalties) versées également par le concessionnaire s'élevant à 12,5 % de la valeur de tout le gaz naturel provenant de la zone de concession et exporté par l'investisseur, cette valeur étant le prix de vente après déduction de tous les frais de manutention, droits, impôts et le coût du transport de la tête de puits payé par l'investisseur et non restitué par l'acquéreur.

383. « 3. The Company shall also pay a royalty of 12.5% of the value of all-natural gas derived from the concession area and exported by the Company, the value of the natural gas for this purpose being the sale price after deducting any handling charges, duties and imposts and the cost of transport from the Wellhead paid by the Company and not recovered from the purchaser. »

« Location »

384. Une location de zone est déterminée dans la concession et impose des obligations de paiement : la location en montant annuel par kilomètre carré. Il s'agit d'une pratique courante dans l'industrie pétrolière : plus la concession est conservée, plus le montant du loyer augmente. Un exemple de la clause de location se trouve dans la concession libyenne, et affirme que :

1) Article 6. Surface Rents
2) The Company shall with respect to each concession granted to it, in accordance with Article 13 of the Law and Clauses 9 (2) of this Concession, pay an annual surface rent per 100 square kilometers or pro rata for part thereof of the concession area held.

D. La part du profit net de l'État hôte

385. Alors que les redevances justifient le transfert de la gestion et des droits exclusifs d'exploitation de l'État hôte au concessionnaire, l'« autre paiement » représente le

transfert du droit de l'État sur la production à l'investisseur. La part des profits de l'État est un prélèvement élevant la part en pourcentage de la valeur de la production. Cette valeur est divisée en trois types :

1.a.i. ***State net profit share*** est un profit fondé sur la valeur de base. Le résultat net est un ou des profits nets restant après paiement de l'impôt sur le revenu issu de la règle de calcul de la part de l'État. Le bénéfice net est généralement fixé dans le contrat de concession lors des négociations des parties.

1.a.ii. ***State Gross profit share*** est également un prélèvement de ce montant de la part en pourcentage de la marge brute. Le bénéfice brut est le revenu avant le paiement des impôts et redevances. Ce genre de résultat est généralement alternatif pour imposer des taxes sur le revenu des particuliers de pétrole[456].

1.a.iii. ***State share of excess profit*** ; c'est un prélèvement qui est calculé sur la base des parts en pourcentage de la différence entre un certain prix de base, qui est indexé pour l'inflation d'un côté et le prix de vente effectivement réalisé[457].

386. Tous ces paiements de l'investisseur à l'État hôte garantissent le transfert des droits exclusifs « tangibles et intangibles » accordés dans le cadre de la concession.

1.6.2. Le contrat de partage pétrolier (*Joint-Venture*)

387. L'autre type d'accords pétroliers (le contrat) diffère de la concession en ne transférant pas les droits exclusifs à l'investisseur. Le contrat d'investissement pétrolier, en effet, est basé sur le partage des frais, des gestions et de la production entre les deux cocontractants privé-étatique.

[456] B. TAVARNE, p. 131.
[457] *Ibidem*, p. 132.

A. Définition de contrat de partage

388. Les différentes appellations sont : « contrat de partage de production » ou « contrat de partage de l'exploration et production » – Exploration and Production Sharing Agreement EPSA - tel que le modèle libyen l'appelle. Ce modèle implique le partage de gestion, les activités pétrolières de recherche et d'étude géologique, les opérations d'exploration et exploitation ainsi que les charges liées entre les deux cocontractants « partie étatique et investisseur privé ». Il implique aussi que le partage du pétrole extrait des gisements, entre les cocontractants, sur une formule déterminée par le contrat. En effet, le contrat de partage constitue une forme de « joint-venture » entre deux parties où sont partagés de manière plus importante, le risque, les charges ainsi que le profit.

389. Après l'indépendance des États pétroliers en voie de développement et le pouvoir souverain sur les ressources naturelles accordé par le droit international au cours du XX^{e} siècle, les États hôtes ont commencé à réclamer plus de participation et de contrôle dans les opérations et les gestions de pétrole. Par conséquent, la plupart des pays en développement ont transféré, par voie de nationalisation ou de renégociation, leurs anciennes concessions aux contrats de partage. Sur un coût déterminé, les cocontractants, suite à la conclusion du contrat de partage, créent une entreprise quasi-indépendante, où les investisseurs étrangers transfèrent un capital, un savoir-faire ainsi que les ressources humaines. Alors que l'État fournit la main-d'œuvre, partage le capital et détient le titre de propriété sur le pétrole *in situ,* les coûts des opérations pétrolières d'exploration et d'exploitation ainsi que les profits, sont récupérés à partir de la production commerciale grâce à des formules définies par le contrat.

B. Des exemples de contrats de partage

Alors que l'Indonésie constitue l'un des exemples les plus significatifs de partage de contrat, la Libye constitue l'un des exemples les plus compliqués. Les deux exemples

représentent le rôle progressif joué par l'État hôte au niveau de la gestion des opérations pétrolières.

L'exemple de l'Indonésie

390. Le contrat de partage de production en Indonésie a été introduit et développé pour répondre aux exigences de la Constitution indonésienne de 1945 qui a réaffirmé la souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles, et pour répondre à la demande nationale de supervision de l'investissement étranger. Les contrats de partage de production ont été adoptés par le gouvernement indonésien en remplacement de la concession exclusive qui a pris fin en vertu du décret gouvernemental n. 44 d'octobre 1960. Ce décret a déterminé que :

1. Tout le pétrole et le gaz qui se trouvent sur le territoire de l'Indonésie sont un bien national et contrôlé par l'État.
2. Le pétrole et l'exploitation minière de gaz ne doivent être effectués que par l'État et n'être mis en œuvre que par les entreprises d'État.
3. Le ministre des Mines peut nommer d'autres parties traitantes de l'entreprise d'État si nécessaire.
4. Les contrats de travail entre l'entreprise d'État et un entrepreneur doivent être légalisés par la loi.
5. L'autorité de la mine ne devrait pas saisir de droits fonciers de surface.
6. Si des droits fonciers, qui ne sont pas en bon état, chevauchent la zone de toute autorité de l'exploitation minière, le propriétaire du terrain sera indemnisé[458].

391. C'est en janvier 1967 que le gouvernement de l'Indonésie a approuvé le premier PSA pour un bloc offshore du Nord-Ouest de Java, qui a remplacé une ancienne

[458] Voir : G. H. BARROWS, *op., cit.,* p. 13; TAVARNE *op., cit.,* p. 255 et s. ; voir aussi R. FABRIKANT, "*Production Sharing Contracts in the Indonesian Petroleum Industry*" 16 *Harv Int'l L.J.*303 (1975).

concession qui opérait depuis 1967[459]. Pour les grandes entreprises internationales qui investissent dans le marché du pétrole indonésien, le nouveau concept de partage de production fut une mauvaise surprise.

392. Avec le modèle de formulaire indonésien de 1977, la deuxième partie s'engage à contribuer à payer un capital pour un programme de travail s'étalant sur une période de six ans. Au cours de chacune des six années, l'investisseur est tenu de soumettre une proposition à Pertamina, la compagnie pétrolière indonésienne, pour approbation. Ce système d'agrément a permis à l'État de maintenir un contrôle étroit sur les opérations poursuivies. En outre, le contrat indonésien Pertamina dispose que:

> *« (a) have and be responsible for the management of the operations contemplated hereunder; however, PERTAMINA shall assist and consult with CONTRACTOR with a view to the fact that CONTRACTOR is responsible for the Work Program.*
> *(c) otherwise assist and expedite CONTRACTOR'S execution of the Work Program by providing facilities, supplies, and personnel... and to make available from the resources under PERTAMINA'S control. In the event that such facilities, supplies or personnel are not readily available then PERTAMINA shall promptly secure.., the use of such from alternative sources. Expenses thus incurred by PERTAMINA by CONTRACTOR'S request shall be reimbursed to PERTAMINA by CONTRACTOR and included in operating costs. .. CONTRACTOR shall advance to PERTAMINA before the beginning of each annual Work Program a minimum amount of... ($75,000) .... If any amount advanced hereunder is not expended by PERTAMINA by the end of annual Work Program period, such amount shall be credited... for the succeeding annual work program period ....*
> *(e) have title to all original data resulting from the petroleum operations... as CONTRACTOR may compile during the term hereof provided, however, that all such data shall not be disclosed to third parties without informing CONTRACTOR and*

[459]Voir : T. N. MACHMUD, the production Sharing Contract in Indonesia, Editors; Thomas W. WALDE & George K. NDI, *International Oil Andd Gas investment, Moving Eastward,* (Garham & Troman Martinues Nijhoff 1994).

giving CONTRACTOR the opportunity to discuss the disclosure of such data .... »[460].

393. L'implication de Pertamina la compagnie nationale indusienne en tant que gestionnaire des opérations avec la compagnie pétrolière étrangère a permis d'instaurer un programme de travail tel que spécifié dans le partage de la production issue du contrat. Il s'agit d'un écart important par rapport aux clauses des anciens contrats de concession. En outre, le contrat indonésien a exigé que l'entrepreneur paie à Pertamina les frais de gestion pour faciliter le programme de travail. En vertu d'un tel système, la compagnie pétrolière d'État conserve le contrôle de gestion et reçoit une autre source de rémunération dans l'arrangement.

394. La répartition entre l'investisseur et l'État a progressivement évolué au fil des générations de contrats, en faveur de l'État. Le gouvernement a introduit une répartition de 65/35 pour cents avec une taxe sur le pétrole dans les contrats dans la région (quatrième génération). Depuis 2008, la cinquième génération a été introduite[461].

395. Bien que le concept de contrats de partage de production ait été utilisé la première fois en Bolivie dans les années 1950[462], il est un instrument juridique relativement nouveau pour définir les relations entre les États hôtes et les compagnies pétrolières internationales. En effet, le contrat de partage de production (PSC), développé progressivement en Indonésie, fut comme une réponse directe à des événements politiques en Indonésie dans le début des années 1960[463]. Les contrats de partage de production sont actuellement utilisés dans de nombreux État, notamment

[460] Cité chez de T. N. MACHMUD, *The production Sharing Contract in Indonesia*, Editors; Thomas W. WALDE & George K. NDI, *International Oil Andd Gas investment, Moving Eastward; et* Ernest E. Smitht, FROM CONCESSIONS TO SERVICE, CONTRACTS, HeinOnline (http://heinonline.org), Citation: 27 Tulsa L.J. 493 1991-1992.

[461] Pour plus d'informations sur le développement de PSA indonésien, voir : PWC guild Oil and Gas in Indonesia, Investment and Taxation Guide May 2012 – 5th edition Updated for GR79/2010 and its implementing regulations, www.pwc.com/id.

[462] Voir, Z. ALQURISHI, *op., cit.,* p. 42.

[463] Voir : B. TAVERNE, *op., cit.,* pp. 255-260.

en Libye, en Malaisie, en Égypte, au Bangladesh, en Syrie, au Liban, en Jordanie et à Oman.

L'exemple libyen

396. ***La première génération de contrat de partage de l'exploration et production (EPSA I)***[464] a commencé à prendre effet pour la première fois dans l'industrie pétrolière internationale et en Libye en 1974. Pour un exemple EPSA, j'ai signé un contrat entre la Jamahiriya National Oil Corporation (NOC) et Agip qui est toujours valable et en vigueur et comprend la Buri terrain (NC74) (l'une des découvertes faites). Les principales caractéristiques de l'EPSA sont le changement radical qui a été introduit en soustrayant la part de la deuxième partie de la production de l'impôt, ce qui devrait être pris en considération par rapport aux actes de concession qui prévalaient jusqu'en 1974 et qui étaient fondés sur une taxation, système dans lequel la part de la deuxième partie de la production faisait l'objet d'un droit d'imposition lourd de plus de 50 % et dans certains cas, jusqu'à 90 %. Deuxièmement, les accords de partage de l'exploration et de production (EPSA I) ont connu une diminution du pourcentage de la prise de la production attribuée à la deuxième partie.

397. ***La deuxième génération de contrat des partages de l'exploration et de production (EPSA II)*** a commencé à prendre effet en 1980 entre la CNP et les investisseurs suivants : Cosatal Libye Exploration Ltd, Compagnie des Pétroles total (Libye), Rompetrol de la Libye, Occidental de la Libye, Sun Oil de la Libye et BOCO, la compagnie national bulgare pétrolière. Les principales caractéristiques de l'EPSA II sont que l'accord a marqué de nouveaux changements à la suite d'un processus de négociation très difficile et long entre la CNP et les compagnies pétrolières étrangères, y compris le témoignage de l'investissement de grosses sommes d'argent pour

[464] Depuis son existence, le gouvernement libyen vise à appeler cet accord « le contrat de partage de l'exploration », célèbre en Libye par EPSA. Sa philosophie est de comprendre qu'il faut partager les deux étapes de l'opération « exploration et production », et pas seulement le profit de la production.

l'exploration par les entreprises étrangères. Cela a finalement abouti à des découvertes majeures et importantes, principalement dans le bassin de Murzuq par Rompetrol et BOCO.

398. ***La troisième génération du contrat de partage de l'exploration et de la production (EPSA III)*** a commencé à prendre effet en 1989 à la suite du souhait de la Libye de développer ses activités d'exploration et du fait de la pression exercée par les compagnies pétrolières étrangères existantes sur la CNP pour offrir de meilleures conditions à l'investissement dans le cadre des contrats (CEPP) afin de rassurer l'investissement étranger par de nouveaux venus. Les principales caractéristiques de l'EPSA III sont visibles dans le premier et le plus important changement. En effet, ont été introduites des conditions plus souples liées à la part de la production des deux parties sur la base d'une nouvelle formule qui tient compte des facteurs variables tels que le prix du pétrole, les coûts d'exploration et les coûts d'exploitation. Par conséquent, cet aspect de développement visait à trouver des solutions pour les découvertes problématiques existantes incluses dans les CEPP existants. Ces grands accords de développement et de partage de production ont été appelés les nouvelles EPSA. La deuxième caractéristique de l'EPSA est qu'il a été conclu au cours de la période de pointe des sanctions internationales des États-Unis sur la Libye. La troisième est que toutes les entreprises américaines avaient quitté la Libye. En effet, les investisseurs initiaux avaient déjà quitté la Libye en 1986, notamment les investisseurs américains Comoco, Amerada Hess et Exon, en raison de l'embargo américain sur la Libye, tandis que les nouveaux investisseurs américains, qui avaient signé en 1980, avaient quitté le territoire libyen en 1986. Le quatrième a été qu'EPSA III n'a été négocié et conclu qu'avec des entreprises européennes et quelques petits investisseurs d'Asie. Depuis 1989, d'importants accords ont été négociés et signés entre la CNP et les investisseurs étrangers tels que l'Accord de 1994 de l'amendement à l'exploration et la production des accords de partage de 1980 (appelé EPSA 80) et la NC 115, une découverte faite par Rompetrol, puis reprise par Repsol et OMV et Total ainsi que le contrat de modification à l'entente d'exploration de partage de production (EPSA 74) de la CNP et Agip Afrique du Nord en 1997.

399. ***La quatrième génération du contrat de partage de l'exploration et de la production (EPSA III)*** est née en 2002. Les comités furent formés pour examiner l'expérience libyenne au cours des 50 dernières années et chargés de prendre contact avec d'autres État producteurs de pétrole pour un échange d'expériences afin de développer un nouveau modèle de l'EPSA IV. En septembre 2004, la première série de présentations sur les caractéristiques de l'EPSA IV fut faite à Tripoli. EPSA IV contient des changements majeurs par rapport à ceux figurant dans la précédente EPSA. ***Les changements du système EPSA sont complets, en particulier en matière de fiscalité et de gaz***.

- **La clause de gaz EPSA IV**

400. La commercialisation de l'excédent de gaz associé doit être incluse dans le plan de développement et soumise à l'approbation des parties qui s'efforcent de conclure un accord de vente de gaz à long terme. À cette fin, l'opérateur va mettre en place les installations nécessaires à la production et à la livraison. Le point de livraison est spécifié soit dans le DP, soit convenu dans la convention de vente de gaz. Lorsqu'un régime de l'utilisation du gaz n'est pas disponible, la deuxième partie va offrir l'option à la première partie de la part de l'excédent de gaz associé, à titre gratuit, au point de livraison, comme spécifié immédiatement après le point de séparation entre le pétrole et le gaz. Si la première partie est d'accord, elle est responsable de tous les coûts liés à la collecte, le transport et la compression. Si elle n'est pas d'accord, une réunion pour discuter d'un remplacement doit être convoquée.

401. Concernant les prix, les dispositions ne devraient pas être moins favorables que celles des ventes de gaz sur le même marché et faire soit : un prix de base, une formule d'ajustement, une combinaison d'un prix plancher et un engagement « Take or Pay » de l'acheteur ou une clause de révision de prix pour un examen régulier. Dans le cas où le gaz naturel est commercialisé avant d'alimenter le marché national du gaz, un « Take or Pay » est applicable au prix le plus bas jusqu'à ce que le rapport du « facteur » soit

déterminé. Les calendriers de paiement doivent être déterminés dans le contrat de vente et une banque ou des garanties appropriées doivent être fournies pour les montants dus aux parties[465].

- **La clause relative aux droits des impôts (*« taxe clause »*)**

402. Alors que le premier article de la clause impose l'imposition sur la part de la première partie de la production, elle contredit immédiatement cette idée dans l'article suivant en attribuant toutes les obligations relatives à la part de la deuxième partie de la production à la première partie de paiement. Le montant des redevances et des obligations d'impôt sur le revenu est calculé par la deuxième partie et ainsi s'ouvrent les négociations entre les deux parties avant d'être traitées par la première partie. Une attestation fiscale est ensuite délivrée par l'autorité fiscale compétente au nom de la deuxième partie.

403. Pour le calcul de l'impôt et la redevance provenant des revenus tirés du pétrole brut, le prix de vente officiel de la Libye doit être appliqué. Il en est de même pour le calcul de l'impôt et de la redevance qui proviennent des revenus tirés du gaz naturel. Un prix a été fixé dans l'EPSA IV pour calculer les revenus provenant de la cession d'hydrocarbures liquides sous-produits. Les droits de douane, la location et les frais restent les mêmes que dans EPSA III dans lequel la deuxième partie est exonérée de ces paiements. D'autres charges gouvernementales (autre revenu) font que la deuxième partie ne peut ni facturer les coûts des conventions actuelles contre d'autres accords ni consolider ses revenus avec ceux des autres activités.

[465] Concernant les prix, les dispositions pour le marché libyen intègrent celles prévues pour les acheteurs internationaux : moins quinze pour cent (15 %). La valeur du mazout visé dans l'accord de vente de gaz sera déterminée en fonction de la base de 'Gênes-Lavera' mensuelles moyennes hautes et basses citations dans 'l'Oilgram de Platt'. Les paiements à la deuxième partie doivent être faits en dollars américains ou une autre monnaie librement convertible ou encore sous forme brute et/ou d'hydrocarbures liquides sous-produits

C. Les caractères principaux de contrat de partage

404. Comme nous l'avons vu plus haut, le contrat de partage ne transfère pas les droits exclusifs aux investisseurs sur la production pétrolière. Par conséquent, il lui transfère des parts déterminées sur la production après les calculs de coût opérationnel. Le rôle joué par l'État et les termes financiers du contrat de partage sont complètement différents de ceux de la concession.

a. Le rôle joué par l'État dans le contrat de partage

405. En ce qui concerne le contrat de partage il faut relever l'existence d'une distinction entre :

i. L'acte étatique ordonnant la prise de SPA qui est un acte de souveraineté effectué *de jure imperii* et où le contrat est effectué entre une compagnie pétrolière d'État d'un côté et un investisseur étranger de l'autre. La décision est généralement prise et approuvée par le cabinet. Celle-ci ne représente dans le contrat aucun changement en ce qui concerne les droits souverains exercés par l'État en tant que puissance publique. Rien ne change aussi en ce qui concerne la propriété des gisements et des ressources souterraines qui s'y trouvent. Bien que la langue de PSA semble être celle d'un accord purement commercial, notons que hormis le fait d'être un arrangement commercial, le PSA va attribuer des droits substantiels dans la production de pétrole qui ne sont pas normalement transférés par des accords commerciaux purs. Par conséquent, comme indiqué précédemment, le PSA dispose de deux caractéristiques fondamentales, il est à la fois un accord commercial et une licence du gouvernement. On remarque clairement cette ambivalence puisque le PSA ne précisait pas explicitement les droits de concession accordés à l'investisseur étranger. Ces droits comprennent les droits d'exploration et de production exclusive dans la zone, le droit d'utiliser gratuitement la terre (surface de l'eau et le sol de la mer) pour exécuter les opérations pétrolières sans la nécessité d'obtenir une licence

d'activité ou de permis spécifique, d'exporter librement la production, d'utiliser librement des devises, et d'autres droits nécessaires pour le bon déroulement des opérations.

ii. Les activités conduites après la prise du PSA au sein de la structure établie pour réaliser cette participation et qui s'accomplissent en tant que *jure gestionis.* L'État va participer au processus de gestion du PSA par un joint-venture-cadre à forme juridique mixte. Dans le cœur principal du PSA en Indonésie, en Libye, et dans d'autres États pétroliers qui adoptent ce système, les droits contractuels, contrairement à la concession, sont partagés également par un pourcentage déterminé par le marché/bedding en faveur des deux parties.

406. Par conséquent, l'investisseur étranger reçoit le droit contractuel d'explorer et de développer une zone spécifiée en échange de la possibilité de recouvrir ses coûts et de toucher un bénéfice spécifié. Bien qu'il n'y ait pas de format standard des guichets uniques utilisés actuellement sur le marché, les CSP ont conservé certaines caractéristiques fondamentales et peuvent être résumés comme suit :

b. Droits accordés à l'investisseur à travers le contrat de partage

407. Contrairement au régime de la concession, dans le cadre du contrat de partage, l'État possède et contrôle une grande partie de la gestion et des opérations de l'exploration et exploitation de pétrole. L'investisseur pétrolier étranger fonctionne à sa seule charge et prend ses risques, sous le contrôle de l'État hôte. En termes de droits accordés, l'investisseur en concluant un contrat de partage de production reçoit ses parts de de bénéfices comme une part de la production commerciale après déduction de toutes les dépenses et les impôts. L'investisseur ne recevra pas de « titres » ou d'« intérêts » exclusifs de la production pétrolière. Une autre distinction juridique entre le contrat de partage de production et de concession est que dans le premier « il ne comporte aucun abandon de la souveraineté de l'État hôte sur le pétrole. Alors qu'un droit de propriété est donné à l'État hôte sur l'entité qui entreprend l'exploitation, les installations matérielles, les équipements, les matériaux de transport *pipeline* que

l'investisseur, seul ou avec l'État, a apporté, construit ou investi pendant la durée du contrat.

c. Le droit de gestion

408. La direction est normalement confiée à un comité mixte de gestion, présidé par l'investisseur. Ce comité décide des plans de commercialité et de gestion. L'investisseur étranger doit dépenser un montant précis pour des tests sismiques et des forages d'exploration et tous les équipements et installations utilisés par l'entreprise sur le terrain deviennent la propriété de l'État hôte. Si la superficie est productive, l'investisseur étranger bénéficie du droit de recouvrer ses coûts totaux et de prendre librement un pourcentage des profits de la production.

409. Dans le contrat libyen EPSA IV, le mécanisme de vote à l'unanimité qui s'ajoute dans l'EPSA ouvre la porte à un certain nombre de problèmes en raison de la vaste portée de l'autorité du comité de direction qui comprend non seulement la déclaration d'une découverte commerciale et l'adoption de plans de développement, mais aussi l'approbation de tous les programmes de travail et les budgets. Sans un mécanisme de déblocage des impasses, chaque partie peut bloquer les opérations pétrolières. Bien que cela puisse être acceptable pour certaines entreprises, en particulier celles qui connaissent bien la CNP, cela est susceptible de causer des problèmes aux autres. Le comité de gestion est nommé au plus tard un (1) mois après l'approbation finale de l'accord pour superviser toutes les opérations pétrolières dans la zone du contrat. Le comité de gestion peut être composé de quatre (4) membres dont deux (2), dont fait partie le président, sont nommés par le parti libyen, et les deux (2) autres sont nommés par l'investisseur. La deuxième partie est désignée comme opérateur au cours de la période d'exploration afin de procéder à l'exploration et aux opérations d'évaluation. Un abandon lié à ces opérations pourra être prononcé en conformité avec les termes de l'accord entre les parties sous le contrôle et la supervision du comité de gestion.

d. La part de profit de l'État

410. L’investisseur étranger doit dépenser un montant précis pour exécuter des tests sismiques et des forages d'exploration. Ainsi, tous équipements et installations utilisés par l'entreprise sur son domaine d'exploitation deviennent la propriété de l’État hôte. Si la superficie est productive, l’investisseur étranger bénéficie du droit de recouvrer ses coûts totaux et de prendre librement un pourcentage des profits de la production. Les coûts et les dépenses d'exploration et de développement sont normalement récupérables sur la base de 25 % par an, alors que les charges d'exploitation sont recouvrables par an. Les coûts et dépenses non récupérés seront normalement reportés aux années suivantes dans la limite de la durée du contrat. La production, après déduction du pourcentage attribué au recouvrement des coûts, est partagée à des conditions prédéterminées de pourcentage entre l'entreprise étrangère et l’État hôte sur une base dégressive.

411. Le solde de la production commerciale, normalement appelé « *Oil profit* », est ce qui reste de la production après déduction du coût des opérations pétrolières. Ce solde est partagé entre les cocontractants dans des proportions convenues préalablement dans le contrat et qui dépendent des niveaux de production obtenus.

1.6.3. Contrat de service

412. Un troisième type d'arrangement contractuel dans l'industrie pétrolière est le contrat de services de risque, ou le contrat de service pur. Bien que ces contrats soient très limités dans leur utilisation au sein des États pétroliers, les principaux États pétroliers dans l’ANMO, l'Arabie Saoudite et l'Iran, suivent ce modèle. Le contrat de services à risques, comme le contrat de partage, est un contrat de longue durée entre l'État hôte et l'investisseur étranger, tandis que le second investit une quantité importante de capitaux, de savoir-faire et de ressources humaines pour conduire l'exploration et l'exploitation. Le différend avec les deux derniers types de contrat,

contrat de concession et de partage, est que l'investisseur ne détient à aucun moment le titre à la production pétrolière. C'est la philosophie selon laquelle la souveraineté aussi bien que la propriété sur les sujets dans une société, est retenue à Dieu. Par conséquent, l'État hôte ne peut pas transférer un titre qu'elle ne possède pas. Ce contrat a commencé au Brésil dans les années 1970 et 1980 sous son régime fédéral. Alors que Petrobras (la compagnie pétrolière nationale) l'utilise pour obtenir des investisseurs étrangers une aide en capital et en savoir-faire, ce modèle de contrat a été largement utilisé par l'Arabie saoudite et l'Iran pour répondre à leur compréhension et leur interprétation du principe de souveraineté sur les ressources naturelles.

413. Le contrat de services de risque iranien a remplacé tous les contrats de concession et de partage qui existaient avant la révolution iranienne de 1979. Le contrat de services de risques iraniens est appelé « contrat de Buy-Back », c'est essentiellement un contrat de service à haut risque pour les investisseurs. Dans le cadre du ce contrat, l'investisseur étranger financera tous les coûts d'investissement et mettra en œuvre des opérations d'exploration et la production ainsi que des matériaux nécessaires au nom de la « National Iranian Oil Company » (NIOC). En retour, l'investisseur étranger recevra une rémunération en *cash*. La rémunération représente toutes les avances que les investisseurs ont fournies, les coûts des opérations pétrolières, les charges et les intérêts payés par l'investisseur ainsi qu'un taux (de profit) négocié par rapport à la production commerciale obtenu par l'État. Aucun titre de propriété sur le pétrole, total ou partiel, n'est transféré à un investisseur privé.

414. Comme M. FARNEJAD[466] l'a développé, les rémunérations seraient obtenues de de la vente de pétrole jusqu'à un niveau maximum de 60% du prix de la production pétrolière. Ce prix sera remporté par un contrat de vente de pétrole à l'exportation à long terme (LTEOSA) qui prendra effet sur :

[466] HOOMAN FARNEJAD, "How Competitive is the Iranian Buy-Back contracts in comparison to contractual production sharing fiscal systems?", http://www.eisourcebook.org/cms/February%202016/Iran,%20Competitiveness%20of%20Buy%20Back%20Contract.pdf

• La réussite des opérations de développement pétrolier,
• L'acceptation des installations de NIOC au champ pétrolier qui est déterminé par le contrat de Buy-Back, et
• l'achèvement du niveau de production pétrolier commercial convenu.

Conclusion section II

415. Cependant, bien qu'il y ait un processus d'appel d'offres et de négociations de la part de l'État hôte pour obtenir un contrat d'investissement, les désinvestissements internes et la politique nationale de l'État déterminent une grande partie du type et des conditions de ce contrat. De plus, l'industrie pétrolière de la région ANMO a expérimenté différents types de ces accords pétroliers entre l'État hôte et les investisseurs étrangers, les termes et conditions déterminants de ces accords représentent les droits des investisseurs qu'ils cherchent à stabiliser pendant la durée du contrat. Cette conclusion n'est cependant en rien spécifique à l'industrie du pétrole et ne vient que refléter la règle générale selon laquelle le droit de propriété peut comporter aussi bien des droits matériels que des droits tangibles et intangibles.

Conclusion : Chapitre II

416. Ce qui ressort de la *Lex Petrolea* : le droit international public, le droit international des investissements, les législations, les dispositions pétrolières nationales, ont tous repris la définition donnée à un « bien » tangible et intangible. Aucune difficulté sérieuse ne se pose en ce qui concerne la reconnaissance des biens corporels mobiliers ou immobiliers. Toutefois, certains types de biens immatériels, attachés aux conflits autour de l'expropriation, peuvent poser des questions. Il en est ainsi, par exemple, des droits issus des contrats, ou de ceux dont jouissent les actionnaires, à propos desquels il peut être épineux de déterminer s'ils constituent ou non des « biens » susceptibles de donner lieu à une indemnité compensatoire en cas d'expropriation. En d'autres termes, la question est de savoir quels sont les droits acquis par contrat - de concession, de partage ou de participation - et s'ils constituent des droits de propriété. Ensuite, quelles

sont les mesures aboutissant à la privation d'un droit prévu contractuellement ou à sa modification substantielle, qui ouvre droit à indemnisation.

Conclusion : Titre II

417. Il est constant qu'un contrat formé entre une puissance publique et une personne privée est régi par une série de règles d'origine nationale ou internationale, dont certaines bouleversent l'équilibre entre les parties. Ainsi, le fait que le contrat conclu entre une entité souveraine de l'État et un investisseur étranger dans le domaine des ressources naturelles puisse être unilatéralement modifié, exproprié par le droit confié au premier cocontractant, ce qui place le second cocontractant toujours dans une position d'infériorité manifeste. Un tel déséquilibre est, à l'évidence, source de risques majeurs qui entourent le contrat pétrolier. Un risque pèse depuis un siècle, dans les demandes de garanties législatives et contractables, par l'investisseur étranger afin de protéger ses droits découlant du contrat d'investissement pétrolier.

CONCLUSION PREMIERE PARTIE

418. Le contrat d'investissement pétrolier peut être facilement classé en tant que contrat *sui generis* en raison de sa nature particulière mais aussi de la nature de ses cocontractants. Tout d'abord, c'est un contrat d'investissement étranger selon la définition conventionnelle et doctrinale du contrat d'investissement. Il assure le transfert des fonds, de savoir-faire et des ressources humaines d'un état étranger (l'état de l'investisseur), par une personne morale étrangère (l'investisseur) à l'état hôte, qui constitue le siège de l'investissement. De plus, le contrat d'investissement pétrolier est, par nature, associé à l'existence de l'élément de risque. Il jouit alors de la protection des dispositions nationales et internationales sur les investissements étrangers.

419. La complexité soulevée par ce contrat est due à deux raisons. La première raison est le double rôle joué par l'Etat hôte vis-à-vis de ce contrat. L'État se présente comme un État souverain du droit international, pratiquant ses droits souverains sur ses ressources naturelles tel que le droit de gestion. D'autre part, l'État se présente comme un opérateur national, à travers une entreprise étatique sujet de droit interne, premier cocontractant du contrat pétrolier. Cela nous amène à la deuxième raison expliquant la complexité du contrat d'investissement pétrolier, qui se trouve être la question liée à la façon de déterminer la loi applicable du contrat d'investissement pétrolier.

420. À cet égard, nous voulons soulever les points suivants :

1) Le principe fondamental en droit du contrat est le principe d'autonomie, qui confirme que les cocontractants sont libres de choisir tout ordre juridique applicable à leur engagement. De plus, cela constitue une pratique courante dans le domaine d'investissement pétrolier depuis le XX siècle et le célèbre mouvement de nationalisation des investissements pétroliers, que ces contrats fassent référence à la loi de l'État hôte en tant que la loi applicable.
2) En conséquence il est difficile, voire même impossible, sauf dans des cas particuliers, pour le juge du contrat, d'ignorer le principe d'autonomie. Cela est

dû à une raison fondamentale, comme l'affirme M. JACQUET « *Une raison plus profonde vient se conjuguer à celle qui vient d'être énoncée et la conforte : le nécessaire respect du contrat par les arbitres les contraint à ne pas s'écarter du droit désigné d'un commun accord par les parties. Les parties sont en effet les maîtres d'œuvre du rapport juridique de fond (en l'occurrence un contrat) sur lequel les arbitres devront se pencher. Ce rapport est une donnée préexistante à l'instance arbitrale. Or ce rapport, le contrat, est en partie configuré par le droit qui lui est applicable. Si ce droit a été choisi par les parties, ce qu'une clause du contrat en cause démontre, la liberté des arbitres s'efface* »[467].

3) De plus, comme l'affirment M. El-KOSHERI et M. RIAD[468], le droit international en général ne peut être considéré par un arbitre en tant que droit applicable initialement au contrat d. car, le droit international n'a pas dans ses dispositions de réponses à des questions liées au contrat d'investissement pétrolier.
4) Par contre, le droit international peut intervenir à un stade ultérieur afin de fournir les solutions nécessaires pour combler les insuffisances concernant les questions absentes dans les règles pertinentes du droit interne[469]. L'une de ces questions est la reconnaissance de la propriété privée en tant que droit fondamental protégé contre l'acte souverain de l'État. En outre, le droit à une indemnisation en cas d'expropriation légale est un autre principe préconisé et confirmé par le droit international pour combler le vide du droit interne dans certains pays en développement. De plus, le principe de souveraineté des États sur les ressources naturelles et ses applications est un principe de droit international transféré dans les législations nationales.

[467] Jean-Michel JACQUET**, «** *Contrat d'Etat* **»,** Juris Classeur Droit international, 1er Novembre 2012, para 113, p. 26.

[468] Ahmed S. El-KOSHERI and Tarek F. RIAD, "*The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process*", *CSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 1, Issue 2, 1 October 1986, Pages 257–288

[469] Ibedim

421. Toute cette diversité de règles et de principes qui régissent le contrat pétrolier, ainsi que la diversité de ses parties et de leurs droits et intérêts liés au contrat, ont souligné sa particularité. Cela nous permet de classer ce contrat en tant que contrat *sui generis.*

SECONDE PARTIE
La solution pour la stabilité du contrat pétrolier

SECONDE PARTIE : La solution pour la stabilité du contrat pétrolier

422. Comme nous l'avons souligné dans la partie I de ce dernier chapitre, l'État hôte possède les pouvoirs ultimes de contrôle sur les investissements étrangers sur son territoire et régit ses propres lois. Tandis que l'investisseur étranger, qui possède une propriété privée en vertu du contrat d'investissement, devient vulnérable à différents types de risques, l'identification de ces risques, la recherche des instruments afin de minimiser et éliminer ces risques seront le noyau de cette deuxième partie de notre étude.

423. Cette recherche exige tout d'abord (première titre de deuxième partie) d'identifier la notion de risque, ses types et leurs origines. Aussi, nous devrons nous pencher et nous interroger sur les responsabilités ainsi que les obligations de l'Etat hôte prévus par les dispositions du droit international. Cela afin d'identifier les moyens de stabilité du contrat pétrolier fournis par le droit international. Tandis que dans (le second titre de deuxième partie) nous conduirons une étude comparative et profonde de la pratique contractuelle et de la stabilisation du contrat d'investissement pétrolier.

Titre III : La stabilité recharchée en droit international

424. Bien que les sources d'énergies alternatives, au cours des dix dernières années, aient connu une forte croissance, les investissements pétroliers restent une source essentielle du développement économique aux niveaux locaux et internationaux. C'est la raison pour laquelle la classification des « contrats d'investissements pétroliers » ne cesse d'osciller entre le droit national et les normes internationales. C'est la constante recherche d'un équilibre entre les intérêts internationaux de protections des investissements internationaux et les intérêts de l'État hôte qui veut disposer librement de ses « intérêts publics » et de sa « politique nationale ».

Chapitre I : La nécessité de la stabilisation, du point de vue du droit international

425. Les mécanismes de stabilisation ont été introduits comme garanties, limitant les pouvoirs d'intervention unilatérale des États hôte, dans les contrats d'investissement conclus avec des sociétés étrangères. Leurs buts sont de veiller à ce que les futurs changements dans la législation de l'État hôte ne modifient pas les conditions originelles du contrat. Elles sont une sorte de garantie octroyée aux entreprises étrangères contre toute modification unilatérale du contrat de la part de l'État hôte, modification qui pourrait survenir en raison d'un événement qui a eu lieu sur son territoire ou qui porte atteinte à un droit contractuel ou à un droit de propriété. Un tel pouvoir découle de sa souveraineté. La stabilisation est un procédé pour atténuer ce risque. C'est son principal attrait pour les investisseurs, tels que les *compagnies pétrolières internationales* (CPI) ou leurs institutions financières. Ce chapitre examinera le concept de stabilité à la lumière du droit international. Tout d'abord, nous dégagerons la raison pour laquelle ce concept est devenu une nécessité dans le domaine de l'investissement pétrolier. Puis nous examinerons la racine de ce concept en droit international.

Section I : Les enjeux du concept de stabilité au contrat d'investissement pétrolier

426. Stabiliser les contrats d'investissements pétroliers vise à protéger un tel contrat et son projet contre un acte préjudiciable subséquent du gouvernement, que cet acte soit législatif ou administratif. Les deux principaux enjeux de cette section sont d'étudier le contexte historique de la notion de la stabilisation (1) et de comprendre pourquoi les investissements pétroliers ont besoin du mécanisme de stabilisation (2).

1. La nécessité de la stabilisation dans le domaine de l'investissement pétrolier

427. La nécessité d'une clause de stabilisation est due à la peur et au manque de confiance entre les parties. Cette crainte est justifiée par une série d'éléments. L'investisseur engage un capital très important pendant une longue période dans un pays étranger dont le système juridique et sociopolitique diffère complètement du sien. Compte tenu des différents types de risques au cours des étapes de l'opération pétrolière, nous pouvons comprendre la nécessité de fournir des garanties supplémentaires aux investisseurs afin que leurs intérêts soient protégés. Les risques de cette industrie peuvent résulter d'une multiplicité de facteurs. Les projets de ce type génèrent des profits après une longue période d'importants investissements initiaux sans retours[470]. Les projets d'investissements pétroliers impliquent plus de cinq années d'exploration et diverses phases : études géologiques (géophysiques et géochimiques) ; forage ; évaluation ou délimitation du travail avec d'autres forages. Les coûts engagés, en particulier dans les derniers stades, sont très importants. Le succès dans l'exploration est très difficile à atteindre ; dans certaines provinces géologiques, dix années peuvent être nécessaires aux entreprises pour découvrir un domaine commercial. Par conséquent, ces opérations sont celles qui exigent, sans doute, les investissements étrangers les plus longs dans le temps et un capital important pour les conclure. Le long

[470] Zeyad A. ALQURASHI, "*International Oil and Gas Arbitration Arbitrating International Petroleum Disputes"*, OGEL, 2005, p.183

terme (1) et un capital important (2) soulignent la vulnérabilité de l'investisseur étranger face au risque (3) de l'action unilatérale de l'État hôte à un certain moment de la vie du contrat.

1.1. Durée de l'investissement

428. Le facteur temps renvoie à « l'avenir potentiel de longue durée » dans les contrats avec l'État, ce qui est en grande partie la source de l'instabilité. La longue durée de ces contrats les soumet aux vicissitudes du temps, ce qui les distingue des autres types de contrats publics de courtes durées ou à exécution immédiate. En effet, l'élément temps est inhérent à la nature des accords pétroliers et miniers et accentue les différents types de risques pour ces contrats. La mise en œuvre des différentes phases d'un contrat pétrolier implique de longues périodes pour l'enquête sur la prospective de la superficie, l'exécution du programme de travail, et d'autres tâches dans la période d'exploration et de développement. La longue durée de la performance de fonctionnement peut la confronter au changement des conditions d'exploitation, au climat politique de l'État hôte et de l'investissement régissant l'industrie du pétrole, ou au changement d'attitude politique de l'État hôte par rapport à l'investissement étranger. L'une des conséquences de la longue durée d'un contrat de pétrole est illustrée par le transfert du pouvoir de négociation de l'entreprise à l'État hôte, opération connue sous le nom de « obsolescing bargain ». En outre, les États pétroliers sous-développés manquent de technologies adéquates, des financements nécessaires et ont une connaissance limitée sur le potentiel de la découverte. Afin de répondre à leur besoin d'exploiter leurs ressources pétrolières pour assurer leur développement économique, ces pays se trouvent dans une position relativement faible. Cependant, comme le programme d'exploration progresse, l'effet de levier de la négociation peut passer progressivement de la société au gouvernement hôte, avec la croissance économique et l'augmentation des capacités administratives et techniques de l'administration du projet. Le concept de « obsolescing bargain » démontre le risque de la longue durée dans les relations changeantes entre l'État et l'entreprise étrangère, et aide à comprendre l'évolution dynamique des relations entre les gouvernements hôtes et les

investisseurs étrangers dans le monde en développement. L'élément temps, impliqué dans les contrats pétroliers, explique également que l'entreprise peut être soumise à des risques commerciaux ordinaires d'investissement de pétrole à long terme.

Il est donc compréhensible que le besoin de stabilité dans ces accords soit très important et aille au-delà des projets à court terme. La longue durée du contrat augmente les risques pour la compagnie pétrolière internationale. Pendant ce temps, les aspects économiques du projet peuvent changer, la qualité et la quantité de la marchandise extraite peuvent être plus élevées que prévu, ou les prix peuvent augmenter au-delà des niveaux envisagés.

1.2. Capital de l'investissement

429. Les investissements pétroliers sont généralement financés dans une large mesure par des prêts extérieurs. Cela est particulièrement vrai au stade du développement le plus coûteux, où les dépenses peuvent se chiffrer en milliards de dollars. Les institutions financières (banques, institutions de financement à l'exportation, acheteurs à long terme de la production minière, institutions financières de développement national et international et investisseurs de portefeuille tels que fonds de pension) ne participent pas à la gestion au jour le jour, faute d'en être capables, même si elles le souhaitent[471]. Leur préoccupation principale est la capacité du projet à rembourser sa dette. Les accords de financement sont souvent préparés par des dizaines de prêteurs participants. L'objectif est de veiller à ce que les revenus du projet, après qu'aient été réglées les dépenses nécessaires pour maintenir les opérations d'exploitation, soient utilisés en priorité au service de la dette. La plupart des prêteurs se prononcent en faveur d'un compte trust offshore mis en place avec une banque fiduciaire, qui est destiné à recevoir le produit de la vente. La banque fiduciaire sera alors soumise à des obligations de service dans l'ordre décroissant des priorités (taxes convenues, dépenses de fonctionnement des intérêts, rémunération des prêts selon la maturité et la priorité) de ce compte. Une augmentation inattendue de la charge fiscale

[471] THOMAS W. WÄLDE, Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: Industry and political cycles meet the rule of law, Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 1., p. 17 et s.

– par exemple, une augmentation significative des redevances ou un changement de la dépréciation, qui peut avoir un impact décisif sur le calendrier et l'orientation des flux de trésorerie du projet – va perturber le paquet de financement soigneusement équilibré et négocié, ainsi que le remboursement programmé[472]. Ce paquet est la base de l'engagement (et refinancement) des fonds de prêts et une condition particulière aux prêts de projet.

430. En conséquence, la stabilisation des conditions fiscales, de change et de rapatriement est une exigence essentielle pour les prêteurs ; ils seront préoccupés par la capacité de gain du projet, mise en péril par l'ingérence du gouvernement dans les opérations et dans l'exportation. Bien que le promoteur du projet des investisseurs, avec la stabilisation des conditions fiscales, poursuive ses intérêts d'économie globale et de rentabilité de l'entreprise, les prêteurs sont concernés uniquement par le remboursement. Le projet est dans l'incapacité de rembourser la banque fiduciaire, soit parce que l'augmentation des impôts réduit la disponibilité des revenus pour rembourser la dette, soit parce qu'une restriction soudaine sur les transferts de change rend le remboursement impossible, ce qui est une préoccupation pour les prêteurs. Par conséquent, les prêteurs pèsent de tout leur poids à la fois dans la négociation et dans l'application de régimes fiscaux stables, mais aussi contre toute abrogation unilatérale ou tout brouillage préjudiciable en termes budgétaires – dans la mesure où leur remboursement réglementé de la dette contractuelle pourrait être compromis. Comme les projets pétroliers de grande envergure, en règle générale, exigent le financement de prêts importants, les impératifs de financement sont un facteur très puissant dans les négociations entre l'investisseur et le gouvernement ; les banques ne peuvent pas participer directement, mais leur influence est fortement présente. Les clauses de stabilité sont donc, comme d'autres mécanismes de gestion des risques politiques, négociées et incluses dans les accords par la sollicitation des investisseurs du projet ou des prêteurs directement impliqués.

[472] THOMAS W. WÄLDE, Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: Industry and political cycles meet the rule of law, Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 1.p. 17 et s.

1.3. Le risque politique : « aperçu classique »

431. Les États hôtes, dans les contrats de placements pétroliers, ont le droit unilatéral « souverain » de révoquer ou de modifier sensiblement les conditions contractuelles ainsi que les droits des investisseurs acquis depuis les années 1970 dans le cadre de l'« ordre économique international ». L'investissement étranger implique un investissement en capital initial, qui n'est récupéré que sur de longues périodes. Les contrôles de l'État hôte par l'intermédiaire des pouvoirs réglementaires et fiscaux, impactent de manière importante l'investissement et son capital. L'investisseur est donc, comme un « otage », exposé au pouvoir souverain de l'État hôte. L'ensemble du droit international des investissements et la *lex petrolea* dans les théories particulières de l'internationalisation, la loi applicable, les clauses de stabilisation, l'accès à l'arbitrage international et, plus récemment et plus puissamment, les traités d'investissement avec l'arbitrage direct investisseur-État sont autant de méthodes pour atténuer le risque politique lié au pouvoir souverain de l'État hôte[473].

432. ***La question du risque*** est tout à fait cruciale pour la sécurité et la stabilité de ces accords. La compréhension de ces risques est également fondamentale pour évaluer l'efficacité des techniques juridiques utilisées pour protéger ces contrats. L'industrie du pétrole, d'amont en l'aval, est fondée sur le risque. Ces risques sont liés à une multiplicité de facteurs : l'hostilité engendrée par des changements de régime, en particulier les changements d'un régime favorisant les investissements étrangers[474] ; les régimes influencés par le nationalisme économique ; les troubles civils, les révolutions ou les changements sociopolitiques ; les changements fréquents de gouvernement dans les États hôtes pétroliers ; la corruption, le gouvernement mis en place après le

[473] THOMAS W. WÄLDE, Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: Industry and political cycles meet the rule of law, Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 1.

[474] Voir, Peter CAMERON, the Millennium wave, dans « *INTERNATIONAL ENERGY INVESTMENTS LAW, The Pursuit of Stability* », Oxford 2010, p. 4296432.

renversement d'un régime corrompu pouvant se sentir contraint d'annuler les contrats qui avaient été conclus par le régime précédent[475].

433. Les mécanismes de stabilisation ont pour but de fixer l'avenir de l'investissement du pétrole et de tenter de minimiser les risques essentiellement politiques[476]. Les types de risques qui touchent ce genre d'investissements sont divers. Il s'agit du risque commercial (prix de l'instabilité), financier (instabilité des taux d'intérêt), géologique (aucun dépôt économiquement viable identifié), technique (défaillance des installations) et naturel (catastrophes naturelles). Ces problèmes ne peuvent généralement pas être traités par la stabilisation des promesses, mais par d'autres méthodes de gestion des risques. Néanmoins, la clause de stabilisation est spécifiquement dirigée contre ce type de risque que la *lex petrolea* appelle le « risque politique ». Elle constitue l'un des nombreux outils à la disposition des entreprises internationales pour gérer la dimension du risque politique des projets d'investissement[477]. Les clauses de stabilité sont donc, comme d'autres mécanismes de gestion des risques politiques, négociées et incluses dans les accords pétroliers[478].

434. Les risques d'une action unilatérale par l'État hôte n'ont jamais été aussi importants pour les investisseurs. De nombreux gouvernements les en menacent. Pour cette raison, la mise à disposition d'une clause de stabilisation offre la perspective d'une sécurité supplémentaire. À cet égard, les investisseurs seraient bien avisés de prendre des précautions supplémentaires à travers des mécanismes dont l'utilisation est possible

[475] Ce qui est le cas dans la plupart des pays de la région MENA « Libye, Tunis, Égypte » qui ont connu l'appellation «révolte arabe» en 2011.

[476] T. Waelde & G. Ndi, « *Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation* », 31 *Tex. Int'l L.J*. 215 (1996) p. 225 et s.

[477] Zeyad A. ALQURASHI, "International Oil and Gas Arbitration Arbitrating International Petroleum Disputes", op., cit., p. 186 et 187.

[478] Nathan JENSEN, "Political Risk, Democratic Institutions, and Foreign Direct Investment", The Journal of Politics, Vol. 70, No. 4 (Oct. 2008), pp. 1040-1052 http://www.jstor.org/stable/10.1017/s0022381608081048 Accessed: 05-10-2016 10:36 UTC.

ultérieurement. Les gouvernements hôtes ont un large éventail d'instruments à leur disposition pour la mise en place de mesures unilatérales.

435. L'investisseur encourt le « risque politique » qu'un pays hôte confisque tout ou partie du droit de propriété « tangible et/ou immatériel » de l'investisseur situé dans l'État hôte[479]. Le risque politique dans le cadre des « investissements pétroliers peut être compris comme l'irruption d'événements dans la sphère politique (acte de l'État hôte politiquement motivé, insécurité dans le pays et conflits internationaux) qui font obstacle à l'exploitation normale d'une entreprise commerciale avec un impact financier négatif sur la viabilité commerciale de l'entreprise[480].

1.4. De nouvelles formes de risque politique dans l'industrie pétrolière

436. Des événements inattendus, comme des attaques terroristes en rapport avec un changement gouvernemental, peuvent provoquer des chocs politiques dans différentes régions du monde. Que ce soit une menace pour les prix de l'énergie au Moyen-Orient ou l'accroissement du protectionnisme des pays en voie de développement, la politique expose l'industrie pétrolière à bien des risques. Les investissements pétroliers sont directement liés à la situation géopolitique des États hôtes, et l'industrie de l'énergie est souvent controversée dans les pays où les opérations pétrolières existent en amont et en aval. La gestion du risque politique dans le secteur de l'industrie de l'énergie joue un rôle de plus en plus vital. Dans le contexte de l'actuelle crise financière universelle, on remarque l'importance du rôle que jouent les institutions politiques des pays pétroliers

[479] Voir, Paul E. COMEAUX & N. Stephan KINSELLA, *"PROTECTING FOREIGN INVESTMENTS UNDER INTERNATIONAL LAW, Legal Aspect of Political Risk*", OSEANA PUBLICATIONS INC, 1997, p. 1; voir, e.g., Linn Williamss, Political and other risk insurance : OPIC, MIGA, Eximbank and Other Providers, 5 Pace INT'L. L. REV 56 (1993). Un type de risque politique qui ne soit pas souvent reconnu comme tel est la capacité même des législatures d'adopter une loi, de changer les règles de jour en jour; ce point est bien illustré théoricien juridique italien Bruno Leoni dans son livre remarquable, FREEDOM AND THE LAW (3d. ed. Liberty Fund 1991) (1961). Voir aussi, N. Stephan Kinsella, "*Legislation and the Discovery of Law in a Free Society"*, 11 J. LIBERTARIAN STUD ; & »é 5Summer 1995).

[480] THOMAS W. WAELDE & GEORGE NDI, "*Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation* », Texas International Law Journal, 31 (2). pp. 215-267. Consulté à HeinOnline (http://heinonline.org), le 01 mai, 2014, p. 21.

de la région ANMO dans la gestion des risques politiques auxquels sont confrontées les sociétés d'énergie. Le risque politique ne résulte pas seulement du type de système politique en place dans l'État hôte, mais aussi de la répercussion directe ou indirecte des événements régionaux et internationaux sur l'industrie pétrolière.

437. Le risque politique a connu d'intéressantes transformations au cours des dernières décennies. Des années 1960 à la fin des années 1970, certains pays qui venaient de regagner leur indépendance contre les puissances coloniales ont tenté de surmonter leur manque de capitaux en expropriant simplement les filiales étrangères des sociétés multinationales. Des concepts tels que la confiscation, l'expropriation ou la nationalisation sont devenus des préoccupations essentielles pour les entreprises qui développent leurs activités à l'étranger. Les changements des conditions politiques et socio-économiques d'un pays ou dans le secteur de l'énergie se traduisent par un risque politique.

1.5. Urgences économiques

438. Au cours des dernières années, un grand nombre de risques politiques latents ont changé de nature avec l'apparition d'un certain type de risques davantage associés à des crises économiques qu'à des actes politiques volontaires des gouvernements. De nouveaux risques comportant des aspects immatériels ou intangibles ont vu le jour, ajoutant une nouvelle dimension à la gestion des risques. Une compréhension de base des aspects techniques du cycle économique, des décisions d'affaires et des ressources des projets est maintenant nécessaire pour évaluer le risque politique. Les perceptions générales changent et se développent. De nouveaux risques politiques qui n'existaient pas auparavant ont alors été définis.

439. Les clauses de stabilité peuvent également être utilisées pour répondre à des conditions économiques difficiles. Dans une conjoncture économique compliquée, les gouvernements font face à de fortes pressions politiques exercées par les citoyens et les partis politiques. Les acteurs nationaux politiques, économiques et sociaux, utilisent tous les canaux institutionnels disponibles, et font souvent pression pour que soient

adoptées immédiatement et parfois de façon radicale, des réponses politiques à la crise. Les gouvernements réagissent bien sûr différemment à ces pressions, selon une multitude de facteurs économiques, sociaux et politiques. Cependant, un type de réaction particulier revient plus que d'autres : l'intervention sur le marché. Cette intervention vise principalement à aider le marché de l'État hôte contre les intérêts des investisseurs étrangers. Une autre caractéristique importante des crises économiques aiguës est la difficulté du gouvernement à adopter des réponses politiques appropriées aux préoccupations des acteurs nationaux. Les échecs de ces tentatives ont conduit à des épisodes de changement de gouvernement, ou même à un changement de régime politique. Ces changements mettent clairement et à court terme les investisseurs étrangers en danger, même s'ils peuvent conduire à de meilleures conditions à moyen ou long terme.

440. La crise financière mondiale dominante a démontré que la politique intérieure reste fortement liée aux capitaux internationaux. À cause de l'instabilité politique que provoque naturellement une telle récession économique mondiale grave, de nombreux investisseurs étrangers sont touchés par la crise. Plus que jamais depuis la Seconde Guerre mondiale, la politique exerce son influence sur l'économie mondiale en général et sur l'industrie pétrolière en particulier, et ce, directement et inefficacement depuis le « Printemps arabe ». Le risque politique a toujours été l'élément le plus déterminant des investissements internationaux en général et des investissements pétroliers en particulier dans les États pétroliers. Les facteurs politiques internes entraînent la performance des marchés. En fin de compte, la crise est politique. La crise financière peut bien avoir explosé comme une crise économique, le résultat n'en est pas moins sur la scène politique.

441. Depuis juin 2014, les prix du pétrole se sont effondrés de façon spectaculaire. Cet effondrement a plusieurs causes. La principale est que la demande du marché global pour la production de pétrole a diminué à plusieurs reprises depuis 2014. Dans le secteur de l'énergie, cependant, les investisseurs étrangers sont affectés par deux éléments liés

au risque politique. Tout d'abord, le bénéfice attendu calculé au début des investissements et qui doit changer radicalement en raison des modifications de prix. En second lieu, la réaction éventuelle de l'État hôte face aux crises économiques.

1.6. Politique nationale et changements de régime politique

442. Le droit d'un État de modifier sa politique économique est reconnu dans le droit international moderne, bien qu'il puisse à présent être circonscrit par le nombre croissant de traités sur l'investissement et le commerce international dont les États deviennent parties. Le droit de modifier les politiques économiques ou autres sont un aspect de la souveraineté des États. La déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États reconnaît ce droit quand elle énonce que « chaque État a le droit de choisir librement et de développer ses systèmes politiques, sociaux, économiques et culturels ».

443. Les changements politiques ou économiques au sein d'un État auront probablement une incidence sur les investisseurs étrangers et leurs biens dans cet État. La crise du pétrole dans les années 1970 a été provoquée par l'effort concerté, de la part des nations productrices de pétrole au Moyen-Orient et en Amérique latine, de prendre le contrôle des industries pétrolières dans leur État et de fixer le prix du pétrole. Auparavant, les grandes compagnies pétrolières d'Europe et des États-Unis contrôlaient la production de pétrole dans ces États. Depuis leur indépendance, plusieurs changements de régime politique ont eu lieu dans les pays producteurs de pétrole. Le maintien de la stabilité et de la cohérence dans leurs relations économiques avec les investisseurs étrangers reste un défi permanent au sein de ces pays. Puisque plusieurs régimes territoriaux dans la région ont été remplacés, les revendications politiques pour l'annulation des contrats de concession sont devenues stridentes. Dans les États producteurs de pétrole du Moyen-Orient, des efforts concertés ont été déployés par les anciennes colonies pour la création de doctrines qui justifiaient l'annulation des contrats de concession.

444. Le soulèvement du « Printemps arabe », cette vague de protestations révolutionnaires qui a commencé en décembre 2010, a renversé de nombreux régimes en Afrique du Nord, y compris dans les États pétroliers comme la Libye. Les causes précises du soulèvement – qu'elles soient politiques, culturelles, sociales ou économiques – font encore l'objet de recherches. Dans le cas de la Libye, le soulèvement politique a conduit à un conflit interne, avec des violations flagrantes des droits de l'Homme des deux côtés, des troubles civils et des déplacements de personnes à l'intérieur du pays. Cette guerre interne est liée, entre autres, à des conflits entre les différentes villes et les groupes géo-sociaux (groupes sociaux de certaines zones géographiques riches en ressources naturelles) fondés sur des griefs historiques.

445. Les nouveaux gouvernements, motivés par des revendications nationales ou par les relations internationales, souhaiteront peut-être modifier les contrats conclus entre des investisseurs étrangers et les gouvernements précédents. Ce changement peut se produire en s'appuyant sur des allégations de corruption dans les contrats conclus avec le régime précédent, ou lorsque la légitimité du gouvernement précédent est mise en doute pour des raisons objectives par le nouveau gouvernement[481]. On rencontre des cas occasionnels de litiges dans un État nouvellement créé, par exemple quand ce dernier refuse d'accepter la succession des obligations contractées par le gouvernement précédent dans le contrôle du territoire. Dans ces circonstances, puisqu'il n'y a pas de règle de succession des obligations contractées envers les individus, le droit international n'est d'aucun secours.

446. Le fondamentalisme religieux a un caractère similaire. La révolution iranienne de 1979 était à la fois nationaliste et fondamentaliste. Elle a donné lieu à la prise d'intérêts commerciaux par les États-Unis. La situation iranienne illustre la futilité des manœuvres politiques pour protéger les investissements étrangers. En 1952, lorsque le

[481] voir, Sornarajah, Muthucumaraswamy, "*The international law on foreign investment*", Cambridge university press. 2010.

gouvernement MOSSADEGH s'est efforcé de nationaliser les actifs étrangers détenus en Iran, les efforts conjoints du Royaume-Uni et des États-Unis l'ont renversé. La monarchie, qui a favorisé le capital étranger, a été rétablie[482]. Pourtant, quelques années plus tard, le nationalisme iranien a adopté une position anti-américaine encore plus virulente. La tension politique irano-américaine a eu lieu après l'installation du Guide suprême, l'ayatollah KHOMEINI, et s'est achevée par une longue série de recours devant le tribunal d'arbitrage « Iran-US »[483].

447. Le changement politique qu'implique la modification d'une structure humaine et sociale a posé des questions d'ordre philosophique, politique et juridique depuis que l'Homme a commencé à réfléchir à ce qu'était un État. La question de la succession des États est au cœur des sciences politiques et des théories, parce que la réponse dépend des facteurs géopolitiques et sociopolitiques qui structurent la société[484]. Le droit international, dans ses principaux points de vue, a largement soutenu que le « nouvel État » naît dans le monde du droit qui existe et se soumet à ses règles[485]. Le point de vue opposé est qu'il peut demander la révision des principes existants du droit international,

[482] Pour plus d'information sur cette periode de l'histoire iranienne, voir Homa KATOUZIAN, *« Musaddiq and the Struggle for power in Iran »,* I.B.Tauris (October 1, 1999)

[483] Littérature concernant l'arbitrage US-IRAN arbitrations is ; Le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis a été créé en 1981, conformément à la Déclaration du gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie et la Déclaration du gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie concernant le règlement des revendications par le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement de la République islamique d'Iran (ci-après le règlement des revendications Déclaration), collectivement appelées les Accords d'Alger. Pour le texte des Accords, voir : IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL REPORTS 3 (1981-2), 75 AJIL 418 (1981). Pour la lecture générale, voir ; Brower & Davis, The Iran-United States Claims Tribunal After Seven Years : A Retrospective View from the Inside, 43 ARB. J. 16 (1988); THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL 1981-1983 (R. Lillich ed. 1984) ; Stewart, The Iran-United States Claims Tribunal: A Review of Developments 1983-84, 16 L. & POL'Y INT'L Bus. 677 (1984); et Selby & Stewart, Practical Aspects of Arbitrating Claims Before the Iran-United States Claims Tribunal, 18 INT'L LAW. 211 (1984).

[484] O Connell, Daniel Patrick, "The theory of State succession (130)", in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 27 July 2016, First published online: 1970.

[485] Voir, D. P. O'Connell, 'Independence and State Succession', in W.V. Brian (ed.), New States in International Law and Diplomacy (1965). Voir aussi Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The international law on foreign investment*", Cambridge university press. 2010, p 8.

car il n'est pas lié par ces règles. À la question « Dans quelle mesure un tel État est lié par des contrats de concession conclus par le gouvernement précédent ? »[486], il est, bien sûr, impossible de répondre sans avoir d'abord décidé dans quelle mesure le gouvernement contractant à l'origine est lui-même soumis à des obligations de droit international[487].

448. En outre, aucun des grands traités de droit international n'est d'avis que *rebus sic stantibus* soit un motif suffisant pour annuler ou modifier un traité lorsqu'éclate une révolution. La plupart suppose cependant, peut-être sans se l'être posée, que la doctrine *rebus* ne concerne pas cette question[488]. Cette hypothèse se manifeste dans le fait que ces traités portent sur l'effet des révolutions dans une perspective qui n'est pas celle de la doctrine *rebus*[489].

---

[486] Par exemple, en Libye, après le changement politique de 2011, le gouvernement successeur (Conseil national transitionnel – CNT) a pris toutes les mesures nécessaires pour assurer la stabilité du droit positif, dont deux très importantes :

1. La continuité de toutes les obligations de droit international et/ou conclues avec une personne étrangère ou l'État libyen durant l'ancien régime, à condition qu'elles soient toujours en vigueur et non basées sur la corruption. Le Conseil National de Transition a confirmé en mai 2011 (déclaration no.10 mai 2011) son engagement à respecter l'ensemble des contrats et accords précédemment signés par l'État libyen, à la condition que ceux-ci n'aient pas été conclus à la suite d'actes de corruption.
2. L'article 35 de la Déclaration constitutionnelle confirme que les anciennes lois seront maintenues si elles ne contreviennent pas aux dispositions de la Déclaration constitutionnelle.

Deux résolutions importantes ont été adoptées récemment par le gouvernement de transition: a) nº 4 - 2112 création d'un comité chargé de revoir les contrats antérieurs qui relèvent des attributions gouvernementales ; b) n º 20 – 2012 création d'un comité chargé de revoir tous les contrats antérieurs toujours en cours relatifs au développement de la Libye.

[487] Voir Article 5, Obligations imposed by international law, Independently of a treaty: "The fact that a treaty is not considered to be in force in respect of a State by virtue of the application of the present Convention shall not in any way impair the duty of that State to fulfil any obligation embodied in the treaty to which it is subject under international law independently of the treaty". Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties 1978.

[488]Jennings, R.Y., "State succession (121)", in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 27 July 2016, First published online: 1967.

[489] Voir, R. Y. Jennings (1956). Review of L. Oppenheim, and H. Lauterpacht 'International Law.' The Cambridge Law Journal, 14, pp 112-113. doi:10.1017/S0008197300007959. Voir aussi, W. Bishop, "*International Law: Cases And Materials*" 2d Ed. 1962, Voir, "Revolutions, Treaties, and State Succession Source" The Yale Law Journal, Vol. 76, No. 8 (Jul., 1967), pp. 1669-1687 Published by: The Yale Law Journal

449. Lorsqu'un investisseur étranger fait un investissement avec un gouvernement représentatif, le gouvernement démocratique entrant peut revendiquer le droit de résilier les contrats conclus par le gouvernement précédent, doutant de la légitimité à la fois du gouvernement précédent et des contrats qu'il a pris. Sa crédibilité sera plus grande si les termes sont perçus comme désavantageux pour l'État. De nombreux avocats internationaux ont affirmé que le droit international a évolué vers la reconnaissance de la gouvernance démocratique. Si tel est le cas, alors l'application totale de ce point de vue exige qu'elle soit étendue aux contrats conclus par des investisseurs étrangers avec les gouvernements non représentatifs et que la règle ne se limite pas à fournir une justification pour une intervention militaire dans les affaires des États non démocratiques.

450. Les contrats conclus avec les régimes militaires posent également un problème. Mise à part la possibilité de prélèvements capricieux sous de tels régimes militaires, ils ne sont pas représentatifs et sont déterminés par les préférences de la junte au pouvoir. Un régime démocratique entrant peut déclarer ne pas être lié par les contrats conclus par le régime militaire. Dans quelle mesure la démocratie et l'autodétermination sont des facteurs normatifs affectant l'exercice du pouvoir des gouvernements dans la conclusion des contrats est une question restée sans réponse[490].

Company, Inc. Stable URL: http://www.jstor.org/stable/795056 Accessed: 27-07-2016 17:57 UTC ; voir aussi, D. P. O'Connell, 'Independence and Problems of State Succession', in W. V. O'Brien (ed.), The New States in International Law and Diplomacy (1965).

[490] Voir, Yaung Chi Oo Ltd v. Myanmar (2003) 42 ILM 540; (2003) 8 ICSID Reports 463; voir aussi Westinghouse v. Philippines, where, in dubious circumstances, a contract made during the Marcos regime was given effect, despite its being rescinded by the incoming Aquino government. The same situation was repeated in Fraport v. Philippines (ICSID, 2007), when a successor government alleged that bribery took place during the previous regime. The contract-based arbitration is pending. In the ICSID arbitration, the tribunal found that it lacked jurisdiction because a local law had been violated.

Conclusion : Section I

451. D'un certain point de vue, l'investisseur étranger qui a conclu un contrat d'investissement avec un gouvernement totalitaire, ayant consciemment pris le risque de voir la validité de l'acte contestée plus tard par un gouvernement démocratique, n'a pas besoin d'être protégé. Pourtant, dans la mesure où un gouvernement démocratique entrant tire profit de l'investissement, une protection de l'investissement pourrait être prévue par le droit international, en particulier dans les cas où un tel investissement est bénéfique pour l'État. Dans les industries extractives, les cas de nullité de ces contrats peuvent être plus fréquents, car un gouvernement non représentatif ne peut pas agir au nom du peuple qui est le véritable titulaire de la « souveraineté sur les ressources naturelles » en vertu du droit international.

Section II : L'instabilité pose par le délit du principe d'État de droit'

452. Le Principe d'État de droit a été l'une des formules les plus populaires employées à l'origine par la doctrine politique et juridique occidentale depuis le début du XXIème siècle. La notion "*rule of law*" est un terme de droit commun qui se traduit en droit allemand en '*Rechtsstaat'*, en droit français en « État *de droit »*, en droit italien en « *Stato di diritto »* et en droit espagnol en « *Estado de derecho ». Il a également trouvé son chemin récemment dans le système juridique de l'ANMO sous le terme de Hukm Al Kanoun dans le vocabulaire juridique arabe et périn.*

1. Le principle État de droit

453. Le principe « d'État de droit », appelé parfois « primauté du droit »[491], a été interprété par certaines doctrines comme des décisions devant être prises par l'application des principes ou des lois connues, sans l'intervention d'un pouvoir discrétionnaire dans leur application. En droit constitutionnel moderne, le « 'État de droit » se traduit par les principes de pouvoirs respectueux des lois gouvernementales, des tribunaux indépendants, la transparence de la législation et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et autres normes de second ordre[492]. En termes de droit constitutionnel, il a été invoqué par la doctrine anglais dès les XII[e] et XIII[e] siècles pour restreindre les pouvoirs des monarques. Ensuite le principle a été énoncé dans la Constitution du Massachusetts (première partie, article XXX)[493] de 1780, qui prévoyait le principe de la séparation des pouvoirs : « à la fin [le gouvernement] peut être un

[491] *Voir,"* Black's Law Dictionary" 1332 (6th ed. 1990); voir aussi, I.F.I. Shihata ; "The Role of Law in Economic Development", OGEL 2004, v1.1.

[492] *Voir, '*International Encyclopedia of the Social Sciences', Vol. 7, 283, 304 (David L. Sills d., 1972).

[493] Art. XXX., de la constitution Americanne de 1780 (la Constitution du Massachusetts) enouncea que "In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men"

gouvernement des lois et non des hommes »[494]. Le Principe " d'État de droit' ou state/Rechtsstaat" (The Rul of law, Stato di diritto, Estado de Derecho) est aujourd'hui largement acceptée, tant au niveau national qu'international. Le principe d'« État de droit » a été l'une des formules les plus populaires utilisées par les penseurs politiques et juridiques occidentaux au cours des deux dernières décennies du XXe siècle après les périodes I & II de la guerre mondiale. Pourtant, avec l'expression « État de droit » qui, bien que typique de la culture anglo-saxonne, est néanmoins utilisée partout, le lexique théorique des sciences sociales européennes comprend d'autres expressions analogues, telles que le « Rechtsstaat allemand », le français « État de droit », l'italien « Stato di diritto », et l'« Estado » espagnole de derecho. Le principe de l'« État de droit » est une pierre angulaire de la démocratie constitutionnelle contemporaine, comme cela a été souligné par son rôle dans la consolidation du récent passage de régimes autoritaires ou totalitaires à la démocratie constitutionnelle en Europe et ailleurs[495].

454. Le principe « État de droit » joue un rôle important dans les décisions des investisseurs étrangers d'investir dans une « juridiction étrangère » et d'apporter une énorme quantité de capitaux et de savoir-faire en ressources humaines sur un projet d'une très longue durée. Le principe « État de droit » a un impact direct sur les relations de l'État hôte avec les investisseurs. Il contribue à former un climat de confiance et une assurance sur les actions du gouvernement amplifiant leurs motivations envers le projet d'investissement. Les applications de la notion d ' « État de droit » assurent le respect des droits individuels, garantissent l'accès à la justice, la transparence de la procédure et le respect des engagements contractuels. De plus, la notion de la « l'État de droit » sous-tend également le respect de l'État envers ses obligations de droit international ainsi que des ses traités bilatéraux.

[494] Pietro COSTA, "*The Rule of Law: A Historical Introduction- Chapter 2 - The Rule Of Law History, Theory And Criticism*" , édité par Pietro COSTA, Danilo ZOLO, Springer, 2007.
[495] Voir; *Michel ROSENFELD, "THE RULE OF LAW AND THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY", SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW* Vol. 74:1307, p. 1308

455. De plus, le principe de « l'État de droit » aide également les tribunaux arbitraux à identifier la légitimité de l'acte d'expropriation et à déterminer les «recours» disponibles avec le système juridique interne contre les abus de souveraineté de ses autorités. Il affirme également l'application de sentences arbitrales internationales. Par conséquent, dans cette section, nous analysons la grammaire de ce principe et sa relation avec les obligations de l'État hôte envers l'investisseur étranger.

1.1. Le risque politique que constitue la forme des actes d'États et leurs rapports avec le principe de « l'État de droit »

456. Le problème du risque politique est au cœur de la littérature juridique, politique et économique sur les investissements internationaux. Pourtant, la définition juridique du risque politique reste incertaine. La doctrine sur le droit d'investissement et la *petrolea lex* ont reconnu le risque politique comme « des mesures gouvernementales spécifiques portant atteinte aux droits d'un investisseur et divers autres types de risques qui ont une composante politique »[496]. Ces mesures comprennent l'expropriation directe et indirecte, l'ingérence réglementaire, le risque de change, les troubles civils, la rupture des contrats de l'État, la corruption et les restrictions commerciales. Les nouvelles formes de risque politique représentent les réactions des États hôtes face aux difficultés économiques et crises financières. Dans les chapitres précédents, nous avons analysé l'expropriation (directe et indirecte) comme étant une menace pour l'investissement pétrolier. Dans cette première section, nous discuterons de la raison pour laquelle la loi de certains États hôtes est considérée comme un facteur de « risque politique » qui oblige l'investisseur à exiger « des mécanismes de stabilité ». Elle expose également les nouvelles formes de risques politiques au XXI^{e} siècle.

[496]Voir, Bernard TAVERNE, « Petroleum, Industry and Goverments », Wolters Klwuer law and business, 2^{e} édition, 2008, p. 39 et s.

1.2. La notion d'« État de droit » en vue de matières de ressources naturelles

457. Le principe de « l'État de Droit » est considéré comme une condition préalable à l'établissement d'une économie de marché, point ne qui a été mis en évidence pour les pays en transition. Sa mise en œuvre devrait, cependant, être considérée comme un processus continu plutôt qu'achevé, très dépendant des différences historiques et culturelles. Par conséquent, et suivant ce principe, le bon fonctionnement de la vie normale dans une société libre a des exigences qui sont autant d'éléments clés pour la réussite d'une économie de marché : la sécurité physique, un certain niveau de stabilité et de prévisibilité, la libre concurrence et un traitement équitable.

458. Pour comprendre le concept de risque politique, on peut suivre les distinctions faites par certains chercheurs en ce qui concerne le niveau de stabilité et le développement juridique et politique de l'« État hôte ». Cette distinction a été mentionnée par certains auteurs juridiques : ils font référence à la « nation civilisée » et à la « nation non civilisée ». Dans la nation civilisée, les investisseurs n'ont pas besoin de nouvelles garanties contractuelles. Dans la nation non civilisée, ils cherchent des garanties représentées par les clauses de stabilisation[497]. Sans parler de notre doute sur

[497] THOMAS WALDE & NDI dans leur fameux article, "*Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation* », En 1996, l'article est considéré comme l'une des références les plus importantes ayant évoqué la clause de stabilité. Les auteurs ont établi une distinction entre deux types de « Statehood »: nation civilisée et non civilisée. Lorsque, dans le premier type, la « nation civilisée », l'investisseur international n'a pas besoin de la clause de stabilité, l'ensemble des lois et coutumes sont considérées comme acceptables et appropriées pour assurer la sécurité et la stabilité à l'investisseur international. Dans le second type d'État, « non civilisé », le système juridique ne prévoit pas la confiance nécessaire et la sécurité de l'investisseur. Les auteurs déclarent que : "*Investors are unlikely to insist on - and if they would, they would not succeed - for stabilization guarantees from developed, Western countries: The concern over the political risk for foreign investment in these countries is usually not perceived to be acute. This does not mean that a prudent investor would not identify political risk as well in developed countries and try - in ways, which are legally and politically acceptable - to manage them. In most developing countries, this is another matter: First; there has been a period of substantial investor superiority in terms of bargaining power, skill and know-how up to the 1960s; it is in this period that stabilization clauses seem to have emerged, usually intended and stipulated as direct constraints upon the legislative power of governments. It is this type of stabilization clause which was at issue in the arbitration cases of the 1970s and much discussed in academic literature. Concern over political risk, often*

les termes « nation civilisée » et « nation non civilisée », ni de l'ampleur de la sémantique, nous sommes d'accord avec eux sur la double classification des États hôtes dans le traitement des investisseurs internationaux. Le premier type est l'« État hôte » qui applique le principe « d'État de droit », et le second type est l'État hôte qui ne l'applique pas. Nous pouvons aborder d'une autre manière le sujet de l'existence du principe d'État de droit et des garanties juridiques que l'État hôte offre aux particuliers, « personnes physiques ou morales ».

459. Dans l'histoire occidentale, ces sociétés disposent d'un solide système juridique basé sur le respect des principes fondamentaux, ainsi que du droit du contrat. Elles connaissent un plus grand succès économique que les sociétés incapables de respecter ces règles[498]. Cependant, il est important de savoir si la « règle de droit » est avant tout

accentuated by a past history of nationalization, other undue political interference and/or frequent reporting of indicators of an "uncivilized" situation - insecurity, civil war, endemic corruption, lack of effective rule of law and public order - makes company negotiators insist on stabilization guarantees. Weakness, typically in terms of perceived bargaining power, with the desire to attract investment outweighing sentiments over national sovereignty, makes Third World and transition governments accept what developed countries would not even bother to consider …. States which typically are made to commit stabilisation guarantees are states with the claim and trappings of sovereign statehood, but without an effectively functioning internal mechanism of statehood: Central government's power are often very limited, law and order outside its control, the judicial system without the attributes of a modern "Western" judicial system (independence, due process, proper functioning, absence of corruption) - "quasistates" The foreign investor approaches these quasi- or proto-states with a lack of confidence in their ability to deliver what they promise …….first, since it is possible (because these proto-states, in the knowledge of their weakness, are ready to accept what fully-fledged states will not); and secondly, because the investor seeks to substitute the contract-based law, safeguarded and reinforced with stabilization and arbitration provisions, for the volatile legal and institutional system of the host state which a foreign company - often quite legitimately, does not trust" . voir THOMAS W. WAELDE & GEORGE NDI, "Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation », Texas International Law Journal, 31 (2). pp. 215-267. Consulté à HeinOnline (http://heinonline.org), le 01 mai, 2014. *p. 8 -10. ; Voir aussi ; R. Jackson, Quasi-States: S o v e r e i g n t y , I n t e r n a t i o n a l R e l a t i o n s and the Third World, (Cambridge, 1990); voir aussi: McNair, "The General Principles* of Law Recognized by Civilised NationsIt, *X X I I I B r i t . Yrbk Int'l L.,* 10 (1957).

[498] Le paysage est contrasté. Ici, le principe d'« État de droit » n'est pas un élément obligatoire pour le développement de tous les pays. Il a peut-être joué un rôle essentiel, ou du moins, a été associé au développement économique et politique des sociétés occidentales, notamment en Europe et en Amérique du Nord. Il fait partie de la tradition culturelle et juridique occidentale, a son origine dans l'histoire grecque et romaine classique, a été porté par le Moyen Âge et développé sous l'impulsion de la réforme, des Lumières, de la révolution industrielle du XIX[e] siècle, puis renforcé par la réaction, les guerres,

un concept de fondation des sociétés occidentales développées, donc qui ne peut pas avoir une fonction « universelle », ou si elle deviendra un concept fondamental qui sous-tend le développement économique et politique des pays avec une culture juridique ou dont le développement économique et politique dépend de leurs ressources naturelles[499].

460. Nous pouvons certainement affirmer que les États pétroliers du Moyen-Orient et d'Afrique du Nord n'ont pas une forte tradition juridique du principe de l'« État De Droit » ni une attitude de protection des droits acquis par des particuliers contre l'Administration. Ce fait est dû soit à la forme du régime (autoritaire, monarchique), soit à l'influence de la religion. Le mépris actuel par les États pétroliers des droits des investisseurs acquis en vertu de leur droit national instable ne peut donc pas être compatible avec la tradition occidentale « d'État de droit ». L'inefficacité du régime juridique de la propriété dans ces pays, durant la période postcoloniale, s'est traduit par des actes de confiscation et d'expropriation non compensés, qui ont donné des arguments solides aux investisseurs étrangers pour demander des garanties et des mécanismes de stabilisation.

ainsi que par les horreurs du nazisme et du communisme au XX[e] siècle. Voir ; Nabil Antaki, 'Cultural Diversity and ADR Practices in the World' in Goldsmith, Pointon and Ingen-Housz (eds), ADR in seq (2006) 265, 288; voir aussi, North and C Douglass, « Institutions, Institutional Change and Economic Performance » (Cambridge University Press, Cambridge 1990).

[499] T. WALDE, ajoute que '*There are two possibilities to this argument: Either the 'rule of law' is primarily a cultural construct of Western culture as reflected in the discussion of 'human rights' or it is a set of values that will be fully adopted throughout the world. The first way – which corresponds to the universal claim of Western culture ('mission civilisatrice') that is reflected in mainstream governmental and non-governmental positions, academic writing and the mission statements by international organization dominated by Western countries, is that the 'rule of law' is an inevitable foundational element of any society that will develop towards prosperity and civilization. The emphasis on Western notions of human rights, pushed by Western-sponsored and dominated NGOs and the anti-corruption movement (most visibly led by 'Transparency International'), is part of this broad stream of 'rule of law' movement",* Thomas W. WÄLDE, Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: Industry and political cycles meet the rule of law", Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 1 p. 55 et s.

461. L'absence du principe de « l'État de Droit » permet aux États hôtes, lorsque les conditions politiques et économiques vont mal, de mettre plus de pression quant au respect des libertés et des droits de l'Homme[500].

De plus, Dr I. SHEHATA a défini le principe de l'« État de Droit » concernant les affaires de la Banque mondiale, comme :

> *« a system [which] assumes that : a) there is a set of rules which are known in advance ; b) such rules are actually in force, c) mechanisms exist to ensure the proper application of the rules and to allow for departure from them as needed according to established procedures, d) conflicts in the application of rules can be resolved through binding decisions of an independent judicial or arbitral body, and e) there are known procedures for amending the rules when they no longer serve their purpose.[501]»*

462. Par conséquent, la fonction importante du principe « d'État de droit » est d'imposer des restrictions juridiques aux fonctionnaires du gouvernement. Elles sont de deux sortes :

a) ***En exigeant le respect de la loi en vigueur*** ; le premier type de contrainte légale est que les responsables gouvernementaux doivent respecter les lois positives valides en vigueur lors de toute action donnée. Ce premier frein comporte deux aspects : les actions du gouvernement doivent avoir une autorisation légale positive (sans laquelle l'action est impropre) et aucune action gouvernementale ne peut contrevenir à une interdiction légale ou restriction. Bien que des exceptions ou une flexibilité puisse exister en ce qui concerne le premier aspect, le second aspect (prohibitif) est strict. Si les responsables gouvernementaux souhaitent poursuivre un plan d'action qui viole les lois positives existantes, ces

[500] Voir, Brian Z Tamanaha (2004) On The Rule of Law: History, Politics, Theory (Cambridge University Press 2004).

[501] Voir, I.F.I. SHIHATA ; "*The Role of Law in Economic Development*", OGEL 2004, v1.1; voir aussi son livre, "The World Bank in a Changing World", Vol. I, 85 (1991), Chapter 2 (The World Bank and "Governance" Issues in Its Borrowing Members).

dernières doivent être modifiées conformément aux procédures juridiques ordinaires. La fonction fondamentale de ce premier type de restriction est mise en application. Elle exige que le gouvernement soit lié par un fort mécanisme de restriction constitutionnelle, ainsi que l'existence d'une société civile forte et libre[502].

b) ***En imposant un cadre juridique au droit de la décisionnaire***. La peur de l'application incontrôlée de la contrainte par le souverain ou le gouvernement est une préoccupation ancienne et contemporaine. Le principe « d'État de droit » répond à cette préoccupation en imposant des contraintes juridiques aux représentants du gouvernement[503].

1.3. Le contrôle du risque politique par le principe de l' « État de droit »

463. Intégrer le principe de l'« **État de droit** » au droit d'investissements internationaux et aux arrangements pétroliers est un moyen de minimiser les « risques politiques ». Cela indique aussi que les garanties contractuelles fournies par l'État hôte aux investisseurs étrangers peuvent être respectées par l'État et appliquées par le système juridique. La question est de savoir si le concept de l'« État de Droit » [504] origine de l'histoire occidentale[505] influence la relation contractuelle nouée entre l'État hôte et l'investisseur étranger. Ce concept de la « règle de droit », en ce qui concerne les droits

[502] Voir, Brian Z TAMANAHA, (2004) *op. cit*.,

[503] En vertu de cette restriction, Brian TAMANAHA énonce que « Under this second type of restraint, even a legitimate lawmaking authority cannot legally allow certain prohibited actions. Legal restrictions of this sort rank above (control over) ordinary lawmaking. The most familiar versions of this are: 1) constitutionally imposed limits, 2) transnational or international legal limits, 3) human rights limits, and 4) religious or natural law limits. In different ways and senses, these types of law are superior to and impose restraints upon routine law making". Voir, Brian TAMANAHA, "*A Concise Guide To The Rule Of Law Email Comments*", legal studies research paper series, SCHOOL OF LAW PAPER #07-0082, ST. JOHN'S UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, SEPTEMBER 2007, This paper can be downloaded without charge at: The Social Science Research Network Electronic Paper Collection http://ssrn.com/abstract=1012051.

[504] Voir; Michel ROSENFELD, "THE RULE OF LAW AND THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY", SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW Vol. 74:1307, p. 1308.

[505] Thomas W. WÄLDE, *"Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: Industry and political cycles meet the rule of law*", Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 1 pp. 55-96

individuels contre l'État, est incarné dans les contrats entre l'investisseur étranger avec l'État hôte ou avec ses entreprises, par les accords et clauses de stabilisation, les garanties prévues dans la législation nationale concernant l'investissement pétrolier ou internationalisée par la soumission à l'arbitrage international. La notion de « règle de droit », qui a été essentiellement créée à la fin des années 1980, sous-tend également la pratique de la protection des investissements fondés sur des traités modernes[506].

464. Des investissements étrangers internationaux réussis exigent une stabilité dans les conditions légales générales, à savoir la disponibilité d'un cadre juridique qui donne confiance aux investisseurs pour leur sécurité personnelle, la sécurité de ceux qui travaillent pour eux, et la protection de leurs biens et droits contractuels contre tout type de violation ou de harcèlement de la part de partenaires commerciaux ou concurrents, contre le crime organisé ou le gouvernement lui-même. Comme mentionné, les divers éléments du cadre juridique, en particulier ceux liés à l'application de la loi et de la justice, doivent assurer la disponibilité et l'applicabilité de ces conditions. L'objectif est d'encadrer et de limiter l'État au moyen de la loi. Cette dernière retient le pouvoir politique au moyen des garanties suivantes : la séparation des pouvoirs, ce qui implique en particulier l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport aux organismes politiques ; la proclamation des droits et libertés ; et le contrôle juridictionnel des actes législatifs et administratifs.

1.4. La soumission de l'État à des règles obligatoires, égalité de tous devant la loi et les tribunaux de droit commun

465. Le droit que possède un État de modifier sa politique économique ou d'autres politiques est reconnu par le droit international moderne comme un aspect de la souveraineté des États[507], bien qu'il soit maintenant limité par le nombre croissant de traités sur l'investissement et le commerce international auxquels les États deviennent

[506] Thomas W. WÄLDE, Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: Industry and political cycles meet the rule of law", Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 1 p. 55 et s.
[507] International investment law, p. 70

parties. La Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États reconnaît ce droit : « *Chaque État a le droit de choisir librement et de développer ses systèmes politiques, sociaux, économiques et culturels*»[508]. Décider du système gouvernemental ou de l'orientation de l'économie nationale relève de la compétence exclusive de l'État. Une intervention interdite doit donc porter sur des matières que chaque État, par le principe de souveraineté de l'État, est autorisé à décider librement. L'intervention est illicite quand elle utilise des méthodes de coercition à l'égard de ces choix, qui doivent demeurer libres. Quand un État décide d'apporter des changements à sa politique économique, il représente une menace potentielle illégale pour l'investissement étranger. Il est nécessaire d'examiner la conformité de l'acte d'État à la loi interne, au *jus cogens* et aux engagements internationaux, avant d'étudier si le droit de l'État à effectuer ces changements n'est soumis à aucune restriction.

466. En termes plus larges, le principe d'« État de Droit » exige que l'État, au même titre que toute personne physique ou morale, soit soumis aux normes du droit interne, que la fonction législative de l'État soit séparée de la fonction juridictionnelle, et que personne au sein de la société ne soit au-dessus de la loi. Carré de Malberg a introduit le concept d'« État de Droit » comme la protection des droits individuels contre l'arbitraire potentiel de l'État qui, à cet effet, « auto-limite » son pouvoir souverain par les règles obligatoires en vigueur[509]. Dans le système juridique développé stable, qui inspire confiance aux investisseurs étrangers, les caractéristiques essentielles du constitutionnalisme moderne limitent les pouvoirs de l'État et protègent les droits fondamentaux, qui sont les angles de « l'État de droit ». Au cours de tout type de transaction commerciale, de telles règles, qu'elles soient législatives ou administratives, ne devraient pas être connues à l'avance ; elles doivent également concerner tous les entrepreneurs, y compris l'État. Elles ne doivent pas être destinées à nuire à une

[508] Chapitre I article II, *La Charte des droits et des devoirs économiques des Etats*, 1974, http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2779

[509] See R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. 2, Paris : Sirey, 1920–2.

personne ou à lui accorder un bénéfice par un abus du pouvoir législatif. Leur contenu doit répondre aux véritables besoins sociaux et, le cas échéant, refléter une opinion publique préexistante ou émergente. Les règles doivent viser à protéger le droit de propriété et la liberté d'initiative économique, y compris l'autonomie contractuelle obligatoire et le droit d'exercer un recours devant les tribunaux. Elles doivent également faire l'objet de modifications éventuelles, conformément aux procédures déjà connues. Elles doivent ainsi couvrir les lois sur les biens mobiliers, immobiliers et intellectuels (y compris l'enregistrement, l'hypothèque et les exigences de transférabilité). L'existence de cette harmonie, d'une stabilité, d'une efficacité du cadre réglementaire bien établi des droits de propriété et ses protections sont des éléments essentiels pour les investisseurs étrangers dans le secteur pétrolier. Les législations environnementales et sociales doivent avoir un minimum de stabilité et protéger le public contre les excès et les échecs du marché. L'harmonisation et les rapprochements des législations internationales dans certains domaines tels que les droits de l'Homme, l'environnement, la vente internationale de marchandises, la propriété intellectuelle, l'arbitrage commercial, ou l'assurance et les banques, faciliteront grandement les transactions futures et réduiront la nécessité de modifications ultérieures. La communauté des affaires, aussi bien que le grand public, devrait avoir accès à des informations adéquates sur les lois et règlements applicables. La stabilité de ces législations et la subordination de l'État à ces dernières sont une garantie pour l'investisseur de la stabilité de son investissement. En outre, l'imprécision ou l'absence de ces lois est une des principales raisons de la demande de garanties supplémentaires comme condition de stabilité.

1.5. La bonne gouvernance et les processus appropriés

467. La gouvernance du secteur du pétrole se réfère au système de fabrication et de mise en œuvre des décisions relatives à l'exploitation des ressources pétrolières et gazières d'une nation. Elle comprend l'organisation structurelle et hiérarchique du secteur, ses processus de prise de décision et de communication, les politiques et les objectifs régissant ces activités et la réglementation de ces dernières. Il est clair qu'elle

ne peut pas être un modèle à appliquer par tous les État hôtes pétroliers. Chaque État dispose d'un cadre juridique unique et d'un ensemble de coutumes et de valeurs qui influent sur la façon dont le pouvoir politique et l'autorité légale sont distribués et exercés. Les facteurs qui affectent la bonne gouvernance comprennent le type de système politique, le niveau de dépendance sur le secteur pétrolier, la politique économique nationale[510], le niveau de développement des infrastructures locales, ainsi que les activités et la liberté de la société civile. De même, des facteurs internationaux peuvent influer sur la bonne gouvernance et les bonnes pratiques du secteur pétrolier. Il s'agit d'obligations internationales, telles que l'adhésion à une organisation intergouvernementale comme l'OPEP, l'OMC ou l'ONU, du cadre juridique du secteur pétrolier, et de l'engagement de l'État dans la juridiction internationale.

468. Dans le secteur pétrolier des pays producteurs les plus développés – y compris le Royaume-Uni, les États-Unis et la Norvège –, le système de réglementation est régulièrement ajusté. En principe, ces ajustements tiennent compte de la rentabilité relative de l'industrie (et donc de la taille de la « rente des ressources » disponibles pour la fiscalité) qui est généralement très sensible aux prix. Les entreprises ont tendance à investir en espérant bien que le régime fiscal et réglementaire sera ajusté raisonnablement et sans trop de surprise. Les investisseurs équilibrent le risque politique, fiscal et réglementaire avec le bénéfice attendu. De tels contextes, en cas d'application du principe de l'« État de Droit », rendent toute nouvelle législation qui pourrait lui être désagréable, compréhensible et acceptable pour l'investisseur. Ces applications sont généralement marquées par la transparence (iii) et la responsabilité (iv).

[510] Voir, Glada Lahn, Valérie Marcel, John Mitchell, Keith Myers, Paul Stevens, "*Good Governance of the National Petroleum Sector*", publication de The Chatham House Document, 2007, A www.chathamhouse.org.uk, p. 5.

1.6. Transparence

469. Le niveau de transparence au sein de l'administration de l'organisation du secteur pétrolier, est un facteur crucial pour les investisseurs étrangers. Cette transparence inclut la clarté du système et celle de la politique économique nationale. En raison de son importance particulière dans la politique et l'économie nationale de nombreux pays, l'industrie pétrolière peut être sujette à des chevauchements dans la prise de décision politique et commerciale. Le cadre juridique, y compris les règlements fiscaux et les directives, organise des activités commerciales suivies par des investisseurs étrangers et privés sous réserve qu'elles soient clairement définies et accessibles. Le manque de clarté et d'accessibilité peut conduire à des objectifs contradictoires et à une démultiplication d'efforts. En outre, la politique économique nationale et le rôle du secteur pétrolier et gazier, en contribuant à cette politique, sont clairs et bien communiqués à toutes les parties prenantes, y compris les investisseurs étrangers. Le secteur du pétrole dans les pays en développement, dans la plupart des cas, fonctionne grâce à deux entités : le ministre du Pétrole et la CNP. Les investisseurs recherchent toujours une stricte clarté dans l'élaboration des politiques, la stratégie de décision et la prise de décision opérationnelle. Le rôle des autorités juridiques du CNO et de sa structure administrative dans l'exploitation doit être clairement défini, accessible et transparent. Deuxièmement, la transparence dans la prise de décision, dans le processus de décision et dans les responsabilités entre les différents organismes du secteur et au sein de l'État est vitale pour la bonne gouvernance dans le secteur pétrolier. Les investisseurs étrangers ainsi que d'autres acteurs du secteur pétrolier devraient connaître clairement, dès le début, la responsabilité de chacun pour éviter la corruption et les décisions qui se chevauchent. La transparence de l'information exige des mécanismes précis, rapides et fonctionnels pour accéder à toutes les informations techniques, administratives et juridiques nécessaires à l'investissement. La publication des critères d'attribution des licences et les décisions d'octroi de licences et d'attribution des grands marchés publics supposent une grande confiance entre les investisseurs et l'État hôte. Rendre l'information facilement accessible et compréhensible est également

une étape importante dans l'augmentation de la confiance entre les investisseurs et le secteur, et limite les actes illégitimes unilatéraux de l'Administration ainsi que les prérogatives de l'État hôte.

1.7. La Responsabilité de l'État

470. C'est la responsabilité de l'État en prise de décision, et sa performance afin de rassurer les investisseurs, qui sont bien identifiés et évalués objectivement [511]. La responsabilité exige une délégation claire du pouvoir, des institutions étatiques capables d'exécuter et des mécanismes appropriés d'application. La responsabilité nécessite que des mécanismes soient en place pour veiller à ce que les opérateurs du secteur soient en conformité avec les réglementations nationales et internationales, et les obligations contractuelles [512]. Le secteur national du pétrole dans son ensemble est soumis à un audit régulier, exige la gestion transparente du revenu dû au gouvernement, la clarté dans le processus d'appel d'offres et de la contractualisation. Cela nécessite également des fonctions d'audit interne (conducteurs financiers, audits physiques et processus) qui relèvent du conseil d'administration. L'institution gouvernementale impliquée doit être soumise à des rapports vérifiés régulièrement, fonctionnellement indépendants et les comptes doivent être préparés selon les normes comptables internationales[513].

471. La pertinence des processus d'élaboration et d'application des règles diffère d'un pays à l'autre selon la culture, le système politique et d'autres circonstances. L'expérience montre, cependant, que les processus juridiques, efficaces dans la mesure où ils ne sont pas complexes ou arbitraires, sont basés sur un système de consultation des personnes concernées et sont réalistes dans leur dépendance à l'égard des

[511]GRANTING MINERAL RIGHTS A GOOD PRACTICE NOTE WORLD BANK PROJECT – EXTRACTIVE INDUSTRIES SOURCE BOOK PROGRAM FOR THE UNIVERSITY OF DUNDEE FINAL REPORT DECEMBER 2010, http://www.eisourcebook.org/documents.php.

[512] Ibidem.

[513] Ibidem.

institutions existantes[514]. La simplicité des procédures, la transparence des procédures judiciaires, la participation des personnes concernées et la responsabilité des fonctionnaires impliqués dans ces processus (éléments de ce qui est maintenant généralement appelé la « bonne gouvernance ») augmentent la légitimité des règles et contribuent à l'obtention de la confiance du public dans le cadre juridique.

1.8. Efficacité et indépendance du système judiciaire

472. Qu'il n'y ait pas d'« État de Droit » signifie qu'il n'y a pas de système judiciaire efficace et indépendant. Les règlements et les institutions juridiques (comme les tribunaux, les procureurs, le système judiciaire, la police ou les autorités fiscales) sont sous le contrôle direct de ceux qui détiennent le pouvoir politique.

473. De toute évidence, le pouvoir judiciaire joue un rôle particulièrement important dans un système fondé sur le principe de l'« État de droit ». Il est clair, désormais, que le cadre juridique ne doit pas être conçu comme un simple recueil de lois et règlements écrits. Il s'agit également de la manière dont ces règles sont mises en œuvre par les organismes gouvernementaux, et sont appliquées et interprétées par des juges et des arbitres. Une application efficace de la loi, une justice que les administrateurs et les juges pratiquent d'une manière équitable, uniforme et prévisible, sans retards injustifiés ni coûts exorbitants, font à notre avis partie intégrante du cadre juridique nécessaire à une économie de marché. Un tel cadre exige que le respect des règles soit assuré par la force étatique et qu'un organisme indépendant soit chargé de régler les différends. Le pouvoir judiciaire identifie également les incohérences dans les règles applicables ou entre elles, et la loi fondamentale ou la constitution. Un système judiciaire équitable doit être l'inspecteur en dernière instance de toutes les allégations de corruption et de l'irresponsabilité d'autres branches du gouvernement. Les tribunaux devraient garantir le contrôle administratif et judiciaire de toute décision prise par une autorité régulière. Les investisseurs doivent avoir autant confiance dans les mécanismes de règlement des

[514] I.F.I. SHIHATA "*The Role of Law in Economic Development*", OGEL 2004.

différends du pays hôte qu'ils en ont dans leur propre système judiciaire. Il y a une lourde expérience d'absence de recours judiciaires internationaux efficaces dans les pays à faible magistrature (la plupart des pays en développement et postcommunistes) où les juges sont politisés et corrompus. La nouvelle loi d'investissement international, qui s'étend à tous les traités, représente donc une projection de la « règle de droit », concept juridique occidental.

Conclusion de la section II

474. La légitimité de l'acte de l'État-hôte s'écarte du principe de « États du droit ». Les États-hôte peuvent impliquer toutes les garanties législatives et contractuelles possibles pour garantir à l'investisseur étranger la stabilité de ses droits qui découlent du contrat d'investissement. Mais l'absence de respect et d'application du principe d'« États de droit», crée toujours une sorte d'instabilité ainsi qu'un manque de légitimité des motivations de l'acte de l'État hôte vis-à-vis des investissements pétroliers.

Conclusion : Chapitre I

475. Il y a nécessité de stabiliser le contrat d'investissement pétrolier face aux différents risques. Ces risques trouvent leurs sources dans des éléments liés à la contractualité, tels que l'acte de l'État et sa conformité avec sa responsabilité internationale, mais aussi dans des éléments extérieurs comme un changement de régime politique, des sanctions ou des changements économiques globaux.

En dehors des garanties contractuelles et législatives fournies par le principe de droit national et international, la règle de droit principale constitue un terrain vendu de garanties accordées par le système juridique national, et non par l'État, à l'investisseur.

Chapitre II : La stabilité du contrat pétrolier en vertu du droit international

Introduction

476. L'intervention unilatérale de l'État dans le contrat d'investissement peut être interprétée comme une menace pour la stabilité et la continuité de ce contrat à la lumière du droit international. Cela nécessite de fondre les obligations de l'État en vertu le droit international pour renforcer la stabilité du contrat et donner effet aux droits contractuels de l'investisseur s'il y a conflit. Alors une interrogation sur les obligations de **l'État cocontractant en vue du droit international ainsi que** l'identification des sources de la « stabilisation » en droit international sont des exigeances de ce chapitre.

Section I : La responsibilité de l'État cocontractant en droit international

477. Le processus de identifie les responisibiliés de de **l'État cocontractant vis-à-vis son cocontractant privé et en vu de droit international** est loin d'être un exercice facile, principalement à cause de l'incertitude et de la confusion qui prévaut actuellement en l'état précis des normes internationales pertinentes. Dans notre tentative de définir la stabilité des contrats pétroliers, cette section examinera d'abord le sens de la notion de stabilité en droit international (1), puis les obligations qui constituent la stabilisation (2), enfin et par conséquent, ce qui fonde la stabilisation en droit international public.

1. La notion de stabilité en droit international

478. Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, l'application du droit international aux contrats d'État les soumet à certaines normes du droit international, notamment la doctrine de l'inviolabilité du contrat (*pacta sunt servanda*). L'application d'une telle norme devrait rendre toute violation par l'État de ses obligations contractuelles illégale en vertu du droit international, ce qui vaut également pour le contrat en soi et la garantie de stabilité qui lui est attachée.

479. L'imposition du principe *pacta sunt servanda* en droit international est la force contraignante des traités entre les États [515]. Ce principe a été confirmé par l'article 26 de la Convention de Vienne [516]

> *Article 26. « PACTA SUNT SERVANDA » Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.*

480. Un autre texte donne un tour obligatoire aux engagements internationaux de l'État. Ces accords conclus en vertu du droit international sont dans la Résolution adoptée par l'Assemblée générale des NU 2625 (XXV)[517] .

> *"the principle that States shall fulfil in good faith the obligations assumed by them in accordance with the Charter Every State has the duty to fulfil in good faith the obligations assumed by it in accordance with the Charter of the United Nations. Every State has the duty to fulfil in good faith its obligations under the generally recognized principles and rules of international law. Every State has the duty to fulfil in good faith its obligations under international agreements valid under the generally recognized principles and rules of international law"*

481. Bien que la tentative de faire du « contrat pétrolier » une convention ait échoué, le principe de la protection des obligations contractuelles qui découle de ce contrat contre l'acte souverain unilatéral reste toujours un principe fondamental du droit international en ce qui concerne ces contrats. Le but principal du concept de stabilisation est de protéger l'intérêt de l'investisseur étranger contre une action unilatérale de l'État

515 Lachs, MANFRED, "*International rights and obligations : pacta servanda sunt and good faith"* (1969)", dans : Recueil des cours de l'Académie de La Haye de droit international, publié : 1980, p. 190.

516 Multilatéral Convention de Vienne sur le droit des traités (avec annexe). Conclue à Vienne le 23 mai 196.

517 Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Les États conformément à la Charte des Nations Unies https://www.wsi.uni-kiel.de/de/lehre/vorlesungen/archiv/ws-2014-15/weitere_vorlesungen/pil/friendly-relations-declaration-un-ga-res.-25-2625-of-1970-1

hôte, qu'elle soit législative ou administrative, qui pourrait influer sur le contrat, peu importe la loi qui le régit.

2. Les obligations de l'État hôte « cocontractant »

482. Comme nous l'avons expliqué au chapitre V de cette thèse, le contrat d'investissement pétrolier est un contrat particulier, de nature mixte. C'est un contrat dont les caractéristiques le distinguent des autres contrats d'investissement, défini par le droit de l'investissement international. C'est un contrat conclu entre un investisseur étranger et une entreprise nationale qui maintient son caractère quasi-privé de « Compagnie Nationale Pétrolière » et qui possède la capacité d'agir comme un simple particulier[518]. Ce contrat contient, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, des droits et obligations pour les deux parties. Ces droits et obligations couvrent les conditions financières, les plans de gestion, des matériaux et des conditions opérationnelles. Cependant, ce contrat contient des engagements et obligations vis à vis de l'État Souverain de nature ***JURE IMPERII***[519].

483. À partir de cette définition, nous comprenons que l'objectif principal du concept de stabilisation est de stabiliser les conditions économiques et politiques du contrat au moment de sa conclusion. Cette clause vise à l'obligation de « l'État souverain », non de « l'État administratif » par la nature même de l'obligation. Ni l'autorité ni la puissance de la CNO ne lui permettent d'offrir de telles garanties.

484. Deux thèses très intéressantes, qui font encore référence, ont examiné « le contrat d'État » dans les trente dernières années. Les obligations d'État y sont divisées en deux, obligation « ***de faire*** », et obligation de « ***ne pas faire*** »[520]. Nous examinerons

518 Sophie LEMAIRE, "*LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE L'ADMINISTRATION »* Lgdj, Mars 2005, p. 80-88.

519 Sophie LEMAIRE, "*LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE L'ADMINISTRATION »,* op.cit. ; voir aussi, Ph. LEBOULANGER, op. cit. p.118 et s.

520 Ce sont les thèses de 1) Philippe LEBOULANGER, « LES CONTRATS ENTRE ÉTATS ET ENTREPRISES ETRANGERES » Economia, 1982 ; et 2) Sophie LEMAIRE, « *LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE*

cette discussion sur « l'obligation de faire et de ne pas faire » afin de comprendre 1. Le sens de la clause de stabilité et d'autre part 2. Les valeurs de la clause de stabilité dans le droit à la fois national et international.

2.1. Les obligations de faire

485. Les obligations de faire se résument à « l'obligation de l'État cocontractant ». Mme. S. LEMAIRE, qui se réfère ici à un « contrat d'État » classique, la dit « bien connue en droit administratif français ». Dans le contrat de pétrole, ces obligations sont généralement inscrites à la fois dans *« Petroleum Acte »* et « contrat de pétrole ». Ce sont toutes les obligations « de faire » de « la compagnie Nationale Pétrolière » qui est toujours « la première partie au contrat pétrolier ». Elles comprennent également les obligations jointes du « comité de gestion » figurant dans le modèle d'accord du partage de la production[521].

486. Ces obligations peuvent différer entre chaque type de contrat de pétrole et d'un « État hôte » à l'autre. Cependant, leur contenu principal, qui est de fournir à la deuxième partie toutes les mesures juridiques et administratives nécessaires pour mener à bien ses opérations, reste le même. En conséquence, ces obligations ne

---

L'ADMINISTRATION » Lgdj, Mars 2005, dans le domaine des obligations « de faire », les listes ~~les les~~ des obligations decoulant du contrat administratif connu en droit administratif français. Ces obligations peuvent être résumées dans les devoirs de l'État d'assurer « la protection de son cocontractant en lui donnant toutes les facilités pour accomplir sa *tâche. En ce sens, il revient à l'État d'obtenir les autorisations administratives nécessaires à la réalisation des opérations visées par le contrat (délivrance de permis de construire, de concessions sur un gisement exploitable, etc.), de protéger son cocontractant en s'engageant à ne pas accorder d'avantages à d'éventuels concurrents (clause de la nation la plus favorisée), ou encore de lui apporter certaines garanties en matière financière. Loin de constituer le signe de la présence de l'État souverain au contrat, tous ces engagements, qui rappellent les obligations de l'Administration, partie à un contrat de droit public interne, rendent tout à fait admissible l'affirmation selon laquelle c'est l'État, personne publique interne, qui est signataire du contrat d'État »,* Sophie LEMAIRE, "*LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE L'ADMINISTRATION », op., cit., p. 8.*

[521] L'article IV de IV génération de le « EPSA » » right and obligations of parties » libyen indique clairement une bonne partie de ces obligations en disant : « First Party Shall…. Assist and expedite operator's execution of Work Programmer by providing facilities, including, but not limited to, supplying or otherwise making available all necessaire visas, work permits, security protection and right of way and easements, as may be requested by Operator……".

concernent que « *l'appareil d'État ou l'Administration*[522]», personne de droit interne, et pas l'État souverain, sujet de droit de gens.

2.2. Les obligations de ne pas faire

487. Comme nous avons tenté de l'expliquer dans les chapitres précédents, les contrats d'investissement de pétrole diffèrent de par leur nature des autres contrats d'investissement. Ces contrats sont présentés avec un rôle double. L'Administration, représentée dans la personnalité de la compagnie nationale pétrolière (CNP), première partie à tous les contrats de pétrole, et l'État souverain, qui signe aussi et ratifie le contrat, a des obligations fondamentales envers ce contrat. La distinction, mentionnée ci-dessus [523], entre des obligations « à faire » et « ne pas faire » concernant un contrat d'État, nous renvoie à la notion de « stabilité » comme devoirs fondamentaux de l'État souverain[524]. Ces obligations concernent les garanties juridiques qui entourent le contrat et assurent stabilité, continuité et sécurité. C'est dans ce dernier que l'État hôte s'engage à ne pas provoquer des mesures juridiques dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs

[522] P. MAYER, « La neutralisation ……. », *op. cit*., p. 9.

[523] Voir LEBOULANGER op., cit.

[524] Dans sa thèse. LUMIER, rejette l'idée que les clauses de stabilisation ~~soit~~ aient un caractère qui se fixe dans le « contrat de l'État » à l'ordre du droit international. Elle voit plus convaincante pour attacher cette clause à la « personne interne de l'Etat », « sujet de droit d'interne », plus qu'à l'État souverain sujet de droit de gens. Elle illustre ceci en disant : « Seul le pouvoir administratif de l'État, auquel son droit reconnaît généralement la faculté de modifier ou de résilier unilatéralement son accord, se trouve visé. On dit d'ailleurs de ces clauses qu'elles préviennent l' « aléa administratif ». Il paraît dès lors plus plausible d'attribuer la paternité de ces clauses et des contrats qui les contiennent à l'État-Administration, seul détenteur des pouvoirs auxquels il s'agit de renoncer, plutôt qu'à l'État, sujet de droit des gens. ». Dans son argument, elle donne deux arguments ; *le premier* tient au fait que ces clauses ne sont pas aussi spécifiques des contrats d'État qu'on le prétend et que, pour inhabituelles qu'elles soient ~~et~~ en matière interne, elles ne sont pas inconnues des contrats administratifs. Ainsi, si « rien en théorie ne s'oppose à ce qu'elles figurent dans des contrats soumis au droit interne, et même au droit public interne », leur existence ne constituera pas une référence nécessaire à la présence au contrat de l'État, souverain international. *Un second argument nous conduit*, lui aussi, à la conclusion que ces engagements, loin de désigner l'État, personne internationale, relèvent de l'État-Administration. Il s'agit du constat que ces clauses ne sont pas réservées aux contrats d'État *stricto sensu* (passés par les États eux-mêmes), mais qu'elles figurent parfois dans des contrats auxquels participent de simples émanations étatiques administratives non susceptibles de revendiquer la qualité de souverain international, et ce sans que leur validité soit contestée.

normatifs, qui pourraient porter atteinte aux droits des investisseurs étrangers. Comme le développe le Prof. Ph. LEBOULANGER dans sa thèse :

> *« L'État s'engage en outre à limiter contractuellement l'exercice de ses pouvoirs publics. C'est là un des aspects les plus originaux – et les plus délicats - des contrats entre États et entreprises étrangères que de stipuler au profit de ces dernières des clauses qui tendent à leur assurer une protection contre les modifications unilatérales que l'Etat pourrait imposer aux relations contractuelles, soit par décision de nature particulière, soit par une décision d'ordre général »525.*

Conclusion

488. **Comme nous l'avons évoqué aux plusiers reprises dans les chapitres précédents**, le contrat d'investissement pétrolier génère deux relations contractuelles parallèles qui ne sont cependant pas conflictuelles. En conséquence, c'est quand l'État établit une « personnification de l'ordre juridique », et joue ce double rôle « en tant qu'appareil bureaucratique de fonctionnaire » et en tant qu'« État souverain » en s'appuyant sur ces obligations qui découlent du droit interne et international. Ces rôles ont pour but de répondre aux obligations de ne pas modifier unilatéralement le contrat ou son environnement juridique, ce qui respecte l'exigence de l'investisseur étranger de protéger ses droits de propriété corporels (tangibles) et les droits incorporels (intangibles). L'objectif des différents concepts de stabilité a été défini comme une tentative d'éviter la possibilité de modifier les « droits contractuels » par l'action unilatérale de l'État hôte[526].

---

[525] Ph. LEBOULANGER, *op.cit.* p. 123.

[526] "*an attempt to avoid the possibility of modification of contractual rights by unilateral government action, an important number of long-term international business contracts include stabilisation clauses"* Dr. Zeyad A. Alqurashi, "*International Oil and Gas Arbitration*", Alexander's Gas & Oil Connections (www.gasandoil.com) and Oil, Gas & Energy Law Intelligence (OGEL), January 2005, p. 180 et s.

Section II. Les sources de la stabilisté en droit international

489. Les obligations de l'État envers la deuxième partie ne sont certainement pas limitées à une simple « clause de stabilisation » dans toutes ses formes. La clause de stabilisation, est une façon de veiller à ce que les droits de l'investisseur soient protégés contre l'acte de l'État hôte d'expropriation directe ou indirecte. Le droit international, à travers ces différentes divisions, a « timidement » introduit certaines obligations de l'État hôte pour protéger la propriété des investisseurs étrangers dans le cadre du concept de "*State responsibility for injuries to aliens*"[527]. En parlant de la responsabilité ici, nous entendons le terme « responsabilité » dans le sens passif, se référant à l'idée qu'une personne a violé une obligation et en devient responsable à la lumière du droit [528].

490. L'idée de la responsabilité de l'État est que la responsabilité est déterminée en cas de violation du droit international. En d'autres termes, la responsabilité de l'État est en cause lorsque des « dommages à un étranger - *injuries to aliens* » reviennent avec la peine qu'encourt l'État, suite à la violation d'une obligation internationale. Dans le cas où un État viole une obligation internationale et engage « un fait internationalement illicite », il est premièrement obligé de cesser cet acte illicite, deuxièmement contraint

[527] Voir, M. SORNARAJAH, "*The International Law on Foreign Investment*", Edition 3e, Cambridge University Press, 2010, p. 38 et s.

[528] JAMES CRAWFORD & JEREMY WATKINS clarifier l'idée en disant "*The idea of responsibility as answerability for this reason needs to be set apart from what might be termed 'responsibility as liability'—the idea that a person has violated their obligations and become liable to some negative response such as punishment, censure, or enforced compensation"…. ils ajoutent plus; "However, international law tends to use the word 'responsibility' as a synonym for 'liability', not least because other UN languages have equivalents for the former but not the latter. For example article 263 of the 1982 Law of the Sea Convention is entitled in English 'Responsibility and Liability'; in French and Spanish it is entitled simply 'Responsabilit´e/Responsibilidad', and likewise in Chinese, Russian, and Arabic*", Voir, JAMES CRAWFORD & JEREMY WATKINSthe pholosopy of international law, *Edited by,* SAMANTHA BESSON AND JOHN TASIOULAS, oxford university press, first publication 2010, c h a p t e r 1 3, INTERNATIONAL RESPONSIBILITY, p. 284 et s.

d'effectuer une réparation intégrale pour tout matériel ou préjudice moral causé. Ces deux obligations ont été articulées et codifiées dans les articles de la Commission du Droit International (CDI) sur la responsabilité de l'État et constituent le contenu de base du droit international général concernant la responsabilité des États[529].

491. Le système de responsabilisation de l'État pour les dommages causés aux étrangers et à leurs biens a donc été d'abord établi après la première et deuxième guerres mondiales, et surtout lors de la décolonisation, période pendant laquelle l'équilibre du pouvoir entre les pays développés et les pays en voie de développement, nouvellement décolonisés, était relativement fort[530]. L'investisseur étranger avait droit à une indemnisation conformément à une norme externe, favorable aux normes et aux exigences de partis puissants [531]. Les états développés, une fois qu'ils eurent abandonné leurs colonies, durent structurer un système de protection de l'investissement afin de protéger leurs intérêts, et les propriétés de leurs ressortissants contre les idéologies nationalistes et des systèmes juridiques peu développés. La protection diplomatique et la responsabilité de l'État sont devenues les bases sur lesquelles s'est accompli le régime

[529] In this sense the Article 6 193 confirm that "*Irrelevance of the position of the organ in the organization of the State The conduct of an organ of the State shall be considered as an act of that - State under international law, whether that organ belongs to the constituent, legislative, executive, judicial or other power, whether its functions are of an international or an internal character, and w/whether it holds a superior or a subordinate position in the organization of the State"*. Voir "INTERNATIONAL LAW COMMISSION: DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY" Auteur (s): David Kaye Source: International Legal Materials, vol. 37, n o 2 (Mars 1998), pp 440-467 Publié par:. American Society of International Law Stable URL: http://www.jstor.org/stable/20698780 consult à : 22-08-2015 23:45 UTC.

[530] Voir M. SHARNARAJAH, « international Investment …. » p. 36-38.

[531] M. SORNARAJAH emphasizes the point that "*It is a fact of history that, in every age, a hegemonic power seeks to externalize the key concepts of its own law so as to enable it to maintain its power. In a regional context, the United States had attempted to create such external standards of investment protection in its relations with Latin America*". In doing so he refers to the case related to the conflict between United State and Latin Americans countries and cites the Letter of Cordell Hull Secretary of State of the USA during the Mexican expropriation of 1938, to his Mexican counterpart. The letter stated: *'[U]nder every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate and effective payment thereof.*' Ever since, the standard has been espoused by the United States and has been referred to as the Hull doctrine of compensation. Voir, M. SORNARAJAH "international investment law", op.cit. p. 36; E. Galeano, Open Veins of Latin America: Five Centuries of Pillage of a Continent (originally published in Mexico in 1971; English translation published by Monthly Review Press, 1973).

de la protection des investissements. Cependant, il n'y avait aucune garantie de réussite d'un tel régime de protection, ni de mécanisme uniforme international pour sa mise en œuvre. La pratique générale fut de porter la question de l'expropriation des investisseurs étrangers devant la Cour internationale de Justice. À cette pratique s'est ajoutée l'insertion de certains mécanismes de protection comme la clause de la loi applicable aux relations contractuelles, la clause de l'arbitrage international et les clauses de stabilité afin d'internationaliser les contrats d'investissement et de les sortir de la juridiction nationale des États hôtes en voie de développement.

492. Le secteur des ressources naturelles en général et l'accord d'investissement pétrolier en particulier, ont ainsi assuré la promotion des différents mécanismes de protection des investissements étrangers en vertu du droit international. Comme on le voit dans la plupart des accords d'investissement de pétrole conclus avec les États de la région ANMO après la tendance à la nationalisation des années 1970, ainsi que dans la plupart des traités bilatéraux d'investissement qui ont suivi cette période. La protection des droits des investisseurs étrangers contre un « acte unilatéral » de l'« État hôte », avant d'être juste une pratique contractuelle (3), a ses racines dans les dispositions juridiques des investissements internationaux (2) et, dans les droits de l'Homme(1), où la «propriété» et sa protection sont un droit fondamental.

1. Droits de l'Homme

493. Le principal problème, comme l'a indiqué le **juge Rosalyn Higgins**, de la Cour internationale de Justice, est que jusqu'à présent, le droit international n'a pas encore bien défini la propriété des particuliers [532], et continue pour cela à s'appuyer sur le droit national. Bien que la reconnaissance du droit de propriété en général remonte au 18e

[532] "I am very struck by the almost total absence of any analysis of the conceptual aspects of property [under international law]. So far as the concept of property itself is concerned, it is as if we international lawyers say: property has been defined for us by our municipal legal system; and in any event, we *know* property when we see it. But how can we know if an individual has lost *property* rights unless we really understand what property *is*?" R. Higgins, The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law, 176 *RDC-Collected Courses* (1982), 259, 268.

siècle, le concept de protection des droits à l'étranger n'a été introduit dans le droit international qu'après la période de la décolonisation[533].

494. La question est de savoir si les droits de l'Homme comme obligation pour l'État sont un phénomène de ces dernières décennies. Les droits humains sont les droits et les libertés fondamentales auxquelles tous les êtres humains ont droit. Le développement moderne des droits de l'Homme remonte à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, et des évolutions constitutionnelles ultérieures. Au niveau international, le développement des droits de l'Homme s'est accéléré après la Seconde Guerre mondiale et la création des États-Nations, avec l'adoption de plusieurs conventions internationales et régionales clés et leurs instruments. La Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH), adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU en 1948, est la pierre-angulaire du droit de cette institution. Les principes des droits affirmés dans la DUDH sont énoncés dans un ensemble de traités ayant force d'obligations. Il s'agit notamment du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et ses Protocoles, du Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), de la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ICERD), de la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), de la Charte arabe des droits de l'Homme (CADH 2004) et de la Convention de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (Convention 169 de l'OIT de 1989).

495. Les droits de l'Homme, en général, sont également protégés par des systèmes régionaux différents :

[533] M. Sornarajah, « The International Law on Foreign Investment" Cambridge University Press, third Edition, 2010, p. 119 – 120.

- ***En Europe*** : la Convention européenne des Droits de l'Homme « CEDH » et ses protocoles[534] , et la Charte sociale européenne de 1996[535].

- **En Amérique** : la Convention américaine de 1969 sur les droits de l'Homme (CADH) et son Protocole additionnel de 1988 sur les droits de l'Homme dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels[536].
- ***En Afrique*** : la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP) de 1981, et ses Protocoles, y compris le Protocole de 1998 relatif à la création d'une Cour africaine des droits et des peuples et la Charte arabe des droits de l'Homme[537].
- **Dans la région des Pays Arabes** : la Charte Arabe de Droit de l'Homme de 2004[538].

496. Les principes des droits de l'Homme de l'ONU s'appliquent au Moyen-Orient et dans les pays africains de deux façons : directement par les États membres qui ont ratifié la convention, et [539]par le préambule de leurs conventions régionales.

497. Comme il été évoqué précédemment, plusieurs déclarations des droits humains internationalement reconnus sont pertinentes pour la protection des droits de propriété. Il s'agit, principalement, du droit humain à la propriété, affirmé dans la DUDH mais aussi dans d'autres déclarations et chartes des droits humains.

---

[534] http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf

[535] Qei a réuni en un seul instrument les droits garantis par la Charte de 1961 et son Protocole additionnel de 1988 (STE n° 128), ainsi que les nouveaux droits et amendements adoptés par les Parties. Elle se substitue progressivement au traité initial de 1961, voir https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163.

[536] http://www.cidh.org/french.htm.

[537] http://www.achpr.org/fr/instruments/achpr/

[538] http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/Arab-Charter-on-Human-Rights.pdf

[539] le préambule de Charte Arabe de Droit de l'Homme réaffirme les principe de DUDH déclarant : "Acknowledging the close interrelationship between human rights and world peace, Reaffirming the principles of the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights, as well as the provisions of the United Nations International Covenants on Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights", et le Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) aussi confirmer les mêmes principes déclarant que ;« Réaffirmant l'engagement qu'ils ont solennellement pris à l'Article 2 de ladite Charte, d'éliminer sous toutes ses formes le colonialisme de l'Afrique, de coordonner et d'intensifier leur coopération et leurs efforts pour offrir de meilleures conditions d'existence aux peuples d'Afrique, de favoriser la coopération internationale en tenant dûment compte de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme »

498. La pierre angulaire de la protection internationale du droit à la propriété est fournie par l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH), qui stipule :

> *"1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété.*
> *2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété."*

499. L'imprécision du caractère obligatoire qu'on constate au premier alinéa est le résultat d'un débat considérable et de désaccords entre les États fondateurs. L'ambiguïté qui en résulte peut-être en partie résolue si l'on clarifie les implications du terme « arbitraire » inclu dans l'article[540]. Alors que cette disposition ne mentionne pas explicitement le paiement d'une indemnité pour les prélèvements de propriété, ni les normes et conditions de ce paiement, le terme « arbitraire » peut être interprété comme l'exigence indirecte d'une certaine forme de compensation. Il peut également être interprété comme un objectif public, une exigence de non-discrimination et le recours à une procédure judiciaire[541]. La non-discrimination dans la jouissance du droit à la propriété découle précisément du principe de non-discrimination énoncé dans l'article 2 de la DUDH. Il est important de noter que l'article 17 protège les droits de propriété individuels et collectifs, et se rapporte à des personnes physiques et / ou morales. Il est également important de remarquer que l'ambiguïté et le manque d'exigences et conditions obligatoires dans « arbitraire » à propos du droit de propriété est la raison pour laquelle les arbitrages internationaux ont très rarement utilisé des droits de l'Homme comme normes du droit international dans les conflits entre les États et les investisseurs étrangers. Cette faiblesse a considérablement affaibli la protection du droit à la propriété dans le cadre du système des droits de l'Homme des Nations-Unies ; et bien que le nombre de ratifications de ces instruments ait considérablement augmenté

[540] Lorenzo CALUTA, *op. cit.,* p. 43 et s.
[541] Ibidem, p. 60 et s.

au cours des deux dernières décennies, cela a peu contribué à renforcer la protection du droit à la propriété.

500. Cependant, au-delà de ces aspects spécifiques, la protection du droit à la propriété dans le cadre du système des Nations Unies est plutôt faible. Il convient donc de mentionner que la faiblesse du droit à la propriété, si l'on s'en tient à ses instruments mondiaux, est en partie compensée par sa protection dans certains systèmes régionaux des droits de l'Homme.

501. Tandis que toutes les chartes des droits humains, sans exception, reconnaissent clairement le droit à la propriété, les différences entre ces chartes dans l'accentuation des méthodes de protection ont pour résultat que le droit à la propriété présente de considérables faiblesses dans certaines parties du monde, en particulier dans la région ANMO, et spécialement dans les « États pétroliers ».

502. Pour une protection fort remarquable, il convient de mentionner que l'article 1 du Protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) affirme avec clarté et concision que :

> *« ARTICLE 1 Protection de la propriété : Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».*

503. La clarté du texte de l'UE le qualifie pour être une référence forte pour la Cour européenne des droits de l'Homme qui l'a interprété et assimilé « en substance » à une forte protection du droit à la propriété [542].

504. D'autre part, la Charte arabe des droits de l'Homme a été adoptée très tard le 22 mai 2004. Elle affirme d'abord les principes contenus dans la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'Homme, les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme. Dans un langage convenu et précis, elle affirme le droit à la propriété en déclarant que :

> *"Article 25 Every citizen has a guaranteed right to own private property. No citizen shall under any circumstances be divested of all or any part of his property in an arbitrary or unlawful manner"*

505. Toutefois, la faiblesse de cette Charte est que, contrairement à celle de l'Europe, elle souffre de l'absence d'instruments de contrôle et des mécanismes de mise en œuvre de ses dispositions par les membres de l'État.

2. Le droit de l'investissement international

506. On trouve dans les conventions internationales d'autres mécanismes de stabilisation conçus sur le principe de la responsabilité de l'Etat / obligations en vertu du droit international, tels que les traités bilatéraux d'investissement (TBI). De plus, l'arbitrage investisseur-État, y compris l'arbitrage des investissements pétroliers, avec

[542] La Cour a également développé une abondante jurisprudence sur ce droit. Le tribunal a adopté une définition très large de « biens» pour couvrir un large éventail d'intérêts juridiques liés à un droit de propriété. Il a interprété le contenu normatif de l'article 1, y compris certaines règles. Elle a affirmé d'abord le droit à la propriété, que le tribunal a qualifié par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique et par le biais des « pouvoirs de police » (réglementation et de la fiscalité), respectivement, voir EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS : JUDGMENT IN THE MARCKX CASE (Status of Children Born out of Wedlock; Inheritance Rights) Source: International Legal Materials, Vol. 19, No. 1 (JANUARY 1980), pp. 109-132 Published by: American Society of International Law Stable URL: http://www.jstor.org/stable/20692125 accessé le: 04-09-2015 voir aussi: Lorenzo CALUTA, *op. cit.,* p. 43 et s.

l'appui de la Convention du Règlement d'arbitrage du CIRDI, ont remarquablement augmenté ces trente dernières années[543]. Cette longue pratique a permis de dégager certaines normes juridiques pour catégoriser la responsabilité de l'État envers les investisseurs étrangers[544]. Les traités d'investissement contiennent quelquefois des dispositions de stabilisation dans les "Umbrella Clauses". Elles peuvent aussi indirectement désigner des mesures de stabilité en mettant en évidence les obligations de l'État envers les investisseurs étrangers afin d'obtenir un maximum de stabilité et de sécurité pour leurs droits en vertu des dispositions du traité. Ces notions ont une valeur fonctionnelle car elles sont vouées à la protection des investissements étrangers. La tendance générale de ces notions est de contenir la stabilité du contrat entre l'État hôte et un investisseur étranger, peu importe si la clause de stabilisation explicite existe ou non.

Par conséquent, nous retiendrons les notions les plus éminentes qui sont les :

Umbrella clauses,
Le principe d'un traitement juste et équitable
Le principe de « l'attente légitime »

2.1. La stabilité du contrat (dans le cadre des "Umbrella Clauses")

507. Les "Umbrella Clauses", dans les traités bilatéraux et multilatéraux, sont apparues à la même période et pour les mêmes raisons que la « clause de stabilité ». Les contextes nationalistes et socialistes de la propriété, la révocation des accords

[543] Les traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux, qui comprennent des clauses CIRDI, prévoient la soumission des différends relatifs aux investissements entre États et investisseurs étrangers sous un autre traité multilatéral, à savoir la Convention de 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États . Le litige concerné doit se qualifier pour une couverture non seulement dans le cadre du traité d'investissement bilatéral ou multilatéral, mais aussi en vertu de la Convention CIRDI. En d'autres termes, le différend doit être un différend juridique découlant de ce qui est un investissement pour les traités d'investissement, ainsi que pour des fins de la Convention CIRDI.

[544] Voir, Prof. A.F.M. Maniruzzaman, « The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends", Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 2 121-157.

d'investissement à long terme après la Seconde Guerre mondiale, ainsi que la nécessité pour les États pétroliers en voie de développement de capitaux et de « savoir-faire » pour leur infrastructure et leur développement socio-économique, ont puissamment contribué au développement du droit international des investissements et de l'ensemble des mécanismes de protection de ces investissements. Un exemple intéressant et discutable de ces mesures de protection sont les "Umbrella Clauses" [545]. Les "Umbrella clauses" sont devenues une caractéristique commune des traités internationaux d'investissement [546]. Leur objectif principal est de garantir le respect des obligations de l'État hôte et de ses engagements contractuels envers l'investisseur international. Une telle clause de traité est établie dans le but de fournir la protection nécessaire à l'investisseur étranger contre l'acte normatif de l'État hôte[547].

508. Par contre, il n'y a pas de modèle standard des "Umbrella Clause" qu'on puisse utiliser dans tous les traités, mais la force et l'effet de ces clauses dépendent de l'utilisation de la langue et de la formulation de chaque article[548]. De plus, si la doctrine

[545] Dans la définition de ces clauses dans le contexte du contrat d'investissement pétrolier, Prof. A.F.M. Maniruzzaman a identifié leurs objectifs comme « The main purpose of the standard umbrella clause is to guarantee the observance of obligations or contractual commitments entered into, respectively, by the State parties with the nationals of the other, ie foreign investors», voir Prof. A.F.M. Maniruzzaman, "*The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends"* Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 2

[546] Voir Thomas WALDE "*The Umbrella Clause in Investment Arbitration – A Comment on Original Intentions and Recent Cases*", The Journal of World Investment and Trade, Vol. 6 No 2, April 2005, Geneva; voir aussi, l'étude de OCDE '*Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*', Working Papers on International Investment, Octobre 2006, <http://www.oecd.org/investment: l'étude note que des 2500 bits ou plus existant actuellement environ 40% contiennent une "Umbrella Clause".

[547] Voir, HJ Schramke, « L'interprétation des clauses de protection dans les traités bilatéraux d'investissement de la TDM » (numéro provisoire, Mai 2007), http://www.transnational-dispute-management.com

[548] Pour différents exemples de "Umbrella clauses", nous citons différents exemple de certains « traités bilatéraux d'investissement ». Aux fins de cette étude, nous citerons par exemple de d'autres régions parmi les « les traités des États pétroliers » dans leurs relations avec les Éats plus « développés et stables» que la plupart des opérateurs internationaux pétroliers détiennent leurs nationalités. Nous faisons cela afin de mettre l'accent sur le rôle des « clauses d'Umbrella » comme un instrument de droit international pour renforcer les « obligations d'Etat » envers l'investisseur étranger d'assurer et de stabiliser la protection des droits des investisseurs et des propriétés.

1. L'exemple de la « Umbrella Clause » dans le traitement de l'investissement bilatéral (BIT) des États-Unis, MODELES fourni depuis 2004 est ainsi cité : Article 24 (1) "….the claimant may submit

to arbitration under this Section a claim that the respondent has breached …c) an investment agreement". L'article limite l'application de cette clause pour couvrir les seules réclamations découlant d'un accord d'investissement et pas d'autres obligations contractuelles (annexe 2). Dans son article 26, il prévoit une renonciation explicite de ce droit: "No claim may be submitted to arbitration under this Section unless: ..b) the notice of arbitration is accompanied i) for claims submitted to arbitration under Article 24(1)a by the claimant's written waiver…of any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of either Party or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 24". Voir Yannaca-Small, K. (2006), "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing p. 8. http://dx.doi.org/10.1787/415453814578

2. Exemple pratique : Traité de l'Allemagne, Le modèle allemand BIT 47 place la "Umbrella Clause" dans un article séparé 8 et dit : "Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to investments in its territory by nationals or companies of the other Contracting Party48/investments in its territory by investors of the other Contracting State" , aussi investissement bilatéral traité "BIT"de L'Allemagne et le Bangladesh de 1981 prévoient une plus grande spécificité en fournissant à l'article 7 (2): "Each Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by agreement with nationals or companies of the other Contracting Party". Voir Voir Yannaca-Small, K. (2006), p. 9
3. L'exemple de l'Egypte : dans une (traité bilatérale d'investissement) conclue entre l'Egypte et la France (24 octobre 1975 p) Article 4. « Aucune des Parties contractantes ne prendra de mesures d'expropriation, de nationalisation ou de dépossession, directes ou indirectes, à l'encontre d'investissements de ressortissants ou sociétés de l'autre Partie contractante, sauf pour cause d'utilité publique et à condition qu'elles ne soient ni discriminatoires ni contraires à un engagement particulier. Les mesures de dépossession qui pourraient être prises devront donner lieu au paiement d'une juste indemnité dont le montant devra correspondre à la valeur réelle au jour de la dépossession des biens, droits et intérêts dépossédés. Cette indemnité dont le montant et les modalités de versement seront fixés au plus tard à la date de la ~~de~~ possession devra etre effectivement réalisable. Elle sera versée sans retard et librement transférable ». http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1069.
4. L'exemple de la Libye : l'ACCORD ENTRE LE GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE ET LA GRANDE JAMAHIRIYA ARABE LIBYENNE POPULAIRE ET SOCIALISTE SUR L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION RECIPROQUES DES INVESTISSEMENTS, ARTICLE 5 « Expropriation et indemnisation 1. Les investissements effectués par des nationaux ou sociétés de l'une des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleine et entière. 2. Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ni aucune autre mesure dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux et sociétés de l'autre Partie contractante des investissements leur appartenant, sur leur territoire, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans les conditions prévues par Ia loi et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires a un engagement particulier. Toutes les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, égal à Ia valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale antérieure a Ia menace de dépossession. Cette indemnité, son

ainsi que la jurisprudence de l'arbitrage sont d'accord sur le principe que la clause impose une « obligation internationale » sur l'État hôte, elles se divisent sur le fait de considérer ou non la violation de la clause comme la violation d'une obligation contractuelle. La CNUCED a identifié l'ambiguïté autour des "Umbrella clauses" dans ses grandes lignes en indiquant que :

> *"the language of the provision is so broad that it could be interpreted to cover all kinds of obligations, explicit or implied, contractual or non-contractual, undertaken with respect to investment generally. A provision of this kind might possibly alter the legal regime and make the agreement subject to the rules of international law"*[549].

509. L'école de l'internationalisme conduite par Prosper WEIL a émis l'idée qu'un traité d'investissement transforme une simple obligation contractuelle entre l'État et l'investisseur en une obligation de droit international, en particulier si le traité comporte une clause obligeant l'État à respecter ce contrat. Par conséquent, cette clause a pour but de transformer une simple obligation contractuelle entre l'État hôte et l'investisseur étranger en une obligation couverte par le droit international, en particulier si le traité comporte une clause obligeant l'État à respecter ce contrat. Le Prof. Prosper WEIL a développé le concept de "Umbrella clause" il y a plus d'une quarantaine d'années en soutenant que :

---

montant et ses modalités de versement sont fixes au plus tard a Ia date de Ia dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à Ia date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt de marche approprie. 3. Les nationaux ou sociétés de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues a Ia guerre ou à tout autre conflit arme, révolution, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de Ia part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accorde a ses propres nationaux ou sociétés ou a des nationaux ou sociétés de tout autre Etat tiers ». http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3491.

[549] Voir, United Nations Conference on Trade and Development., "*Bilateral investment treaties in the mid- 1990s*", United Nations Center Publication, New York, , 1998, p. 56.

> *« Il n'y a en effet, pas de difficultés particulières [en ce qui concerne la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l'État] à ce qu'il existe entre l'État contractant et l'État national du co-contractant un traité de ''couverture'' qui fait de l'obligation d'exécuter le contrat une obligation internationale à la charge de l'État contractant envers l'État national du cocontractant. L'intervention du traité de couverture transforme les obligations contractuelles en obligations internationales et assure ainsi, comme on l'a dit, ''l'intangibilité du contrat sous peine de violer le traité'' ; toute inexécution du contrat, serait-elle même régulière au regard du droit interne de l'État contractant, engage dès lors la responsabilité internationale de ce dernier envers l'État national du cocontractant »550.*

510. Le danger pour les opposants est que dans ce cas, la clause elle-même peut fonctionner comme un équivalent des clauses de stabilisation contractuelles. Cela signifie que même si la clause de stabilisation contractuelle est convenue par les parties pour être régie par le droit national de l'État hôte, le droit international prendra le relais et l'intention initiale des parties contractantes n'aura aucun effet. Le Prof. MANIRUZZAMAN craint même que :

> *"The clause may also lead to substitute the parties' agreed-upon jurisdiction clause in the contract for the dispute settlement clause of the treaty concerned"*[551].

511. Dans cette hypothèse d'internationalization du contrat d'investissement, et sur la force de cette « clause de traité », nos pensées nous conduisent au fait que si la clause générale est d'effectuer un rôle de cette envergure, il ne semble pas y avoir besoin d'une clause de stabilisation, et encore moins de clause de compétence dans le contrat.

---

[550] voir Weil, Prosper, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier (Volume 128)", in: Collected Courses of The Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 07 September 2016 First published online: 1969, p. 132et s.

[551] Prof. A.F.M. Maniruzzaman, "The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends", 2008, op. cit. p. 155.

512. Le point de vue opposé, que nous partageons, soutient que le traité « clause Umbrella » est considéré comme « classique », en ce sens que la clause elle-même n'est pas l'équivalent de la clause de stabilisation contractuelle des traités. D'ailleurs, cette clause fonctionne comme une couche de protection supplémentaire pour le contrat d'investissement qu'elle relève en laissant le contrat sur son propre bloc. La clause de stabilisation dans le contrat fonctionne comme son renforcement[552]. Si les clauses de stabilisation sont dans le contrat ou imposées par la loi et les règlements municipaux qui ont pris des engagements spécifiques en ce qui concerne les contrats d'investissement concernés, leur violation est égale à celle de la clause parapluie qui s'applique directement à eux. En conséquence, la présence de la clause de stabilisation apparaît pour activer l'application des « Umbrella clauses » qui s'y rapportent[553]. Des spécialistes du droit Petroleum affirment que le principe du droit international ne ferait que protéger les violations de contrats pétroliers conclus avec le gouvernement ou sous réserve des prérogatives étatiques. Et ce, seulement dans le cas où le gouvernement exercerait notamment ses prérogatives souveraines pour échapper à ses engagements contractuels ou entraverait de manière substantielle un tel engagement. Ce serait le cas aussi des contrats conclus uniquement avec des parties privées dans l'État hôte si ces contrats étaient détruits par les pouvoirs publics[554].

---

[552] Comme le tribunal à El Paso Energy International Company, v La République argentine a noté que; ''. . . the umbrella clause . . .will not extend the Treaty protection to breaches of an ordinary commercial contract entered into by the State or a State-owned entity, but will cover additional investment protections contractually agreed by the State as a sovereign – such as stabilization clause – inserted in an investment agreement'', voir El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, para 80: http://www.italaw.com/cases/382#sthash.C21V1G1K.dpuf,

[553] voir pour cet avis, CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, que le tribunal a indiqué que: (T)here are in particular two stabilization clauses contained in the License that have significant effect when it comes to the protection extended to them under the umbrella clause. The first is the obligation undertaken not to freeze the tariff regime or subject it to price controls. The second is the obligation not to alter the basic rules governing the License without TGN's written consent", ICSID Case No. ARB/01/8 - See more at: http://www.italaw.com/cases/288#sthash.NHZH9rK7.dpuf

[554] T Thomas W. WALDE The "*Umbrella" Clause in Investment Arbitration A Comment on Original Intentions and Recent Cases" J. World Investment & Trade* 183 2005; les praticiens ont également expliqué vue similaire indiquant que : «(I) t is a confusion to equate a State law or regulation with an obligation entered into by the State, or to regard an umbrella clause as implicitly freezing the laws of the State as at the date of admission of an investment. The enactment of a law by a State, whether it is specific or general, is not

2.2. Les stabilisations contractuelles exigées par le principe d'un traitement juste et équitable

513. Le principe de « traitement juste et équitable », interprété comme norme intégralement conventionnelle, permet aux tribunaux d'aller au-delà des exigences classiques du droit international général[555]. Il a été admis par la doctrine que le contenu de la notion de traitement juste et équitable est encore en évolution dans la jurisprudence. Comme pour une notion juridique en droit international des investissements, ce principe constitue toujours une réfraction juridique qui provoque un spectre de significations et fonctionne souvent comme une charge à l'écart dans le contexte d'autres normes de traitement des investissements étrangers[556]. La première référence à un traitement « équitable » se trouve dans la Charte de La Havane de 1948 pour une Organisation internationale du commerce. Son article 11 (2) stipule que les investissements étrangers devraient être assurés selon un « traitement juste et équitable ».[557] Le principe, comme l'a noté le juge Higgins, est un principe juridique de droit international qui fonctionne comme un mécanisme de protection des investissements internationaux, principalement contre la puissance publique[558].

---

the entry by the State into an obligation distinct from the law itself. No doubt a State is obliged by its own laws, but only for so long as they are in force. In the absence of express stabilization, investors take the risk that the obligations of the host State under its own law may change, and the umbrella clause makes no difference to this basic proposition", voir, James Crawford, 'Treaty and Contracts in Investment Arbitration' (The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29 November 2007), pp 18–19

[555] Yves NOUVEL, « Les Standards De Traitement : Le Traitement Et Equitable, La Sécurité Pleine Et Entière- DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENT ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL », Edition A. PEDDNE, 2015, p. 334.

[556] Prof. A.F.M. MANIRUZZAMAN, "The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends", 2008, op. cit. p. 148: Yves NOUVEL, « Les Standards De Traitement : Le Traitement Et Equitable, La Sécurité Pleine….op.cit. p. 334.

[557] OECD (2004), "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing, p. 4 . http://dx.doi.org/10.1787/675702255435

[558] Oil Platform (Iran v United States) 1996, ICJ 803 (Preliminary Objections), per Judge Higgins (Separate Opinion), http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9715.pdf

514. D’intenses discussions dans l'OCDE, au début des années 60, ont abouti à l'adoption du projet de convention sur la protection des biens étrangers par le Conseil de l'OCDE le 12 Octobre 1967[559]. L’ article 1 déclare que :

> *“Treatment of Foreign Property: “Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties….[560].*

515. Le projet d'accord multilatéral sur l'investissement (1998) exprime dans son. Article Traitement Général que:

> *“Each Contracting Party shall accord to investments in its territory of investors of another Contracting Party fair and equitable treatment and full and constant protection and security. In no case shall a Contracting Party accord treatment less favourable than that required by international law”[561].*

516. Alors que le Traité sur la Charte de l’Energie (1995) a éclairé le principe du « traitement juste et équitable », en, ***premièrement***, le liant à d'autres principes de protection des investissements, puis ***deuxièmement***, en posant une obligation de droit international sur les deux parties pendant toute la durée de l’investissement ; enfin ***troisièmement***, en donnant à cette norme la même force obligatoire que l'obligation "Umbrella Clause".

> *ARTICLE 10 PROMOTION, PROTECTION AND TREATMENT OF INVESTMENTS19 (1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favorable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such*

[559] *Ibidem,* p. 5.

[560] “Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention”, 1967, OECD, pp.13-15,

[561] http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf

conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favorable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party"[562].

517. Ce principe de protection de « traitement juste et équitable » a toujours fonctionné sur d'autres bases que le principe de protection des investissements internationaux, comme un principe indépendant[563].

518. Encore une fois l'absence d'un mandat type pour ce principe dans des faits d'investissement et ses diverses interprétations par la doctrine et la jurisprudence ont conduit à une certaine confusion au début de son existence[564]. La doctrine et la

[562] http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6101(38).pdf

[563] Dans la jurisprudence arbitrale la notion est souvent trouvée liée à d'autres normes (comme faisant partie d'entre elles) dans un rappel non exclusif nous mentionnons les principes suivants : le principe de la « bonne foi » (Tecnicas Medioambientales TECMED SA v United Mexican States, ICSID Case ARB (AF)/00/2 (29 May 2003), 43 ILM 133 (2004), para 153, <http://www.investmentclaims.com>.) ; le principe de la « transparence » Metalclad Corp v United Mexican States, ICSID Case No ARB (AF)/97/1, Award of 30 August 2000, § 99, and transparency issue the decision of the Supreme Court of British Columbia, in United Mexican States v Metalclad Corp, 2001 BCSC 644, http://www.investmentclaims.com ; le principe de la «norme internationale minimale", voir Azurix Corp v Argentina (ICSID Case No ARB/01/12) (14 July 2006), para 364, <http://www.investmentclaims.com>; ADF Group, Inc v United States (9 January 2003), ibid; 18 ICSID Rev 195, 228, 276 ; le principe de l'« espérance légitime » voir Tecnicas Medioambientales TECMED SA v United Mexican States, ICSID Case ARB (AF)/00/2 (29 May 2003) 43 ILM 133 (2004) para 154; International Thunderbird Gaming Corp v United Mexican States (NAFTA) (26 January 2006), <http:// ita.law.uvic.ca/index.htm>. pour « la stabilité et la prévisibilité du cadre juridique et économique », voir LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International Inc v Argentine Republic (ICSID Award, 3 October 2006), § 121–39, <http://ita.law.uvic.ca/index.htm>. Pour une explication détaillée, voir Prof. A.F.M. MANIRUZZAMAN, "*The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends*", 2008, op. cit. p. 148-149.

[564] Le groupe de travail de l'OCDE en 2004 explique cette confusion en ce qui concerne le conflit entre le développement et les pays développés en déclarant que *"The League of Nations and the UN International Law Commission was unable to reach agreement on a codification of the law of State responsibility for*

jurisprudence, lors d'une récente discussion en rapport avec le principe du « traitement juste et équitable », ont mis l'accent principalement sur l'opportunité, contre les abus de l'État hôte dans l'exercice de ses prérogatives, d'***une norme internationale minimale requise par le droit international coutumier.*** Dans le cadre de la responsabilité de l'État en vertu du droit international coutumier, l'État est tenu de fournir les normes de sécurité et de stabilité minimales aux investisseurs étrangers. Le noyau de cette norme est la protection de la propriété de l'investisseur étranger contre les prérogatives de l'État et principalement l'acte d'expropriations direct et/ou indirect. Allant dans ce sens, à propos de l'OEPC v Equateur, le tribunal a jugé que la stabilité du cadre juridique de l'entreprise était un élément essentiel du « traitement juste et équitable » en disant :

> *''[t]he stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment''.*

519. Le Tribunal a conclu sur la base des faits que la loi en Equateur a été modifiée, après que le demandeur ait établi un accord d'investissement étranger direct avec l'Equateur. Le tribunal a ajouté que :

> *"The 'tax law was changed without providing any clarity about its meaning and extent and the practice and regulations were also inconsistent with such changes……..a stable legal and*

injury to aliens. The work of the UN center and Commission on Transnational Corporations was equally impaired by the fundamental differences on issues related to the treatment of foreign property. With their prodigious majority within the UN General Assembly, the developing countries were able to assert the principle of national treatment as the rule in the case of expropriation, Charter of Economic Rights and Duties of States, Article 22 of Chapter II, UNGA, Res. 3281 (XXIX 1974) adopted with 104 votes in favour, 16 against (most of the developed countries) and 6 abstentions. For a certain period, this approach found support in doctrine, especially from scholars in developing nations. OECD (2004), voir "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/675702255435; À l'appui de cette circonstance voir G. Roha "*Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law*", American Journal of International Law, 1961, pp. 863 ff. voir aussi M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, Cambridge, 2010, pp. 204; et P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", Recueil des Cours, Tome 250, 1994, p. 83.

business environment is an essential element of fair and equitable treatment"[565].

520. Dans les jurisprudences arbitrales plus récentes, la notion de « traitement juste et équitable » a été constamment interprétée en termes plus cohérents avec la notion de stabilisation de l'investissement international, et comme une obligation de ne pas changer la règle juridique de l'État hôte présent au moment de la conclusion de l'investissement. Le tribunal « Techmed » décrit « un traitement juste et équitable » comme exigeant :

"The Contracting Parties to provide to international investment treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations"[566].

2.3. Les stabilisations contractuelles exigées par le principe des « attentes légitimes » de droit d'investissement

521. Grâce au principe de « l'attente légitime », le droit international d'investissement prévoit une autre norme juridique qui est profondément liée à la notion de stabilisation de contrat d'investissement international, et qui place comme une obligation vis-à-vis de l'État hôte de ne pas modifier unilatéralement son engagement, lequel découle de ce contrat, tout au long de l'exercice de ses prérogatives. Le concept d'« espérance légitime

[565] Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador, LCIA Case No UN3467, Final Award of 1 July 2004, http://www.italaw.com/cases/761.

[566] TECNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED S.A. v. THE UNITED MEXICAN STATES CASE CIRDI, No. ARB (AF)/00/2 AWARD: May 29, 2003, Para. 154, p. 61, https://www.italaw.com/documents/Tecnicas_001.pdf

» est considéré comme faisant partie de la « norme de traitement juste et équitable », et la plupart des points de vue de la doctrine la traitent de la même manière[567].

522. Une caractérisation significative du principe des « attentes légitimes » et se rapportant à la relation de l'investisseur étranger et de l'État hôte, a été faite par T. WALDE dans son opinion indépendante sur l'affaire « international Thunderbird Gaming Corp. c. Mexique »[568]. Toutefois, il a considéré l'ensemble comme relevant du principe de « bonne foi », ce qui est un bon principe directeur dans le principe général du droit international[569]. Il commence en précisant que la recherche d'une bonne mesure pour déterminer si l'acte de l'État hôte a violé les obligations soulevées par un « traité d'investissement international », c'est d'équilibrer les perspectives légitimes d'un investisseur étranger et de l'intérêt public, de façon tout aussi légitime que de préserver un grand « *regulatory space* »[570]. Puis il ajoute que la déception des investisseurs dans leur « *attente légitime* » doit être suffisamment grave et matérielle, ce qui est, à notre avis, un jugement purement arbitral[571]. Ensuite il désigne plus exactement le principe de « l'attente légitime » a travers de l'obligation de l'État hôte en ajoutant que :

> *« In this context, the government's duty to avoid ambiguity towards foreign investors, to send clear messages and to pro-actively correct any misperception manifestly created, to take into account the investor's need for predictability of government conduct and key attitudes is engaged, also its obligation to take*

[567] Prof. A.F.M. Maniruzzaman, "The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends", 2008, op. cit., p. 150 et s.

[568] Pour voir son openion : http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0432.pdf , et pour voir la decision de tribunal International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, Separate Opinion (of Thomas Wälde) – voir : http://www.italaw.com/cases/documents/574#sthash.GMyUE5Fb.dpuf

[569] *Ibidem*, §26.

[570] *Ibidem*, § 2.

[571] Dite : « The disappointment of legitimate expectations must be sufficiently serious and material. Otherwise, any minor misconduct by a public official could go to the jurisdiction of a treaty tribunal". Ibedim, para 14, p. 9

its prior assurances into account when "closing" the facilities…. »[572].

523. Le plus important est qu'il relie les deux principes, dans l'étude de la présente section : les « attentes légitimes » et le « traitement juste et équitable », au principe de « bonne foi », qu'il définit comme « un principe directeur » dans le contexte de la détermination des obligations de l'État hôte vis-à-vis de l'investisseur, ainsi qu'un « principe général du droit international »[573]. C'est le point de vue partagé par la doctrine et par la jurisprudence arbitrale[574].

524. Une autre approche pour déterminer l'« espérance légitime » est celle du Prof. A.F.M. MANIRUZZAMAN qui, alors qu'il examine l'obligation de l'État, en vertu du droit international, de ne pas modifier les droits des investisseurs, déclare :

"A better approach may be to consider the content of the concept from a negative perspective as to what are not legitimate expectations that do not guarantee stability"[575].

[572] Ibedim, para 21., p. 15

[573]"It is, however, considered to be part of the "good faith" principle which is a guiding principle (also a general principle of international law) for applying the "fair and equitable treatment" standard in Art. 1105, a standard that is repeated, more or less identically, in most of the other over 2500 investment treaties in force at present", *Ibidem*, § 25.

[574] Pour une vaste littérature sur le principe de «bonne foi» dans le droit international, s'il vous plaît voir : Robert KOLB « *La Bonne Foi En Droit International Public »,* Revue Belge De Droit International, Éditions BR U YLAN T, Bruxelles, 1998/2. ; Georg SCHARZENBERGER, « *The Principle of Good Faith* », dans la collection de Recueil des cours de l'Académie de La Haye de droit international, Académie de La Haye de droit international, 1955.; Manfred LACHS, , "International rights and obligations : pacta servanda sunt and good faith (169)", Recuil de l'Académie de La Haye de droit international, publié 1980, et pour l'avis de jurisprudence arbitrale voir principalement : Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, àt: http://www.italaw.com/cases/documents/1088#sthash.4TKDhvdb.dpuf ,Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11 – à: http://www.italaw.com/cases/767#sthash.CgfrMhVr.dpuf , dans le cadre de cette thèse, nous ~~le~~ verrons de manière détaillée le principe de «bonne foi» par rapport à la stabilité comme une obligation contractuelle et obligation de droit national, dans le chapitre suivant.

[575] Prof. A.F.M. Maniruzzaman, "The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends", 2008, op. cit. p. 150.

Conclusion : Section II

525. Le dilemme de ces principes de droit international de l'investissement tels que le principe des « attentes légitimes » ainsi que le principe des « traitements justes et équitables » est qu'il n'y a pas de mesure immuable ni de définition unique et agréable fournie par un instrument de droit international. Ces principes répondent davantage aux concepts de "justice" et de "primauté du droit", mais créent un vaste débat entre les arbitres pour équilibrer les droits et les obligations des parties à l'accord d'investissement[576].

Conclusion : Chapitre II

526. La protection de fond prévue par le droit international aux investisseurs étrangers, par le biais de conventions internationales et de traités multinationaux et bilatéraux, constitue une base solide dans la stabilité des contrats d'investissement pétrolier. Le droit international ne traite donc pas directement les questions de stabilité, mais ses dispositions ont, d'une part, confirmé le caractère sacré de la "propriété" en tant que droit fondamental du droit de l'Homme. D'autre part, les traités d'investissement étranger ainsi que le développement progressif de la jurisprudence arbitral ont réaffirmé le concept de « droits contractuels intangibles » dans le cadre des droits de propriété des investisseurs étrangers. L'ensemble de ces deux dispositions

[576] Le professeur MANIRUZZAMAN illustre ce point dans son article en disant: *"Since the concept of legitimate expectations is not an elastic one and has its limits, the investor's expectation for stable and predictable legal and business framework may be limited by the duty of due diligence on their part. Due to the lack of exercise of due diligence by the foreign investor, the claim for legitimate expectation may lose its ground for the benefit of fair and equitable treatment. The crucial question is whether the legitimate expectation was created in a particular case for the foreign investor. If, at the time of the investment, the investor is negligent in making himself adequately informed of the appropriate rules, regulations and relevant practices in the host country concerning his investment and accordingly bases his decision to invest on a false assumption of the things, he cannot be taken to rely on the actual practice of the host country that contradicts his assumption".*

représentent des mécanismes de droit international à protéger et à stabiliser les droits privés découlent du contrat d'investissement pétrolier.

Conclusion: Titre III

527. Les contrats d'investissement pétrolier sont soumis à différents types de risques. L'acte de l'État Souverain envers le contrat et la menace de la propriété de l'investisseur sont des types de risque ciblés par la clause de stabilité. Les risques peuvent également provenir d'une cause indirecte de l'État hôte, comme un changement de régime politique ou de politique nationale. Le droit international ne prévoit pas de garanties de stabilité directe contre de tels risques. Cependant, le droit international engage certaines responsabilités et obligations de l'État souverain envers le contrat d'investissement.

528. Les limites entre la responsabilité de l'État souverain et ses obligations envers l'investisseur étranger ne sont pas complètement noyées dans la doctrine du droit international. Toutefois, selon M. BROWNLIE[577] & M. SORNARAJAH[578], les responsabilités de l'État découlent des normes du droit international. L'État Souverain a des responsabilités vis-à-vis des investisseurs étrangers qui comprennent la protection de ses propriétés. Il comprend également la garantie du droit d'indemnisation en cas d'expropriation légale et le droit à des litiges, en cas de litige.

529. D'autre part, le droit d'investissement étranger, tout au long de ces traités bilatéraux et multinationaux, ainsi que l'institution de règlement des différends (CRIDI) et ses doctrines, ont articulé des définitions complètes pour la propriété des investisseurs. La loi sur l'investissement étranger a également fourni aux investisseurs des normes fondées sur des traités qui représentent la stabilité pour les contrats d'investissement étranger.

530. Par ailleurs, le principe de la « primauté du droit », assure la sécurité des propriétés des investisseurs étrangers ainsi qu'une base solide pour la stabilité du contrat. Il est également considéré comme une mesure de la légalité de l'acte de l'État

[577] Ian BROWNLIE, "principles of International law", 5th edition, Oxford 1998., 345 et ss.

[578] M. SORNARAJAH, "THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT", 3° edition, Oxford 2010 pp. 36-47

envers le contrat d'investissement. L'application de la séparation du pouvoir, la responsabilité interne de l'État, la transparence et l'accès complet à la justice réglementent l'acte de l'État souverain et évaluent sa légalité.

Titre IV

Titre IV – La clause de la stabilité du contrat pétrolier et ses défis – *pacta sunt servanda v. Clausula Rebus sic Stantibus*

Titre IV : La clause de la stabilité du contrat pétrolier et ses défis

Introduction au Titre IV

531. Le droit de l'État de réglementer, de disposer, de modifier sa politique interne et internationale et d'exproprier directement ou indirectement, pour un motif public, social ou économique, constitue un droit souverain et inaliénable reconnu par le droit international et garanti par le droit interne. Cependant, lorsque l'État conclut des accords commerciaux avec une personne de nature juridique différente, ou un investisseur étranger, la restriction de ses droits, et l'obligation de ne pas modifier le cadre juridique du contrat, est un véritable dilemme tant pour le droit national qu'international. Dans les contrats d'investissement pétrolier, l'État hôte a développé l'habitude de fournir certaines garanties à son cocontractant étranger sous forme de « clause de stabilisation » afin d'attirer les investisseurs étrangers et de fournir la sécurité juridique et la stabilité nécessaires à l'investissement.

532. L'inclusion d'une clause de stabilisation dans les contrats d'investissement étranger est une pratique courante, qui remonte au XIXe siècle, dans les contrats conclus entre les investisseurs et les États hôtes dans le secteur international de l'énergie. Bien qu'il existe plusieurs façons de réaliser la stabilisation des contrats, l'idée essentielle est la même : les parties à l'accord cherchent à fournir l'assurance contractuelle que les conditions d'investissements à la date de signature resteront les mêmes tant que durera l'accord. Les parties cherchent essentiellement à assurer à la fois les conditions économiques et la mise en œuvre du projet.

533. Les clauses de stabilisation dans le contrat d'investissement renforcent le principe de « la force obligatoire du contrat » ou *pacta sunt servanda* tel que connu dans la littérature sur le droit international. Ce principe est considéré comme une norme positive du droit international général et l'un des principes généraux de droit reconnus

par les lois nationales[579]. Toutefois, il y a certaines exceptions qui affaiblissent considérablement l'effet des clauses de stabilisation dans le contrat pétrolier d'investissement. Alors que la clause de stabilité vise à assurer la continuité du contrat et qu'aucun acte étatique direct ou indirect ne peut affecter son exécution. Il y a des événements en qui peuvent accidentellement rendre l'exécution, pas impossible, mais excessivement onéreuse pour les deux parties ou l'une des parties. Tel que décrit par la doctrine : « *il s'agit de concilier stabilité et dynamisme, sécurité et adaptabilité, étant admis que ces divers éléments sont nécessaires. Un système trop rigide causera crises, révoltes, explosions* »[580]. En conséquence, la révision de certains droits et obligations dans ces contrats peut devenir une nécessité. Les renégociations et la mutabilité des contrats font également partie des mécanismes juridiques reconnus par le droit international et le système juridique national, qui visent à assurer la continuité des contrats à long terme.

534. Dans ce titre IV, au premier chapitre (I), nous étudierons la notion de stabilité dans l'approche pratique, les différents types de clauses insérées dans les contrats d'investissement pétrolier, leur formation, leur validité et leur effet. Tandis que dans le deuxième chapitre (II), nous examinerons les défis de la stabilité du contrat pétrolier, étudiés à la lumière du développement de la doctrine de *Clausula Rebus sic Stantibus,* ou la théorie de « l'imprévision » telle que connue en droit national.

[579] A. F. M. MANIRUZZAMAN, "State Contracts with Aliens", *The Question of Unilateral Change by the State. In Contemporary International Law*, 9 J. Int'l Arb. 141 1992.

[580] Jean-Flavien LALIVE, « *Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées : développements récents* », Volume 181, dans la collection de cours de l'Académie de la Haye, publié : 1983, p. 214 http://dx.doi.org.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789024729876.009_283.

Chapitre I : Présentation de la clause de stabilité : ses pratiques, valeurs, et effets

535. L'implication de l'État dans les projets d'investissement étranger dans le secteur pétrolier soulève toujours un risque majeur lié à la nature du contrat, les parties et l'industrie pétrolière elle-même. Du côté de l'État, les risques majeurs sont ceux liés aux changements économiques mondiaux dans l'industrie pétrolière ou à l'exécution défectueuse du cocontractant privé. Par conséquent, l'État exige une série de garanties de la part du parti privé et de son garant financier. Le risque majeur pour le cocontractant privé est quant à lui l'acte souverain de l'État hôte ou la prérogative de l'autorité administrative, qui peut déséquilibrer l'équilibre économique du contrat ou son exécution. Contre ce risque, les investisseurs étrangers dans les projets d'investissement pétrolier ont toujours exigé des garanties contractuelles de stabilité comme protection contre l'exercice unilatéral du pouvoir de l'État, de modifier ou d'annuler des termes du contrat d'investissement.

536. Les clauses de stabilisation figurent clairement comme des instruments contractuels pour promouvoir et protéger les investissements étrangers dans la négociation de contrats pétroliers modernes. Elles ont développé un long débat doctrinal sur leur nature juridique, leur efficacité et leur validité et sont devenues un mécanisme contractuel courant pour stabiliser le contrat d'investissement à long terme. L'insertion de clauses de stabilité dans les contrats pétroliers a pris des formes différentes au cours des dernières décennies. Ces différences sont dues au changement de la forme du risque qui menace les investissements pétroliers.

537. Ce chapitre éclairera le contexte historique des clauses de stabilité et mettra en lumière les types de clauses les plus courantes. Le but de ce chapitre est donc d'examiner différents modèles de clauses de stabilité, leur nature juridique (section I) et d'examiner leurs effets juridiques et la validité de la législation nationale à la lumière du droit

international et de la jurisprudence. Enfin, nous examinerons un cas pratique de clauses de stabilité en vertu du système juridique national.

Section I : Les différents types de clauses de stabilité

Introduction

538. L'insertion des clauses de stabilisation est une pratique courante dans les contrats conclus entre les investisseurs et les États hôtes dans le secteur de l'investissement pétrolier, surtout lorsqu'un pays en voie de développement est impliqué. Cette pratique remonte au début des années 1930[581]. Les parties au contrat pétrolier cherchent ainsi l'assurance contractuelle que les conditions de leur accord à la date de la signature resteront les mêmes pendant toute la durée de l'accord[582]. Essentiellement, les parties au contrat cherchent à assurer l'exécution de leur contrat et à en stabiliser les termes économiques afin de garantir la mise en œuvre du projet et ses résultats. Autrement dit, une clause de stabilisation a pour but de mettre le contrat et le projet qui en découle à l'abri de tout acte défavorable ultérieur du gouvernement, qu'il soit législatif ou administratif qui pourrait avoir une incidence défavorable sur le régime contractuel déjà contracté par les parties[583]. La clause représente une protection contractuelle contre les modifications unilatérales du contrat qui pourraient menacer les droits « tangibles » ou « intangibles » de l'investisseur. Parfois, les termes de stabilité contractuelle peuvent être définis de manière stricte pour ne comprendre que des questions fiscales.

---

[581] Peter D. CAMERON, International energy Investment Law, the pursuit of Stability, Oxford 2010, p. 68.

[582] Par exemple, l'article 36 du modèle de contrat de partage de production (PSC) (2005) de la République arabe sahraouie démocratique ~~qui~~ prévoit que : "This Contract is executed between the Parties in accordance with the laws and regulations in force at the date of its signing and on the basis of the provisions of said laws and egulations, as regards, inter alia, the economic, fiscal and financial provisions of this Contract". Voir, Prof. A.F.M. MANIRUZZAMAN "The pursuit of stability in international energy, investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends" Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 2 pp. 121-157.

[583] Peter D. CAMERON *op., cit.*, p. 68.

539. Autre caractéristique des clauses de stabilisation est celle de « stabiliser » les termes et conditions d'un projet d'investissement, contribuant ainsi à gérer le risque non commercial et non géologique. Il s'agit principalement de stabiliser le risque politique dans sa forme classique, le risque fiscal dans sa forme particulière et le risque économique dans sa forme plus moderne.

540. Les discussions sur les clauses de stabilisation ont été particulièrement populaires dans les années 1970 et au début des années 1980, lorsque le résultat de plusieurs arbitrages de haut niveau dépendait des effets juridiques attribués à ces clauses. Au début des années 1990, l'intérêt porté aux clauses de stabilisation semblait s'être allégé et amoindri, l'attention ayant été attirée sur le nombre croissant de traités d'investissements bilatéraux. Toutefois, ces dernières années ont connu un regain d'intérêt pour les clauses de stabilisation et leur utilisation, notamment en ce qui concerne les projets d'investissement dans les économies en développement et en transition[584]. Dans cette section, nous étudierons les différents types de clauses de stabilité insérées dans les contrats pétroliers et leur valeur juridique au fil des années.

1. Contexte historique

541. La clause de stabilisation est apparue pour la première fois dans un accord de concession de service postal couvrant l'ensemble ou certaines parties des territoires de la France, de l'Espagne, de l'Allemagne et des Pays-Bas, entre Philippe I[er,] roi d'Espagne et le Vénitien Francisco de *Tassis*, conclu en janvier 1505 et révisé plusieurs fois par la suite[585]. Il était prévu dans cet accord que ses termes prévaudraient sur toutes les ordonnances, restrictions ou autres commandements futurs contraires, « car ainsi nous

[584] Voir: Lorenzo COTULA, "Reconciling regulatory stability and evolution of environmental standards in investment contracts : Towards a rethink of stabilization clauses", Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 2, pp. 158-179.

[585] Pour plus de détails, voir : Charles LEBEN, *La notion de contrat d'État (302),* dans la collection de Cours de l'Académie de La Haye de droit international, 302, publié en 2003, p. 213, note 4, http://dx.doi.org.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789004140219.197_386.4.

plaît-il »[586]. Bien que le contexte juridique et la nature des parties au traité fussent différents, l'objectif était le même, à savoir empêcher le pouvoir souverain de modifier unilatéralement certaines obligations internationales. La concession a été renouvelée en 1516 par Charles I[er] (roi ?) d'Espagne. Elle présentait les quatre caractéristiques classiques des contrats de concession modernes : *a)* le contrat est conclu entre un État, personnifié par le roi, et un étranger (un Vénitien), *b)* il accorde à celui-ci un monopole sur une activité qui concerne certaines prérogatives techniques de l'État, *c)* les dispositions du contrat prévalent sur toutes dispositions du droit interne de l'État, *d)* le contrat porte sur une activité de service public[587].

542. Les premières clauses de stabilisation apparaissent entre la Première et la Seconde Guerre mondiale, lorsque les gouvernements latino-américains commencent à les inclure dans les contrats de concession, en raison des nationalisations [588]. Ces dispositions avaient pour but essentiel de veiller à ce que le contrat de concession reste en vigueur pendant toute la période indiquée dans le contrat. Du milieu du XX[e] siècle jusqu'aux années 1970, ces clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers furent un moyen de défense contre l'expropriation. Elles ne remettaient pas en cause l'acte d'expropriation, mais avaient pour effet d'assurer sa conformité à la loi et d'examiner sa

[586] Voir, José JAVIER RUIZ IBAÑEZ & Sylvie RAB, « *Théories et pratiques de la souveraineté dans la Monarchie hispanique : un conflit de juridictions à Cambrai* » Annales. Histoire, Sciences Sociales, 55e Année, No. 3 (May - Jun., 2000), p. 623- 644 publié par : EHESS Stable URL: http://www.jstor.org/stable/27586319 Accessed: 07-06-2016 13:38 UTC ; voir aussi, G. Cistac, « Une histoire juridique de l'État contractant dans le commerce international », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1995, p. 176 et pp. 190-191.

[587] *Leben, Charles, "La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements (Volume 302)",* in : Recueil des cours de l'Académie de La Haye de droit international, publié en 2003, p. 213 et ss., voir aussi, l'article de P. Fischer, « Historic Aspects of International Concession Agreement », dans C. H. Alexandrowic (dir. publ.), *Grotian Society Papers 1972,* p. 243. *Studies in the History of the Law of Nations*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1972, pp. 222-261, pp. 233-252.

[588] *Kuwait v Aminoil*, 21 ILM 976, 1052 n.7 (1982), 9 YB Com Arb 71, 95 (1984).

légalité, confirmant ainsi le montant de l'indemnité octroyée par le tribunal si nécessaire[589].

543. Un exemple est la clause de stabilisation dans la célèbre concession libyenne attachée à la loi pétrolière libyenne 25/55[590]. Cette dernière a été rédigée par un comité d'experts étrangers et négociée entre les représentants du gouvernement, les représentants des collectivités locales et des entreprises étrangères entre 1951 et 1955. En conséquence, la loi contenait de nombreuses articulations modernes au bénéfice des investisseurs, y compris une clause de stabilisation.

> *'(1) The Government of Libya will take all steps necessary to ensure that the Company enjoys all the rights conferred by this Concession. The contractual rights expressly created by this concession shall not be altered except by mutual consent of the parties.*
> *(2) This concession shall throughout the period of its validity be construed in accordance with the Petroleum Law and the Regulations in force at the time of granting the Concession. Any amendment to or repeal of these regulations shall not affect the contractual rights of the Company without its consent."*[591]

544. À la fin des années 1970, les clauses de stabilisation étaient déjà moins utilisées dans les passations de marchés. Les gouvernements – influencés par les concepts de « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » et de « nouvel ordre économique international[592] » – admettaient de moins en moins cette tentative de limitation de leurs pouvoirs souverains[593]. Cette période a pris fin au début des années

[589] Voir, PETER D CAMERON *"Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors"*, publication de Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), le 05 juin 2006, p. 15.
[590] La loi libyenne de pétrole n ° 25 de 1955 (loi sur le pétrole) a été promulguée le 21 Avril 1955.
[591] L'article 16 du modèle de concession annexé à la loi libyenne sur le pétrole 25/55.
[592] Tel qu'il est formulé en particulier dans la Résolution UNGA 3201, 3202 (S-IV) et 3281 of 19747,
[593] Thomas W. WAELDE & George NDI, "S*tabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation*", Texas International Law Journal, 31 (2). pp. 215-267. Consulté à HeinOnline (http://heinonline.org), le 1er mai 2014.

1980, à la suite des révisions très conflictuelles des contrats pétroliers et de la nationalisation des actifs de l'industrie du pétrole, ce qui a déclenché plusieurs sentences arbitrales[594]. Elle a été caractérisée par une analyse des engagements de stabilisation. La doctrine *lex petrolea* a interprété la clause de stabilisation à la lumière de la responsabilité de l'État, de la protection des biens étrangers contre la nationalisation et la violation des intérêts contractuels de propriété par l'État[595].

545. Alors que, depuis les années 1970 et 1980, les Compagnies Nationales Pétrolières CNP ont de plus en plus d'importance dans les gestions de pétrole et les contrats d'investissement. La pratique de la clause de stabilité en est ainsi affectée. Cela signifie que, parfois, le contrat pour l'exploration et la production est conclu entre l'investisseur étranger et la CNPplutôt qu'avec l'État souverain lui-même, en visant certaines obligations de CNP. Les clauses de stabilisation sont donc négociées par l'investisseur étranger avec la CNPplutôt qu'avec l'État lui-même.

546. À ce regard, deux grands types de comportements se sont dégagés vis-à-vis de la stabilisation. *Tout d'abord*, un nombre important des états pétroliers ont choisi de ne pas fournir d'engagements sur la stabilité. Les états ayant d'importantes réserves prouvées, comme l'Arabie Saoudite, le Nigeria ou l'Indonésie, ne considèrent pas qu'il

[594] liste non exhaustive inoculant les jurisprudences arbitrales suivantes : Saudi Arabia v Arabian American Oil Company (Aramco), 27 ILR 117 (1963); Sapphire Petroleum Ltd v National Iranian Oil Company, 35 ILR 136 (1967); Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v Libyan Arab Republic, 17 ILM 1 (1977); BP Exploration Company (Libya) v Libya Arab Republic, 53 ILR 297 (1979); Alcoa Minerals of Jamaica v Jamaica, YB Com Arb 206 (1979); Libyan American Oil Company (LIAMCO) v Libyan Arab Republic, 20 ILM 1 (1981); Kuwait v American Independent Oil Company (Aminoil), 21 ILM 976 (1982); AGIP Company v Popular Republic of the Congo, 21 ILM 726 (1982), Amoco International Finance Corporation v Islamic Republic of Iran, 15 Iran-US Claims Tribunal Rep 189 (1987); Mobil Oil Iran Inc v Islamic Republic of Iran, 16 Iran-US Claims Tribunal Rep 3 (1987); Phillips Petroleum Company Iran v Islamic Republic of Iran, 21 Iran-US Claims Tribunal Rep 79 (1989).

[595] Voir, Thomas W. WAELDE & george NDI, "Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation", op., cit., pp. 215-267. voir aussi et PETER D CAMERON *"Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries : Tools for Oil & Gas Investors*", *op., cit*., p. 16 et ss.

soit nécessaire de fournir de telles garanties aux investisseurs étrangers[596]. Parmi les pays de l'OCDE, de nombreux régimes pétroliers prévoient un régime fiscal statique et relativement strict qui ne contient aucune disposition de stabilisation (par exemple, Norvège, Royaume-Uni, Canada, États-Unis ou Australie)[597]. Dans ce cas, le contenu de ces contrats ou licences est à peine affecté par les négociations entre les investisseurs étrangers et les États hôtes, puisque les termes proposés sont largement standardisés. *D'autre part*, un autre groupe des États hôtes, pour attirer les investissements étrangers dans un marché international concurrentiel, a proposé des engagements de stabilisation. Cependant, la forme de ces dispositions est souvent différente de celle de la période des années 50s et 60s que nous appelons les clauses de stabilité classique, ou les clauses d'intangibilité[598]. Les nouveaux types de clauses de stabilisation couvrent moins d'obligations mais visent certaines questions qui reflètent davantage l'acte d'expropriation indirect que l'expropriation directe classique. La fiscalité, le droit du travail, l'instabilité du marché mondial constituent la majorité des préoccupations des investisseurs, et non l'acte de nationalisation directe. C'est la raison pour laquelle la nouvelle génération de clauses de stabilisation répond à ces préoccupations.

2. Caractéristiques des types de clause de la stabilité

547. Une clause de stabilisation d'une portée globale (clause de gel) tente d'isoler les droits et obligations entièrement contractuels de tout acte direct ou indirect de l'État hôte. Tandis qu'une clause de stabilisation à portée limitée, (*taxation stabilisation clause, et economic stabilisation clauses*) est applicable à des actes et/ou des lois spécifiques telles que les lois fiscales, le droit du travail ou la politique nationale.[599].

[596] Peter D. CAMERON "Stabilization in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors", op. cit., p. 16 et ss.

[597] *Ibidem,* p. 16 et ss.

[598]Ibidem, p. 17.

[599] Voir: Abdullah AL FARUQUE, "*Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses', Journal of International Arbitration*", Kluwer Law International; 2006, Volume 23 Issue 4) pp. 317 - 336

548. L'ancienne clause de gel classique « clause d'intangibilité » était très célèbre dans les années 60 et 70 et a fait l'objet de nombreuses affaires d'arbitrage, tandis que les clauses de stabilité spécifiques visaient à stabiliser l'arrangement fiscal relatif aux contrats pétroliers. Aussi, la pratique contractuelle la plus récente est appelée « clause d'adaptation de la stabilisation économique ».

2.1. La clause de stabilisation classique

549. Le type le plus familier de la clause de stabilisation est généralement connu par son effet juridique comme une clause de « gel ». D'un côté, cette clause a pour but d'incorporer, dans le contrat d'investissement, l'intégralité des dispositions juridiques de l'État hôte, au moment de la conclusion du contrat. D'un autre côté, elle vise à « geler » les effets de cette disposition jusqu'à la fin de la vie de contrat. En d'autres termes, le contrat n'est pas concerné par toutes les nouvelles lois et règlements dont l'État hôte pourrait disposer lors de l'exécution du contrat. Le Prof. P. CAMERON, quant à lui, le décrit comme : « *in a sense 'handcuffs' the host state so that it cannot exercise its sovereign rights to change its laws*[600]" pendant la période d'exécution du contrat. Pourtant nous croyons que « de simples clauses d'intangibilité ne mettent pas en cause l'aléa législatif »[601]. Par conséquent, cette clause a pour objet « *de mettre l'investisseur à l'abri des pouvoirs exorbitants que l'État hôte peut tenir de son droit national à l'égard de ses cocontractant* »[602].

550. Dans un sens plus large : les « clauses de stabilisation » *stricto sensu* et les « clauses d'intangibilité »[603] prévoient que l'État hôte unilatéralement ne peut ni modifier ni résilier le contrat. Autrement dit, ce sont des méthodes juridiques qui garantissent

[600] Peter CAMERON "International Energy Investment Law : The Pursuit of Stability", op, cit, p 85.

[601] P. MAYER, « la neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État », JDI, 2009-1, p 34.

[602] P. WEIL « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique » Mélanges Rousseau, p. 201.

[603] Prosper WEIL, « Les Clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économiques », Mélanges Rousseau (Charles) (1975), supra note 2, 307-8.

que la loi applicable au contrat continuera d'être la même à partir de la conclusion du contrat, jusqu'à la fin de la durée de l'exécution du contrat. Cette clause empêche ainsi l'État hôte d'utiliser son pouvoir législatif pour modifier ou annuler le contrat en sa faveur [604], et « *immunise* » le contrat contre toutes les « *modifications constitutionnelles ou législatives susceptibles d'intervenir dans l'ordre juridique de l'État, partie au contrat* »[605].

551. Par conséquent, M. WEIL et ses disciples différencient deux modèles de clause de stabilisation classique. Le premier modèle est la « clause d'intangibilité » qui vise **l'acte administratif** qui pourrait modifier ou annuler le contrat, comme il est précisé dans l'affaire NICO v. Supphire petroleum Ltd : "*No cancellation, amendment or modification can take place except with agreement of the two parties*"[606].

552. Une autre « clause de stabilité », avec un langage plus complet qui vise l'acte législatif de l'État hôte, apparaît dans la concession AMANOIL du 28 juin 1948[607]. A l'article 17, on lit:

> *"The Shaikh shall not by general or special legislation or by administrative measures or by any other act whatever annul this Agreement except as provided in Article 11 No alteration shall be made in the terms of this Agreement by either the Shaikh or the Company except in the event of the Shaikh and the Company jointly agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions or additions to this Agreement"[608].*

[604] P. BERNARDINI, "The Renegotiation of Investment Contract", 13 ICSID Rev. FILJ 411 (1998) 414.

[605] S. LEMAIRE, thèse précitée, p. 87.

[606] Sentence Supphire international Petroleum Ltd c. National Iranian Oil company du 15 MARS 1963, I. L. R., 1967 , p. 136.

[607] Ad-Hoc-Award, Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL), 21 ILM 976, https://www.trans-lex.org/261900.

[608] Voir Chapitre 11 « *Ammoil Revisited Reflections on a Story of Changing Circumstances*" dans "*International Investment Law and Arbitration*" édité par Todd WEILER publié par CAMERON MAY Ltd 2005 www lexmercatoria org, pp. 347-381.

553. La concession accordée en 1933 par la Perse à l'Anglo-Persan contenait un article 21, alinéa 3, ainsi conçu :

> *« Cette concession ne sera pas annulée par le gouvernement et les dispositions contenues ne seront altérées ni par une législation générale ou spéciale future ni par des mesures administratives ou tout autres actes quelconques des autorités exécutives ».*

554. En effet, la clause de stabilisation sous ces deux formes vise à garantir la stabilité des conditions essentielles du contrat et les droits de la partie privée contre les prérogatives de l'administration et l'acte souverain de l'État hôte. Ce type de clause de stabilité vise à fournir aux investisseurs étrangers des garanties globales pour leurs droits de propriété « tangibles et / ou intangibles » contre toute forme d'expropriation [609]. Elle vise les changements qui pourraient survenir dans le régime juridique général gouvernant le contrat, comme la législation du droit du travail, les réglementations de la douane et du contrôle des changes des monnaies. Ils peuvent parfois même prévoir l'engagement de l'État à ne pas exproprier ou nationaliser l'investissement[610].

555. Cette forme classique de la clause de stabilisation vise à fournir les garanties suivantes aux investisseurs :

1) Que les contrats d'investissement pétrolier prennent la supériorité sur tout règlement administratif législatif promulgué après le contrat qui peut menacer

[609] Un exemple peut être trouvé dans un accord de développement COPPER de la Papouasie-Nouvelle-Guinée. La disposition pertinente de l'accord se lit comme suit: "expropriation of any asset (whether movable or not) of the Company used in connection with any of its operations under this Agreement, any of the products (whether processed or otherwise) resulting from such operations, the business of the Company, or any shares held or owned by any person in the Company", Article 17(b) de "Bougainville Copper Agreement" entre l'administration de Papua New Guinea et Bougainville Copper Pty. Ltd. of October 2, 1967); voir, Prof. A F M Maniruzzaman, "Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries : Tools for O & G Investors" FIRST DRAFT report, AIPN RESEARCH PROJECT (2005-6), Dundee CEPLMP documents.

[610] P. BERNARDINI, "*Stabilization and adaptation in oil and gas investments*", 2008, *op., cit.,* Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 1.

les droits des investisseurs obtenus par le contrat. En outre, toute modification des termes et conditions de l'accord ne peut être effectuée que par le consentement mutuel écrit des deux parties.

2) Que la loi applicable aux contrats d'investissement pétrolier est la loi de l'État hôte en vigueur au moment de la conclusion du contrat, excluant ainsi l'applicabilité des futures lois et règlements (une disposition appelée « gel de la loi »)[611].

Évaluation critique

556. Ce type de clauses de stabilisation n'a été que vaguement contesté. Elles sont de plus en plus rarement trouvées dans les accords d'investissement. On fait valoir que la partie au contrat pétrolier avec une clause de stabilisation classique est principalement une compagnie pétrolière nationale, qui en effet ne peut pas offrir de limiter le pouvoir normatif de l'État. Les clauses de stabilisation classique ne peuvent pas être une garantie par l'État hôte contre l'exercice de sa souveraineté dans l'intérêt public, surtout suite à la déclaration du « Nouvel ordre économique international » dans les années 1970. Ces clauses ne garantissent que l'indemnisation de la partie étrangère en cas d'actes unilatéraux menaçant la stabilité contractuelle.

557. Par ailleurs, un État hôte pétrolier conclut plusieurs contrats de développement pétrolier chaque année, contenant des clauses de stabilisation juridique à différents moments, puis, selon la clause de stabilisation classique, il doit appliquer à chaque projet la loi existante au moment de la conclusion du contrat. Les procédures administratives liées à ces contrats deviennent « considérablement compliquées » si l'État hôte doit

[611] Ce point a été discuté dans le chapitre préliminaire, pour plus de details, voir : Ahmed S. El-KOSHERI and Tarek F. RIAD, "The Changing Roles in the Arbitration Process (With Regard to the Applicable Law Governing the New Generation of the Petroleum Agreements)" *Arab Law Quarterly,* Vol. 1, No. 5 (Nov., 1986), pp. 475-503, Published http://www.jstor.org/stable/3381395; Thomas W. WAELDEt & George NDI, "Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation",1996 op, cit.

considérer que pour chaque investisseur un régime juridique particulier ou personnalisé doit être appliqué.

2.2. La clause de stabilisation fiscale

558. La stabilité financière est un facteur indispensable pour les investissements pétroliers, bien qu'elle soit rare, car les contextes économique, politique et social, surtout dans les pays en voie de développement, ne cessent de changer. Les États hôtes annoncent constamment ou introduisent des changements budgétaires tels que : un nouveau régime fiscal pour un nouveau bassin d'exploration, la modification d'un régime existant, des taxes plus élevées ou l'instauration d'incitations plus ou moins favorables aux investisseurs[612].

2.2.1. La nécessité de stabilité fiscale

559. Les dispositions fiscales qui encadrent la rédaction du contrat pétrolier, constituent des termes majeurs qui exigent la stabilité. Ces dispositions font partie des négociations des parties dans les contrats d'investissement pétrolier. Elles exposent les principaux éléments que les investisseurs étrangers prennent en compte pour calculer leurs bénéfices en rentrant en contrat avec un pouvoir souverain. Leurs calculs font partie des avantages et des pertes de la partie privée au contrat.

560. Par ailleurs, l' « impôt et la souveraineté sont inhérents à la notion d'État. L'État est souverain en raison du pouvoir qui est le sien de lever l'impôt. L'impôt est donc la

[612] Il n'existe pas de régime fiscal optimal adapté à tous les projets de développement pétrolier dans tous les pays et à tous les types de contrats, mais en général, le régime fiscal peut comporter trois prélèvements :

1. L'impôt sur le revenu régulier, y compris la TVA,
2. Une redevance pour assurer un paiement minimum,
3. tout impôt spécial additionnel qui peut être adopté à différents types ou contrats d'investissement, comme une taxe sur le loyer des ressources.

Pour en savoir plus sur le régime fiscal différent dans l'industrie pétrolière, voir : Bernard TAVERNE, Petroleum, Industry and Governments : A Study of the Involvement of Industry and Governments in the Production and Use of Petroleum, Wolters Kluwer, 2eme édition 2008 , chapitre 8, p. 285 et ss.

marque de la souveraineté »[613]. Les dispositions de la loi d'impôt représentent un exercice de pouvoir souverain, qui s'exerce indépendamment du fait que le sujet est un étranger, un national ou un ressortissant[614]. Néanmoins, il est tout aussi important d'exercer ce droit souverain conformément aux normes du droit national et international. Au niveau interne, les dispositions constitutionnelles accordent à chaque État de disposer, en toute liberté, de son pouvoir normatif, y compris de sa loi fiscale. Cependant, la constitution cadre « le pouvoir de l'Éxécutif afin de garantir aux individus le respect de leurs droits et leurs libertés individuelles »[615]. Elle est le garant du principe d'égalité devant l'impôt[616] et les charges publiques, et du principe de légalité de l'impôt[617]. En conséquence, les institutions constitutionnelles contrôlent « a priori, c'est-à-dire avant la promulgation des lois de finances ou a posteriori »[618].

---

[613] Jacques BUISSON, « *Impôt et souveraineté* », Arch. phil. droit 46 (2002) , pp. 25-31 , En décrivant le lien entre la souveraineté de l'État et le «droit d'imposer l'impôt, Prof. BUISSON développe que, *« à l'État dont elle exprime la double nature : d'une part, elle est une puissance suprême à l'intérieur d'un territoire, ce qui signifie que toutes les autres personnes, qu'elles soient physiques ou morales, sont soumises à son autorité ; d'autre part elle est une puissance indépendante vis-à-vis des autres puissances étatiques et traduit l'absence de subordination de l'État vis-à-vis d'un autre État …..Il est dès lors possible de dire que l'État souverain est l'entité qui exerce « la compétence de la compétence », …. et qui ne subit aucune entrave pour son action et ses fonctions. Car l'État souverain exerce un certain nombre de fonctions : il rend la justice, il assure la défense du territoire, il assure l'éducation de la jeunesse, il assure la sécurité des personnes et des biens…… Il va de soi que ces fonctions, dont l'étendue ne peut que varier selon la conception qu'a le souverain de sa mission, ont un coût financier. Engendrant des dépenses, elles nécessitent des ressources que le Souverain doit se procurer. Ces ressources consistent la plupart du temps dans des impôts prélevés sur les personnes et/ou sur les biens qui se situent sur son territoire ou qui peuvent lui être rattachés* ».http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/33.pdf.

[614] Voir, Uğur ERMAN ÖZGÜR, , "Taxation of Foreign Investments under International Law: Article 21 of the Energy Charter Treaty in Context", Rédigé pour le Secrétariat de la Charte de l'énergie, http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Taxation_of_Foreign_Investments_2015_en.pdf.

[615] Philippe OUDENOT, « *fiscalité des Sociétés et des Restructurations »,* LexisNexis SA 2016 Paris, p. 64.

[616] Le principe d'égalité devant l'impôt « comporte deux branches : d'une part le principe d'égalité devant la loi fiscale (article 6 de la déclaration des droits de 1789), et d'autre part le principe d'égalité devant les charges publiques (article 13 de la même déclaration) », voir Olivier FOUQUET - Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 33 (Dossier : le Conseil constitutionnel et l'impôt) - octobre 2011, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-33/le-conseil-constitutionnel-et-le-principe-d-egalite-devant-l-impot.100369.html.

[617] Découlant de l'article 34 de la constitution française 'Titre V - DES RAPPORTS ENTRE LE PARLEMENT ET LE GOUVERNEMENT'.

[618] Philippe OUDENOT, *Ibidem*, p. 65,

561. Autrement dit, chaque État est tenu de suivre et de respecter ses engagements régionaux et internationaux en ce qui concerne l'imposition fiscale. Les conventions bilatérales et multilatérales, ce dernier siècle, ont multiplié les traitements fiscaux afin d'organiser le commerce international et les investissements étrangers[619]. De tels traités ont également imposé leurs normes comme le « principe de faire et le traitement de l'équité » et le « traitement de la nation la plus favorisée ». [620]

562. L'instabilité fiscale se produit quand un gouvernement annonce sa politique fiscale et installe le régime fiscal à l'avance, puis, passée la phase d'exploration et « la découverte commerciale de pétrole » proclamée, l'État hôte change sa politique fiscale d'une façon qui pourrait déséquilibrer la situation financière du parti étranger. Ce type d'instabilité prend forme lorsque l'expropriation des droits d'investissement ou « *deprivation use or enjoyment of his property* »[621] découle de l'adaptation d'une nouvelle règlementation fiscale par l'État hôte postérieurement à la formation du contrat d'investissement. L'utilisation d'instruments fiscaux par l'État hôte est une manière habituelle et typique d'intervenir dans les activités économiques au niveau

[619] À cet égard, voir : Thomas WAIDE, Abba KOLO "*Investor-State Disputes: The Interface Between Treaty-Based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty*", International Tax Review, 2007, par: HeinOnline 35 Intertax 424 2007.

[620] Ibidem,

[621] Ce type d'expropriation a été décrit dans le premier rapport sur la «responsabilité des États» par M. Roberto AGO, indiqant que: "*An uncompensated taking of property of an alien or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of the tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health, or morality; or from the valid exercise of belligerent rights; or is otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful, provided : (a) it is not a clear and discriminatory violation of the law of the State concerned; (b) it is not the result of a violation of any provision of Articles 6 to 8 of this Convention; (c) it is not an unreasonable departure from the principles of justice recognized by the principal legal systems of the world; and (d) it is not an abuse of the powers specified in this paragraph for the purpose of depriving an alien of his property", voir,* Roberto AGO, *Special Rapporteur Document First report on "State responsibility*":- A/CN.4/217 and Corr.1 and Add.1 - Review of previous work on codification of the topic of the international responsibility of States Topic: State responsibility Extract from the Yearbook of the International Law Commission:- 1969, vol. II, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_217.pdf.

national ou international. Une imposition discriminatoire peut se produire dans les cas où un État hôte traite les étrangers de manière moins favorable en exerçant son droit souverain à l'impôt. Dans le contrat de développement pétrolier, le régime fiscal est un facteur majeur qui détermine comment les bénéfices et les revenus sont à répartir entre les États hôtes et l'investisseur étranger. Cela implique plus que des taxes et redevances. La détermination d'un régime fiscal moderne implique une prévision contractuelle sur les dispositions, sur le calendrier de recouvrement des coûts, et sur la répartition du profit du pétrole.

2.2.2. La formation de la clause de stabilisation fiscale

563. Les clauses de stabilité fiscale se voient plus couramment dans les projets d'investissement pétrolier dans les États en voie de développement et/ou pendant les périodes de transition économique. Certains autres États pétroliers aussi en voie de développement, dotés d'un important secteur pétrolier, notamment le Nigeria et d'autres pays développés, y compris la Norvège et le Royaume-Uni, n'accordent pas de clauses de stabilité fiscale dans leurs accords pétroliers[622]. Par conséquent, nombre d'États pétroliers préfèrent offrir une version plus limitée de la clause de stabilisation plutôt que celle qui s'applique aux termes et conditions de l'ensemble du contrat. En effet, une approche commune consiste à n'offrir qu'une stabilité « partielle » en matière de « fiscalité ». De même, elle peut limiter expressément l'octroi de la stabilité aux lois applicables à un élément fiscal ou à des éléments clés d'un contrat tels que la redevance ou l'impôt sur le revenu. Comme autre alternative, une clause de stabilisation peut définir les dommages en cas de violation de l'État.

564. Quand se pose la question de l'instabilité soulevée par une « taxe imposée » à l'investisseur, tout tribunal poserait les questions suivantes : la détermination de la

[622] Peter D CAMERON, "Stabilisation in Investment Contracts and hanges of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors", document de Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), CEPMLP, University of Dundee, UK, 5 July 2006. Voir aussi, Carole NAKHLE, 2008, "*Can the North Sea Still Save Europe*", OPEC Energy Review Volume 32, Issue 2, Version of Record online: 6 AUG 2008.

légalité de la « taxe imposée » conformément aux normes nationales et internationales, la légalité de l'acte et de son processus et la question de savoir si le contrat comprend un régime fiscal spécial et une clause de stabilité relative[623]. Lors de l'examen d'un contrat, le tribunal examinera si la disposition sur la stabilité financière a été accordée et approuvée avec pleine autorité juridique[624].

565. L'une des clauses de stabilité fiscale les plus importantes des contrats d'investissement pétrolier modernes au Moyen-Orient est fournie par le Contrat de Partage de Production Irak-Kurde PSA. Dans son article 31, le contrat prévoit tous les arrangements fiscaux et les obligations imposées par la loi fiscale Kurde-irakienne, la loi sur le pétrole et le contrat lui-même. Ensuite, aux points 31.9 et 31.10, le contrat prévoit des promesses de stabilité selon lesquelles ces dispositions resteront les mêmes pendant la durée du contrat :

> *"The government agrees and commit to the contractor for the duration of the contract, to maintain stability of the fiscal condition of the contract. if at any time after the contract has been signed there is a change in the applicable Kurdish law, regulation or any other law applicable in Kurdistan related to fiscal matters, which to a material degree adversely affect the economic position of the contractor, the terms and condition of the contract shall be altered so as to restore the Contractor to the same overall economic position so that which the Contractor would have been in, had this Contract been given full force and effect without amendment."*

2.2.3. La position de la jurisprudence arbitrale

566. Au cours des vingt dernières années, deux affaires importantes ont été jugées en matière de stabilité fiscale. Dans les deux cas, l'absence d'une clause détaillée se rapportant directement à la question fiscale a formé l'opinion des tribunaux.

[623] Voir ; EnCana Corp v Republic of Ecuador (LCIA Award, 3 February 2006), § 173.
[624] Ibidem,

A. Occidental v Ecuador[625]

567. Dans le cas de « Occidental Exploration and Production Co. OEPC v République de l'Equateur en 2004 », une question d'expropriation indirecte concernant une compagnie pétrolière a été soulevée. Le Bureau de l'impôt équatorien (SRI) a adopté plusieurs résolutions qui ont abouti à la conclusion que la compagnie pétrolière, OEPC, n'était pas en mesure de récupérer la TVA payée sur les achats locaux et sur l'importation de produits fabriqués dans le cadre d'activités d'exportation[626].

568. La compagnie pétrolière a assumé la quasi-totalité des coûts de ses activités d'exploration et d'exploitation et a dû payer la TVA sur les dépenses qu'elle avait engagées. La compagnie a fait valoir que le refus de l'État hôte de rembourser les paiements de TVA constituait une expropriation de son investissement : d'où sa demande de remboursement. Le Tribunal a finalement conclu qu'aucune expropriation n'est survenue parce que la question de tout remboursement de la TVA n'était pas traitée expressément dans le contrat.

569. Cependant, le tribunal a conclu que l'Équateur a violé un autre principe prévu par les dispositions du droit international d'investissement stipulant que « *the stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment* »[627]. Le tribunal a conclu sur la base du fait que la loi équatorienne a été modifiée après que le contrat d'investissement ait été conclu de manière importante et que « *tax law was changed without providing any clarity about its meaning and extent and the practice and regulations were also inconsistent with such changes* »[628].

---

[625] Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, Final Award, LCIA Case No. UN3467 of 1 July, 2004, 43 ILM 1248 (2004).

626 Pour une illustration détaillée de cette affaire, voir P. D. CAMERON, « the persuit of stability » 2010, op., cit., chapitre 6.

627627 Ibidem, § 183.

628 Ibidem, p. 184.

B. EnCana v Ecuador

570. Un arbitrage contemporain du précédent 'Occidental', impliquant également une société américaine et l'Equateur fut EnCana Corporation contre République de l'Equateur[629]. Les enjeux étaient similaires. Le résultat de l'attribution fut le rejet de la demande d'EnCana d'être considérée comme victime d'expropriation indirecte. Le Tribunal a jugé que « *In the absence of a specific commitment from the host Sate, the foreign investor has neither the right nor any legitimate expectation that the tax regime will not change, perhaps to its disadvantage, during the period of the investment* »[630]. Le Tribunal a également ajouté que « *Even if there were such a commitment (eg to a tax freeze or 'tax holiday'), this would not convert a breach of contract or the denial of a legitimate expectation into an expropriation* »[631].

2.3. La clause « d'équilibre économique »

2.3.1. Démonstration

571. Alors que l'exercice du pouvoir souverain par l'État hôte cocontractant ne peut pas être absolument limité par « *une clause de stabilisation classique* »[632], un mécanisme contractuel plus pratique a été récemment mis en œuvre[633]. La clause « d'équilibre économique » est un mécanisme contractuel qui, d'une part, reconnaît la réalité du « pouvoir souverain » de l'État, et d'autre part fournit une protection contractuelle à l'équilibre économique du contrat. Cette technique est connue dans la littérature de la *Lex Petrolea*[634] comme ces dispositions contractuelles qui assurent que

629 EnCana Corp v Republic of Ecuador (LCIA Award, 3 February 2006).
630 Ibidem, + PAGE, § 173.
631 Ibidem, p. 50.
632 A.F.M. MANIRUZZAMAN, "The pursuit of stability in international energy investment contracts", 2008, op., cit., p. 126.
633 Voir, A F M Maniruzzaman, « Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries: Tools for O & G Investors" AIPN RESEARCH publication (2005-6), p. 43 et s.
634 Voir, Peter D CAMERON, "Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors", op., cit., p. 31; F.A ALEXANDER, "The Three Pillars of Security of Investment

si l'État hôte adopte des actes juridiques ou administratifs postérieurs à la conclusion du contrat pétrolier, susceptibles d'avoir des conséquences préjudiciables sur l'économie de ce contrat, une mesure de rééquilibrage aura lieu. Contrairement à l'approche classique de la clause de stabilité, la clause « d'équilibre économique » assure un équilibre entre les intérêts des cocontractants du contrat. L'exercice de la souveraineté de l'État n'y est pas en question[635]. Il existe pourtant dans cette clause un contrepoids : l'équilibre économique du contrat devra être maintenu tel qu'il était à la date à laquelle le contrat a été négocié et conclu[636]. Les clauses « d'équilibre économique » stabilisent l'équilibre économique du contrat plutôt que la loi applicable au contrat. Cela signifie que de nouvelles dispositions peuvent s'appliquer au contrat tant que des mesures sont prises pour rétablir un équilibre économique. Cet équilibre est obtenu soit par l'ajustement des conditions du contrat lors d'un procès de renégociation de ses termes, soit par le paiement d'une indemnité à la partie lésée suite à l'application de la clause compromissoire.

572. La raison pour laquelle les « clauses d'équilibre économique » sont plus applicables tient du fait que ces clauses sollicitent les parties pour qu'elles renégocient certaines clauses affectées par des actes de l'État souverain qui modifient la loi applicable au contrat, que ce soit par des prérogatives de l'administration ou par des développements imprévus. Ce type de clause peut également prévoir, dans une forme plus large, l'instabilité contractuelle qui résulte d'un acte détaché de l'État hôte comme le changement des prix du pétrole ou les changements politiques, économiques ou sociaux au niveau national, régional ou international qui peuvent contrarier le contrat. La clause a pour but d'obliger l'État hôte et les investisseurs étrangers à s'engager dans

Under PSCs and Other Host Government Contracts", chapitre 7 de l'institute for Energy Law of the Center for American and International Law's, Fifty-Fourth Annual Institute on Oil and Gas Law (Publication 640, Release 54), Lexis Nexis Matthew Bender (2003), 7.16-7.28.

635 A.F.M. Maniruzzaman • The pursuit of stability in international energy investment contracts, op., cit., p. 126.

636 Ibidem.

un procès de négociations pour rétablir l'équilibre économique du contrat[637]. De plus, ces « clauses d'équilibre économique » sont plus flexibles, donc plus souples dans leur forme et leur mode d'application. Tandis que la violation de la clause de « stabilité classique » par l'État, conduit les investisseurs à rechercher des recours par voie d'arbitrage, la « clause d'équilibre économique » exige une première étape d'engagement entre les parties avant de faire face à l'arbitrage international[638].

573. En outre, la violation d'une clause de stabilisation classique, « clause de gel », ne peut entraîner que des dommages-intérêts forfaitaires qui risquent d'être bien inférieurs aux attentes et aux considérations des investisseurs étrangers. Or, dans les clauses d'équilibre économique, la disposition donne un pouvoir négocié à l'investisseur pour évaluer son dommage, adapter ses droits et obligations aux nouvelles circonstances et continuer son contrat en même temps. Plus important encore, ce type de clause de stabilité a plus d'appui dans les législations nationales et internationales, comme nous le verrons dans la section suivante.

2.3.2. La formation de la clause de « l'équilibre économique »

574. Les clauses d'équilibre économique varient d'un contrat à l'autre, selon les éléments d'instabilité qu'elles visent, et les obligations qu'elles imposent aux parties. Un exemple relativement récent de ces clauses est la concession égyptienne de 2002, qui vise uniquement l'acte « législatif ou réglementaire » sans considérer d'autres modifications qui pourraient nuire à l'équilibre économique de la concession. Il laisse aussi la possibilité d'une renégociation sans obligation, comme de conclure et rééquilibrer les droits et obligations, en déclarant que « *Parties negotiate possible modifications to this Agreement designed to restore the economic balance thereof which existed on the Effective Date* »[639].

637 voir P. BERNARDINI, (1998), op. cit., p. 416-418.

638 P. D CAMERON, « international Energy Investment Law, The Purisuit of stability », 2010, p. 86 et s.

639 The recent Egyptian concession for exploration and exploitation of 2002 : "In case of changes in existing legislation or regulations applicable to the conduct of Exploration, Development and Production of petroleum, which take place after the Effective Date, and which significantly affect the economic

575. Un autre exemple prévoit une modification des conditions contractuelles, sans préciser la nature d'une telle modification, sans nécessiter non plus l'accord mutuel des parties concernées pour une telle modification. La portée est plus large pour les « éléments d'instabilité », y compris les « changements fiscaux » :

> *"In the event that any Governmental Authority invokes any present or future law, treaty, intergovernmental agreement, decree or administrative order which contravenes the provisions of this Agreement or adversely or positively affects the rights or interests of Contractor hereunder, including, but not limited to, any changes in tax legislation, regulations, or administrative practice, the terms of this Agreement shall be adjusted to re-establish the economic equilibrium of the Parties, and if the rights or interests of Contractor have been adversely affected, then SOCAR shall indemnify the Contractor (and its assignees) for any disbenefit, deterioration in economic circumstances, loss or damages that ensue therefrom. SOCAR shall within the limits of its authority use its reasonable lawful endeavors to ensure that the appropriate Governmental Authorities will take appropriate measures to resolve promptly in accordance with the foregoing principles any conflict or anomaly between all such treaty, intergovernmental agreement, law, decree or administrative order and this Agreement"640.*

---

interest of this Agreement to the detriment of CONTRACTOR or which imposes on CONTRACTOR an obligation to remit to the A.R.E. the proceeds from sales of CONTRACTOR's Petroleum, CONTRACTOR shall notify FGPC of the subject legislative and regulatory measure. In such case, the Parties negotiate possible modifications to this Agreement designed to restore the economic balance thereof which existed on the Effective Date….. These amendments to this agreement shall not in any event diminish or increase the rights and obligations of CONTRACTOR as these were agreed on the Effective Date". Concession Agreement of 2002 for Petroleum Exploration and Exploitation between Egypt & Egyptian General Petroleum Corporation & Dover Investments Limited (East Wadi Araba Area Gulf of Suez), Barrows, (cite de Berger Voir, A F M Maniruzzaman, « Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries: Tools for O & G Investors" AIPN RESEARCH publication (2005-6), p. 46.

640 L'accord du 19 avril 1999 sur le partage de l'exploitation et du développement de l'exploration pour " Block including the Padar Area and the Adjacent Prospective Structures in the Azerbaijan Republic" entre la compagnie pétrolière nationale d'Azerbaïdjan et Kura Valley Development Co Ltd et Socar Oil Affiliate (Azerbaijan), Barrows (art 24.2). cité de A.F.M. Maniruzzaman • The pursuit of stability in international energy investment contracts, 2008, *op., cit.*, p. 129.

576. Un langage plus spécifique nous est fourni par le contrat de partage de production et d'exploration du Qatar : le modèle de 1994. La clause dans ce cas établit le processus de la négociation sur la base de la « bonne foi » et renvoie également, en cas d'échec de la négociation, à (Art. 34.12 « Equilibre de l'accord ») :

> *''Whereas the financial position of the Contractor has been based, under the agreement, on the laws and regulations in force at the Effective Date, it is agreed that, if any future law, decree or regulation affects Contractor's financial position, and in particular if the customs duties exceed . . . percent during the term of the Agreement, both Parties shall enter into negotiations, in good faith, in order to reach an equitable solution that maintains the economic equilibrium of this Agreement. Failing to reach agreement on such equitable solution, the matter may be referred by either Party to arbitration pursuant to art 31''*

2.3.3. La convergence entre la « clause de stabilité » et la « clause de *Hardship* »[641]

577. La clause de stabilité et la clause de ***Hardship*** présentent des similitudes mais aussi des différences dans leurs objectifs, leur portée et leur processus. Les contrats pétroliers complets comprennent les deux. Selon les Principes d'UNIDROIT sur les contrats commerciaux internationaux, la clause de *Hardship* a été définie en 2010[642] comme suit :

> *"Article 6.2.2*
> *There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party received has diminished and:*

[641] Alors que dans cette section nous discutons de la notion de *Hardship* telle que reconnue par le droit international privé et la littérature de *lex petrolea*, la section suivante devrait discuter de la notion du point de vue du «droit civil» dans le droit français et le droit comparé.

[642] http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf.

The events occur or become known to disadvantage party after the conclusion of the contract
The event is beyond the control of the disadvantaged party; and
The risk of events was not assumed by the disadvantaged party"

578. D'après cette définition, nous comprenons que la « clause de ***Hardship*** » est une clause qui oblige la partie à « revoir » son contrat lorsqu'un « changement de circonstances » modifie de façon fondamentale l'équilibre financier du contrat[643].

579. Les clauses de ***Hardship***[644] et les clauses de stabilité « équilibre économique » répondent donc aux mêmes objectifs globaux. Les deux visent à rééquilibrer la situation économique des parties après un déséquilibre causé par un acte postérieur à la conclusion du contrat. Les deux types de clause obligent les parties à se rencontrer et à négocier et, au cas où la négociation échouerait, les deux clauses confèrent au juge du contrat le pouvoir d'intervenir pour réaliser le rééquilibrage du contrat. En fait, les deux types de clauses visent à assurer la sécurité et la protection des parties au contrat.

580. La différence est que la clause de stabilité est spécialement conçue pour toute modification liée à l'acte « hôte-État », tandis que la clause de ***Hardship*** vise tout acte susceptible de déséquilibrer la situation financière du contrat, qu'elle soit liée à l'État hôte ou à l'étranger investisseur ou à un élément extérieur tels que les changements économiques mondiaux ou des changements politiques ou sociaux.

581. Le contrat AMINOIL fournit un exemple pour les deux clauses. Dans l'Accord complémentaire du 29 Juillet 1961 à la convention de concession entre l'État du Koweït et la société « American Independent Oil Company » (AMINOIL) du 28 Juin 1948 la clause de ***Hardship*** contenue dans son article 9 stipule que :

[643] Voir, Marcel FONTAINE, "Hardship Clauses", *Droit et pratique du commerce international l,* March 1976, Tome 2, pp. 7-88.
[644] Voir, CHIATI A.Z. El Protection of investment in the context of petroleum agreements, *Collected Courses / Recueil des Cours,* Vol. 204, 1987, p. 104.

> *"If, as a result of changes in the terms of concessions now in existence or as a result of the terms of concessions granted hereafter, an increase in benefits to Governments in the Middle East should come generally to be received by them, the Company shall consult with the Ruler whether in the light of all relevant circumstances, including the conditions in which operations are carried out, and taking into account all payments made, any alterations in the terms of the agreements between the Ruler and the Company would be equitable to the parties"*[645].

Alors que l'article 17 de l'accord original de concession de pétrole entre de "AMINOIL" de 1948 dit que :

> *'' . . . The Sheikh shall not by general or special legislation or by administrative measures or by any other act whatever annul this agreement except as provided in art 11. No alteration shall be made in the terms of this Agreement by either the Shaikh or the Company except in the event of the Sheikh and the Company jointly agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions or additions to this Agreement''*[646].

Conclusion : section I

582. La clause de stabilité vise à fournir le maximum de « sécurité » juridique à l'investisseur étranger afin que la partie puissante dans la relation « État hôte » maintienne la relation contractuelle telle qu'elle est, respecte et protège les droits et obligations découlant de leur contrat. Or, les sociétés progressent, se développent, changent constamment, ce qui oblige l'État à modifier ses lois, ses règlements et sa politique nationale pour répondre aux demandes sociales, économiques et politiques. C'est pourquoi les clauses de stabilité ont évolué avec le temps, prenant différentes

[645] Cf. Kuwait v. Am. Indep. Oil Co., Final Award, Mar. 24, 1982, 21 I.L.M. 976, 992, 1002 (1982); F.A. MANN, The Aminol Arbitration, in FURTHER STUDIES IN INTERNATIONAL LAw 252, 252-63 (1990); PETER, supra note 7, at 103 (noting that "... the Aminoil renegotiations were an excellent illustrative case of the general issues arising in connection with investment contracts").
[646] Ibidem.

formes. Elles appliquent différentes techniques juridiques pour garantir aux investisseurs et les États aussi leurs droits, confirmer les obligations des États et assurer l'équilibre de leur contrat.

Section II : La validité des clauses de stabilité

Introduction Section II

583. L'objectif d'une clause de stabilisation insérée dans un contrat d'investissement entre un État hôte et un investisseur étranger, est de s'assurer que les termes et conditions d'un contrat et leurs effets sont « stables » à partir du moment de la conclusion du contrat et pendant toute la durée son exécution. Cependant, ceci serait impossible à réaliser dans la pratique. La validité et l'efficacité de la clause de stabilité ont créé une longue polémique entre les praticiens et le débat dans la doctrine spécialisée est permanent.

1. Débat doctrinal

584. La discussion relative à la validité et à l'efficacité de la clause de stabilité part d'une question importante : celle de savoir *si l'État peut, par une simple clause de stabilisation incluse dans un contrat d'investissement avec une personne privée étrangère, s'engager à cadrer son pouvoir souverain et à limiter ses prérogatives.* La notion moderne de l'État comme il est défini en science politique et juridique, dévoile son « *indépendance extérieure et suprématie interne* ». De plus, Le concept de souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles se rapporte à l'idée de supériorité en droit public national et international. Le souverain est le titulaire du pouvoir ultime, qui est l'État avec sa forme d'indépendance dans la sphère internationale, et le gardien de l'intérêt public dans la sphère nationale. Par conséquent, ce souverain peut prendre les mesures réglementaires nécessaires qui ne sont pas arbitraires ou discriminatoires, même si elles diminuent la valeur des accords pétroliers. C'est un principe établi en droit international[647]. La question est alors de savoir si les principes juridiques qui régissent les engagements et les actions des activités commerciales de personnes privées pourraient s'appliquer à la partie étatique, à ses activités et à ses engagements avec une

[647] See P. C, AIPN article + Brownlie, `Principles of Private International Law'; Mann, `State Contracts and State Responsibility', in his `Studies in International Law' (1973), 302-26.

partie privée. En d'autres termes, pouvons-nous utiliser des doubles standards pour traiter le même contrat, en garantissant des privilèges à la partie étatique tout en excluant les parties privées de ces privilèges ?

585. À cet égard, le débat doctrinal est divisé entre les deux points de vue concurrents :

586. ***Une partie de la doctrine*** croit que la clause de stabilisation est invalide. Le problème de son efficacité et de sa force exécutoire ne se pose pas[648]. Ils affirment que l'État est libre de modifier ou d'abroger le contrat conclu avec une partie privée étrangère. Leur raisonnement pour la nullité de la stabilisation est que l'État ne peut pas par une simple clause insérée dans un contrat d'investissement souverain, renoncer à son pouvoir souverain et abandonner ses prérogatives publiques accordées par les lois internationales et nationales[649]. Certains auteurs de droit international d'investissement croient que la clause de stabilisation porte atteinte au principe de la souveraineté de l'État[650]. Les autres font valoir que la clause de stabilité irait à l'encontre du principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles[651].

587. À cet égard, Mme. S. LEMAIRE, afin de démonter la validité[652] de la clause de stabilisation, part de deux hypothèses. La première est que la présence desdites clauses dans un contrat *« limite l'exercice de l'État de ses pouvoirs souverains* »[653]. Elle illustre

---

[648] Voir par exemple : Dominique ROSENBERG, « *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles* », Revue internationale de droit comparé Année 1984 Volume 36 Numéro 4 pp. 898-901 ; Sophie LEMAIRE, « *Les Contrats Internationaux De L'Administration* », LGDJ 2005 ; Thomas WAELDEt & George NDI, "*Stabilizing International Investment: Commitments: International Law Versus Contract Interpretation*", Int'l L. J. 215 1996, pp. 216-268.

[649] Esa Paasivirta, "Internationalisation and Stabilization of Contracts Versus State Sovereignty", 60 BYIL (1989)? PP; 315 et ss.

[650] Voir M. SORNARAJAH, "*The Pursuit of Nationalised Property",* Dordrecht; Lancaster: Nijhoff, 1986.

[651] Voir par example C. CATTERJEE, "The Stabilisation Clause Myth in Investment Agreements", 5 J. Int'l Arb. (1988) 97; J. ARECHAGA, "International Law in the Past Third of a Century", 159 RDC-Collected Course (1978) 179-180.

[652] Ibidem

[653] Dans ce contexte, elle fait référence à la discussion de l'« Institut de droit international» dans ses travaux préparatoires de sa session d'Athènes en 1979, concernant les clauses de stabilisation », et

que *« l'État s'engage à ne pas user de son pouvoir législatif contre son cocontractant, ou encore ne pas nationaliser ses biens* »[654]. Et la deuxième hypothèse est l'affirmation de certains auteurs que ces clauses « détachent le contrat de l'ordre juridique de l'État »[655] afin que les stipulations ne soient pas sujettes aux variations éventuelles de ce droit. À cet égard, une grande partie de la doctrine concernée fait valoir qu'une simple clause insérée dans un contrat, conclu entre l'État et une personne privée, ne peut, par aucun moyen, restreindre le pouvoir souverain à disposer librement du cadre juridique de ses ressources naturelles sans restriction ni sa capacité à nationaliser. C'est l'affirmation qui est acceptée par une grande partie de la doctrine en droit national et international.

588. Cette définition archaïque a été donnée à l'ancienne clause de stabilité classique. À ce propos, le Prof. P. CAMERON a précisé qu'elle est un moyen de « *handcraft* [656]», à savoir geler le pouvoir de l'État de disposer librement ces ressources naturelles, d'une manière qui pourrait menacer la promesse faite par cette clause. C'est l'hypothèse qui s'est avérée discutable car un tel pouvoir accordé à l'État par la loi, et qui forme son caractère principal dans la sphère nationale et internationale, ne peut être simplement restreint. À cet égard, P. WEIL confirma que « l'État ne peut pas aliéner son droit souverain de législateur et ne peut valablement renoncer à ces prérogatives inhérentes à sa mission ».

589. Une autre affirmation en faveur de la nullité de la clause de stabilité en vertu du droit national est fournie par M. WALDE et M. NDI[657] qui plaident en faveur de la force du droit souverain de l'État « de disposer librement » ses ressources naturelles. Ils ont déclaré que :

---

comment l'institut a préféré abandonner la question des clauses de stabilisation en raison de sa validité dans la restriction du droit d'auteur, réglementer ou éliminer librement ses lois, ses règlements et ses politiques nationales, *Ibidem.*

[654] S. LEMAIRE, *op., cit*., p. 91.

[655] P. MAYER, « la neutralisation …. », *op., cit*., p. 31.

[656] Peter D. CAMERON, "international Energy Investment Law, the Purisuit of Stability", Oxford 2010, p. 85.

[657] Thomas W. WAELDE et George NDI, "Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation", Tex. Int'l L. J. 215 1996, p. 240 et s.

> "If a contract per se cannot fetter the hands of government or the legislature, then such an effect cannot be achieved by including a stabilization clause in the agreement…..Contractual drafting techniques cannot modify and expand the powers existing under constitutional and other law for government and legislature to make commitments not to exercise their sovereign and legislative rights"[658].

590. ***Une autre partie de la doctrine*** affirme que les clauses de stabilisation sont valides et ont une force contraignante indiscutable. Pour eux, un État qui a promis à des investisseurs étrangers de garantir « ne pas exercer les droits qui lui sont offerts en tant qu'État et ne pas nationaliser » doit, en toutes circonstances, respecter sa promesse. De leur point de vue, malgré la légalité de l'expropriation. Un État peut compromettre son engagement et exproprier directement ou indirectement les propriétés des investisseurs étrangers[659]. En s'appuyant sur ce point de vue, M. B. MONTEMBAULT observe que la clause de stabilité est considérée plus volontiers comme une ***Lex specialis*** choisie par les parties à incorporer dans leur contrat, et que cette ***Lex specialis*** régira leurs droits et obligations découlant du contrat, malgré le droit souverain de l'État hôte.

591. Cet argument conclut que le droit de propriété forme une partie des droits fondamentaux protégés par les droits internationaux, ainsi que les lois nationales, et que sa violation ne peut pas être traitée avec un double standard[660]. À cet égard, M. PAASIVIRTA soutient que "*This implies that, as far as the fundamental legal powers between the contracting parties are concerned, the same basic principles should apply as those which concern the international status of foreign-owned property in general*"[661]. La même confirmation est adoptée par M. J.-F. LALIVE quand il a appuyé que : *« Il était difficile d'admettre qu'un État put porter atteinte à des contrats 'internationalisés',*

[658] *Ibidem,* p. 241.

[659] Ce sont les résultats célèbres de M. DUPUY dans l'affaire Texaco c. Libye, 17 I. L. M. 1 1978, HeinOnline.

[660] Voir la these de Lerenzo COTUA, « Human rights, Natural Resource and Investment in a Globalised World", Routledge 2012.

[661] ESA PAASIVIRTA "Internationalization And Stabilization Of Contracts Versus State Sovereignty·, B.Y.B.I.L., 1989, p. 335.

librement négociés et acceptés, contrats dont il avait lui-même, par une loi interne, prescrit la forme, dans le libre exercice de sa souveraineté"[662].

592. L'un des principaux défenseurs de la validité de la clause de stabilisation est M. P. WEIL qui est également un fervent défenseur de la théorie de l'internationalisation du contrat d'État[663]. Selon lui, le caractère international du contrat de développement économique active automatiquement au principe de *pacta sunt servanda* en tant que principe fondamental du droit international. Dont ce principe devient applicable malgré le caractère quasi international de la relation contractuelle, comme l'une des parties, l'investisseur privé, n'est pas une personne de droit international. Par conséquent, une violation du droit contractuel du cocontractant privé soulève la responsabilité internationale de l'État. Dans cette hypothèse, la question posée est celle de déterminer la nécessité d'une clause de stabilité dans un tel rapport.

593. **En somme**, la doctrine reste divisée, tant sur la validité et l'efficacité de la clause de stabilité, que sur la soumission du contrat d'investissement au droit international ou au droit national.

2. Observations

594. Trois observations peuvent être soulevées à l'égard des arguments de ce long débat juridique relatif à la clause de stabilisation et sa validité et efficacité. La première observation se rapporte à la nécessité d'une détermination précise de la définition de clause de stabilité et de sa relation avec la loi applicable. La deuxième observation est en lien avec la force obligatoire de la clause de stabilité. La troisième observation est

[662] J-F LALIVE, 'Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développernents récents', Recueil des cours, 181 (1983-111), pp. 9, 110.

[663] Voir Prosper WEIL, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier », Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Volume 128, 1969, http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789028616523.095_240.

relative à l'interaction entre la clause de stabilité et la doctrine étendue sur la théorie de l'imprévision.

2.1. Précision de la définition de la clause de stabilité

595. Nous pouvons affirmer qu'une partie de la polémique autour de la clause de stabilité et sa validité, est soulevée en raison du manque de clarté quant à ses caractéristiques. Cela est le résultat du développement progressif de la clause elle-même. Deux caractères importants peuvent être alors observés :

596. **Le premier caractère de la clause de stabilité est fonctionnel.** Cela est affirmé par la fonction principale de la clause de stabilité. La première clause de stabilité, qui est très rarement utilisée aujourd'hui, est la « clause de gel ». Comme nous l'avons vu dans la section I de ce chapitre, cette clause visait à « *geler la législation nationale du pays hôte dans l'état où elle se trouve à la date de la conclusion du contrat et, partant, de limiter l'exercice par l'État de sa compétence législative* »[664]. L'État cocontractant en fournissant une telle clause était censée promettre à son cocontractant privé de ne pas exercer sa souveraineté ni ses prérogatives publiques en annulant ou en modifiant le contrat ou la cadre juridique qui le régit. Cette définition est en réalité contre toute logique juridique, sociale ou économique. Le changement, le développement et le progrès, sont des faits qui caractérisent la vie et la société humaine. Donc, le souverain, pour réagir aux changements sociaux, au développement économique ou au progrès juridique dans des domaines tels que les droits de l'homme et le développement durable, est obligé de disposer librement de ses lois ou de concevoir sa politique nationale en conséquence. C'est un caractère fondamental de sa souveraineté et la principale part de ses obligations envers ses sujets. Un contrat à long terme qui peut être compris entre 50 ou 70 ans ne peut, logiquement, être entièrement gelé de cette manière.

[664] P. WEIL, "les clauses de stabilisation…", *op., cit.*, p. 308.

597. En revanche, la forme des clauses de stabilité plus récente et plus développée, vise à protéger les investisseurs contre l'acte souverain pour disposer librement de ses législations. Pourtant, « les clauses de stabilité économique ou clause de stabilité fiscale » ne limitent pas le droit de l'État de disposer librement de ses droits ou de pratiquer ses prérogatives administratives. Par exemple, l'État peut promettre à son cocontractant de ne pas modifier l'arrangement fiscal inclus dans le contrat. Mais cela ne signifie pas que l'État cessera de se débarrasser du domaine fiscal.

598. **Le deuxième caractère de la clause de stabilité est la transmission.** La clause de stabilité vise à prévoir que la loi applicable du contrat est celle de la loi de l'État contractant au moment de formation du contrat dont la clause, comme le démontre M. A F M MANIRUZZAMAN "*excluding the application of subsequent changes in the contracting State's law*"[665]. À cet égard, l'institut de Droit International, dans ses résolutions adoptées à la session d'Athènes en 1979, a également approuvé cette position. L'article 3 de la résolution dispose que: *"The parties may agree that domestic law provisions referred to in the contract shall be considered as being those in force at the time of conclusion of the contract"*[666]. Ce qui signifie que l'incorporation de la loi applicable dans le contrat d'investissement ne comprend pas que le droit fiscal et le droit du travail, mais aussi les principes du droit du contrat prévus par la loi applicable de l'État, au moment de la conclusion du contrat. Comme nous le verrons dans le cas pratique attaché à ce chapitre, la loi nationale tient sa promesse à son cocontractant privé. Les principes du droit des contrats tels que « la liberté contractuelle », « la force obligatoire du contrat » ou le principe de « non-rétroactivité de la loi » sont également incorporés dans le contrat d'investissement attaché au système juridique national par la clause de stabilité.

[665] F M MANIRUZZAMAN , « Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries: Tools for O & G Investors", AIPN RESEARCH PROJECT (2005-6), P. 96.

[666] Resolution adopted on the sessions of, September 4-13, 1979, entitled "The Proper Law of the Contract in Agreements between a State and a Foreign Private Person.", Cite par; A. F. M. Maniruzzaman, "stability clause…", *op., cit.,* p. 98.

2.2. La force obligatoire de la clause de stabilité

599. De façon générale, la clause de stabilisation, comme toute clause dans un contrat, *« se présente (…) comme une partie d'une convention* »[667]. Son objet est de déterminer la libre volonté des parties d'incorporer la « loi de l'État hôte » dans le contrat, comme le moment de la conclusion du contrat, et de stabiliser ce régime juridique à tout moment de l'exécution de ce contrat. Donc, cet acte juridique manifeste le principe de « la liberté contractuelle », l'un des principes fondamentaux du droit du contrat. Elle tire sa force obligatoire du contrat lui-même. La clause de stabilité ici a le même pouvoir que toute autre clause du contrat : des paiements, des obligations de travail, des arrangements de travail sur le partage des bénéfices ou de l'assurance. Ces dispositions prises par l'État ne sont valides que dans le cadre de son système juridique national, et ne peuvent être retirées que, dans le cadre d'un processus très précis et équitable, à des fins publiques et avec des compensations équitables. De plus, dans différents systèmes juridiques internes, le principe de la force obligatoire du contrat s'applique aux relations contractuelles entre les parties privées. Néanmoins, la question controversée est de savoir si ce principe s'applique à la relation contractuelle entre partenaires inégaux, c'est-à-dire entre un État en tant que parti d'une part et une partie privée étrangère de l'autre. En droit international ou selon les principes généraux du droit, il a été fortement soutenu que le principe s'applique aux contrats entre un État et une partie privée étrangère [668].

600. Pourtant, la particularité de cette clause découle de la particularité de contrat lui-même. C'est la présence d'une puissance étatique comme un cocontractant d'une part, et la promesse fournie par la clause de stabilisation de limiter ses prérogatives de l'État et l'effet de sa souveraineté d'autre part. En effet, Il est vrai que les droits souverains, accordés à l'État par la constitution, donnent à l'État le droit de pratiquer à tout moment

[667] **Philippe DELEBECQUE, Frédéric-Jérôme PANSIER « Droit des obligations : Contrat et quasi-contrat », 7° Edition, LexisNexis, 2016, p.225.**

[668] In its Memorandum to the P.C.I.J. in the *Losinger and Company* case, the Contention of the Swiss government, see *P.C.I.J. Pleadings, Oral Statements and Documents,* series C, No. 78, p. 32.

et en toutes circonstances son pouvoir législatif d'émettre ou de retirer toute législation, réglementation ou tout autre engagement. Mais le même droit donne à l'État le pouvoir de s'engager, notamment de fournir des garanties aux investisseurs étrangers en ce qui concerne la sécurité de sa propriété et la stabilité de son investissement.

601. Si la question posée par les sceptiques est : « comment un État peut-il s'engager à limiter sa souveraineté, ou l'effet de sa souveraineté, qui est un droit inaliénable accordé à l'État, par le droit international et ce, garanti par la constitution » ? La réponse à cela est que cet engagement manifeste un exercice de la souveraineté de l'État lui-même.

602. Cet avis était confirmé par une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence. L'arbitrage de Texaco jugé par. M. DUBUY[669] a établi des règles qui sont encore suivies et acceptées dans le domaine de la résolution des conflits entre les États hôtes et les investisseurs étrangers. L'une des principales règles énoncées dans cette affaire est que le droit de s'exprimer ou de se nationaliser n'est pas illégal, mais lorsque l'État s'engage à fournir une garantie de ne pas exproprier la propriété de l'investisseur étranger sa propriété, cet engagement est un vrai exercice de sa souveraineté et non son altération. M. DUPUY expliqua que *"a state cannot invoke its sovereignty to disregard commitments freely undertaken through the exercise of this same sovereignty and cannot through measures belonging to its internal order, make null and void the rights of the contracting party"*[670]. Il a illustré que la présence de la clause de stabilité "*does not in principle impair the sovereignty of the Libyan state. Not only the Libyan state has freely undertake commitments but also the fact that this clause stabilization the petroleum legislations and regulation as of the date of the execution of the agreement does not affect in principle the legislative and regulatory sovereignty of Libya. Libyan reserves all its prerogatives to issue laws and regulations in the field of petroleum activities in respect of national and*

[669] Texeco v. Libye, 17 I. L. M. 1 1978, HeinOnline, p. 23
[670] *Ibidem*, p. 23

foreign persons with which it has not undertaken such commitment. Article 16", which is the stability clause, "*only makes such acts invalid as far as contracting parties are concerned-with respect to whom this commitment has been undertaken- during the period of applicability of the deeds of concession*"[671].

603. L'arbitre a jugé que « le droit de nationaliser est incontestable aujourd'hui » et qu'il fait partie de l'exercice de la souveraineté étatique. Mais M. DUPUY a constaté que, les engagements contractuels eux-mêmes « de ne pas nationaliser », sont une manifestation du droit souverain de l'État et un exercice de son engagement envers les principes de « loyauté contractuelle ». Ces commandements doivent donc être respectés et ne doivent pas être violés. Donc, la clause de stabilité ne constitue pas une contrainte à la souveraineté. De ce fait, la validité d'une telle clause provient de la validité du contrat dans son intégralité avec tous les droits et les obligations découlant de ce contrat. C'est la même souveraineté qui permet à l'État à s'engager en vertu du droit international dans une convention bilatérale ou multilatérale, en fournissant des garanties aux investisseurs. Cet engagement n'est pas remis en question. Les conventions et les traités de droit international et les traités d'investissements bilatéraux, qui font partie des garanties internationales aux investisseurs étrangers, sont également considérés comme faisant partie des garanties constitutionnelles prévues par les lois nationales de l'État hôte. La protection de la propriété privée et sa sainteté, les attentes légitimes, le traitement de la nation la plus favorisée et l'application des sentences arbitrales, toutes ces garanties font partie des garanties de droit international pour les investisseurs étrangers. Lorsque l'État hôte signe et ratifie ces traités, ils ont la force obligatoire du droit national autant que du droit international. Pourquoi alors le même acte est pris par la même personne (état souverain), en exerçant sa souveraineté de s'engager vers une personne privée dans un contrat d'investissement : telle serait la question à laquelle M. O. BEAUD[672] répond en disant que : *« L'État qui recourt à la forme conventionnelle apparait sous le visage, non plus de l'État commandant, mais de l'État cocontractant. On*

[671] *Ibidem*, p. 24

[672] Olivier BEAUD, « La Puissance de l'État », Léviathan puf, 1994.

a pu même écrire en droit international que la conclusion de traités par un État était « l'expression même de sa souveraineté » et non pas une aliénation de sa souveraineté »[673]. Puis il développe sur la capacité de l'État cocontractant de s'engager : « *Bodin conçoit lui aussi le contrat comme la seconde forme d'expression de la volonté du souverain* »[674]. De plus Le professeur WEHBERG, après avoir traité de l'origine et de la sainteté du principe *pacta sunt servanda*, a conclu : *"The principle is valid exactly in the same manner, whether it is in respect of contracts between States or in respect of contracts between States and private companies **(…)** The principle of sanctity of contracts must always be applies"*[675].

604. Un contrat d'investissement pétrolier, entré en vigueur par la signature de l'autorité exécutive « CNP » et la ratification de l'autorité législative (« le parlement »), a la même force de loi de l'État hôte au même titre que ses autres engagements avec une personne étrangère, publique ou privée. Les promesses données par ce contrat, ainsi que les obligations qui lui sont liées, jouissent de la force du principe de *pacta sunt servanda*. C'est encore une des premières règles établies par *lex petrolea*. L'arbitrage Sapphire, pour déterminer la responsabilité de la compagnie pétrolière iranienne, a déclaré : "*…it is a fundemantal principle of law, which is constantly being proclaimed by international court that contractual undertakings must be respected. The rule pacta sunt servanda is the basis of every contractual relati onship"*[676]. Come affirmé par M. MANIRUZZAMAN[677] *"This means that the contract will have the force of law of the host State that will grant supremacy to the contractual provisions of the concession contract over any contrary subsequent legislation enacted by the host State*". Ce type de clause de stabilité se trouvera dans la formation moderne de

[673] *Ibidem*, p. 101.
[674] *Ibidem*, p. 101.
[675] Wehberg, *op. cit.,* footnote 6, at 786; cf. A. A. Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors* (New
York, 1962), pp. 265-71.
[676] Sapphire Petroleum Ltd v National Iranian Oil Co, 35 ILR 136 (1967)
[677] F M MANIRUZZAMAN , « Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries: Tools for O & G Investors", AIPN RESEARCH PROJECT (2005-6), P.94

ce type de garanties telle que dans le contrat d'investissement pétrolier de l'Egypte :

> *Article 2 of an Egyptian contract is in point, which provides that: "The rules and procedures contained in the annexed clauses have the force of Law, and are enforceable notwithstanding any legislative provisions contrary thereto"*[678]

605. On ne peut nier qu'il existe une règle de droit international qui affirme qu'un État a le devoir de respecter les contrats conclus librement avec une partie étrangère. Une telle règle a également été déclarée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1962 dans sa Résolution 1803 (XVII) sur la souveraineté permanente des ressources naturelles, avec les mots suivants : *"Foreign investment agreements freely entered into by, or between, sovereign States shall be observed in good faith... "*[679].

606. L'exception admise par la loi internationale, ainsi que par sa doctrine, affirme que l'acte de nationalisation, comme on l'a vu à Liamco et Aminoil [680], constitue une violation illégale de la clause, en présence d'une clause de stabilisation. La présence de la clause, souligne-t-on, devrait être prise en compte dans la détermination de la compensation due à l'investisseur étranger pour l'expropriation « légitime », pour un motif d'intérêt public et dans un processus équitable. Le tribunal de la sentence Aminoil a constaté que la clause de stabilisation dans l'accord entre le Koweït et Aminoil avait pour effet

[678] Voir la loi n°218 authorizant la conclusion du contrat PSA de l'Egypte (EGPC) et SA, AM Oil & Gas (No.30 bis. of July 27, 1995), cite dans A. S. El- KOSHERI, *Le régime juridique crée par les accords de participation dans le domaine pétrolier*", 147 *Hague Recueil des Cours* (1975-IV) p.275

[679] Voir, para de la Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1962,

[680] Dans les arbitrages Taxaco c. Libye en 1979 et AGIP c. Congo en 1979 les deux tribunaux ont jugé que la ont souligné la violation du contrat d'investissement, par l'acte de nationalisation de première partie (Etat de Libye ou Etat du congo). Cette violation découlait de la fait que de l'existence d'une "clause de stabilité", où l'Etat-hôte exerce ses droits souverains en s'engageant avec l'investisseur étranger, ainsi par le même droit limite l'effet de sa souveraineté vis-à-vis du contrat d'investissement. Voir : Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan *Arab Republic, YCA 1979, at 177 et* seq; AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/1.

d'assurer une « indemnisation adéquate »[681] à l'entreprise en cas de nationalisation [682]. M. DE ARECHAGA[683] argumenta que:

> *"An anticipated cancellation in violation of such a contractual stipulation (stabilization clause) would give rise to a special right to compensation, the amount of the indemnity would have to be much higher than in the normal cases because the existence of such a clause is a most pertinent condition which must be taken into account in determining the appropriate compensation. For instance, there would be a duty to compensate for the prospective gains (lucrum cessans) to be obtained by the private party during the period that the concession still has to run".*

2.3. La convergence entre la clause de stabilité et la théorie de l'imprévision

607. Un autre angle pour défendre la validité de la clause de stabilité, réside / apparaît dans la convergence entre deux principes fondamentaux de droit : le *pacta sunt servanda,* « la force obligatoire de contrat » et le *rebus sic stantibus,* « l'imprévision ». La vieille histoire du contrat d'investissement pétrolier montre que le régime politique, économique et juridique le plus instable, doit s'inscrire dans le carrefour de ces deux principes juridiques bien reconnus dans le droit national et international. Pourtant, selon

---

[681] Voir, M. A F M MANIRUZZAMAN, *"Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries: Tools for O & G Investors",* AIPN RESEARCH PROJECT (2005-6) *,* p. 86 et ss.

[682] Dans un autre passage, l'affaire *LIAMCO c. Libye* ; M. MAHMASSANI, arbitre unique, conclut que la nationalisation libyenne ne constitue pas une violation de la clause de stabilisation et du contrat d'investissement pétrolier. De plus, il a trouvé que le droit international ne fournit pas une question de comment identifier dommages-intérêts pour expropriation licite et les moyens de calculer des pertes de profits. Par conséquent, le M. MAHMASSANI a accordé à *LIAMCO* des dommages mesurés par une formule nouvellement créée *« compensation équitable* » qui comprenait, (66 millions de dollars pour la perte des droits de concession de LIAMCO), voir 'ARBITRAL TRIBUNAL: AWARD IN DISPUTE BETWEEN LIBYAN AMERICAN OIL COMPANY (LIAMCO) C. THE GOVERNMENT OF THE LIBYAN ARAB REPUBLIC RELATING TO PETROLEUM CONCESSIONS', International Legal Materials, Vol. 20, No. 1 (JANUARY 1981), pp. 1-87; Voir aussi ; Fred R. FENWICK, Equitable Compensation, 32 LawNow [32], [35] (2008) ; M. A F M MANIRUZZAMAN, *"Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries: Tools for O & G Investors",* op., cit., p. 86 et ss.

[683] Voir: E.]imenez de ARECHAGA, *"State Responsibility for the Nationalization of Foreign owned Property"*, 11 *N.Y.U.].Int'U. and Pol.* (1978) p. 179 - 192;

ce point de vue, le principe de *pacta sunt servanda* fonctionne en conjonction avec le principe *rebus sic stantibus*. Cela signifie que les promesses resteront les mêmes tant que les circonstances seront les mêmes. Lorsque les circonstances changent, et que ces changements déséquilibrent l'économie du contrat, les promesses peuvent être conservées.

608. Ce concept s'était traduit par les nouvelles formes de clauses de stabilité ou de clauses de stabilité économique. Comme l'illustre la doctrine[684], lorsque le changement de circonstances fondamentales impose à l'État de légiférer afin de protéger l'intérêt général, il est tenu d'inviter la partie privée à renégocier de bonne foi. Dans ce cas, l'investisseur a l'obligation corrélative de s'engager dans une telle négociation.

609. L'État peut faire face à des circonstances exceptionnelles qui l'obligent à légiférer d'une manière qui pourrait altérer ses engagements contractuels, afin de protéger l'intérêt public. L'existence de la clause de stabilité oblige le cocontractant étatique à inviter la partie privée à négocier et celle-ci a l'obligation correspondante d'acquiescer et de négocier de bonne foi[685]. Bien que la théorie de l'imprévision soit abordée dans le chapitre suivant, il est important de souligner le rôle complémentaire de la doctrine de *rebus sic stantibus* pour confirmer la validité de la « clause de stabilité ». Mme. N. NASSAR[686] expliqua parfaitement l'affaire AMINOIL en déclarant que "*the majority of the AMINOIL arbitration did not regard the static, immutable contractual model asa corollary to the pacta sunt servanda principle. Contract can be observed under relation model, where the evolution of the contractual relationship over the course of time is recognized*". AMINOIL a souligné deux valeurs à cet égard. Tout d'abord,

---

[684] Voir, Lorenzo COTULA, "*Reconciling regulatory stability and evolution of environmental standards in investment contracts: Towards a rethink of stabilization clauses*" *The Journal of World Energy Law & Business*, Volume 1, Issue 2, 25 July 2008, Pages 158–179, https://doi.org/10.1093/jwelb/jwn003; voir aussi; Nagla NASSAR, "*Sanctity of Contract Revisited*", Martinus Nijhoff Publications, 1995 ; A. S. El-KOSHERI, *Le régime juridique crée par les accords de participation.. », op. cit.*

[685] Ahmed S. El-KOSHERI, "Le régime juridique crée par les accords de participation dans le domaine pétrolier", 147 Hague Recueil des Cours (1975-IV) ~~at~~ p. 335.

[686] Nagla NASSAR, « *Sanctity of contract revised*", Martinus Nijhoff Publication, 1995, pp. 133-139.

l'effet du temps et des changements de circonstances sur la relation contractuelle. Deuxièmement, la langue de la clause de stabilité a fait que l'acte de nationalisation ne soit pas spécifiquement considéré comme une menace à cette relation contractuelle[687]. Le tribunal constate que: "*host state is free to intern in such contractual commitment and restrict the effect of its sovereign act to the investment contract, but because such commitments have serious effect on limitation of its exercise of the sovereign power, they should be "expressly stipulated for within the regulations governing the conclusion of state contract ….and…. cover a relatively limited period*"[688].

610. De la même manière, le principe d'UNIDROIT a également souligné ce rôle complémentaire des deux principes *pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus*. Le principe d'UNIDROIT confirme la sainteté du contrat tout d'abord en affirmant dans l'article 6.2.1 que *"Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligation...".* Cependant, les principes d'UNIDROIT définissent reconnu le principe *rebus sic stantibus* à travers la définition qu'il donne à ***Hardship*** dans l'article 6.2.2 comme : *"There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished"*. Même l'article 6.2.3 définit l'effet de ***Hardship*** et l'obligation des parties de négocier, afin de rééquilibrer ou de résilier le contrat dans l'ordre d'échec des négociations.

[687] Cette constatation a également été notée par L'Arbitre Mahmassani dans l'affaire Liamco. À son avis, la clause de stabilisation est une garantie contre la possibilité non pas de l'exercice de pouvoirs souverains licites consécutivement retenus, mais de la modification arbitraire ou de l'abrogation par l'État de son obligation contractuelle. Ainsi, selon son point de vue, la nationalisation non discriminatoire et non accompagnée d'un acte illicite ou d'une conduite n'est pas une violation d'une clause de stabilisation. Plutôt, cela constitue une source de responsabilité pour compenser l'investisseur étranger. Liamco v. Libye 20 I.L.M, au § 61.

[688] AMINOIL arbitrage, 1982, 21 I.L.M 967, AMINOIL § 95.

3. La validité des clauses de stabilité en droit national

611. Il est important de préciser la valeur juridique et l'implication des clauses de stabilisation en vertu du droit interne, étant donné que leur statut domestique est susceptible d'avoir un effet important dans la détermination de leur valeur et de leurs effets juridiques. Les clauses de stabilité doivent être exécutoires en vertu des lois de l'État hôte, à la date de la conclusion du contrat pétrolier. D'une part, la loi de l'État hôte est, dans la plupart des cas de contrat d'investissement pétrolier, la loi applicable du contrat. D'autre part, la responsabilité de l'État pour un acte illégal ou une expropriation effrayante est mise en cause en vertu de sa propre loi, ce qui est plus crédible à la fois pour l'investisseur et l'État lui-même.

612. Deux principes fondamentaux du droit des contrats, existant en droit interne, confirment la validité de la clause de stabilité :

- La première : le principe de la liberté contractuelle
- La deuxième : la force obligatoire des contrats

3.1. Le principe de la liberté contractuelle

613. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, la clause de stabilisation consiste à *« structurer la volonté des parties, [de] déterminer dans le détail leur projet et [d'] en définir tous les aspects* »[689]. Elle porte sur les effets de leur engagement, ou l'État hôte garantit à son cocontractant que la *« non-édiction de certaines normes, ou leur inopposabilité à son égard, engage l'État souverain : puisque l'ensemble de la production normative lui est imputable, lui seul peut s'engager à la limiter* »[690]. Cette clause, comme

[689] Philippe DELEBECQUE Frédéric-Jérôme PANSIER « *Droit des obligations : Contrat et quasi-contrat* », 7° Edition, LexisNexis, 2016, p. 225.

[690] Pierre MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État », J.D.I, vol. 113, 1986, p. 34,

l'ensemble du contrat, symbolise une traduction du principe de la liberté contractuelle[691] qui est un principe à valeur constitutionnelle[692]. Ce principe confirme, comme le prononce M. D. MAZAZAUD, que « *chacun est libre de contracter et de choisir son cocontractant. Les cocontractants sont libres de choisir les conditions de forme de leur contrat et d'en déterminer le contenu* »[693].

3.2. Le principe de « la force obligatoire du contrat » en droit interne

614. Nous avons montré plus haut que le principe *pacta sunt servanda* constitue un principe fondamental de droit international privé et public. Ce principe constitue le cœur du droit du contrat dans tous les systèmes juridiques nationaux. Ses forces et applications sont universelles. Ce principe « *se justifie tous d'abord par la morale, qui veut que tout homme soit tenu en son âme et conscience de respecter ses engagements -honneur oblige- ; elle se justifie ensuite par l'idée philosophique : les respects de la parole, dont du contrat, s'explique par la volonté exprimée ; l'homme ne s'engage qu'autant qu'il l'a voulu* »[694]. Le principe de la force obligatoire du contrat trouve ses

[691] « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». Article 1102 de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**.**

[692] Tandis que l'article 4 de la déclaration Art. 4 de *la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 prévoit que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* », le conseil constitutionnel français affirme que « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une attente d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », « (Cons. Cont. 10 juin 1998, n° 98-401 DC ; voir aussi Philippe DELEBECQUE Frédéric-Jérôme PANSIER « Droit des obligations : Contrat et quasi-contrat », 7° Edition, LexisNexis, 2016, p 224. Ce principe a été adopté par tous les codes civils modernes ainsi a été confirmé par tous les systèmes juridiques. Les Principe de Droit Européen du contrat dans l'article 102 affirme le principe de la liberté contractuelle en prévoit que Article 1:102: Liberté contractuelle :

(1) Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des exigences de la bonne foi et des règles impératives posées par les présents principes,

[693] D. MAZEAUD, « les principes directeurs du droit des contrats », cit de Rita KHORIATY, « les principes directeurs du droit des contrats » , 2015, press Universitaire D'Aix Marseille, p 70

[694] Philippe DELEBECQUE Frédéric-Jérôme PANSIER « Droit des obligations… », *op, cit*, p. 259.

applications entre les personnes privées, les personnes publiques et les relations entre des personnes de nature juridique différente – par exemple,–le contrat d'État. Ce principe, en effet, « *énonce ensuite la conséquence de l'intangibilité du contrat* », ainsi que la totalité des promesses que le contrat contient.

615. L'ancien article 1134, alinéa 1er du code civil français, témoigne de ce principe de « la force obligatoire des contrats », prononçant que *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à qui les ont faites…* ». La réforme du 2016 du code civil a préféré mettre cette disposition, dans le chapitre contenant les dispositions liminaires de l'article 1103, en prononçant le même principe, et déclarant que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

616. Dans les droits des certains pays arabes, les principes trouvent leurs racines dans deux sources. ***La première*** *est* : le droit de contrat de l'article 147 du code de l'Egypte, qui a confirmé le principe de la force obligatoire du contrat. La loi libyenne a suivi dans « l'article 147 civ », la loi irakienne dans « l'art. 150 civ » et le code libanais dans « l'article 166 CIV ». Cependant, d'autres lois telles que la loi civile des Emirats Arabes Unis ne gardent pas seulement le silence sur ce principe, mais dans l'article 31, confirment qu'« une disposition obligatoire (de droit) l'emporte sur une stipulation contractuelle ». ***La deuxième*** racine est la loi islamique, où le texte du Coran dans "Al Ma'ad" p1 énonce le principe confirmant « 1. Ô les croyants, Remplissez fidèlement vos engagements ». Dans la version arabe, lire : بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ , Ce principe est également fondamental dans la "common law" comme dans le célèbre cas anglais de droit des contrats : "Printing and Numerical Registering Co v Sampson". Sir George JESSEL M.R. précise que:"*... if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice. Therefore, you have this paramount public policy to consider-that you are not lightly to interfere with this freedom of contract*."

617. La clause de stabilité, dans un contrat d'investissement est une traduction pure de ce principe. Elle signifie que le contrat conclu par le libre arbitre des parties et dans toutes les conditions légales, et avec ses promesses, droits et obligations, fait force de loi et forme la loi.

4. Les limitations de la clause de stabilité

618. La stabilité du contrat pétrolier n'est pas une notion absolue, car la clause elle-même a ses limites. Pour donner des valeurs à la clause de stabilité et à ses applications, nous devons comprendre ses limites dans la sphère de la loi nationale. La limitation fondamentale est que toutes les promesses de stabilité doivent être données sous une forme qui est compatible avec le cadre juridique et constitutionnel des Etats Hôtes. Dans ce sens, deux limites ont été confrontées à la pratique de la clause de stabilité. La première limite renvoie aux droits fondamentaux : le principe des droits de l'homme et les préoccupations de l'environnement. La seconde limite est une question pratique relative au cadre d'imposition aux impôts.

4.1. Limites à la stabilité posées par les droits de l'homme et l'environnement

619. Ni l'autorité souveraine, ni l'autorité exécutive, ne peuvent donner des promesses qui limitent les droits de l'homme ou les règlements environnementaux. Les questions comme les droits des peuples autochtones dans les zones pétrolières, l'adoption de nouvelles réglementations nationales et internationales sur l'environnement et le développement durable, sont des principes globaux qui ne peuvent être limités dans les clauses de stabilisation.

620. Ce sont des questions qui peuvent être menées dans le cadre de clauses de stabilité économique ou de renégociation. Deux parties doivent effectivement se rencontrer et négocier tout développement afin de rééquilibrer un quelconque déséquilibre économique, et d'encadrer le contrat par une nouvelle réglementation

dans le domaine des droits de l'homme, posée par les traités nationaux, internationaux ou par l'institution spécialisée. C'est pourquoi les clauses de stabilité ont été limitées dans la question de la nationalisation. Il est établi, par des principes fondamentaux de droit international qui ont été transférés et observés par la législation nationale, que les État hôtes ont le droit d'exproprier, pour l'intérêt public, avec des procédures justes et équitables et des compensations.

4.2. Limitation concernant la disposition fiscale

621. En ce qui concerne le principe de justice et d'équité, l'État ne peut pas exonérer certains investisseurs de l'impôt et peut ne pas accorder le même privilège à tous les investisseurs locaux et étrangers. Les impôts font également partie de la compétence souveraine originale. Donc tout ce qui est contraire à cette compétence est invalide.

622. Toutefois, un État peut s'engager dans un BIT pour exempter certains investisseurs des impôts nationaux, en tant qu'application du principe de réciprocité entre les États[695]. Cependant, le principe fondamental est que « la loi doit être la même pour tous » comme l'exprime l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ce principe signifie que l'exercice de l'impôt (imposition) devrait être imposé par une loi juste et égale à tous [696]. Comme l'a confirmé M. P. CAMERON[697], dans la plupart des pays (y compris les pays de l'UE et le Royaume-Uni), l'exécutif ne peut pas donner d'engagements contraignants sur les taxes ou les taux d'imposition à venir.

---

[695] Ce principe est l'un des principes indispensables du droit international et des relations internationales. Le principe de réciprocité a fourni la technique à utiliser pour la réalisation de l'égalité dans le traitement des étrangers résidents avec celle accordée par un État à ses citoyens. Voir; Arthur LENHOFF, "*Reciprocity in Function: A Problem of Conflict of Laws, Constitutional Law, and International Law*", 15 U. Pitt. L. Rev. 44, 72 (1953).

[696] Sur cette base, la compagnie pétrolière nationale algérienne Sonatrach a gagné son arbitrage contre plusieurs compagnies pétrolières étrangères après la loi de 2005. Comme La loi 05-07 du 28 avril 2005, a imposé d'autres droits d'imposition sur les compagnies pétrolières opérant en Algérie. Et à côté de toutes les mesures de stabilisation contractuelle, fournies à la seconde partie, l'État algérien a prouvé qu'il est juste et légal de déposer ses lois et règlements et la politique nationale à cet égard.

[697] Voir cas pratique I attaché au chapitre VII.

623. Cependant, il existe des façons de respecter la contrainte ci-dessus. La CNPpeut être invité à supporter le fardeau de toute obligation fiscale supplémentaire imposée au-delà du niveau prescrit dans le contrat (au nom de l'investisseur). En effet, le gouvernement hôte peut choisir de le faire lui-même (modèle libyen de EPSA IV, et les PSA, modèles récents du Qatar), comme nous le verrons dans cas pratique, joint à ce chapitre et au chapitre suivant.

Conclusion : Section II

624. Certains commentateurs soulignent que[698] l'État, lors de la conclusion d'un contrat à long terme avec un investisseur étranger, ne renonce en aucun cas à sa prérogative souveraine de résilier un tel contrat et que l'exercice par l'État de ses pouvoirs souverains, même s'il est exercé d'une manière qui constitue une violation du contrat, n'est pas considéré comme un acte illégal créant une responsabilité internationale de l'État.

625. Bien que la valeur juridique des clauses de stabilisation ait été controversée dans les années 1970 en raison de l'incohérence revendiquée avec le principe de la souveraineté permanente des États sur les ressources naturelles et du droit de nationaliser et de réglementer les flux, la doctrine et les jurisprudences internationales confirment que les clauses de stabilisation sont licites et juridiquement contraignantes en vertu du droit international[699].

626. Ainsi, une clause de stabilisation peut être une protection contre les mesures unilatérales de l'État au moins initialement. Mais une clause de stabilisation ne peut

[698] Z. AL QURISHI, *op., cit.,* p. 230 et ss.

[699] La légalité et le caractère contraignant des clauses de stabilisation ont également été confirmés dans des maisons récentes telles que : AGIP v Congo,26 in Revere Copper v OPIC27, AGIP Company v People's Republic of the Congo, Award, 30 November 1979 (1982) 21 ILM 726 [AGIP]., et dans in Methanex v US.28 This view reflects the dominant position in international arbitration awards, Methanex Corp v United States of America, Final Award, 3 August 2005 <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>.

avoir un effet dominant sur la souveraineté d'un État indépendant. La signification de la clause de stabilité provient de la sécurité donnée aux investisseurs étrangers que leurs biens sont protégés contre l'expropriation directe ou indirecte. Par conséquent, la force obligatoire du contrat international, était l'un des principes d'or énoncés par la doctrine du droit international et du droit international tout au long de son développement. À cet égard, KELSEN a déclaré, dans ce sens, que *pacta sunt servanda "is the basic norm (Grundnorm) of the whole system we call international law"*[700]. L'application du principe de *pacta sunt servanda* est jugée adaptée à la relation contractuelle entre deux partenaires égaux. Ainsi, en tant que principe du droit international, il s'applique aux relations conventionnelles entre les États[701]. Et de l'ensemble de cette force obligatoire, la clause de stabilité tire sa force. La définition de la clause de stabilité a fait l'objet d'un long débat, mais sa valeur représente une promesse du cocontractant étatique à l'investisseur privé de ne pas prendre ses biens accordés en vertu du contrat d'investissement. En outre, leur validité juridique provient de la validité du contrat lui-même puis de tous les principes obligatoires du droit du contrat.

Conclusion : chapitre I

627. L'intérêt de l'État hôte de proposer une clause de stabilisation découle de la nécessité d'encourager les investissements étrangers. Bien que la doctrine questionnât la fonction de la protection juridique fournie par les clauses de stabilisation, leur fonction promotionnelle a une valeur juridique qui est fortement prouvée par les lois nationales et internationales, ainsi que par la pratique arbitrale. En insérant une clause de stabilité, les parties confirment que la loi applicable du contrat est celle de l'État hôte au moment de la mise en œuvre du contrat, excluant ainsi l'application des modifications ultérieures de la loi. Sinon, pourquoi importerait-il que les négociations des entreprises exigent une

[700] Hans Kelsen: Principles of International Law (1967) p. 447.

[701] W. P. GORMLEY: "The Codification of pacta snta servanda by the International Law Commission: The Preservation of Classical Norms of Moral Force and Good Faith", 14 St. Louis U.L.J. (1970) 367; T. 0. Elias, The Modern Law of Treaties (1974), p. 119.

garantie contre les effets d'application de l’acte souverain ? En revanche, la clause de stabilisation ne porte à aucun moment atteint au droit souverain de l’état.

Cas pratique : Un aperçu sur l'effet et l'efficacité de la clause de stabilité en droit libyen

Introduction

628. Le contrat de partage de l'exploration et de la production (PSA)[702] est le seul modèle de contrat d'investissement pétrolier qui est en application en Libye depuis 1973. Toutes les sociétés pétrolières étrangères qui investissent dans l'industrie pétrolière en Libye ont signé l'EPSA en tant que deuxième partie, avec la National Oil Corporation (The NOC), première partie au contrat.

629. En vertu de l'EPSA libyen, la société étrangère bénéficie d'un droit contractuel d'explorer et de développer une zone spécifique en échange de la production commerciale de pétrole. Selon le modèle libyen, la production est divisée en deux parties, ce qui n'est en fait pas une proportion égale. Parce que la division de production est toujours très favorable à la première partie (CNP) plus qu'à la deuxième partie (investisseur étranger). La division de la production entre les parties a été fixée pour les dernières décennies autour de 75/25, 81/19 ou 85/15 première partie / deuxième partie. En conséquence, pour cette « division disproportionnée »[703], le CNP, afin de promouvoir les investissements étrangers dans l'industrie du pétrole, offre sa deuxième partie en exonération totale de tous les impôts sur le revenu, les redevances, les droits et les frais de location sur mesure.

1. Les droits et obligations découlant de l'EPSA et la clause de stabilité

630. L'imposition des investisseurs dans le domaine pétrolier, est au cœur de toutes les négociations des investisseurs étrangers avec l'État hôte. Ainsi, le code de pétrole libyen fixe d'une part les règles d'imposition pour tout projet d'investissement de pétrole, et d'autre part, il fournit à la compagnie pétrolière nationala CNPle droit

[702] Voir Titre I chapitre II.

[703] Bernard TAVERNE, « *Petroleum Industry and* Governments, a study of the involvement of the Industry and governments in Production and Use of Petroleum", 2° edition, 2008, Walters Kluwer, p. 264.

d'organiser et la liberté de choisir la méthode de collecter des impôts dans son art. 15. À cet égard, l'article 19 des 'contrat de partage libyen EPSA' a d'abord confirmé que :

1) La deuxième partie (investisseur étranger) sera sujette à toutes les impositions sur le revenu des sociétés imposées par la loi libyenne comme la loi du contrat pétrolier.
2) La première partie (CNP) accepte de décharger son cocontractant de toutes ses obligations relatives aux obligations fiscales, « royalties », des impositions sur la société liée, imposée par le code pétrolier libyen sur toutes activités commerciales et sociétés créées par le cocontractant privé lors de l'exécution des droits contractuels et obligations.
3) La deuxième partie prépare la déclaration fiscale et la remet à la première partie (CNP) afin de la traiter et obtenir un certificat d'impôt auprès de l'autorité fiscale libyenne compétente au nom de l'entreprise étrangère.

631. En outre, tous les contrats d'investissement pétrolier libyens, à partir de l'ancienne concession, jusqu'à l'accord de participation, et les quatre générations de la CEPP, contiennent la même clause de stabilité indiquant que :

> *Stability clause article in Libyan EPSA, ARTICLE 27: MISCELLANEOUS 27.3 Amendments*
> *'This Agreement shall not be amended or modified in any respect except by the mutual consent in writing of the Parties executed and approved in the same manner as this Agreement.'*

632. En somme, la loi du pétrole impose une certaine obligation fiscale à l'entreprise privée, mais la première partie, le CNP, décharge la deuxième partie de toutes ses obligations fiscales. La CNPaccepte également de lui fournir un « certificat de déclaration fiscale » pour un usage dans son pays d'origine contre la double imposition fiscale. Et la clause de stabilité promet à la deuxième partie de ne pas modifier ses droits acquis en vertu du présent accord. Il intègre également les lois libyennes promulguées au moment de la conclusion du contrat. Dans ce contexte, une telle clause offre à la seconde partie une protection contre l'effet de l'acte souverain de l'État libyen et des

prérogatives de l'administration. Ce qui signifie que lorsque la deuxième partie a effectué son calcul des bénéfices au titre de l'EPSA, toutes les taxes sur le revenu et autres fonctions financières locales ont été détectées conformément à l'article 15 de l'EPSA prévu ci-dessus. Et, cet engagement est garanti pour rester le même selon la clause de stabilité tout au cours de l'exécution du contrat.

2. L'acte d'expropriation

633. En 2005, l'autorité fiscale générale libyenne AFL a émis des avis de paiement à certaines sociétés pétrolières étrangères qui opéraient en Libye en vertu de l'EPSA. L'avis a demandé aux sociétés étrangères de verser un paiement immédiat du « droit du timbre » - d'une valeur de 2% de la valeur totale du contrat d'investissement. L'AFL a considéré que le droit du timbre n'a pas été mentionné dans l'exemption accordée aux sociétés étrangères, comme l'impôt sur le revenu, le loyer et les royalties/redevances.

634. Selon l'avis mentionné, l'AFL a non seulement imposé de nouvelles obligations financières (« taxes de timbre ») aux sociétés étrangères qui n'ont pas été incluses ou mentionnées par aucun moyen dans le contrat, mais a également ordonné à l'entreprise de la payer en espèces, ou par vérification certifiée à la seconde, directement sur son compte. L'AFL a construit sa demande conformément à l'article (11) de la loi fiscale sur le droit de timbre no. (12/2004). Bien que cette demande soit incompatible avec l'article (15) de la loi sur le pétrole, comme mentionné ci-dessus, l'AFL a exigé que :

> *"with reference to the Exploration and Production Sharing Agreement/EPSA, executed between your company XX and the National Oil Corporation NOC, and in execution of the terms of the stamp tax law No.12/1994, which provides in its articles 1&2 that the tax is due at the moment of creating the document, accomplishment of the act/the transaction, or at moment of realizing the fact that is subject to the tax. The same tax shall be paid either in cash or by a certified check in a delay not to exceed 60 days. Based on such provisions, you are requested to make payment of the due tamp tax of2% of the whole value of the agreement as soon as possible".*

3. Litige national

635. Les entreprises concernées se sont plaintes devant deux autorités nationales ; la CNPen tant que première partie à l'EPSA et la partie mandaté à traiter avec le tribunal administratif libyen de première instance de Tripoli a saisi ce dernier en tant qu'autorité judiciaire compétente pour résoudre le conflit.

Les demandeurs ont construit leur défense sur le raisonnement suivant :

a) Les sociétés étrangères ont d'abord fondé leurs arguments sur le fait que le contrat d'investissement « EPSA » les exonère de toute sorte d'impositions fiscales selon l'article 15. De plus l'article 27.3 de même contrat forme une garantie de stabilité au contrat et affirme qu'aucun amendement ne devrait se produire sans l'accord des deux parties.
b) La demande de l'AFL est la première de ce genre et n'avait pas de précédent en Libye depuis l'adaptation de EPSA en 1974, car le droit du timbre était toujours considéré comme faisant partie de l'ensemble des impôts sur les bénéfices des sociétés étrangères engagées sous EPSA, et dont elles sont exonérées. Par conséquent, la demande de l'AFL était en contradiction avec la pratique constante dans le domaine des investissements pétroliers au cours des dernières décennies, et a créé un changement défavorable avec un effet rétroactif dans les conditions économiques de EPSA.
c) En outre, en tant que principe général du droit (non-imposition sans loi), la loi no. (12) de 2004 sur les droits de timbre et son annexe ci-jointes, ont défini les valeurs du droit de timbre et les activités concernées. Elles considèrent qu'il n'y a pas de dispositions explicites pour l'imposition de droits de timbre sur les activités d'exploitation de l'exploration des ressources naturelles.
d) De même, la décision du GTA constitue une violation du principe général de droit eu égard à « l'inadmissibilité de la double imposition ». Alors que les entreprises étrangères paient l'impôt de timbre avec tous leurs sous-traitants locaux et

étrangers dans le cadre de leurs opérations d'exploration et d'exploitation, cette imposition constituent une duplication des droits de timbre.

e) Selon l'article 19 de l'accord d'investissement EPSA, la CNP est la partie responsable de déclarer l'imposition à l'autorité libyenne compétente. Par conséquent, les entreprises étrangères ont affirmé que l'AFL n'avait pas le droit de répondre à leur demande, et se devait de traiter directement avec la CNP.

4. Decision du tribunal local

636. Le tribunal administratif de première instance de Tripoli a rendu sa décision no. 16/2006, le 28 août 2006 en faveur de la société étrangère XX. Le tribunal a examiné l'EPSA ainsi que la loi sur le pétrole libyen 25/55, les législations fiscales libyennes, les principes généraux du droit dont la loi régit la relation contractuelle. En conséquence, le tribunal a confirmé ce qui suit :

1) La non-éligibilité "à imposer" ces taxes à l'égard de la disposition de l'EPSA et régissant les lois et règlements libyens (paragraphe 2.1)
2) La non-éligibilité "de demande" de ces droits par l'AFL en vertu de la disposition de l'EPSA et les lois pétrolières applicable 25/55, para (2.b)

637. La Cour, dans sa décision, a fait valoir que même si l'autorité libyenne avait l'intention d'imposer de nouvelles obligations fiscales à des investisseurs étrangers qui investissent dans l'industrie pétrolière, l'autorité doit respecter le principe général de « non-rétroactivité de la loi ». De même, si le tribunal a estimé que, même si ces obligations fiscales sont exigées par la loi, la société commune établie par les cocontractants au biais du contrat de partage 'EPSA' of XX a été enterrée en vigueur il y a plus de cinq ans, ce qui est la période autorisée pour que l'AFL perçoive les droits de douane. Par conséquent, en ce qui concerne le délai de prescription, l'AFL n'avait pas plus de droits pour demander ces droits fiscaux.

638. Par conséquent, le tribunal a jugé que la demande mentionnée dans la lettre de l'AFL du 12/12/2005, ref: 3666.214 est invalide sur la base des raisons suivantes :

1) Le GTA est incompétent pour procéder à cette demande sans égard au principe général du droit mentionné ci-dessus.
2) Selon les lois et règlements libyens obligatoires, la GTA n'avait pas le droit d'imposer de tels impôts.

Conclusion

639. Nous constatons que la décision de la Cour libyenne a appliqué la loi libyenne en tant que loi applicable au contrat d'investissement "EPSA". Le tribunal a également appliqué le « principe général de droit, appliqué par les nations civilisées », comme le principe de « non-rétroactivité de la loi ». En outre, le tribunal a considéré le contrat comme « la loi des parties » conformément à l'art. 147 de la loi civile en Libye, qui est la confirmation du principe de *pacta sunt servanda* dans le droit international. Par conséquent, les règles relatives à l'absence d'obligations non mentionnées dans le contrat peuvent être imposées à la seconde partie, ce qui constitue une application réelle de la clause de stabilité en vertu du droit interne.

640. Il est aussi important de mentionner que l'autorité judiciaire libyenne, dans cet exemple, avait une véritable indépendance vis-à-vis de l'autorité exécutive politique et de sa décision politique.

641. Néanmoins, le Comité général du peuple, « le cabinet », a rendu sa décision le 02/05/2007 no. 5582 / 4-4 obligeant la CNPà percevoir la taxe de timbre pour tout contrat d'investissement nouveau ou renouvelé après la date de sa décision. La décision a donc respecté le fait que la CNPest la partie responsable de faire face à la demande, conformément à la loi sur le pétrole 25/55 et les prévisions EPSA. La décision GPC a également respecté le principe général du droit « non-rétroactivité de la loi ».

Annexe I
Example de l'acte d'expropriation indirect

Commission populaire général de la finance

Service des impôts

N° :4/H 6663 Date : 15/12/2005

Monsieur le directeur de (**l'investisseur**).-Nord d'Afrique,

Suite à la convention établie entre vous et l'institution nationale de pétrole concernant l'exécution du programme exploratoire durant 5 ans et qui était mise en exécution le 05/06/2003, et au non paiement des impôts dû à cette convention auprès du service des impôts. De cela, et en application des dispositions de loi fiscale N°12 de l'année 1372 W.R et ce qui est stipulé dans les articles 2 et 11, concernant l'exigibilité des impôts lors de la constitution, ou de l'exploitation, ou de la transaction ou le fait d'objet d'impôt. Elle est payable soit en espèce ou par un chèque certifié et ce avant son utilisation et dans un délai maximum de 60 jours.
Pour cela, nous vous appelons à régler l'impôt dû à cette convention et ce dans le plus bref délai.
A noter que le montant d'impôt dû est de 2.282.594,500 Dinars Libyens.

Signature :

Directeur général de la direction des impôts populaire Tripoli

Annexe II
Model des clauses de stabilisation

Model de clause de stabilisation classique : clause d'intangibilité :

The American Independent Oil Company AMANOIL avec le government de KUAWIT du 28 juin 1948, A l'article 17, on lit:
"*The Shaikh shall not by general or special legislation or by administrative measures or by any other act whatever annul this Agreement except as provided in Article 11 No alteration shall be made in the terms of this Agreement by either the Shaikh or the Company except in the event of the Shaikh and the Company jointly agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions or additions to this Agreement*

Model de clause de stabilisation économique / Fiscal

"In the event that any Governmental Authority invokes any present or future law, treaty, intergovernmental agreement, decree or administrative order which contravenes the provisions of this Agreement or adversely or positively affects the rights or interests of Contractor hereunder, including, but not limited to, any changes in tax legislation, regulations, or administrative practice, the terms of this Agreement shall be adjusted to re-establish the economic equilibrium of the Parties, and if the rights or interests of Contractor have been adversely affected, then ……. shall indemnify the Contractor (and its assignees) for any disbenefit, deterioration in economic circumstances, loss or damages that ensue therefrom. …… shall within the limits of its authority use its reasonable lawful endeavors to ensure that the appropriate Governmental Authorities will take appropriate measures to resolve promptly in contratance with the foregoing principles any conflict or anomaly between all such treaty, intergovernmental agreement, law, decree or administrative order and this Agreement

Model de clause de stabilisation équilibre économique

''Whereas the financial position of the Contractor has been based, under the agreement, on the laws and regulations in force at the Effective Date, it is agreed that, if any future law, decree or regulation affects Contractor's financial position, and in particular if the customs duties exceed . . . percent during the term of the Agreement, both Parties shall enter into negotiations, in good faith, in order to reach an equitable solution that maintains the economic equilibrium of this Agreement. Failing to reach agreement on such equitable

solution, the matter may be referred by either Party to arbitration pursuant to art"

Chapitre II : Une stabilité à travers de la théorie de l'imprévision ?

> *"When that state of things which was essential to, and the moving cause of, the promise or engagements, has undergone a material change, or has ceased, the foundation of promise or engagement is gone and their obligation has ceased"704.*

Introduction

642. La longue durée de l'exécution des contrats d'investissement pétrolier et l'environnement géopolitique difficile de l'industrie pétrolière, exposent les parties à des événements imprévisibles qui peuvent changer dramatiquement l'équilibre économique du contrat et causer des préjudices sérieux, soit à la société privée, soit à l'État hôte.

643. Un tel déséquilibre économique du contrat est au fondement de la théorie de « *l'imprévision* » et de ses applications permettant la mutabilité du contrat. Cette théorie représente une exception légale au principe fondamental du droit du contrat, la *« force obligatoire du contrat* ». L'accroissement du phénomène de « mutabilité des contrats » se justifie par le changement inévitable des circonstances « politiques, sociales et économiques » qui affecte les contrats de longue durée tels que les contrats d'investissements pétroliers. Les dispositions juridiques de renégociations, de révisions et d'adaptations introduisent certaines flexibilités et assurent la sécurité juridique des deux parties dans les cas de modification des circonstances. Par ailleurs, les dispositions contractuelles solides et bien établies de renégociation, ou des mécanismes juridiques dans le système juridique applicable au contrat, font partie des conditions essentielles pour l'application de « mutabilité du contrat ». Contrairement aux anciens contrats de concession, les contrats pétroliers modernes intègrent diverses dispositions prévoyant la situation de « *l'imprévision* » et permettant la renégociation, la révision et l'adaptation dans le cadre de circonstances imprévues. En outre, la plupart des systèmes juridiques nationaux ainsi que le droit international reconnaissent le mécanisme de mutabilité

[704] Phillimore, *International Law,* 3rd edition, 1879, vol. II, p.109.

selon le principe de *Clausula Rebus sic Stantibus.* La section I de ce chapitre examinera le phénomène de « *mutabilité du contrat* » à travers l'application de la théorie de l'imprévision, une perspective du droit comparé. La section II illustrera les applications pratiques du phénomène et ses effets, enfin, nous fournirons des exemples d'expériences réussies dans l'industrie pétrolière de la région ANMO.

Section I : Exposé de la théorie de l'imprévision

1. Une approche théorique

644. L'application de la clause de stabilité ou le principe du *pacta sunt servanda*, exige que les circonstances qui accompagnent la conclusion du contrat restent les mêmes jusqu'à la fin de l'exécution du contrat. Néanmoins, les contrats pétroliers d'investissement à long terme, associent deux exigences contradictoires. D'une part, les opérations d'exploration et d'exploitation pétrolières nécessitent la stabilité complète du système juridique, social, politique et économique. D'autre part, l'industrie pétrolière a fortement besoin de mécanismes d'adaptation économique, technique et juridique pour progresser et parer à toutes les circonstances imprévues qui peuvent déséquilibrer l'économie du contrat d'investissement. Par conséquent, les parties au contrat d'investissement pétrolier doivent opérer un compromis entre les besoins contradictoires de stabilité et d'adaptation dans les termes et lors de la durée du contrat[705]. Le contrat pétrolier, peut-il être modifié ou annulé malgré l'existence d'une

[705] Voir : Prof. A. F. M. MANIRUZZAMAN explique l'idée disant que "In the context of long-term contracts these two goal, stability and evolution, appear as the two sides of a coin whose balanced interaction is presumed to do justice to the actors in such a relationship. Each actor seeks advantageous situations during the continuation of the relationship; no one wants to lose but to gain and take advantage of a situation whether caused by changes in circumstances or otherwise. However, it should not be denied that it would be beyond the initial expectation of both parties that the fundamental changes in circumstances should tip the balance of the relationship substantially in one's favor to the injury of the other. If that is the case then each party should prefer compromising, to gain a satisfactory relationship for both of them. should prefer compromising, to gain a satisfactory relationship for both of them", voir A. F. M. MANIRUZZAMAN, "State Contracts with Aliens The Question of Unilateral Change by the State. In Contemporary International Law », 9 J. Int'l Arb. 141 1992.

clause de stabilité ? Sur quelles bases juridiques ? Et quels sont les moyens attribués par la loi, la jurisprudence et la pratique contractuelle ? Dans cette section, nous définirons d'abord *l'imprévision* comme concept en général, puis nous examinerons ses applications dans différents systèmes juridiques.

2. Un concept général

645. La stabilité du contrat, comme nous l'avons montré dans le chapitre précédent, est une conformation de certains principes fondamentaux de droit de contrat. Le principe de la « *liberté contractuelle* », le principe de la « *force obligatoire du contrat* » et le principe de « bonne foi » ont aussi été adoptés par le droit international, public et privé, intégrés dans la doctrine de *pacta sunt servanda*. Ces mêmes principes constituent le cœur du « *droit des contrats* » dans les systèmes juridiques nationaux. Ces principes imposent aux cocontractants le respect de la force obligatoire des termes de leur contrat tout au long de son exécution[706], tels qu'ils ont été déterminés par la libre volonté et conformément au jour de la conclusion du contrat. Ces principes fournissent aux cocontractants la sécurité contractuelle contre toute modification ou annulation unilatérale ou judicaire et affirment qu'« *une fois conclu, le contrat, par sa force obligatoire, échappe à la fantaisie individuelle et aux caprices du temps* »[707].

646. Mais dans la pratique, depuis la fin du XIXe siècle, ce caractère sacré du contrat a été, dans une certaine mesure, abusé par des parties ayant un plus grand pouvoir de négociation. Puis, les droits national et international sont devenus plus acceptables par la révision du concept par la doctrine. Les changements qui ont accompagné la première et la deuxième guerre mondiale, la décolonisation et le développement du droit international et de leurs institutions, ainsi que les progrès de l'échange commercial mondial, ont contribué positivement à la doctrine : « changement de circonstances ». Il est devenu ordinaire que des changements de circonstances se produisent pendant la

[706] Rita KHORIATY, « *les principes directeurs du droit du contrat* », Presses Universitaires d'Aix Marsiell, 2014, p. 55.
[707] Ph. MAMAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, « *les obligations* », 6° éd, LGDJ, 2013, p. 364.

durée des contrats de longue durée entre les particuliers, les traités entre les États et les contrats d'investissement entre les personnes publiques et privées. De tels changements par définition, modifient substantiellement les attentes des parties en ce qui concerne les résultats et l'opportunité qui poursuivent par leurs engagements. En conséquence, la notion de sainteté du contrat n'est pas restée stable dans le droit international ainsi que les systèmes juridiques nationaux. Le progrès de la théorie de « l'imprévision » ou la doctrine de *rebus sic stantibus*, repose sur deux motivations que nous retrouvons dans les doctrines du droit national et international que désigne l'imprévision. L'un est économique et l'autre est purement juridique.

2.1. Un motif économique : incomplétude du contrat

647. ***L'interprétation économique*** plus moderne du contrat[708] prévoit qu'en raison de la signification de la transaction sous le *ex ante*, le contrat est « *incomplet* »[709]. Par conséquent, les circonstances imprévues, « l'imprévision », sont la forte motivation de cette « incomplétude du contrat ». Même si les parties, avec un contrat au long terme scientifiquement coûteux, peuvent prévoir certains événements, comme le changement des prix du pétrole ou les tensions politiques dans certaines zones géographiques, elles ne peuvent calculer le résultat final de leur engagement sur cette base. Cette hypothèse, à nos yeux, fonde la nouvelle tendance des « clauses d'adaptations » et des « clauses de stabilité économique ». En d'autres termes, les cocontractants, s'ils peuvent logiquement prévoir les bouleversements qui porteront atteinte à leurs droits, ne peuvent prévoir leur gravité dans le temps, ni leurs formes. Au sujet du contrat d'investissement pétrolier, les parties décident de passer un contrat lors de l'étude des circonstances économiques, sociales et politiques. Des éléments tels le prix du pétrole, le mouvement du marché pétrolier global, les moyens de transporter la production, ainsi

[708] Voir, KOVAC *op., cit.,* p. 128.

[709] La théorie de l'incomplétude du contrat est illustrée par: J. SANFORD, Grossman, Oliver D. HART, "*The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*", Journal *of Political Economy* 94, n° 4 (Aug., 1986), pp. 691-719. http://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/261404.

que la stabilité juridique, économique et politique de l'État hôte, font partie des principaux facteurs que les investisseurs pétroliers étudient avant la conclusion de leur contrat. Or, ces contrats d'investissement pétrolier à long terme sont soumis à de sérieux changements imprédictibles. Un changement radical des prix du pétrole à cause d'une guerre telle que la guerre Iran/Irak des années 80, des sanctions ou un embargo qui interdit les échanges commerciaux entre l'État hôte et le pays investisseurs sont des événements ordinaires et cependant inattendus auxquels les investisseurs pétroliers peuvent avoir affaire au cours de leur investissement.

648. Les contrats d'investissement coûteux et sur un très long terme ainsi que les contrats pétroliers ne peuvent jamais être parfaitement rédigés car la capacité des parties à prédire les événements susceptibles d'affecter le contrat est limitée. De plus, les négociations entre deux parties de natures juridiques différentes avec différents niveaux de développement juridiques, sociaux et économiques dans un projet aussi complexe que les contrats d'investissement pétrolier passent par des étapes de complexité et d'incertitude considérables. Cela signifie qu'il n'est pas possible pour les parties de préciser ce qui va intervenir dans le contrat[710].

649. De sorte que les contrats pétroliers sont par nature incomplets dans la description de certains de leurs aspects. Car la capacité limitée des parties à prévoir toutes les situations du futur et à anticiper les développements politiques, économiques et sociaux des pays en voie de développement, assujettit le contrat au devenir de la loi qui régulera ces progrès et changements. C'est ce que la doctrine appelle « *un contrat ouvert* »[711]. Dans de telles circonstances, au fur et à mesure de la relation, les parties peuvent apporter les ajustements nécessaires pour combler certaines lacunes du contrat ou modifier les conditions initiales. Par exemple, les dispositions du contrat de pétrole telles que la clause de gaz naturel, l'arrangement de l'unification, la commercialité de la découverte, le programme de travail, le développement conjoint et la clause d'abandon,

[710]Ibidem,

[711] *Ibidem*, p. 116.

sont conçues dans des termes ouverts à une négociation ultérieure[712]. Cela reste l'hypothèse fondamentale de l'adaptation et de la révision des contrats à long terme[713].

2.2. Motif juridique : les obligations de la bonne foi et le non-abus de droit

650. Un bouleversement de l'équilibre économique du contrat qui rend son exécution excessivement onéreuse, peut faire de l'application stricte du principe de « *la force obligatoire du contrat* », un abus de droit et une pratique injuste. De nos jours, le droit des contrats se montre de plus en plus marqué par la notion de justice contractuelle[714], où la mutabilité du contrat peut constituer une exigence de justice alors que l'application stricte des droits et des obligations contractuelles peut entraîner un abus de droit. Telle est la démonstration de la « théorie de l'imprévision » le principe de *Clausula Rebus sic Stantibus*.

651. La mutabilité contractuelle, par les cocontractants ou un juge, suite à une imprévision qui déséquilibre l'économie du contrat, est une pratique qui porte atteinte aux principes fondamentaux du contrat telle que « la force obligatoire de contrat » et la « liberté contractuelle ». Mais, comme l'a dit H. KELSEN, « *le droit n'est pas une règle. C'est un ensemble de règles doué d'une unité telle qu'il nous est permis de l'appréhender comme un système* »[715]. Alors, « *permettez-nous une légère injustice pour faire une grande justice et forcer la volonté* »[716]. M. DELEBECQUE affirme que *" Remedies for non performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to! Good faith*

[712] *Ibidem*, p. 116

[713] *Ibidem*, p. 116

[714] Bernard LAGARDE « *La Bonne Foi Et L'abus Du Droit De Résilier Unilatéralement Les Contrats De Concession* », Gazette du Palais, 19 décembre 2009 n°353.

[715] Hans KELSEN, « *Théorie générale du droit et de l'État* », BRUYLAN L.G.D.J. 1997, p. 55.

[716] William SHAKESPEARE, « *Le Marchand de Venise* » - Acte IV, scène 1, personnage de Bassiano : « Permettez-vous une légère injustice pour faire une grande justice et forcer la volonté de ce cruel démon. »

and fair dealing to invoke the exclusion or restriction"[717]. En d'autres termes, si un changement de circonstances est cause d'une disproportion excessive entre la performance et la contre-performance des cocontractants, l'insistance d'une des parties sur l'exécution par la partie lésée, en stricte conformité avec les termes du contrat, peut être contraire au principe de la bonne foi et devenir un abus de droit, dans le cas où le changement de circonstances n'ait pas été assumé par la partie lésée[718].

652. Afin de déterminer si les obligations contractuelles peuvent être relâchées/assouplies ou renforcées en cas d'imprévus qui en rendent l'exécution onéreuse, de longs débats ont eu lieu[719]. Cela, à nos yeux, pour deux raisons. *Premièrement*, les changements politiques, économiques ou sociaux qui provoqueraient un *« bouleversement dramatique de l'économie de contrat »* sont très difficiles à évaluer et à déterminer. *Deuxièmement*, les principes patrimoniaux du droit du contrat tels que « la liberté contractuelle » et la « loyauté contractuelle », constituent *les principes essentiels du droit du contrat*[720], de sorte que les remettre en question est presque illicite. Dans une logique cohérente, M. KOVAC fait valoir qu'à côté de l'insuffisante définition de « l'imprévision » et de la faible justification pour la « mutabilité du contrat », il y a le fait que tout peut être prévision et qu'aucun événement ne peut être considéré comme imprédictible[721].

653. À vrai dire, l'application aveugle des principes fondamentaux du contrat telle que « la loyauté du contrat » peut dans certains cas causer des préjudices à l'un des

[717] Voir : Ph. DELEBECQUE, "*Hardship clauses and exemption clauses in charter parties*", ICMA XVIII, International Congress Maritime Arbitrators 13–18 Mai 2012, file:///C:/Users/chari/Downloads/G29complement-hardshipexemptionAPHD%20(1).pdf

[718] Christoph BRUNNER, "*Force Majeure and Hardship*, *op., cit*., pp. et s.

[719] Voir le débat au niveau de droit du contrat français qu'a précédé la réforme relative à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016, portant sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ph. STOFFEL-MUNCK, *« l'imprévision et la réforme des effets du contrat* », Revue des Contrats, n° Hors série- pp. 15 -16. ; voir aussi Mitja KOVAC, « *Comparative Contrat Law and Economics* », 2011, MPG Books Groups, UK, p. 121 et s.

[720] Voir, Ph. DELEBECQUE et FJ. PANSIER Droit des Obligations, *op., cit.,* p. 223 et s.

[721] KOVAC *op., cit.,* p. 128.

contractants, et le maintien absolu de l'exécution totale du contrat dans n'importe quelles circonstances peut constituer un ***abus de droit.*** Comme l'a remarqué le Prof. Ph. LAURENT *« L'abus de droit dans les contrats se caractérise quant à lui soit par une intention de nuire*, *soit à tout le moins par le dépassement du cadre normal de l'exercice d'un* droit ». Cet abus existe « *lorsque l'avantage recherché ou obtenu par la partie qui exerce ce droit est disproportionné par rapport au préjudice causé au contractant »*[722]. Le législateur décide donc d'équilibrer l'économie du contrat soit par une voie amicale, soit par l'intervention du juge. Cette ***limitation de l'abus de droit*** ainsi que la reconnaissance des préjudices causés par « l'imprévision » au cocontractant le plus fragile, une disposition aussi vieille que l'article 48 du droit d'HAMMOURABI, 1780 av. j. c.,[723] lorsqu'il libéra le débiteur de sa dette s'il ne pouvait payer en raison de circonstances imprévisibles et dépassant sa volonté.

3. L'imprévision dans les droits nationaux

654. Cette étude comparative a pour but de montrer que la plupart des systèmes juridiques, en droit national comme en droit international, ont souscrit à la théorie de « *l'imprévision* » et l'ont adoptée comme une exception au principe de « loyauté contractuelle » ou *pacta sunt servanda*. Nous examinerons la *théorie* en droit international, mais voyons d'abord la position du droit français ainsi que les dispositions des pays pétroliers de la région ANMO.

3.1. Le droit français

655. La première exception que le droit français ait reconnue au principe de « *la force obligatoire du contrat* » ou, autrement dit, de « *la loyauté contractuelle* », est l'état de « *force majeure* ». La théorie de la force majeure en droit français, est un concept ancien et commun qui remonte au droit romain. La prononciation de l'état de force majeure n'a

[722] Arrêt de la Cour de cassation du 30 janvier 1992.

[723] Article 48 du droit de HAMMOURABI, 1780 av. j. c., 'If any one owes debt for a loan, and a storm prostrates the grain, or the harvest fail, or the grain does not grow for lack of water, in that year he need not give his creditor any grain, he washes his debt-tablet in water and pays no rent for this year.'.

cessé de progresser depuis le code napoléonien de 1804 jusqu'à la dernière réforme du droit du contrat de février 2016[724], qui reconnaît l'imprévisibilité comme une deuxième exception au principe de « force obligatoire du contrat ». Cependant, les deux états ont été reconnus sans n'être définis ni caractérisés par toutes les versions du code civil français. Les deux états permettent l'interruption du contrat en raison de l'erreur d'un tiers. La seule différence entre les deux, en droit français, est que la théorie de force majeure fournit une résiliation totale ou partielle du contrat, tandis que l'imprévision permet une sorte de mutabilité du contrat par la voie des renégociations ou par l'intervention du juge du contrat.

3.1.1. La mutabilité en droit administratif français

656. Dans le domaine des contrats administratifs français, les possibilités de la mutabilité contractuelle sont liées à deux cas :

A. Le premier est la théorie du « fait du prince »

657. Le « fait du prince » apparaît *« lorsque la personne publique contractante prend une mesure particulière qui a pour effet d'alourdir les conditions financières d'exécution du contrat pour le cocontractant, celui-ci a droit à une indemnisation permettant de rétablir l'équilibre financier initial du contrat* »[725]. Cette doctrine de la théorie du « fait du prince » permet cette intervention directe de l'administration pour modifier ou résilier le contrat. Soit par un ordre exécutif des autorités administratives, soit sous

[724] Article 1218, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, *« Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur (…). Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.* ».

[725] M. LOMBARD, G. DUMONT, J. SIRINELI, « *Droit Administratif* », 11e édition, Dalloz, 2015, p. 299. Voir CE 2 févr, 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Leban 33.

forme d'une loi par l'État souverain. En outre, la charge due à l'augmentation fiscale locale ne donne pas droit à une indemnisation pour les cocontractants[726].

B. La théorie de l'imprévision en droit administratif français

658. La continuité du service public était la logique soutenue par le droit administratif. La théorie de l'imprévision portait atteinte au principe de « *l'intangibilité* »[727]. C'est pourquoi les privatistes ont depuis longtemps rejeté la théorie en protégeant la sainteté du contrat et en honorant le principe de « l'intangibilité ». Par la décision de « l'éclairage de Bordeaux de 1916 »[728], le juge administratif a obtenu le droit soit de réajuster, soit de résilier le contrat. Une mutabilité contractuelle dans le but de défendre le fondement traditionnel du droit français est *la continuité du service public* [729].

659. ***Tout au long de cette décision,*** le conseil d'État a reconnu la possibilité d'une mutabilité du contrat administratif à travers la théorie de l'imprévision. La décision a d'abord confirmé le principe de « la sainteté du contrat » indiquant qu' *« en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées »[730].* Le juge administratif décide d'intervenir, considérant que la relation contractuelle entre les parties manifeste un rapport inégalitaire et un bouleversement de l'équilibre économique dans les intérêts initiaux du contrat[731]. Le juge s'interdit en effet le concept de « circonstances imprévues

---

[726] Conseil d'État, 17 juillet 1950, Chouard, Leban 444.

[727] Voir Émilie LABROT, « *L'imprévision : étude comparée droit public-droit privé* », Logique Juridique, 2016.

[728] Conseil d'État, 30 mars 1916, n° 59928 Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

[729] Ibidem.

[730] Ibidem.

[731] « En raison de la guerre, la plus grande partie des régions productrices de charbon étaient occupées par l'Allemagne et les transports par mer étaient devenus de plus en plus difficiles. A cette occasion, le Conseil d'État jugea qu'en principe le contrat de concession règle de façon définitive les obligations du

» qui rendrait l'exécution des obligations contractuelles « *onéreuses* »[732], et donne aux cocontractants le choix soit de terminer, soit de réviser leur engagement[733].

660. La décision exprime les conditions d'application de la théorie de « l'imprévision »[734]. La première condition exige que *les événements affectant l'exécution du contrat doivent être imprédictibles*. La deuxième est que les évènements qui ont causé l'imprévision doivent être extérieurs aux parties ; il est stipulé qu'« *en particulier, s'ils sont dus à l'administration contractante, c'est la théorie du fait du prince et non celle de l'imprévision qui jouera »*[735]. Troisièmement, l'imprévision devra produire un bouleversement de l'équilibre économique du contrat[736].

3.1.2. En matière de droit des contrats

661. Le législateur a longtemps hésité, dans le domaine du droit du contrat, à accepter l'imprévision en donnant une position sanctuaire au principe de « force obligatoire du contrat ». Une décision qui était fondée sur l'ancien principe de l'article 1134 du code civil ; « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ». C'est aussi le jugement adopté par le célèbre arrêt Canal de Craponne, rendu par la Cour de cassation le 6 mars 1876[737]. La jurisprudence refuse de réviser le contrat en cas d'imprévision en défendant le principe d'intangibilité du contrat, confirmant que « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les*

concessionnaire et du concédant et que la variation du prix des matières premières du fait des circonstances économiques constitue un aléa du marché que doit assumer le concessionnaire », Ibidem.

[732] Ibidem.

[733] Voir, Martine LOMBARD, Gilles DUMONT, Jean SIRINELLI, « Droit Administrative », Dalloz, 2015, p. 299-300.

[734] Ibidem.

[735] Ibidem.

[736] L'illustration du Conseil d'État ajoute que « certes, ils ne doivent pas faire obstacle à l'exécution du contrat car ils seraient alors irrésistibles et exonéreraient le cocontractant de ses obligations ; mais il ne doit pas s'agir d'un simple manque à gagner ». Référence ?

[737] Cass. Civ. Canal de Craponne 8 mars 1876.

circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».

662. Ce fut aussi le principe que défendit la doctrine française tout au long de son histoire avant la réforme du droit du contrat de février 2016. J. –P. NIBOYET affirme que « *la règle pacta sunt servanda reste (…) un rempart inviolable. Les individus doivent souffrir pour leurs engagement (…) c'est la loi de l'honneur qui le veut ainsi (…) Tenir ! N'est-ce pas pour le cocontractant une formule qui sert l'intérêt social au moins autant que la trop libre révision du contrat ? Tant que le législateur, comme le chef responsable d'une armée ordonne aux cocontractants de tenir, il y va de l'honneur de leur vie de ne pas faillir à leurs engagements quoiqu'il puisse leur en coûter* »[738].

663. Cependant, respectant ce même principe de *l'intangibilité*, la jurisprudence française, avant la réforme de février 2016, et s'appuyant sur le principe de la bonne foi contractuelle, imposa l'obligation de la clause de renégociation formulée par la libre volonté des cocontractants[739]. Cette exigence de la jurisprudence française sanctionna seulement la violation de l'obligation de renégociation sans donner pouvoir au juge de modifier ou de rompre le contrat[740].

664. Presque un siècle plus tard, par l'ordonnance du 10 février 2016, le législateur reconnaît que « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution **excessivement onéreuse** pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant »[741]. Par ce texte, le législateur français reconnaît la possibilité de la mutabilité du contrat, soit suite à la renégociation des cocontractants, soit par une intervention d'un juge. Les parties pouvant, par leur libre arbitre, négocier et modifier

[738] Cité par D. MAZEAUD, « *La révision du contrat : rapport français* », le contrat, travaux de l'Association Henri Capitant, t. I.V SLC 2008, p. 554.
[739] Attêt « Huard » du 3 novembre 1992, JCP, 1993, II 22614, p. 469 G. VIRASSAMY.
[740] Voir Rita KHORIATY, *op., cit*., p. 224 et s.
[741] Article 1195, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, par. 1.

les termes de leur engagement afin de recouvrer l'équilibre économique de leur contrat. Equilibrer les intérêts économiques entre le créancier et le débiteur, privilégier la continuité du contrat et éviter l'abus de droit constituent à nos yeux, en liaison avec la croissance spectaculaire du commerce mondial, les véritables raisons des changements fondamentaux dans la position du législateur français en droit du contrat. Bien que cette réforme révolutionnaire accepte la mutabilité du contrat par la voie de la négociation entre cocontractants, et ce, sans la présence de la clause de renégociation, elle fournit au juge du contrat le droit de modifier le contrat en cas d'échec par les parties afin de rééquilibrer l'économie du contrat.

665. ***D'une part***, Il ne fait aucun doute que le législateur ici ne va pas dans le sens de l'intérêt public, qui était le principal souci du juge administratif en acceptant l'imprévision. Il fondait sur des principes de justice, *la protection* de la partie faible du contrat et l'interdiction de la pratique de l'« abus de droit ». Comme le dit M. A. ADELINE dans son commentaire de l'article 1195 : « *Au-delà de la bonne foi et de la loyauté, il conviendrait d'être attentif à un rééquilibrage au profit de la partie faible, dans une perspective utilitariste. ».* Il pose alors le principe de la « loyauté contractuelle » : *« en réalité le problème du respect de la parole donnée dépasse la sphère de compétence du juriste ; nous touchons ici à la morale, à l'éthique, à l'anthropologie* ». *[742].*

666. ***D'autre part***, le législateur a privilégié, tout au long de l'article 1195, les principes de droit du contrat, définis par D. MAZEAUD comme : « *Loyauté, solidarité, fraternité »,*[743]en affirmant les conditions qui n'étaient pas clairement exprimées par la jurisprudence administrative.

---

[742] Antoine ADELINE, « *L'introduction en droit privé français du principe de révision des contrats pour imprévision* », la Revue, 19 Juillet 2016 : http://larevue.squirepattonboggs.com/L-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevision-br-br-On-liait-les-boeufs_a2938.html.

[743] Denis MAZEAUD, « *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle* » Mélanges François Terré, Dalloz, 1999, p 603 et ss,; voir aussi : Antoine ADELINE, « L'introduction en droit privé français du principe de révision des contrats pour imprévision », la Revue, 19 Juillet 2016 :

667. *La première condition* posée par l'article 1195 est la continuité de l'exécution de l'obligation contractuelle au cours des négociations. Le contrat ne peut être interrompu que par un accord mutuel de cocontractants ou par une décision judiciaire. *La deuxième condition* porte sur la particularité de ***l'onérosité*** en insistant sur son caractère « excessif ». Cependant, l'article 1195 contient une certaine ambiguïté car il « *ne précise rien s'agissant du caractère 'durable' du coût 'excessivement onéreux'* »[744], ce qui renvoie le problème à la détermination des cocontractants ou de juge du contrat.

3.1.3. Conditions d'application de la théorie

668. L'état d'imprévision n'a pas pour fin de libérer les cocontractants de leurs obligations contractuelles, de façon temporaire ou définitive, contrairement à l'état de force majeure. L'état de l'imprévision a pour but de ***privilégier la continuité du contrat en équilibrant les droits et obligations des cocontractants***. L'application de cette théorie exigera certaines conditions pour être déterminée, soit par les parties, soit par le juge.

i. *Une exigence matérielle onéreuse* : l'exigence matérielle concerne la version économique du contrat, un bouleversement de l'équilibre économique initial, qui en rend l'exécution excessivement coûteuse. C'est une exigence matérielle dans sa nature et dans son contenu. C'est une condition basée sur un calcul des coûts et des bénéfices du contrat, afin de déterminer où commence l'état d'exécution « *excessivement onéreux* » du contrat. Si l'impossibilité d'exécution imposée par l'état de force majeure est aisée à déterminer, il n'en est pas de même de l'état d'imprévision. L'article 1195 précise que le changement doit rendre « *l'exécution excessivement onéreuse* ». Lorsque les circonstances imprévisibles sont d'origine sociale, politique ou juridique, ce n'est pas la difficulté physique de l'exécution qui est en cause, mais la difficulté de nature économique. Dans quelle mesure pouvons-nous conclure que *l'imprévision* provoque des pertes excessives au

http://larevue.squirepattonboggs.com/L-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevision-br-br-On-liait-les-boeufs_a2938.html.

[744] Antoine ADELINE, *op., cit,.* M. ADELINE.

cocontractant concerné ? En d'autres termes, comment et par qui déterminer quand l'exécution des obligations contractuelles devient excessivement onéreuse et pas seulement lourde ? Tel est le dilemme que pose cette théorie. Mais ce dilemme est aussi la raison pour laquelle cette théorie constitue l'un des principes de droit du contrat les plus flexibles.

ii. *Une exigence juridique - l'imprévisibilité* : cette exigence stipule que les circonstances doivent être étrangères aux parties, à leur connaissance et à leur volonté[745] au moment de la conclusion du contrat. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, certains experts attaquent cette théorie en affirmant qu'aucun événement ne peut être totalement invisible et imprédictible par les cocontractants. Il ne s'agit toutefois pas d'une imprévisibilité générale et totale, mais bien d'une imprévisibilité attachée à « *la compréhension qu'avait la partie qui invoque la règle* »[746]. Une connaissance spécifique et totale de l'événement qui a provoqué le bouleversement par le débiteur peut démonter *l'imprévisibilité* et rendre le débiteur coupable[747]. Ou comme le dit M. STOFFEL-MUNCK « *il suffit que le fait ait été raisonnablement imprévisible. C'est une appréciation* in abstracto *qui opère, fondée sur ce qu'aurait pu prévoir un professionnel du même genre* »[748]. C'est un jugement subjectif, soit des parties lors de la négociation, soit du juge de l'affaire.

3.2. L'imprévision en Droit Commun

669. ***En principe***, le droit anglais a rejeté toute notion de diminution des obligations liées aux changements de circonstances et ne présentant pas une impossibilité posée par la « force majeure » [749]. M. TREITEL a conclu à cet égard que : *'that no English decision supports a general rule of discharge by impracticability and that a number of dicta of high authority appear emphatically to reject such a rule'*[750]. Le Principe de base

[745] Voir : Philippe STOFFEL-MUNCK, "*l'imprévision et la réforme des effets du contrat"* Revue des contrats hors-série 2016, p. 6 et s.

[746] Pascal PICHONNAZ, Franz WERRO, « *La pratique contractuelle 2, Symposium en droit des contrats* », Schulthess, 2011, p. 27.

[747] Ibidem.

[748] Ph. STOFFEL-MUNCK, *op., cit*.,

[749] Voir, M. KOVAC, "Comparative Contract Law and Economy" op., cit., pp.341-351. TREITEL, "Frustration and Force Majeure", op., cit., pp. 280.

[750] Ibidem, pp. 290-291; In the *British Movietonenews* case, the House of Lords (Lord Simon) declared that: "The parties to an executory contract are often faced, in the course of carrying it out, with a turn of events which they did not at all anticipate – a wholly abnormal rise or fall in prices, a sudden depreciation of currency, an unexpected obstacle to execution or the like. Yet this does not of itself affect the bargain

dans "*The common Law of England*"[751] est que "*contract obligations were absolute 'pacta sunt servanta'*"[752]. La *Common Law* ne permet pas une telle exception au principe *pacta sunt servanda.* Ainsi, l'inexécution des obligations contractuelles relève immédiatement de la responsabilité contractuelle du cocontractant défaillant[753]. La doctrine du droit commun stipule que" when *the party **by** his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident **by** inevitable necessity, because he might have provided against it **by** contract".* Rejetant la mutabilité du contrat, la doctrine a confirmé que: "*the contractual engagement is not viewed as a promise to preform but as a promise to bear the risk and of the promised event*"[754].

670. ***Cependant***, *d*evant cette approche inflexible, les tribunaux anglais ont tenté, dès le dix-huitième siècle, d'accorder des secours aux parties contractantes dont la capacité d'agir était perturbée par des événements imprévus[755]. Par conséquent, le système de *Common Law* n'a fourni qu'un seul principe d'exception de *pacta sunt servanta*. *La première* exception a été la frustration du contrat, et *la seconde* est le « fait du prince » dans le domaine des contrats administratifs.

3.2.1. La notion du « Contract Frustration »

they have made", voir: *British Movietonenews Ltd. v. London District Cinemas*, [1952] A.C. 166, coated by: TREITEL, op., cit., pp. 284 et aussi, Christoph BRUNNER , "*Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*", International Arbitration Law Library, Volume 18 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2008) pp. 391-420.

[751] Mitja KOVAC, *op., cit.,* p. 202.

[752] Ibidem.

[753] W SWADLING, *'The Judicial Construction of Force Majeure Clauses'*, dans "*Force Majeure* and Frustration of Contract" dans édition, McKendrick 2éme edition, London: Lloyd's of London Press, 1995), p 3 et ss.

[754] Ewan McMENDREICK, "*contract law, cases and materials*", 3rd edition, Oxford University Press, 2009, p. 849.

[755] Voir, Guenter QC TREITEL, "*Frustration and Force Majeure*", 24 Jan 2014 Sweet & Maxwell., p. 25.

671. Le droit anglais a récemment reconnu timidement la doctrine de la « *frustration of purpose* » comme motif d'exemption [756]. Cet état a été défini comme « *In frustration of purpose is the case when the "Payer", of good or services, has his purpose no longer available and/or reachable because of a legal or material cause*[757]. *L'embargo, les sanctions, la guerre civile et les tensions politiques peuvent créer une raison pour cette frustration.* Comme la loi française, le « droit commun anglais » a commencé par permettre l'interruption **du contrat en cas de** force majeure[758]. Le droit commun a permis la décharge des obligations contractuelles lorsqu'un événement se produit, après la formation du contrat, qui rend l'exécution de ces obligations impossible ou illégale. Comme le montre Sir TREITEL: "English common law under impossible, encompasses instances where "the subject-matter is destroyed become unavailable, where something essential for the purpose of performance is destroyed of becomes unavailable; where this person become unavailable, where the impossibility affects only the mothed of performance, and where performance after the conclusion of contract illegal"[759]. Dans le système juridique anglais, l'impossibilité liée à l'état de force majeure et la frustration du contrat liée à l'onérosité ne sont pas vraiment différenciées ou s'identifient différemment. La question est examinée au cas par cas, et il appartient au juge d'identifier les éléments[760]. La doctrine de la frustration ou de l'impossibilité d'exécution des contrats est une qualification reconnue comme une atteinte à l'application du

[756] BRUNNER , "*Force Majeure and Hardship under General Contract Principles", p. 408 et s.*

[757] Ibidem.

[758] Mitja KOVAC, *op., cit*., p. 201.

[759] Gunter H. TREITEL, "Frustration and Force Majeure" 2ed edition, 2004, p. 63.

[760] Dans ce cas, M. MANIRUZZAMAN explique que "It should be noted that in English law the term "frustration" of contracts refers to both literal impossibility and frustration of purpose, while in the American terminology frustration means only the latter type of circumstances, i.e. the performance of a contract is impracticable rather than impossible", A. F. M. MANIRUZZAMAN "State Contracts with Aliens *The Question of Unilateral Change by the State. In Contemporary International Law",* 9 J. Int'l Arb. 141 1992, p. 150.

principe de la sainteté des contrats[761]. La doctrine a été développée principalement par les tribunaux anglais depuis la seconde moitié du XIXe siècle [762].

672. Une interprétation célèbre de la frustration du contrat a été donnée par Lord Radcliffe in Davis Contractors, Ltd. v. Fareham U.D.C. qui a écrit que: "(…) frustration occurs whenever the law recognizes that, without the fault of either party, a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for, render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract; non *foedera veni*, it was not this that I promised to do"[763].

673. Ainsi, l'effet de la frustration dans le droit anglais est la résiliation du contrat. Le juge du contrat anglais ne peut pas réécrire un contrat pour tenir compte de circonstances modifiées et aucune des parties n'a le droit de réduire ses obligations ou de demander des droits plus étendus en raison d'un changement ultérieur[764].

3.2.2. La frustration en matière du contrat d'État

674. Le droit anglais a également adopté le sens de la loi française, qui reconnaît que l'État ne peut être empêché par le contrat d'exécuter des fonctions essentielles à son

[761] Ibidem.

[762] Pour une illustration complète du développement de la jurisprudence anglaise concernant la frustration contractuelle et la force majeure, voir : Gunter H. TREITEL , "Frustration and Force Majeure" 2ed edition ; Mitja KOVAC, « Comparative Contrat Law and Economics », 2011, MPG Books Groups, UK ; D. Hughes Parry, *Sanctity of Contracts in English Law* (1959), (London), https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/The_Scanctity_of_Contracts_in_English_Law.pdf

[763] Davis Contractos Ltd. v. Fareham Urban District Council, [1956] A.C. 696, https://www.trans-lex.org/311200"

[764] Cette conclusion a été démontrée par Sir David Hughes Parry affirmant que : "Where there is a positive contract to do a thing, the contractor must perform it or pay damages for not doing so, although in consequence of unforeseen accident the performance of his contract has become unexpectedly burdensome or even impossible. But during the last one-hundred years the courts have been evolving a doctrine to general effect that if there should occur some intervening event or change of circumstances so fundamental on it to strike at the root of the agreement, the contract should be treated as brought to an end forthwith, quite apart from the expressed volition of the parties themselves"[764]. Voir aussi; British Movietonews v. London and District Cinemnas (1952) A.C. 166.

existence. Le principe a été bien formulé lors de la célèbre affaire, Amphitrite v. The King[765], qui a confirmé que : "*It is not competent for the Government to fetter its future executive action, which must necessarily be determined by the needs of the community when the question arises. It cannot by contract hamper its freedom of action in matters in which concern the welfare of the State* ".

675. Cela ne signifie pas que le gouvernement n'est lié par aucune obligation contractuelle, principe qui a été confirmé lors d'une étape ultérieure: « *It follows that the government cannot escape any contract for any reason other than the welfare of the State or the public good*"[766]. La même position est défendue par Lord DENNING, affirmant, lors de l'affaire Czarnikow Ltd. c. Rolimpex, que: "*a government cannot fetter its duty to act for the public good ... (It) can bind itself to perform a contract with an implication that it will not do anything to hinder or prevent the performance of its obligation thereunder*"[767].

3.3. Le défi dans les lois du pays de la région ANMO

676. Une évaluation comparée de la théorie de l'imprévision, dans les pays de la région ANMO, nécessite l'étude de deux systèmes juridiques. *Tout d'abord*, la loi islamique qui constitue l'une des principales sources du droit dans les systèmes juridiques des pays musulmans tels que l'Iraq, l'Iran, L'Egypte et la Libye. *Ensuite*, nous examinerons la solution proposée par le droit positif des pays de la région ANMO en ce qui concerne la théorie de l'imprévision.

3.3.1. La position de la loi islamique

[765] S. H. BAILEY, A. R. MOWBRAY, J. BRAIN: "Cases, Materials and Commentary on Administrative Law", Sweet & Maxwell October 27, 1921.

[766] Voir, Page v. Commissioners de Crown Lands [1960], All.E.R. pp.726-36, cité par A F M MANIRUZZAMAN, "Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries: Tools for O & G Investors", AIPN RESEARCH PROJECT, publié on June 2005, p. 116.

[767] Voir "Czarnikow Ltd. v. Rolimpex" (C.A.), 1978] 1 Q.B. p.176, aff'd 1979 A.C. p.351.

677. La loi islamique a également développé ses propres principes sur la façon dont les événements imprévus peuvent affecter les accords commerciaux [768]. La version de la loi islamique de *pacta sunt servanda* a ses racines dans le Coran, qui proclame : **« *les croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements* »[769].** Le même principe a été confirmé par le Prophète Muhammad lui-même déclarant que « Les musulmans sont liés par leurs accords contractuels » (« *al-Muslimun 'ala shurutihim »*).

678. Cependant, ce principe dans le droit islamique n'est pas sans exception. La loi islamique accorde une allégation de responsabilité contractuelle lorsque des événements imprévus se produisent [770]. Compte tenu du fait que la "justice"[771] et les « intérêts du peuple » sont à la base de toutes les lois, y compris la loi islamique, il est à la fois nécessaire et raisonnable que les règles de la charia adoptent des modifications en fonction des changements de circonstances[772].

679. La loi islamique reconnaît toute loi imprévue par Dieu ou par l'homme en sorte que les engagements contractuels sous la notion de force majeure [773] et de «

---

[768] Voir : Maha-Hanaan, BALALA « Islamic finance and law : theory and practice in a globalized world » London, November I.B. Tauris 2015 ; Amin JAFARI « Droit Bancaire Islamique : Notions, Mécanismes Et Protections Pénales », 2014, Paris : L'Harmattan ; Mahmoud Reza FIROOZMAND, « Changed Circumstances and Immutability of Contract: a Comparative Analysis of Force Majeure and Related Doctrines », 8 Bus. L. Int'l 161 2007.

[769] Sourate 5. 120 versets. Sûratu -I-Mà'ida, aya 1.

[770] Voir : Imam SHAFEIE, « *Ketab al-Um »,* vol III, 2nd edn, (in Arabic) Beirut: Dar al-Fekr, 1983, p 44 ; Sharabini AL-KHATIB, , « *Moghni al-Muhtaj »,* vol I (in Arabic), Beirut, Dar al-Ehya al-Torath al-Arabi: 1958, p 387

[771] Le caractère sacré de la « justice » dans la transaction humaine et commerciale a été adopté et confirmé par la loi islamique, la doctrine et la jurisprudence. Il a été commandé à plusieurs reprises au Coran : « Allah veut pour vous la facilité, Il ne veut pas la difficulté pour vous » (Sûrata-I-Baqara. II.185), « Certes, Allah commande l'équité, la bienfaisance et l'assistance aux proches », (Sûratu-n-Nahl S.XXII.78). Ce principe a été la pierre angulaire de la doctrine islamique afin de prévoir des exceptions à certaines règles principales telles que la « loyauté contractuelle ».

[772] Ibn Khaldun a aussi affirmé dan*, Al-Muqaddimah que* "The foundation of the Sharia is wisdom and safeguarding people's interests in this world and the next. In its entirety it is justice, mercy and wisdom", Ibn KHALDUM, « Al Muqaddimah: Prolegomena » 17 mars 2014, JiaHu Books (17 mars 2014)

[773] Mahmoud Reza FIROOZMAND, « *Changed Circumstances and Immutability of Contract: a Comparative Analysis of Force Majeure and Related Doctrines* », 8 Bus. L. Int'l 161 2007 pp. 127 et s.

changement de circonstances"[774] obéissent à deux règles principales. La première règle qui sous-tend l'acceptation par la loi islamique de l'exception à la force obligatoire du contrat est que **«** *Tout préjudice est illégal : qu'il soit involontaire [darar] ou volontaire [dirar]»*[775] **(« *La darar wa la dirar* »).** Le « dommage » dans le contexte des contrats d'investissement signifie la perte injustifiée subie par l'un des cocontractants, soit par la faute de l'autre partie, soit pour une raison étrangère. [776]

680. La deuxième règle, qui exprime le principe le plus fondamental du droit traditionnel des contrats islamiques et du droit des finances, est l'interdiction de la « ***riba* »** [777]. Cette règle a été exprimée pour la première fois dans le Coran qui précise « *Les croyants! Craignez Allah et renoncez au reliquat de l'intérêt usuraire si vous êtes croyants* »[778]. Cette règle dévoile le cœur de la loi de finance islamique. Si on peut la résumer, elle interdit le bénéfice des intérêts injustifiés et illégaux qui présentent un « *abus de droit* » de l'une des parties à un engagement d'intérêt financier[779]. Lorsque la

---

[774] Cette théorie a été largement acceptée par la doctrine EL MALIKI, voir *Walied EI-Malik « The Islamic Concept of Changed Circumstances and its Application to Mineral Agreements* », 2 Y.B. Islamic & Middle E. L. 12 1995, Imam MALIK, « *Al- Mudawanna al-Kubra »,* vol. 5, pp. 25-39; Sanhuri, *Masadir al-Haqq,* p. 104 ; IBN RUSHED, « *Bidayat al-Mujtahid wa Nibayat al-Muqtasid »,* pp. 140-142; al-Jaziri, *Kitab Fiqh Al-Sunnab alaAl-Madhabib al-Arba'a,* pp. 156-166.

[775] D'après Abû Sa'id Ibn Malik Ibn Sinân al Khudri - رضي الله عنه - L'Envoyé d'Allah « Tout préjudice est illégal : qu'il soit involontaire [*darar*] ou volontaire [*dirar*] », Prophète MOHAMMED dite « *Hadîth, le deuxième source de la loi islamique après le Coran* » Rapporté par *Ibn Mâja* (2340, 2341), *Ahmad* EL MALIK (1/313), *al Bayhqî* (6/69-70-457), *al Hakim* (2/58), *at-Tabarani* (2/81), (11/302), *al Haythamî* dans « *al majma* » (4/110). Qualifié "d'assez bon" par *at-Timirdhi*.}

[776] Noor MOHAMMED, « *Principles Of Islamic Contract Law* », Journal of Law and Religion, Vol. 6, No. 1 (1988), pp. 115-130, Publié par Cambridge University Press, http://www.jstor.org/stable/1051062; N.J. Coulson, *Commercial Law in the Gulf States The Islamic Legal Tradition* (1984), 91

[777] Cour constitutionnelle suprême (Égypte) - Décision de la charia et de la Riba dans le cas n° 20 de l'Année judiciaire n ° I, le samedi 4 mai 1985, La note de la décision explique que : " *Not the least of the concerns which arise among the World's Bankers from a stricte application of the Shari'a, is the prohibition of riba which, broadly speaking, may be taken to mean any unearned accretion, but in particular is related to the charging of interest on monies lent or otherwise owing* ", source 1 Arab L.Q. 100 1985-1986,. Pour une illustration plus complète, voir l'article du banquier international-égyptien IBRAHIM E I. SHIHATA expliquer plus le concept de *Riba* comme une forme de « *Enrichissement Sans Cause* », 5 Y.B. Int'l Fin. & Econ. L. 23 2000-2001.

[778] Koran, Sûrata-I-Baqara 2 : 278.

[779] Walid EI-MALIK, "The Islamic Concept of Changed Circumstances and its Application to Mineral Agreements", op. cit ; S. MAHMASSANI, « Al-Nazariya al-`Amma li'l Mujibat wa'l 'Uqud fi`l-Sharia al-Islamiya » (Beirut, 1948) I, p.499

performance d'une partie devient excessivement onéreuse, en raison de circonstances imprévues, le contrat comporte un défaut fondamental et peut être résilié[780]. Ainsi, la doctrine explique également que la loi islamique semble être disposée à libérer la partie d'un contrat à long terme lorsque *"he is simply unhappy because the situation is turning out to be different from his original expectations ..."*[781].

3.3.2. La position du droit positif dans les pays de la région ANMO

681. Afin d'éviter l'incertitude et la confusion découlant de la doctrine du droit islamique, de nouvelles règles de frustration ont été introduites par « le droit positif » dans la plupart des pays du monde arabe et du Moyen-Orient musulman. Comme l'a confirmé M. FIROOZMAND, les règles générales de la loi islamique doivent cependant être soigneusement distinguées des lois et règlements spécifiques actuellement en vigueur dans les États musulmans[782]. Elles sont le résultat d'une histoire très longue et des traditions nationales de chacun de ces pays[783].

A. Le droit positif en Iran

682. Au début du 20ème siècle, l'article 219 du Code civil de l'Iran de 1928, l'un des premiers codes modernisés dans le monde islamique, confirma le principe de la *pacta sunt servanda*[784]. Par contre, le même code prévoyait tout d'abord le principe de *Force Majeure* comme une exception dans l'exécution des obligations contractuelles :

---

[780] N.J. Coulson, "*Commercial Law in the Gulf States The Islamic Legal Tradition*" London : Graham & Trotman, 1984 p. 91 et s.

[781] Ibidem.

[782] Mahmoud Reza FIROOZMAND, « Changed Circumstances and Immutability of Contract: a Comparative Analysis of Force Majeure and Related Doctrines », 8 Bus. L. Int'l 161 2007 p. 180.

[783] Ibidem.

[784] Article 219 code civil iranian : « Contracts made according to law are binding on the parties or their substitutes, unless they have been cancelled by mutual agreement or for some legal reason ».

« If a man who has an undertaking is prevented from fulfilling it by some elements not within his control, he shall not be convicted to compensate for losses »[785].

683. Le législateur iranien introduit indirectement son acceptation du contrat de mutabilité dans les articles suivants :

1) **Article 277**: "the obligator can't deliver only a proportion of the amount due to oblige, but a judge may grant an equitable period or arrange for payment by installment, if the debtor's financial situation calls for such action".
2) **Article 652:** "at the time of the lender's claims for payment, the judge orders a delay for payment by installment on behalf of debtor according to the circumstance."

684. Dans les deux textes ci-dessus, le législateur reconnaît qu'en raison de circonstances imprévues, qui rendent l'exécution des contrats très difficile et onéreuse, le juge peut intervenir pour modifier les obligations contractuelles. Le législateur ici n'a pas précisé le niveau de gravité de ces circonstances, qu'il laisse à la décision du juge.

685. L'acceptation par la loi iranienne du principe *Clausula Rebus sic Stantibus ou de la théorie de l'imprévision,* présente dans l'article V de la Déclaration algérienne concernant le règlement des différends irano-Américains[786], mentionne que "*The Tribunal shall decide all cases on the basis of respect for law, applying such choice of law rules and principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable, taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and*

[785] L'article 229 du Code civil 1928 Iranian.

[786] Declaration Of The Government Of The Democratic And Popular Republic Of Algeria Concerning The Settlement Of Claims By The Government Of The United States Of America And The Government Of The Islamic Republic Of Iran (Claims Settlement Declaration), 19 January 1981, Http://Www.Iusct.Net/General%20documents/2-Claims%20settlement%20declaration.Pdf.

changed circumstances" [787]. Cette notion de « changement de circonstances » a également été introduite pour justifier la résiliation par l'Iran d'un contrat. Le tribunal a statué que le changement de circonstances est : "*The fundamental changes in the political conditions as a consequence of the revolution in Iran, the different attitude of the new government and the new foreign policy, especially towards the US which had considerable support in large sections of the people; the drastically changed significance of the highly sensitive military contracts … especially those to which the United States companies were parties* …."[788].

686. Dans ces deux textes, le droit Iranien tient compte des « *changements politiques* » en tant qu'élément de la pratique de la théorie de « l'imprévision ». Bien que cette compréhension n'ait pas été clairement prononcée dans la doctrine de la *lex petrolea*, nous verrons dans le ***cas pratique***, à la fin de ce chapitre, que le changement de circonstances politiques et la tension politique entre l'État hôte d'un côté et l'État d'origine de l'entreprise pétrolière de l'autre, constituent vraiment un terrain pour la théorie de *l'imprévision*.

B. Le droit positif Egyptien et Libyen

687. Le « parrain » du droit civil de la plupart des pays arabes, Dr. AL SANHOURI, avait une compréhension très pointue de la théorie de l'imprévision. Il l'a conçue sous l'influence de la doctrine française de l'imprévision, des principes de la justice et de la bonne foi, ou du « *non-abus du droit* ». Il la présente comme une conséquence directe de « *la force obligatoire du contrat* ». La théorie de l'imprévision s'inscrit dans le droit Egyptien et dans d'autres droits positifs des pays de la région ANMO, comme un état juridique entre deux autres principes fondamentaux du droit civil. Le premier est la *« force obligatoire du contrat »*, le deuxième est le principe de force majeure.

[787] *Ibidem.,* article V.

[788] Cite chez, A F. M MANIRUZZAMAN, *'State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law'*, Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 1992, Volume 9 Issue 4) pp. 141 – 17.

L'imprévision en droit Egyptien intervient quand une difficulté imprévisible, matérielle ou légale, survient pendant la vie du contrat et déséquilibre les conditions d'exécution, rendant ainsi l'exécution très onéreuse. Le débiteur a le droit de demander que ce déséquilibre contractuel soit traité en équité et en cas de désaccord entre les deux parties, le juge du sujet a le droit de modifier ou de résilier le contrat.

688. L'art. 147 du code civil égyptien confirme dans son premier paragraphe la « force obligatoire du contrat », en affirmant que :

> *"The contract makes the law of the parties. It can be revoked or altered only by mutual consent of the parties or for reasons provided for by the law."*

689. Le même article prévoit la mutabilité contractuelle comme une exemption du principe de « force obligatoire du contrat ». Ceci, en cas d'événements exceptionnels et imprévisibles de caractères généraux, qui ne sont pas considérés comme de force majeure, mais ont des conséquences excessivement onéreuses.

> *"When, however, as a result of exceptional and unpredictable events of a general character, the performance of the contractual obligation, without becoming impossible, becomes excessively onerous in such a way as to threaten the debtor with exorbitant loss, the judge may, according to the circumstances, and after taking into consideration the interests of both parties, reduce to reasonable limits the obligation that has become excessive. Any agreement to the contrary is void. "*

690. La théorie de l'imprévision en droit libyen s'inspire également de la théorie telle que la présentent les droits français et égyptien. Le législateur libyen a prévu les dispositions applicables à l'imprévision aux articles 147 et 647 du code civil et à l'article 105 de la régulation 563 applicable aux contrats administratifs. L'Article 147 du code civil libyen de 1953 indique que :

> *« Lorsque par la suite d'un événement exceptionnel, imprévisible et ayant un caractère de généralité, l'exécution d'une obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte*

exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable l'obligation excessive. »

691. Les Conséquences de l'imprévision en droit positif Egyptien et libyen peuvent être résumées comme suit :

i. L'état d'imprévision ne sera pris en compte que si l'événement à l'origine du bouleversement des conditions d'exécution du contrat n'était pas raisonnablement prévisible par les deux parties. Pourtant, contrairement à la Force Majeure, l'imprévision ne doit pas rendre l'exécution impossible mais excessivement difficile. De plus, la loi dans ce cas ne permet pas une complète suspension des obligations contractuelles, comme dans l'état de force majeure.

ii. **La renégociation des conditions contractuelles** ; les parties au contrat peuvent renégocier leur engagement en recherchant toutes les solutions possibles pour adapter l'exécution du contrat initial à ces nouvelles circonstances. Cependant, la renégociation n'est pas une obligation imposée par la loi comme en droit français.

iii. **Le pouvoir de modification des conditions contractuelles par le juge** ; en cas de désaccord entre les parties, les droits égyptien et libyen autorisent le juge à modifier les conditions du contrat. Le pouvoir de modification du juge doit se faire dans le respect de deux éléments : l'intention des parties et selon le principe de bonne foi.

iv. **Indemnisation** : l'indemnité pour imprévision n'est due au cocontractant qu'en cas d'impossibilité d'exécution aux conditions posées à l'origine.

v. À défaut d'une adaptation du contrat et si la situation ne peut pas être redressée, l'état d'imprévision sera assimilable à un cas de *force majeure,* justifiant **la résiliation du contrat** par un juge.

vi. Les dispositions relatives à l'imprévision en droit libyen et en droit égyptien sont d'ordre public, ce qui interdit aux parties d'y déroger contractuellement.

vii. L'état d'imprévision peut être pris en compte s'il résulte d'un événement **extérieur** aux parties et **imprévisible** lors de la conclusion du contrat, et dont il résulte un **véritable bouleversement de l'économie de ce contrat**.

viii. La jurisprudence libyenne et égyptienne a élargi le champ d'application de l'imprévision pour qu'il recouvre les difficultés économiques et pratiques.

3.4. Appréciation critique

692. Cette analogie entre les différentes législations nationales concernant la théorie de l'imprévision offre un réel équilibre entre l'exigence des cocontractants de stabiliser leur contrat et la tendance naturelle de la vie au changement et au développement. Mais certains points doivent être notés.

1) Malgré l'importance de La théorie de l'imprévision, celle-ci n'a pas joué de rôle important dans l'arbitrage des investissements internationaux. Alors même que la jurisprudence internationale a accepté la « mutabilité contractuelle ». À cet égard M. S. HOTTE[789] affirmait que « *le nombre de sentence rendues publiques s'étant prononcées sur la théorie de l'imprévision entre 1956 et les années 1990 est inférieur à la douzaine (...) la majorité de ces sentences ont écarté l'application de la théorie de l'imprévision mais pour des raisons différentes »*[790]. Ceci nous semble lié à deux raisons

[789] Simon HOTTE, "*La rupture du contrat international : contribution à l'étude du droit transnational des contrats* », Defrénois, 2007.
[790] *Ibidem*, p. 207.

693. ***Première raison,*** le respect du principe de *« la loyauté contractuelle* »[791] dans la conscience de la doctrine nationale et internationale sous-tend la difficulté autant à admettre de nouveaux aléas qu'à les dénoncer. Autrement dit, il est fortement soutenu par la jurisprudence et par la doctrine que la *pacta sunt servanda* reste un rempart inviolable. Les individus doivent souffrir pour leurs engagements »[792]. De plus, les opposants à l'hypothèse du « contrat incomplet » jugent que la mutabilité contractuelle n'est éventuellement possible que dans si les parties ont formé la clause « *hardship* » ou « *clause de stabilisation économique* ». Dans le cas contraire, « *les parties sont censées tenir compte des circonstances existant lors de la formation du contrat. Elles sont censées également, et lorsque le contrat s'inscrit dans la durée, stipuler des clauses contractuelles régissant les relations contractuelles en cas de changement de circonstances* »[793].

694. ***Deuxième raison***, et conséquence de la première, la théorie de l'imprévision n'est pas développée. Même si les lois internes et internationales admettent que « *d'une façon générale, (…) il y a imprévision toutes les fois que des circonstances économiques imprévues, postérieures à la conclusion du contrat rendent son exécution extrêmement difficile ou beaucoup plus onéreuse sans pour autant qu'elle soit impossible »*[794], la jurisprudence n'a pas encore développé les conditions juridiques de cette théorie. La difficulté de mesurer le « bouleversement d'équilibre économique du contrat », qui nécessite la révision du contrat, rend le recours judicaire assez compliqué. C'est pourquoi un système juridique majeur tel que le droit civil français a hésité pendant plus d'un siècle avant d'appliquer cette théorie sur son droit des contrats. De plus, la similitude des caractères juridiques de l'imprévu et de la force majeure a été fortement

[791] Voir Rita KHORIATY, « *Les Principes Directeurs du Droit des Contrats* », Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2014, p. 231 et s.

[792] J.-P. NIBOYET, Cité par D. MAZEAUD, « *la révision du contrat : rapport français* », le contrat, Travaux de l'Association de Henri Capitant, t. L.V, SLC, 2008, 554.

[793] Rita KHORIATY, op., cit., p. 231 ; M. D. MAZEAUD vais même plus lois en affirmant que « le contrat est bien souvent un moyen pour une partie de se garantir contre les circonstances imprévisible ».

[794] J. GHESTIN, M. BILLIAU, « *Traité De Droit Civile, Les Effets Du Contrat* », LGDJ, 3e éd, 2001, p. 359.

prononcée dans le droit des contrats en anglais en vertu de la « frustration contractuelle ».

1) Il convient également de noter que la théorie de l'imprévision, bien qu'elle permette la mutabilité du contrat, ne couvre pas les changements causés par l'action unilatérale de l'État. Une condition stricte pour l'application de cette théorie est que le changement de circonstance soit totalement étranger et incontrôlable par les parties. Donc, une modification unilatérale des termes du contrat ou des changements législatifs, couverts par les différentes catégories de clauses de stabilités, ne sont pas soumis à cette théorie. Ce qui signifie que *pacta sunt servanda* et *Clausula Rebus sic Stantibus* ne sont pas des principes contradictoires, mais des règles de conformité complètes qui offrent une protection juridique au contrat et à ses parties.

3.5. L'imprévision en droit international :

695. Le droit international, soit privé, soit public, n'a pas hésité à adopter et codifier la théorie du *clause rebus sic stantibus*, comme une exception au principe *pacta sunt servanda.* Sa doctrine est même est allée jusqu'à classer *clause rebus sic stantibus* comme un principe général du droit[795]. En revanche, La pratique de l'arbitrage tient à cet égard un autre langage.

696. La théorie de l'imprévision a été transférée du droit civil au droit international[796]. Pourtant les engagements internationaux dans les formes privées et publiques sont plus exposés à l'influence du changement de circonstances. Tel est le problème posé par M. LALIVE lorsqu'il affirme que : « Dans un monde en mutation constante, il s'agit de

[795] Voir ; Christoph BRUNNER , "*Force Majeure and Hardship under General Contract Principles", op., cit., pp. 391-420.*

[796] Voir Haraszti, GYÖRGY, *"Treaties and the fundamental change of circumstances*" (Volume 146)", dans la cours collectés de l'Académie de droit international de La Haye, Publié 1975, http://dx.doi.org.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789028606067.001_094 , pp. 10 et s.

concilier stabilité et dynamisme, sécurité et adaptabilité, étant admis que ces divers éléments sont nécessaires »[797]. Par conséquent, la doctrine du droit international a défini l'imprévision en déclarant que Clausula Rebus sic Stantibus se dévoile quand “a party is exempted from the observance of the treaty if the initial conditions affecting the persons or the object of the treaty have changed”[798]. C'est pourquoi la doctrine du droit international a inclus la théorie du Clausula Rebus sic Stantibus comme un principe qui fonctionne parallèlement, en complémentarité avec le principe du pacta sunt servanda, et non de manière contraire.

697. Depuis la fin du XIXe siècle, l'imprévision, en droit international, correspond soit à l'évolution des dispositions législatives en vigueur qui reconnaissent l'exonération des obligations contractuelles en raison d’un bouleversement qui touche l’économie des engagements pris ; soit s’inscrit dans le cadre des dispositions contractuelles comme la « Hardship clause » incluse dans le contrat par les parties, ce qui fait de la « renégociation », en cas d’imprévision, une obligation contractuelle.

698. Si le contenu et l’application de la doctrine sont encore controversés et incertains, c'est que les changements de situation politique et économique sont extrêmement difficiles à évaluer par les tribunaux, en particulier lorsque les États sont impliqués et qu’un tribunal international ne s’est pas encore clairement exprimé[799].

---

[797] Jean-Flavien LALIVE, receuil de l’haye p. 214.

[798] Haraszti, GYÖRGY, “Treaties and the fundamental change of circumstances”, op., cit., p. 10.

[799] L'école de droit naturelle de Grotius, ainsi que le positiviste (je n’ai pas compris), étaient très sceptiques envers la théorie. Grotius, du cœur de l'école de droit naturel, n'a pas consacré une importance particulière à la clause et n'a reconnu sa pertinence que dans une portée extrêmement limitée. Dans le livre deux de son excellent travail, il a écrit: "*The question is also commonly raised, whether promises contain in themselves the tacit condition 'if matters remain in their present state'. To this question a negative answer must be given, unless it is perfectly clear that the present state of affairs was included in that sole reason of which we made mention*”, [799] H. Grotius, De iure belli acpacis, Lib. XII, cap. XVI, XXV, 2 (Classics, 3,1925), cité par Haraszti, GYÖRGY, *“Treaties and the fundamental change of circumstances*”, op., cit., p. 11; Alors que Vattel était plus persuadé par la vitalité de la théorie alors qu'il déclara que *"since everybody bound himself for the future only on the stipulation of the presence of the actual conditions, with a change of these conditions also the relations originating from the situation would undergo a change*", mais aussi il n'a pas non plus articulé le caractère de la théorie, voir E. de Vattel, Le droit des gens

699. **La doctrine[800] du droit international** a soutenu que le principe classique de la *rebus sic ²stantibus,* héritage du dix-neuvième siècle, n'est plus vraiment adapté à la nature du contrat d'investissement pétrolier. Dans la société individualiste et capitaliste qui a émergé au milieu du XVIIIe siècle, le contrat était considéré comme un instrument essentiel de réalisation et de protection de l'intérêt individuel. Toutefois, étant donné l'importance croissante, aux XXe et XXIe siècles, de toutes sortes d'activités commerciales et d'investissements internationaux ainsi que le développement progressif des dispositions juridique régulatrices, le principe de « *la liberté contractuelle* » a été confronté à d'immenses défis[801]. Ceux-ci sont reconnus en matière de droit interne dans les dispositions de la ***théorie de l'imprévision***[802] et dans la doctrine de *rebus sic stantibus* en matière de droit international[803]. L'imprévision, c'est l'hypothèse que pendant l'exécution du contrat, surgissent des circonstances nouvelles et imprévues, qui changent l'équilibre économique du contrat. Un changement de situation peut entraîner des dommages majeurs pour un cocontractant et rendre le contrat, impossible à exécuter, sinon très onéreux. Cette situation ouvre au le contrat à

ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, Liv. II, Chap. XVII, §296 (Classics, 1,1916).

[800] A. F. M. MANIRUZZAMAN, "*State Contracts with Aliens, The Question of Unilateral Change by the State. In Contemporary International Law*". Journal de arbitrage international. 141 1992, p. 143 et s.; voir aussi; Thomas W. WALDE, "*Revision of Transnational Investment Agreements in the Natural Resource Industries*", 10 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 265 (1978) http://repository.law.miami.edu/umialr/vol10/iss2/1.

[801] Dans ce sens, le Prof. BOWETT a conclu que: "If there is a general principle to be applied, it is not the absolute sanctity of all contracts, for no such principle exists, but rather the principle of the State party's exceptional prerogative powers in relation to the contract. It should be emphasized, however, that such principle would not permit arbitrary executive modifications of contract. It would permit contractual modifications only when made in a lawful regular manner, by decree or legislative act normally and for the public good", D. W. BOWETT, "Clains between States and Private Entities: The Twilight Zone of International Law, 35 Catholic Univ. L.Rev. (été 1986, No. 4), at p. 935.

[802] Reconnu récemment en droit français par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, admettant que les « *Changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat» peut rendre les exécutions des obligations « excessivement onéreuses »* et permettre les mutabilité du contrat article *1195 code civil.*

[803] Comme codifié pour la première fois dans la convention internationale dans toute la Convention de Vienne sur le droit des traités Conclu à Vienne le 23 mai 1969, dans son article 62.

une « *possibilité de mutabilité* » soit par un processus de renégociations, soit par l'intervention d'un juge.

700. Nous avons examiné plus haut la façon dont les juridictions nationales agissent sur la théorie de « *l'imprévision* ». Il convient de mentionner maintenant comment le droit international a réorganisé le principe soit par le biais du processus international de codification (a), ou des arrangements contractuels (b), soit par la pratique de l'arbitrage (c).

3.6. La codification de la théorie *rebus sic stantibus* en droit international

701. ***Dans le droit international public***, la théorie ***rebus sic stantibus*** est généralement reconnue comme un phénomène développé et venu du droit civil interne. Les conventions interétatiques énoncées par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (en vigueur depuis 1980) sont régies par : le principe ***pacta sunt servanda*** (article 26)[804] ainsi que par la doctrine rebus ***sic stantibus*** (article 62)[805].

702. En droit international, en principe, tous les traités en vigueur contiennent une obligation d'exécution de bonne foi[806]. Dans la mesure où le principe *pacta sunt*

[804] Article 26. « *PACTA SUNT SERVANDA* » « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

[805] Article 62. CHANGEMENT FONDAMENTAL DE CIRCONSTANCES « 1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que : a) L'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité; et que b) Ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité. 2. Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer : a) S'il s'agit d'un traité établissant une frontière; ou b) Si le changement fondamental résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité. 3. Si une partie peut, conformément aux paragraphes qui précèdent, invoquer un changement fondamental de circonstances comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer, elle peut également ne l'invoquer que pour suspendre l'application du traité ».

[806] « *Constatant que les principes du libre consentement et de la bonne foi et la règle* pacta sunt servanda *sont universellement reconnus* », le préambule de la convention de Vienne sur le droit des traités (avec annexe). Conclue à Vienne le 23 mai 1969, https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-french.pdf.

servanda est largement accepté comme une « *règle positive du droit international* »[807], et fait partie intégrante du principe de bonne foi, il a également la capacité d'accepter la théorie de *rebus sic stantibus*. La tension entre les deux doctrines découle du fait qu'elles expriment un conflit entre deux obligations légales. Donc, leur réconciliation doit également être effectuée sur toute la base de la « bonne foi » et sans nier l'existence de l'une ou l'autre obligation.

703. Subséquemment, le *changement de circonstances* ne contredit pas le principe de ***pacta sunt servanda***, excepté si le changement de circonstances est *fondamental* et n'a pas été prévu par les cocontractants au moment de la conclusion de leur contrat. La modification doit aussi concerner des circonstances qui constituent une base essentielle du contrat, et les effets du changement doivent radicalement transformer la portée des autres obligations[808].

704. La théorie ***rebus sic stantibus*** a été contestée en tant que menace potentiellement importante pour la stabilité et la continuité des engagements étatiques internationaux. Pourtant, les conditions d'invocation/provocation de la théorie ont été discutées et formulées très prudemment et avec précaution dans le droit des traités. La Commission du droit international[809] et la Convention de Vienne sur le droit des traités, afin d'éviter toute menace pour la paix, ont exclu les traités stipulant ce qui suit :

a) S'il s'agit d'un traité établissant une frontière ; ou
b) Si le changement fondamental résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de

[807] Voir : J.F. O'CONNOR, "*Good Faith in International Law*" Aldershot, Hants, England Brookfield, Vt., USA : Dartmouth. (1991).

[808] Voir; A F M MANIRUZZAMAN, "*Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries: Tools for O & G Investors*" *AIPN RESEARCH PROJECT (2005-6).*

[809] Voir, "*Report of the International Law Commission on the work of its Fifteenth Session*", 6 July 1063, Official Records of the General Assembly, Eighteenth Session, Supplement (A/5509) Document: - A/CN.4/163, Extract from the Yearbook of the International Law Commission:- 1963 ,vol. II, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_163.pdf.

toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité.

705. La commission exclut également une résiliation unilatérale des traités sur la base de ***rebus sic stantibus*** et approuve la révision du traité [810].Tandis que l'article 62 décide que « *Si une partie peut, conformément aux paragraphes qui précèdent, invoquer un changement fondamental de circonstances comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer, elle peut également ne l'invoquer que pour suspendre l'application du traité* ». Bien que la commission fonctionne et que les traités ne caractérisent pas les situations sous la théorie, on peut l'invoquer et laisser plutôt le tribunal décider [811].

706. Un autre texte important qui a reconnu la théorie du changement de situation est la Résolution XVI.90 de l'OPEP du 24 au 25 juin 1968 qui s'appuie sur les « changements fondamentaux de circonstances » afin de justifier les demandes d'acquisition par les gouvernements membres d'une participation raisonnable à la propriété de la concession pétrolière[812]. La résolution considérait la décolonisation comme un événement porteur d'un changement qui a déséquilibré l'économie du contrat pour le cocontractant étatique, et qui nécessitait un ajustement et/ou une réadaptation aux relations contractuelles.

[810]Ibidem,

[811] « The most significant indications as to the attitude of States regarding the principle are perhaps to be found in statements submitted to the Court in the cases where the doctrine has been invoked", *Ibidem*, p. 207.

[812], ''Where provision for Governmental participation in the ownership of the concession-holding company under any of the present petroleum contracts has not been made, the Government may acquire a reasonable participation, on the grounds of the principle of changing circumstances. If such provision has actually been made but avoided by the operators concerned, the rate provided for shall serve as a minimum basis for the participation to be acquired''. OPEC policy regarding participation has produced, as most significant result, the acquisition by some Member Governments of 25% participation in existing concessions and the oil companies' undertaking to allow, within ten years, for the acquisition of up to 51% participation", OPEC Resolution XVI.90 of 24–25 June 1968, , (Accord général de participation, signé à New York le 20 décembre 1972), https://mees.com/opec-history/1968/07/26/the-vienna-resolution-on-petroleum-policy/

707. De plus, inspirés par les besoins de la flexibilité du commerce international[813], les principes d'UNIDROIT des contrats commerciaux internationaux et les principes du droit européen des contrats (PDEC) ont confirmé la force obligatoire du contrat[814] avec une exception liée au « changement de circonstances »[815]. Les deux documents ont adopté l'approche selon laquelle un déséquilibre économique causé par un changement radical de circonstances doit être réparti entre les parties. Admettant que « *le principe de la force obligatoire du contrat n'est cependant pas un principe absolu* », et influencé par la présentation du droit interne dans la théorie de *l'imprévision* du droit français, la *frustration of purpose* en droit anglais ou le *Wegfall der Geschaftsgrundlag* en droit allemand , le principe du UNIDROIT a reconnu le ***Hardship*** « *lorsque les circonstances sont telles qu'elles entraînent une altération fondamentale de l'équilibre des prestations et créent une situation exceptionnelle* ». L'art. 6.2.2 est consacré à la définition du ***Hardship*** et le conditionne à l'altération *fondamentale de l'équilibre du contrat* qui a pour résultat une augmentation substantielle du coût de l'exécution des obligations contractuelles, et une diminution de la valeur de la contre-prestation.

[813] Christoph BRUNNER, op., cit., p. 396.

[814] Article 6.2.1 Les Principes d'UNIDROIT de contrats commerciaux internationaux est affirmé le principe de la force obligatoire du contrat, et même article 6.2.2 et 6.2.3 sont consacrées au cas du *hardship.*

[815] PDEC Article 6:111: Changement de circonstances :

(1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

(2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances

(a) qui est survenu après la conclusion du contrat,

(b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat,

(c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat.

(3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut

(a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe,

(b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.

Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations.

708. Ceci est réalisé en conférant le pouvoir d'adapter ou de réformer le contrat avec de quoi restaurer son équilibre soit par la négociation mutuelle, soit par les tribunaux. L'adaptation des contrats pour les deux documents est généralement une conséquence juridique moins rigoureuse que la résiliation du contrat.

3.7. La pratique contractuelle

709. La pratique des contrats d'investissement internationaux, y compris les accords pétroliers, ont adopté une double direction en matière de protection de l'investissement et des droits et obligations qui en découlent. Tout d'abord, la clause de stabilité avec tout ce qu'elle représente comme effets et valeurs juridique, en appuyant sur la règle d'or de « *la force obligatoire du contrat* » et en agissant « *comme une restriction d'usage du pouvoir normatif de l'État* »[816]. D'autre part, en admettant que les changements de circonstances en font directement partie, les clauses contractuelles de flexibilité sont devenues la pratique générale pour parvenir à la liberté d'adopter et de réadopter des conditions contractuelles face à ces changements[817].

[816] P. MAYER, « la neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État », J.D.I, 1986, pp35.

[817] Pour une description complète des méthodes et des clauses de flexibilité des contrats, voir ; T. W. WALDE, "*Revision of Transnational Investment Agreements : Contractual Flexibility in Natural Resources Development*", 10 Law. Am. 265 1978; A.Z. El, CHIATI, "*Protection of investment in the context of petroleum agreements"*, Volume 204, publié 1989,: Cours collectifs de l'Académie de droit international de La Haye, Académie de droit international de La Haye, chapitre III & IV. ; Abdullah Al FARUQUE, "*Renegotiation and Adaptation of Petroleum Contracts: The Quest for Equilibrium and Stability*", World Investment & Trade 113 2008; Et un ouvrage plus récent par: Anne VAN AAKEN, "*Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development- A Functional View*" The Journal Of World Investment & Trade, (2014) 827-861

710. Un argument cohérent a été soulevé par M. LALIVE[818] qui explique l'insertion des deux types de clauses dans les contrats pétroliers. Il affirme qu'« *un système trop rigide causera crises, révoltes, explosions. Toute opération prévue ou en cours sera ramenée à un rapport de forces* »[819] et que « *d'autre part, le rejet de toute obligation conduit à l'anarchie, à l'instabilité, à une incertitude juridique et économique qui est gravement préjudiciable au commerce international* »[820]. « *Il convient donc de trouver un moyen terme, de manière à concilier autant que faire se peut les intérêts en présence* »[821].

711. Pour les deux auteurs EL. CHIATI et T. WALDE, les clauses de flexibilités sont toutes les clauses qui permettent la renégociation par les parties des clauses contractuelles, en raison de changements de circonstances qui déséquilibrent les relations contractuelles entre les cocontractants. Les deux auteurs interprétaient les clauses en enveloppant dans un même ensemble les changements apportés par le « cocontractant étatique » et le changement totalement « imprévu » » par les deux cocontractants. La raison en est l'intégration tardive de la théorie de « l'imprévision » dans le droit national et international. Tandis que de nos jours, avec le développement progressif de cette théorie, nous pouvons clairement distinguer entre la clause de stabilité moderne ou « clause de stabilité économique » couvrant l'acte étatique, et la clause de ***Hardship*** couvrant les changements de fond déterminés selon les conditions de la théorie de l'imprévision.

712. La flexibilité, du point de vue fonctionnel, y compris les traités internationaux et les contrats internationaux d'investissement, se présente sous deux formes. *Premièrement* : la possibilité pour les cocontractants de renégocier et de ré-adopter amicalement les droits et obligations découlant de leur contrat, en raison de

[818] Jean-Flavien, LALIVE *"Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées : développements récents »* (Volume 181)", Dans: Cours recouvrés de l'Académie de droit international de La Haye, Publié en ligne 1983 http://dx.doi.org.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789024729876.009_283

[819] Ibidem,

[820] Ibidem

[821] Ibidem

changements fondamentaux qui en rendent l'exécution excessivement onéreuse. Cette notion de flexibilité a été parfaitement absorbée par la théorie de l'imprévision. *Deuxièmement*, la possibilité pour l'État partie de modifier les termes du contrat en fonction également des changements de circonstances nationales ou internationales, mais après des accords mutuels, obtenus par des négociations avec la partie privée. Dans la littérature du « Droit Commun », cette flexibilité a été lentement recouverte par l'hypothèse de la « efficient breach », qui indique "*that is, the measure is extra-legal but the parties to the contract have higher payoffs breaching the contract (even when the injurer has to compensate the victim)*"[822]. Cependant dans le cadre des contrats d'investissements pétroliers, cette notion a été absorbée par les « clauses de stabilité économique ».

713. Comme l'écrit M. CHIATI, la clause **Hardship** est comprise dans la catégorie des clauses de protection contractuelle "because by pre-agreeing on the manner their contract should evolve in order to adapt to the change in circumstances and more particularly to re-establish the financial equilibrium of the transaction, they diminish the risks of disputes and as a consequence they reduce the danger of unilateral State intervention"[823].

714. La CCI a développé un remarquable modèle de la clause de ***Hardship*** en adoptant la définition de l'imprévision fournie pas les principes d'UNIDROIT [824]. Le modèle fait une

[822] Voir, Anne VAN AAKEN, "Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development- A Functional View" The Journal Of World Investment & Trade, (2014), p. 832.

[823] A.Z. El, CHIATI, "*Protection of investment in the context of petroleum agreements"*, Volume 204, publié 1989,: Cours collectifs de l'Académie de droit international de La Haye, Académie de droit international de La Haye, p. 99, http://dx.doi.org.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789024737420.009_170

[824]"[1] A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. [2] Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: [a] the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that [b] it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of

nette distinction entre les situations où la performance est devenue ***plus onéreuse***, et les situations où la performance du contrat devient ***excessivement onéreuse***, soit parce que le coût des performances a augmenté, soit parce que la valeur de la performance qu'elle reçoit a diminué[825].

715. Toutefois, La contraction entre la clause de « stabilité » et la clause de renégociation ou ***Hardship*** a rarement été soumise à l'arbitrage international. Deux affaires célèbres ont été portées devant l'arbitrage international liées l'une à la concession pétrolière, l'affaire *Koweït c. AMINOIL*[826], l'autre à un contrat d'état entre *l'Iran et Questech Inc*[827]. Les deux affaires ont imposé la théorie de l'imprévision comme « principe général du droit ».

716. ***L'affaire Kuwait c. Aminoil se*** basait sur une clause de ***Hardship***, remarquablement incluse dans le contrat, qui affirmait que :

> *"If, as a result of changes in the terms of concessions now in existence or as a result of the terms of concessions granted hereafter, an increase in benefits to Governments in the Middle East should come generally to be received by them, the Company shall consult with the Ruler whether in the light of all relevant circumstances including the conditions in which operations are carried out and taking into account all payments made, any alterations in the terms of the agreements between the Ruler and the Company would be equitable to the Parties."*

717. Le Tribunal a tiré quelques conclusions controversées de cette clause : elle donne le droit de réclamer l'ouverture et la poursuite de négociations et fournit des détails

---

the event. [3] Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract"? ICC hardship clause, 2003 (ICC Publ. No. 650), TLDB DocID 700700

[825] Christoph BRUNNER, op., cit., p. 396 et s.

[826] Govt. of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company (AMINOIL), Award, 24 May 1982 Yearbook Commercial Arbitration 1984 - Volume IX (Sanders (ed.); Jan 1984)

[827] *Questech, Inc. v. Respondent The Ministry of National Defence of the Islamic Republic of Iran*, Award in Case No. 59 (191-59-1) of 25.09.1985, at 20-22, 9 Iran-U.S. C.T.R. at 122-23, Y.B. Com. Arb. 1986, 283-89

concernant l'objet des négociations[828]. Le Tribunal a ensuite abordé la question de savoir si l'article 9 ne prévoyait aucune autre méthode d'application des critères énoncés que l'accord par consentement mutuel. Le Tribunal a lui-même été jugé compétent, après de longues renégociations sans succès, notamment pour déterminer le montant dû par AMINOIL au Gouvernement du Koweït, ce qui est un bon exemple de la pratique actuelle de l'imprévision.

718. ***Dans l'affaire « Questech Inc. c. le ministère de la défense de 1985 »,*** le tribunal a considéré la révolution iranienne de 1979 et les changements du système politique et juridique qui ont suivi cette révolution, comme un changement de situation. Le Tribunal a explicitement reconnu la doctrine du changement de situation (***Hardship***) comme principe général du droit, en stipulant que : "*This concept of changed circumstances, also referred to as clausula rebus sic stantibus, has in its basic form been incorporated into so many legal systems that it may be regarded as a general principle of law. Doing so it has recognized the definition of the Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969*". Le Tribunal a constaté que l'Iran avait le droit de résilier le contrat selon la doctrine du changement de situation. Le contrat touchait aux intérêts et à la politique de défense de l'État partie et le demandeur ne pouvait s'attendre à ce que le contrat ne soit pas affecté par ces changements dans un domaine militaire aussi sensible.

719. Pour conclure le concept de cette théorie dans la pratique contractuel, nous citons, M. D. MAZEAUD qui illustre que : « par ailleurs, et surtout, le texte nouveau

[828] Le tribunal a observé que : "To sum up, - the foregoing enquiry into the circumstances of the 1976-1977 negotiations leads the Tribunal to come to the following conclusions: 1, In the course of these negotiations, both Parties observed the obligations incumbent on them as well in regard to Article 9 as to the general principles of law, 2., The requisite conditions for the application of Article 9 in respect of the Abu Dhabi Formula were present, and this was recognized by both Parties. From this it follows that in principle something is owing by Aminoil to the Government on Abu Dhabi account, 3., The total due must consist of the sum of the profits received by the Company in excess of what would have constituted a reasonable rate of return, after taking account of its operating conditions, - such a rate of return having always been the basis of its position and legitimate expectations at this time., 4., Within the framework of a general settlement of the consequence of the cancelling of Aminoil's Concession, which is the object of the special Arbitration Agreement concluded by the Parties, the Tribunal has jurisdiction to determine the amount due.", Ibidem, p. 78.

dispose que tout le mécanisme nouveau peut être neutralisé si le contrat comporte une clause par laquelle la partie, qui se retournerait vers le juge, avait accepté d'assumer le risque d'imprévision, auquel cas il devra exécuter le contrat qu'elles qu'en soient les conséquences pour lui, concrètement même si son exécution est excessivement onéreuse »[829].

Conclusion : Section I

720. Comme nous l'avons vu tout au long de cette section, le principe de *pacta sunt servanda* de droit international, ou la théorie de l'imprévision de droit interne, fait partie des principes du droit international et il est de plus en plus accepté dans les juridictions nationales. Bien que certains régimes juridique - tels que la loi française - aient mis longtemps à accepter ce principe. De plus, ce principe est devenu une pratique courante et une nécessité juridique afin d'assurer la continuité des relations contractuelles découlent d'un accord à longue durée. En effet, ce principe a formé une solution dans les cas où les cocontractants confrontent à un risque politique et ils souhaitent conserver leurs relations contractuelles malgré ce risque continu.

[829] Denis MAZEAUD, " *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* Observations conclusive", Revue des contrats - - n° Hors-série -*(Paris, 16 février 2016* page 53,

Section II : La mutabilité du contrat pétrolier : Une conséquence de l''application de la théorie de l'imprévision

Introduction

721. Malgré la force obligatoire du contrat, comme nous l'avons vu dans les sections précédentes, la plupart des investisseurs étrangers, pour la protection de leurs intérêts, se fondent sur les clauses contractuelles visant à maintenir l'intégrité de leurs contrats et excluant toute modification sauf si cela résulte de leur consentement mutuel[830]. Les investisseurs étrangers utilisent différentes clauses de stabilisation pour atteindre cet objectif. De plus, la renégociation et l'adaptation des contrats, que permet la mutabilité du contrat, sont également considérées comme des garanties contractuelles pour la continuité des intérêts mutuels des cocontractants. Par conséquent, dans cette section, nous allons illustrer par des approches pratiques cette mutabilité, obtenue soit par une voie de renégociation et consentement mutuel, soit par une intervention du juge du contrat.

1. Les renégociations

722. Les renégociations dans le but de réparer l'équilibre économique du contrat, fournissent la meilleure solution pour les parties qui recherchent la continuité du contrat. Il fournit à l'investisseur étranger un règlement juste pour la continuité de son investissement et pour garantir à l'État hôte l'adoption équitable des nouvelles circonstances dans le projet[831]. La renégociation réussie entraîne la reformulation de

[830] Ibidem,

[831] Comme l'a souligné le Prof. Higgins : "The problems that arise in balancing the legitimate expectations of a private party, which has invested on the basis of agreements which it expects to continue into the future, and of the legitimate needs of a government to protect the public interest against changed and unforeseen circumstances, is not peculiar to petroleum concessions in the developing world. The United Kingdom experience in the North Sea is witness to the fact that the same pressures operate upon all nations possessing important exploitable natural resources, regardless of their stage of development or their traditional commitment to the sanctity of contracts and the inviolability of international obligations", R. HIGGINS, "The Taking of Property by the State: Recent Developments in Intentational Law", Hague Recueil des cours, Vol. 176, 1982, p. 305.

certains termes du contrat original sans changer son contenu principal[832]. La renégociation est une étape précontentieuse, qui prévoit le règlement amiable d'un conflit qui a eu lieu ultérieurement à la conclusion du contrat initial, à cause des événements imprévus. Autrement dit, les clauses de renégociations représentent un processus de conciliation entre la stabilité totale et la flexibilité vaste[833]. Elles sont différentes des « clauses de réadaptation »[834] automatiques, car les parties doivent se réunir, négocier et s'entendre d'un commun accord sur le contenu et la forme de la mutabilité. Les clauses de renégociation sont également différentes des clauses de force majeure dans la mesure où leur champ d'application est plus souple et conduit à une mutabilité contractuelle et non à une résiliation.

1.1. Les enjeux de la renégociation

723. Le pratique des renégociations de contrats d'investissement de longues durées commença dans la période post-décolonisation afin de prévoir la continuité des relations commerciales existantes[835], ainsi que favoriser la protection de l'intérêt des deux parties. M. CHIANTI a décrit les clauses de renégociation comme un compromis entre les deux principaux principes régissant les contrats pétroliers *pacta sunt servanda* et la clause *rebus sic stantibus*[836].

---

[832] Voir, M. SORNARAJAH, "*The Settlement of Foreign Investment Disputes*, (© Kluwer Law International", Kluwer Law International 2000, pp. 113-149.

[833] M. SORNARAJAH*, "The settlement of Foreign Investment Disputes"*, London: Kluwer Law International, 2000, p. 32.

[834] Les clauses de « *réadaptations automatiques* », nécessitent des ajustements automatiques des conditions contractuelles en cas de circonstances spécifiées ; très probablement ces clauses traitent des dispositions fiscales. Le contrat de concession égyptien, exempte la CNPet l'investisseur étranger de toutes taxes et droits (Art XVIII ©), à l'exception de l'impôt sur le revenu, que la CNP paie pour le compte d'un investisseur étranger (article III g)), voir : P. CAMERON, « international Energy Investment law, the Pursuit of stabiliity », Oxford, 2010, p. 75 et ss. En outre, l'article 19.1.2, de la génération Libye EPSA IV prévoit également la libération automatique de certaines fonctions imposées pour le bénéfice de la deuxième partie : *"First Party agrees to meet and discharge any royalty and corporate income tax obligations relating to each company comprising Second Party's share of production as imposed by the Petroleum Law".*

[835] M. SORNARAJAH, "The settlement of Foreign Investment Disputes", op., cit., p. 115.

[836] "The recourse to negotiation seems to be a reasonable compromise between the principle *pacta sunt servanda* and the clause *rebus sic stantibus,* between the stability of contracts and their evolution. It is a

1.2. Rétablir l'équilibre économique de contrat

724. Les enjeux économiques représentent le cœur du contrat d'investissement en général. Dans le domaine du contrat pétrolier, ces enjeux sont l'objectif principal d'investisseurs étranger qui prennent un risque énorme en s'engageant sur une longue durée dans un pays étranger et sous un système juridique différent du sien. C'est aussi le but principal de l'État hôte pour générer des avantages économiques du contrat, afin d'assurer son plan et ses politiques sociales, économiques et politiques. Le nouvel événement imprévu pourrait affecter la capacité de l'une ou des deux parties d'obtenir les bénéfices financiers attendus de ce contrat que sont les ***attentes légitimes*** des cocontractants. Par conséquent, les renégociations éventuelles de contrat et de mutabilité devraient viser à rééquilibrer le contrat vers les « attentes légitimes » des parties en ce qui concerne la jouissance de leurs avantages économiques.

725. Dans l'affaire AMINOIL, l'indépendance du Koweït en 1961 a été considérée comme un changement significatif qui a affecté l'équilibre contractuel et l'attente initiale de profit de la partie étatique. Une telle modification fondamentale a permis de modifier la concession de 1948 en plus de l'insertion d'une clause de stabilité. La modification de 1961 (accord complémentaire) a principalement modifié la provision financière du contrat initial pour se conformer aux nouvelles circonstances et aux attentes légitimes. L'amendement a augmenté les redevances à 12,5 pour cent de la part de l'État avec un paiement minimum annuel de 2 millions d'USD. L'accord complété assujettit également l'investisseur étranger au régime fiscal koweïtien et a donné à l'État le droit de résilier l'accord en cas de défaut de paiement de l'État par la Société. Le contrat était assujetti au deuxième cycle de renégociation fondé sur l'accord de Téhéran de 1971 et l'Accord de Genève 1974 entre les pays producteurs de pétrole de la région ANMO et les compagnies pétrolières internationales. Les deux accords ont renforcé la position du

consensual temperament to the rigidity of the principle of the sanctity of contracts"[836]. A.Z. El CHIATI, , "*Contractual protection of investment, autonomy of the Will versus sovereignty of the State (204)*", Recueil des cours de l'Académie de La Haye de droit international, L'Académie de La Haye de droit international publié 1987, p. 112.

Koweït dans les négociations car ils considéraient l'indépendance des États hôtes comme une nouvelle mesure à prendre en considération dans les contrats d'investissement pétrolier.

726. Par ailleurs, nous avons très peu abordé le sujet en ce qui concerne les demandes de publication des investisseurs étrangers dans le but de rééquilibrer la situation économique du contrat, mais nous verrons un cas célèbre qui était basé sur les demandes des parties étrangères, qui a constitué un véritable avancement sans précédent dans le domaine de l'industrie pétrolière.

1.3. Relocate des risques :

727. Les clauses de stabilisation économique couvrent la tentative de changement unilatéral de la loi menée par l'État qui déséquilibre la situation financière des parties. Ils prévoient une réaffectation des risques tout en partageant le nouveau fardeau financier entre les parties. Néanmoins, le but des clauses de renégociation implique répartition de la charge créée par les événements imprévus. Cependant, les deux types de clauses exigent généralement que la CNPjoue un rôle clé dans le partage des charges[837]. Les renégociations devraient viser soit à atténuer le risque qu'encoure l'une des parties, soit à partager les charges de manière à équilibrer l'économie du contrat. M. BERNARDINI accentue cette délocalisation du risque en déclarant "*removing the unfairness or adopting an equitable revision*"[838]. Mais les problèmes auxquels les parties sont confrontées sont l'estimation et l'évaluation de charge.

728. Par conséquent, la renégociation des contrats pétroliers est un moyen juridique de stabiliser les relations contractuelles et de privilégier la continuité de l'exclusion dans le cas d'un déséquilibre imprévu. La relocalisation de certaines charges entre les

[837] Peter CAMERON, « *International Investment Law …* », op., cit., p. 96

[838] Piero BERNARDINI, "*Stabilization and adaptation in oil and gas investments*", Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 1, p. 105.

parties[839] a pour but d'échapper au risque inhérent à la relation contractuelle à long terme. [840]. Il est évident qu'il existe un risque que les parties expérimentées acceptent de supporter aussi ce genre de transactions pour assurer la stabilité contractuelle. En conséquence, les clauses de renégociation ne sont déclenchées qu'en présence de situations selon lesquelles les parties estiment dépasser le niveau de risque acceptable dans des transactions de cette nature[841]. La clause de renégociation peut offrir aux deux parties une protection contre les difficultés causées à l'une ou l'autre par un changement de ces circonstances qui étaient présentes au moment de la conclusion de l'accord. En s'engageant à renégocier de bonne foi l'accord en cas de changement de ce type, l'État (ou l'entité de l'État) s'engage à mener des négociations avec l'investisseur privé au lieu de modifier unilatéralement les termes de l'accord[842].

1.3.1. La différence entre les clauses de stabilité et les clauses de renégociation

729. Une question importante à poser ici est : si les clauses de stabilisation couvrent le risque majeur dans les contrats pétroliers, pourquoi les clauses de renégociation sont-elles nécessaires dans les contrats d'investissement pétrolier ? Il est important de retirer des lignes claires entre différentes clauses de stabilisation d'une part et des clauses de renégociation d'autre part :

a) **Les clauses de renégociation fonctionnent. En fait, leur importance vient des raisons suivantes : présence d'un changement de circonstances causé soit, par l'une des parties, soit par un facteur étranger, hors du contrôle des parties. Ce changement entraîne une modification substantielle de l'équilibre économique du contrat. Il peut être invoqué par la partie dont les obligations sont devenues plus lourdes, son objectif étant de protéger la partie lésée, qu'il s'agisse de l'État (ou de l'entité de l'État) ou de l'investisseur. En conséquence, les clauses de renégociation sont déclenchées en présence de situations**

[839] P. CAMERON, "*International Investment law…*", op., cit., p. 85

[840] Piero BERNARDINI « *Stabilization and adaptation in oil and gas investments* », Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 1, p. 100 – 102.

[841] Ibidem,

[842] Ibidem,

selon lesquelles les parties estiment dépasser le niveau de risque acceptable dans des transactions de cette nature. Bien que les clauses de stabilité ne ciblent que la modification ou annulation unilatérale provoquée par l'État hôte.

b) Les clauses de stabilité traitent de l'acte état-hôte qui pourrait porter atteinte à l'équilibre économique du contrat. Elles représentent un mécanisme contractuel et "mettent l'investisseur à l'abri de l'aléa législatif"[843] **de l'État hôte, en "immunisant le contrat d'état contre les modifications constitutionnelles ou législatives susceptibles d'intervenir dans l'ordre juridique de l'état, partie au contrat d'état"**[844]**. Mais les clauses de stabilisation ne traitent que de l'acte étatique et ne couvrent pas d'autres changements de circonstances qui peuvent déséquilibrer l'économie du contrat et qui sont indépendantes du pouvoir des deux cocontractants**[845]**. De tels changements mettent en cause la stabilité des contrats pétroliers mais ils ne sont pas couverts / protégés par des clauses de stabilité. En outre, bien que la théorie de l'imprécision soit bien établie dans le système juridique national et international, ses applications ne sont pas bien illustrées pour répondre à toutes les circonstances imprévues qui concernent les contrats d'investissement pétrolier. De plus, comme nous l'avons vu dans ce chapitre, « la première section », bien que certains systèmes juridiques tels que les lois françaises, allemandes, égyptiennes et libyennes, prévoient une mutabilité du contrat sous la théorie de l'imprévision, d'autres États pétroliers ne reconnaissent pas encore cette théorie**[846]**.**

---

[843] P. WEIL, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », op, cit, p. 309.

[844] S. LEMAIRE, "Les Contrats International de l'Administration », 2005, L.G.D.J, p.83.

[845] In *GOVERNMENT OF THE STATE OF KUWAIT V. AMERICAN INDEPENDENT OIL CO* (AMINOIL) concession agreement of 1949, both clauses where included; the stability clause as a guarantee against legislative modification stating that "*the Shaik shall not by general or special legislation or administrative measures or by any other act whatever annul this agreement*……", while article 9. Of the sale agreement provide for renegociation clause stating that: "*if as a result of changes of change in the terms of the concessions now in existence or as a result of the terms of concessions granted hereafter, an increase in benefits to Government in the Middle East should come generally to be received by them, the Company shall consult with the Ruler whether in the light of all relevant circumstances including the conditions in which operations are carried out, and taking into account all payments made ant alterations in the terms of the agreements between the Ruler and the company would be equitable between the parties*".

[846] Iraqi EPSA provides for the english law as the law of the contract, where the litter doesn't recognize fully la théorie de l'imprévision.

c) **Les promesses obtenues par les clauses de stabilité, fournies par l'État souverain, ne fournissent pas toujours une protection adéquate à la compagnie pétrolière étrangère. Étant donné que l'efficacité de ces clauses peut être douteuse et non fonctionnelle dans certaines situations**[847]**, et que ces clauses entrent en conflit avec la souveraineté de l'État hôte, l'État peut utiliser ses pouvoirs en tant que gardien de l'intérêt public et législateur, et modifier ainsi à son avantage l'équilibre contractuel soigneusement négocié**[848]**. Ce risque devient particulièrement grave dans le cas de la nouvelle génération des contrats pétroliers et leurs natures sui generis étant donné leurs attachements avec le droit public et le droit privé** [849]**. La suprématie d'une règle législative subséquente par rapport à l'engagement contractuel négocié auparavant, compromet l'effet juridique de ces clauses** [850]**.**

d) **Une autre différence entre les clauses de stabilisation et les clauses de renégociation est remarquable. Les clauses de stabilisation, pour qu'elles soient valables et exécutoires, doivent être confirmées et fournies par une autorité souveraine, et doivent être incluses explicitement dans le contrat. Alors que les renégociations des contrats peuvent être obtenues par une clause explicite ou par l'absence de la clause tout au long de l'arrangement de la loi applicable ou de l'accord mutuel entre la CNPet son cocontractant privé.**

---

[847]. Zeyad A. ALQURASHI, « *International Oil and Gas Arbitration* », OGEL special study – vol. 3, January 2005

[848] Surtout après l'autonomisation accordée à l'État hôte après le nouvel ordre économique international et la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 14 décembre 1962 intitulée « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » et la Charte des droits et devoirs économiques des États (CERDS), La résolution 3281 de l'ONU de 1974, les effets des clauses de stabilité ont été limités pour garantir des compensations sur l'acte d'expropriation mais ne permettent pas de reproduire pleinement la loi directe. le doctrine du Lex pétrolea confirme même que les clauses de renégociation peuvent éviter l'acte de nationalisation en expliquant que : « *Contractual flexibility and regulated renegotiation can avoid nationalization with all its pitfalls for the host country (cut-off from marketing, financing, negative effects on the conditions required by new investors in order to undertake the needed investment,)* », voir : THOMAS W. WALDE « *Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development* » , 10 Law. Am. 265 1978, p. 268.

[849] Z. ALQURASHI, *op., cit.,* p. 229.

[850] A. EL-KOSHERI, "*The Particularity of the Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements*", 11 ICSID Rev. FILJ (1996) 272, 274-275, also see the Validity of stability clauses chapter VII section II.

1.4. La mutabilité contractuelle par la voie des renégociations.

730. La mutabilité du contrat suite à une procédure de renégociation, ne se différencie pas, dans sa forme et ses conséquences, de la formation du contrat initial. Cette mutabilité exige, tel que le contrat initial, un recours de « *deux déclarations de volontés, exprimant ; d'un côté, par une offre de c*ontracter »[851], et *« de l'autre, par l'acceptation de cette offre* »[852]. De plus, au moment de la coïncidence de l'offre et de l'acceptation, les parties peuvent fixer comme elles le convoitent la continuité de la « mutabilité ». C'est l'application de « la liberté contractuelle »[853]. Mais cette application de la liberté contractuelle est, contrairement au cas de contrat initial, limitée dans la mutabilité du contrat.

731. Néanmoins, trois grands principes contractuels et leurs conséquences, qui s'appliquent dans la « mutabilité contractuelle », sont formulés comme suit :

a) Application au principe de la liberté contractuelle : cela signifie, comme dans le contrat original, que les parties choisissent librement une renégociation et acceptent de modifier certaines obligations dans le contrat initial ou non. Cela est souligné ainsi : « La liberté contractuelle n'est pas uniquement un droit des parties, c'est aussi une de leurs missions »[854] Cela signifie que le processus de renégociation doit être mentionné comme une clause principale dans le contrat initial par un accord mutuel entre les parties, pour revoir leur engagement initial et modifier les termes de leur contrat initial afin de

[851] Ph. DELEBEQCUE, F.J. PANSIER, "Droit des obligations", 7e édition, LexisNexis, 2016, p. 29.

[852] Ibidem.

[853] Ibidem.

[854] Jens KLEINSCHMIDT, Dominik GROß, « *La réforme du droit des contrats : perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge* », issu de Revue des contrats, n° 03 - page 674,

rééquilibrer les avantages et limiter le risque. Cela signifie également que les parties sont libres de déterminer le contenu de leur engagement dans la formulation dans cette mutabilité.

La limite du principe de liberté contractuelle : soit il s'agit de renégociations d'une clause explicite du contrat, soit la renégociation s'exerce par le pouvoir de la loi d'« imprévision ». Les parties sont libres à la renégociation de modifier les conditions du contrat par deux facteurs :

Le premier facteur est : l'apparition de nouveaux événements qui déséquilibrent l'économie ou le contrat et rendent l'exécution excessivement onéreuse. Nous avons vu dans la section de prévision que ce facteur est une condition requise pour l'application de *Clausula Rebus sic Stantibus* dans toutes les législations internationales et nationales, ce qui permet la mutabilité du contrat. La révision des conditions contractuelles et la modification des droits et obligations de la partie est soumise à une nécessité majeure définie soit par la loi, soit par obligation contractuelle. Certaines clauses peuvent définir l'événement déclencheur du facteur ou les circonstances qui permettent la révision du contrat. L'article 9 de l'Accord complémentaire d'AMINOIL exigeait un examen des droits et obligations des parties à la survenance de "*an increase in benefits to Governments in the Middle East and such increase should come generally to be received by them*"[855]. Bien qu'il appartienne aux parties de juger si un tel développement s'est produit, et bien qu'elles aient convenu d'entamer un processus de négociation

Le deuxième facteur est : les termes renégociés devraient être limités et spécifiés. Ce qui signifie que la renégociation ne couvre pas l'intégralité des accords, sinon le processus serait considéré comme une nouvelle négociation d'accord. La renégociation ne devrait porter que sur les droits

[855] Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Co. (AMINOIL), 21 I.L.M. 976, 1002 (1982.

et les obligations qui ont été effectués par les circonstances inattendues ou par ceux qui peuvent rééquilibrer l'économie du contrat.

b) ***Le principe de bonne foi*** : Le principe de la bonne foi lors du processus de renégociation, de la reformulation et de la modification du contrat, est une caractéristique commune de tout processus de renégociation[856]. Cette condition a un double sens ici. Tout d'abord, *« bonne foi »* dans la demande de renégociation signifie que « *le projet initial doit justifier cette modification par un motif sérieux et légitime* »[857]. Les obligations secondaires sont l'exécution de bonne foi des nouveaux termes résultant du processus de négociation. Le manque de bonne foi sera pris en considération par un juge ou un arbitre appelé à régler le différend résultant de l'échec du processus de négociation [858]. Les contrats d'exploration et de production kurdes irakiens comprennent l'obligation de bonne foi dans les négociations dans l'article ARTICLE 42 - ARBITRAGE ET DÉTERMINATION D'EXPERTS : *"In the event of a Dispute, the parties to the Dispute shall use their reasonable endeavours to negotiate promptly in good faith a mutually acceptable resolution of such Dispute. "*. La doctrine même a identifié la « renégociation » comme une obligation de bonne foi posée par la loi, déclarant que: *« Cette obligation de renégocier le contrat a été tirée de la bonne foi* contractuelle *"[859].*

[856] P. BERNARDINI "Stabilization and adaptation in oil and gas investments", op., cit., p. 105.

[857] Voir ; ass. civ. 3e, 20 octobre 2004, pourvoi no Y 03-10406, mentioned by ; Denis MAZEAUD, "Bonne foi", Issu de Revue des contrats - 01/04/2005 - n° 2 - page 264.

[858] Ibidem.

[859] Jens KLEINSCHMIDT, Dominik GROß, « *La réforme du droit des contrats : perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge* », issu de Revue des contrats, n° 03 - page 674,

c) ***Le principe de la loyauté contractuelle*** *:* Il signifie que les nouveaux engagements résultent du processus de négociation qui prend la même « force obligatoire » que le contrat initial.

Dans cette hypothèse la doctrine française continue de rajouter toute tentative de mutabilité du contrat. Surtout dans le cas de l'existence d'une clause de « stabilité classique – clause l'intangibilité » dans le contrat. Comme l'affirme M. D. MAZEAUD : *« Reste à savoir, et nous en avons débattu lors de la journée, si lorsqu'elle était stipulée dans un contrat d'adhésion, une telle clause serait abusive. Je me range, sur ce point, à l'avis de Thierry Revet, qui considère qu'il ne s'agit pas d'une clause relative à l'adéquation du prix à la valeur du bien vendu ou du service effectué, qui ne peut pas être réputée non écrite même si elle emporte un déséquilibre contractuel significatif, mais une clause relative à l'intangibilité de la prestation du contractant, « touché » par le changement de circonstances* »[860].

1.5. En cas d'échec de renégociation

732. Le cas d'échec de la renégociation n'est pas une obligation sanctionnée. Mais comme les renégociations sont considérées par une partie de la doctrine comme faisant partie de « l'exécution de bonne foi », la présence de mauvaise foi sera sanctionnée. Le problème dans ce cas est que la jurisprudence a rarement traité la question de la « renégociation » comme une obligation, même si elle est une clause contractuelle.

1.6. La position des droits internes

[860] Denis MAZEAUD, " *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* Observations conclusive", Revue des contrats - - n° Hors-série -*(Paris, 16 février 2016* page 53.

733. La compréhension du poste de droit interne est essentielle pour déterminer la position des règles régissant le contrat pétrolier. Initialement, dans le droit civil français, l'article 1195, de réforme du code civil, souligne que : « en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'un accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Il est clair ici que la législature française, bien qu'elle ait inséré l'imprévision comme une raison pour la mutabilité du contrat, elle a encore soutenu le principe de la « liberté contractuelle ». Si le texte prévoit le recours vers un juge pour modifier le contrat, Nous comprenons clairement de cette formulation que la législature française et la doctrine qui la soutient, met toujours le caractère obligatoire du principe de « loyauté contractuelle » au rang sacré, et répudie toute règle contraire. Cela a été confirmé par l'Observation conclusive de M. D. MAZEAUD : « À première vue, l'innovation est de taille puisqu'elle supprime la jurisprudence du *Canal de Craponne* aux termes de laquelle la Cour de cassation refusait la révision judiciaire pour imprévision, jurisprudence qu'elle avait maintenue contre vents et marées depuis 1876. De plus, la règle nouvelle porte une atteinte frontale au principe cardinal, dans notre droit, de non-ingérence du juge dans le contrat »[861]. À cet égard, même l'existence des clauses de renégociations « n'obligent en aucune façon le cocontractant à accepter les modifications du contrat proposées par l'autre partie (…), n'obligent nullement les parties à réviser le contrat mais autorisent seulement leur possibilité »[862], affirme la Cour de Cassation. L'existence de la jurisprudence française impose uniquement, « sur le fondement du principe de la bonne foi contractuelle, une obligation de renégociation du

[861] Denis MAZEAUD, " *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* Observations conclusive", Revue des contrats - - n° Hors-série -*(Paris, 16 février 2016* page 53.
[862] Com. 3 octobre 2003, D. 2007, p. 735, note D. MAZEAUD.

contrat »[863]. Par contre, en aucune occasion, la doctrine française ou la jurisprudence imposent la mutabilité comme une condition découlant de la clause de renégociation.

734. En revanche, le juge administratif en droit français, qui reconnaît la théorie de l'imprévision depuis longtemps, a plus d'autorité en cas d'échec des renégociations. Depuis la célèbre jurisprudence de GAZ de Bordeaux en 1961, le juge du contrat a acquis le pouvoir d'équilibrer l'économie de contrat en indemnisant la partie concernée lorsque les conditions d'imprévision se réunissent. Le juge administratif n'a pas le pouvoir de modifier directement les conditions substantielles du contrat. Mais il a le droit de rétablir les équilibres financiers du contrat aux nouvelles circonstances. Le principe de la continuité du contrat de services publics est une règle sacrée dans le droit administratif français. Par conséquent, le réajustement des équilibres financiers du contrat en forme d'indemnisations représente des modifications indirectes de l'obligation financière des parties. Cela est un droit exercé et déterminé par le juge administratif français[864].

735. Différentes conséquences ont été apportées par les lois égyptienne et libyenne. Toutefois, comme indiqué précédemment, dans les lois égyptienne et libyenne, les parties ne peuvent s'entendre sur le contraire, étant donné que la loi prévoit le pouvoir du juge de modifier ou d'annuler le contrat dans le cadre de l'ordre public. C'est l'avis confirmé par M. SANHOURI[865], qui précise que, dans le cas où les conditions de l'imprévision se sont réunies, et dans le cas où la renégociation a diminué, « le juge a donc la liberté de renvoyer le contrat à un raisonnable niveau ». M. SANHOURI ajoute que seulement le pouvoir discrétionnaire du juge du contrat pourrait déterminer quel est le degré raisonnable de la mutabilité du contrat.

[863] Rita KHORIATY, « Les principes Directeurs du Droit des Contrats », Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., 2014, p. 226.

[864] Voir., CE, ass., 9 déc., 1932, compagnie des tramways de chebourg, Lebon., 1050., concl., Josse.

[865] Abd ar As-*SANHOURI, « Le résumé en expliquant le droit civil* », DAR AL NAHADA AL ARABIA, 1997, P. 261.

736. La jurisprudence égyptienne civile a accepté depuis 1957 la modification, également indirecte, par le juge du contrat aux obligations financières du contrat afin d'ajuster la situation touchée par l'imprévision[866]. Le juge du contrat égyptien a aussi le pouvoir de résilier le contrat, ou de décider la suspension du contrat pour un délai jugé raisonnable par lui.

737. Bien que le législateur libyen ait copié le texte égyptien concernant l'imprévision et son application, les jurisprudences lui ont donné une application plus large en théorie. La jurisprudence civile libyenne a garanti au juge du contrat le pouvoir : soit de réajuster l'équilibre économique du contrat[867], soit de modifier l'obligation de travail des parties[868], soit, finalement, de mettre fin de façon concrète à l'exécution du contrat[869]. Cette large application de la théorie de l'imprévision dans la loi libyenne a influencé la relation de l'État libyen avec les compagnies pétrolières internationales en situation de difficultés, comme nous le verrons dans le cas pratique attaché à ce chapitre.

1.7. La position du droit international

738. Les parties ne parviennent pas à un accord dans les négociations, car c'est parce qu'ils peuvent ne pas déterminer alors que les circonstances nouvelles ont réellement fait construit une fondation juridique pour en fonction de l'imprévision ou non. Ils peuvent également ne pas déterminer l'étendue de la modification apportée aux droits et obligations. Dans les clauses d'adoption, ou des clauses de stabilité économique, le sujet visé, en règle générale, est soit a une nouvelle réglementation fiscale ou environnementale qui rend les calculs des nouvelles tâches plus faciles. Mais lorsque d'autres circonstances imprévues se produisent, comme des tensions politiques, des changements radicaux du prix du pétrole ou des troubles sociaux, ces événements peuvent, par eux-mêmes, être difficiles à déterminer ou rendre difficiles les

[866] Voir, appel civil, 24 Jan., 1957, rule d'appel 8 no° 11 p. 89.
[867] Appel Civ, 106/26K, 07 décembre 1961.
[868] Appel Civ. 75/26 K, 11 mai 1961
[869] Appel., Civ 21/ 34K 17 décembre 1980

déterminations de nouveaux droits et de nouvelles obligations peuvent être difficiles à déterminer.

739. C'est un fait en *lex pétrolea* que tous les contrats d'investissement pétrolier contiennent la « clause d'arbitrage ». En raison de l'arbitrage international, la *lex petrolea* a été développée au cours du siècle dernier, et a donné des réponses à des questions compliquées. L'arbitrage international a aussi permis de résoudre les désaccords quand les renégociations se compliquent.

1.8. Hypothèse théorique

740. Le désaccord des cocontractants concernant les conditions, l'objet ou le contenu de la renégociation, entraînera, en cas d'échec de la procédure de renégociation, un différend pouvant être soumis à l'arbitrage conformément à la clause pertinente du contrat. L'arbitre doit déterminer si et dans quelle mesure les événements allégués par l'une des parties remplissent les conditions énoncées dans le contrat pour une telle renégociation. Si l'arbitre détermine que ces conditions ne sont pas remplies, l'accord doit continuer à s'appliquer pleinement[870]. Trois solutions différentes, proposées par un expert, M. BERNARDINI[871] peuvent être atteintes par l'arbitre dans cette hypothèse :

I. Renvoi ***à la renégociation*** : l'arbitre peut inviter les parties à tenter de renégocier encore une fois les conditions d'un accord révisé en fonction de ses conclusions[872].
II. ***Résiliation du contrat*** : si une telle tentative de renégociation a échoué ou, l'arbitre peut déterminer que seules les parties ont le droit de procéder à la révision du contrat, auquel cas il peut déclarer que ce dernier doit continuer ou

[870] P. BERNARDINI, "Stabilization and adaptation in oil and gas investments", Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 1
[871] M. P. BERNARDINI ; un expert qui a pratiqué en tant qu'ancien avocat général ENI - Rome; ancien vice-président de la CPI Cour internationale d'arbitrage - Paris.
[872] P. BERNARDINI, "Stabilization and adaptation in oil and gas investments", op., cit., p. 106

déclarer sa résiliation. De plus, une indemnité peut être attribuée à la partie lésée[873].

III. ***Revisiter/mutabilité du contrat*** : l'arbitre peut aussi déterminer la manière dont les termes de l'accord devraient être révisés pour se conformer à l'objectif des parties de rétablir l'équilibre économique de leur contrat, et peut délivrer un prix en effectuant une telle révision[874].

741. Dans la pratique contractuelle, la troisième solution pose un vrai problème, bien que le cas de l'imprévision, tel que stipulé dans la juridiction les lois nationales et internationales, permette au juge de modifier le contrat. Mais il faut souligner que cette modification pose un problème juridique et technique. ***Juridiquement***, la nécessité de déterminer des textes juridiques explicites qui donnent au juge le droit d'interférer et de modifier le contrat initial, surtout s'il existe une incohérence entre le droit national et le droit international. ***Techniquement***, qui et comment les mesures et limites des modifications pourraient être décidées. À cet égard, M. BERNARDINI propose que pour que l'arbitre puisse modifier le contrat dans ce sens, les clauses d'arbitrage doivent mentionner explicitement cette possibilité. Ce qui n'est jamais arrivé dans les contrats d'investissement en général. Car, il n'est pas logique pour les parties à un contrat de signer le pouvoir de modification à un tiers afin d'interagir dans leur contrat et de réécrire leurs droits et obligations. Dans cette perspective, M. MANN a aussi relevé la difficulté en précisant que ‘‘*The interesting and important question which frequently arises in arbitration proceedings concerned with long-term contracts clearly embedded in a municipal system of law is whether an arbitrator has the power to impose the agreement which the parties were unable to reach*”[875].

1.9. Approche pratique

[873] *Ibidem*, 106

[874] *Ibidem*, 107.

[875] The Aminoil Arbitration, 14 Brit YB Intl 213 (1984), at 218.

742. La *lex mercatoria* et la jurisprudence ont également reconnu la théorie de l'imprévision depuis très longtemps. La CCI a prononcé en 1975 que: « *toute transaction internationale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation ou le hasard. C'est une règle de la* lex mercatoria *que les présentations restantes équilibrées sur le plan financier* »[876]. De plus, dans une sentence prononcée en 1987[877], la CCI a confirmé « le caractère transnational » de la clause ***Hardship,*** en égard aux circonstances de la révolution islamique iranienne de 1979. Cependant le tribunal à cette occasion, n'a prononcé aucune mesure de modification du contrat, mais a reconnu le droit de l'arbitre à la mutabilité contractuelle. Aussi, le tribunal a reconnu les droits des cocontractants de résilier leur contrat en face de l'imprévision.

743. Dans l'affaire "*Wintershall, A.G. et al. v. le Gouvernement du Qatar*" [878], l'une des principales questions que le tribunal a formulées, est celle de savoir si le gouvernement qatari était en violation de la disposition contractuelle en refusant de renégocier un accord, en vertu duquel les parties se sont engagées à "*enter into further arrangements*"[879]. Le Tribunal a estimé que le gouvernement n'était pas en infraction de ne pas avoir accepté de participer au développement selon un plan d'utilisation convenu, et de ne pas avoir convenu que l'utilisation du gaz découvert était

[876] Sentence CCI n°2291, de 1975, Rec., sent. Arb. CCI. 1974-1985, p. 274

[877] Sentence CCI n°7365 de 1997, RDU, 1999, p. 1014.

[878] Tribunal arbitral ad hoc: sentence partielle et sentence finale dans l'affaire d'un arbitrage entre "Wintershall A.G., Et Al., et la Government de Qatar", (Exploration and Production Sharing Agreement) [February 5, 1988 and May 31, 1988] +Cite as 28 I.L.M. 795 (1989), International Legal Materials, Vol. 28, No. 4 (JULY 1989), pp. 795-841

[879] Le contrat de 1994 sur l'exploration et la production du Qatar (article 34.12 "Equilibre du contrat") se lit comme suit: "Whereas the financial position of the Contractor has been based, under the agreement, on the laws and regulations in force at the Effective Date, it is agreed that, if any future law, decree or regulation affects Contractor's financial position, and in particular if the customs duties exceed . . . percent during the term of the Agreement, both Parties shall enter into negotiations, in good faith, in order to reach an equitable solution that maintains the economic equilibrium of this Agreement. Failing to reach agreement on such equitable solution, the matter may be referred by either Party to arbitration pursuant to art 31'', cite chez P. BERNARDINI" Stabilization and adaptation in oil and gas investments", op., cit., p. 110

commerciale. En outre, en vertu de la loi applicable au contrat, le Tribunal a affirmé que le gouvernement aurait dû négocier en toute bonne foi. Alors le Tribunal a jugé qu'il n'y avait pas violation du principe car " *it is clear that such a duty does not include an obligation on the part of respondent to reach agreement with respect to the proposals made by claimants*"[880]. Le refus du gouvernement d'accepter de telles propositions de la part du Tribunal, a été fait de bonne foi et a été justifié par un « *normal commercial judgment*»[881]. Toutefois, le Tribunal a prolongé l'Accord initial pour une période de huit ans afin de permettre aux parties d'explorer davantage la possibilité d'accepter l'utilisation du gaz naturel[882].

744. Dans un jugement plus ancien de la CIJ, bien que le tribunal ait reconnu le droit du concessionnaire pétrolier de faire en sorte que son contrat soit ajusté au changement fondamental de l'état économique, le Tribunal n'a pas prononcé l'ajustement et n'a fait que dénoncer la partie concernée.[883].

745. Dans l'affaire AMINOIL, où le tribunal a décidé que ‘‘an arbitral tribunal (…) could not, by way of modifying or completing the contract, prescribe how a provision such as the Abu Dhabi Formula must be applied. For that, the consent of both parties would be necessary”*[884]*. Comme indiqué par M. KOLO et M. WALDE, la "Kuwait v. Aminoil” affaire, peut être considérée “as a recognition of the rebus sic stantibus principle in the case of international petroleum investment agreements”[885]. Cette affaire particulière a reconnu de nombreux principes de renégociation et de mutabilité des contrats faits par les parties, en raison du changement de situation. Dans l'attribution du 24 mars 1982, le

[880] Ibidem,

[881] Ibidem.

[882] Pour une illustration complète de cette affaire, voir Thomas W. WALDE “*Revision of Transnational Investment Agreements : Contractual Flexibility in Natural Resources Development*”, 10 Law. Am. 265 1978

[883] *P.C.I.J.,* August 30, 1924, and March 16, 1925, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_05/15_Mavrommatis_a_Jerusalem_Arret_19250326.pdf.

[884] Aminoil, *op., cit.,* § 74 de la décision.

[885] Abba KOLO et Thomas W. WALDE, “Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects *Applicable Legal Principles and Industry Practices”,* 1 J. World Investment 5 2000, pp. 5 – 58.

tribunal arbitral a examiné l'étendue de l'obligation de négociation prévue à l'article 9 de l'Accord complémentaire de 1961. (art 9) Lire comme suit:

> *''If, as a result of changes in the terms of concessions now in existence or as a result of the terms of the concessions granted hereafter, an increase in benefits to Governments in the Middle East should come generally to be received by them, the Company shall consult with the Ruler whether in the light of all relevant circumstances, including the conditions in which operations are carried out, and taking into account all payments made, any alterations in the terms of the agreements between the Ruler and the Company would be equitable between the parties''.*

746. Dans cette affaire, le tribunal a reconnu le pouvoir du parti non seulement de renégocier, mais aussi de modifier son engagement initial afin d'adopter de nouveaux changements et de modifier l'économie de son contrat. Le plus remarquable est que le tribunal a accepté que l'imprévision pourrait modifier l'engagement de fond du contrat et que, lorsque cela se produit, des clauses telles que la clause de stabilisation peut ne pas empêcher que des modifications soient apportées en conséquence[886]. Le tribunal a conclu que : '*an obligation to negotiate is not an obligation to agree*"[887].

747. Par conséquent, les règles que nous observons de la pratique arbitrale relatives à l'application de l'imprévision, sont les suivantes :

i. La forte reconnaissance de la jurisprudence de l'arbitrage international à la théorie de l'imprévision.
ii. La mutabilité du contrat par le juge est une pratique rarement, ou pas du tout, reconnue dans ce domaine.
iii. Par conséquent, le juge en arbitrage international a adopté la même pratique des juges nationaux, en indemnisant la partie concernée. Cette attitude est,

[886] Voir le chapitre précédent pour la relation entre la clause de stabilité et la renégociation et la mutabilité.
[887] Ibidem.

dans notre démarche, considérée comme une intervention indirecte dans l'obligation financière des parties.

Conclusion Section II

748. La renégociation est une pratique courante dans le contrat d'investissement à long terme. Le rééquilibrage de la situation économique du contrat, lorsque les nouvelles circonstances sont présentées, est une nécessité à la continuité du contrat. Mais la sainteté des principes fondamentaux contractuels tels que la « force obligatoire du contrat » et la « liberté contractuelle », limite la mutabilité contractuelle aux cocontractants uniquement. Malgré ce fait, le juge du contrat, peut, par la pratique, indemniser la partie concernée, afin de préserver la continuité du contrat et son équité envers les deux parties.

Conclusion Chapitre II

749. L'investisseur étranger potentiel à un contrat d'investissement pétrolier significatif à long terme, accomplit une évaluation des risques de tous les aspects financiers de son projet. La disposition fiscale, le régime juridique applicable au contrat, ainsi que les risques géopolitiques, économiques et sociaux, sont les éléments qui déterminent sa décision de s'engager avec l'État hôte ou non[888]. Lorsque l'investisseur étranger prend sa décision et s'engage dans un tel contrat à long terme, il s'assure de confier ses engagements à des garanties juridiques afin de stabiliser ses investisseurs. Par conséquent, il n'est pas inhabituel que des changements de circonstances surviennent pendant la durée du contrat pétrolier, et qui modifient de manière

[888] Zeyad A. AL QURlASHI, « *Renegotiation of International Petroleum Agreements* » Journal of International Arbitration 22(4): 261-300, 2005. © 2005 Kluwer Law International. p. 261

matérielle les attentes légitimes des parties en ce qui concerne les résultats et l'opportunité de la continuation du contrat[889].

750. On estime que la renégociation a été une caractéristique de l'industrie pétrolière. Outre les circonstances imprévues, l'industrie de l'énergie en général évolue et se développe. Les réglementations internationales relatives à l'environnement, au développement durable et aux exigences en matière de droits de l'Homme, ainsi que la réglementation économique internationale, sont en mouvement. Cette conséquence du mouvement et du développement influence l'industrie pétrolière. Afin de respecter ces changements et exigences, les contrats à long terme doivent naturellement faire face à la possibilité de mutabilité, qui n'est pas couverte par des garanties contractuelles et législatives.

751. À travers ce chapitre, nous avons vu la doctrine du « *rebus sic stantibus* » ou la théorie de l'*imprévision,* constitue un principe général de droit accepté par la plupart des systèmes juridiques nationaux. En conséquence, et par l'observation, l'imprévision forme également un principe général du droit international inséré dans son arrangement ainsi que dans sa doctrine[890].

[889] Abdullah Al FARUQUE, « Renegotiation and Adaptation of Petroleum Contracts: The Quest for Equilibrium and Stability », 9 J. World Investment & Trade 113 2008, p. 115.

[890] M. Professor A F M MANIRUZZAMAN, "Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries: Tools for O & G Investors", Association of international Petroleum Negotiators *AIPN Research Project (2005-6).*

Cas pratique II

Les renégociations des contrats d'investissements pétroliers suite à la tension politique entre la Libye et les États-Unis

Introduction

752. Les investissements dans l'industrie pétrolière se caractérisent souvent par la taille et la valeur de l'investissement ainsi que par leur période de mise en œuvre. Cette caractéristique spéciale peut conduire, comme nous l'avons vu dans le chapitre VIII de cette thèse, à un changement de circonstances qui pourrait porter atteinte à l'équilibre économique du contrat. L'un des exemples célèbres de changement de situation et son effet sur l'investissement pétrolier est le cas de la confrontation et de la tension politique dans la relation entre le régime politique libyen (entre 1996 et 2011) d'une part, et l'administration américaine, d'autre part. Ce cas a soulevé les questions de l'imprévision. La tension politique entre les deux pays a posé de réelles difficultés à la continuité et la stabilité du contrat et aux opérations des compagnies pétrolières américaines opérant en Libye pendant cette période. Cette situation a obligé les les compagnies pétrolières et l'État Libyen a mener une série de renégociations et à essayer de trouver la meilleure solution pour protéger leurs investissements et leurs intérêts connexes. Finalement, cette longue négociation, menée de bonne foi par les deux parties, a été conclue le 30 juin 1986 avec la signature du « Contrat de Standstill » appelé « résolution amiable » du conflit causé par les tensions politiques et les sanctions américaines connexes à la Libye dans les années 80.

753. Ce cas particulier mérite d'être étudié car il représente une histoire intéressante de l'instabilité contractuelle du fait du risque politique, et il révèle le rôle des renégociations pour la continuité et le rééquilibrage des contrats investissements et le rôle du règlement à l'amiable entre cocontractants dans l'industrie pétrolière.

1. Le contrat

754. Au début des années 1970, le gouvernement libyen a nationalisé 51 pour cent des actions de certaines compagnies pétrolières étrangères qui opèrent en Libye en vertu de la loi n° 25/1955 du pétrole[891]. Certaines sociétés internationales de pétrole et de gaz ont accepté les termes de la nationalisation et ont rétabli des contrats de participation[892] avec la Compagnie Nationale Pétrolière Libyenne CNP. Dans le cadre des contrats de participation, la CNPlibyen et la société étrangère constituera une « *joint venture* » JV pour développer les opérations pétrolières des explorations et exploitations dans une zone définie. Les autres termes et conditions convenus entre les parties fourniraient la base de l'exploitation pétrolière dans les domaines contractuels, les conditions d'imposition, les obligations de travail et les droits des parties privées au pétrole. Avant les tensions politiques entre les États-Unis et la Libye dans les années 80, les contrats de participation régissaient les relations entre le CNP, représentant l'État hôte et les sociétés d'exploration étrangères, principalement des entreprises américaines.

2. Les parties concernées

755. En fait, les parties aux accords de participation, aux négociations et aux accords de Standstill sont les mêmes, à savoir :

(a) La CNP libyenne qui est le premier parti des contrats de participation de 1973, et
(b) Les compagnies pétrolières américaines qui opéraient en Libye à cette époque et qui ont été touchées par la délivrance de l'Ordre, à savoir :
    - le Oaisis Group, qu'a inclu Conoco-Philips, Amerada Hess and Marathon Oil
    - Oxydental Petroleum

[891] Le concession modèle est annexé II à la loi libyenne du pétrole n ° 25/1955.

[892] Les contrats de participation ont été la première génération des célèbres contrats de partage de la production que la Libye a utilisés après la nationalisation des concessions des années 1960 et 1970 et avant de raconter la quatrième génération de l'EPSA.

- Grace Petroleum.

756. Selon leurs contrats de participation, les sociétés étrangères américaines ont signé pour les droits et les obligations les termes suivants :

Obligations de la partie privé

a) ***Transfert*** de technologie et de savoir-faire
b) ***Investissement de capital*** : paiement des frais d'exploitation et d'immobilisations
c) Paiement des impôts libyens; et
d) Participation à la gestion et au fonctionnement des activités de (JV) décolant du contrat de participation.

3. Droits de la partie privée

a) Les droits du pétrole brut et du gaz produits par les zones contractuelles conformément aux termes et conditions du contrat de participation; et
b) Examiner et approuver le programme de travail et les budgets et participer pleinement à la gestion et au fonctionnement des activités conjointes.

4. Les événements imprévus

4.1. Les sanctions américaines contre la Libye

757. L'acte de sanction, comme prononcé par KELSEN est "*the sanction emanates from a superhuman authority*". Du point de vue de la science politique, cela peut être utile de concevoir des sanctions économiques comme des instruments de pouvoir d'État. Cela implique qu'ils font partie d'un plus grand ensemble d'instruments politiques à la disponibilité des acteurs principaux de politiques[893].

[893] David A. BALDWIN Robert A. PAPE, "*Evaluating Economic Sanctions*", International Security, Vol. 23, No. 2 (1998), pp. 189-198 Published by: The MIT Press Stable URL: http://www.jstor.org/stable/2539384.

758. Une définition intéressante, générale, mais très technique, de la sanction, est fournie par M. WALDE en affirmant que : “The core of the concept of sanctions is a state-enacted prohibition denying the target state access to foreign markets for exportation (a boycott), access to foreign markets for importation (an embargo), and denial of access to financial markets and of commercial and other forms of communication (e.g., denial of use of air, land, and sea transport; of use of ports and trans-shipment; denial of access to controlled telecommunications)”[894]. Les sanctions économiques dans l'industrie pétrolière sont connues comme des mesures qui restreignent considérablement la capacité des compagnies pétrolières, en particulier les compagnies pétrolières des États-Unis, d'investir à l'étranger et d’opérer une concurrence sur la scène internationale[895].

759. La politique des États-Unis concernant de la Libye, entre 1969 et 2011, a évolué à la suite du coup d'État du colonel Kadhafi de 1969 et de la politique nationale anti-occidentale qu’il a adopté. Les États-Unis ont eu des sanctions contre la Libye sous différentes formes, depuis 1978, notamment avec l'ordonnance exécutive présidentielle et le règlement de 1986[896]. En raison de l'interdiction de voyager en Libye pour les détenteurs de passeports américains, des réunions ont eu lieu en dehors du CNP de la Libye. Des interdictions ont été prises concernant tous les échanges commerciaux et les contrats avec la Libye[897].

760. La confrontation entre les deux états a atteint son plus haut niveau après les explosions de l'aéroport de Vienne et de Rome en 1985, et l’attentat de la boite de nuit de Berlin en 1986. Le gouvernement des États-Unis a accusé le gouvernement libyen

[894] Thomas W. WÄLDE, “Managing the Risk of Sanctions in the Global Oil & Gas Industry: Corporate Response Under Political, Legal and Commercial Pressures” , TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL [VOL. 36:183), pp. 183-230. Citation p. 186.

[895], Lori A. FEATHERS, “Economic Sanctions and Their Effect on the Energy Industry”, 36 Tex. Int'l L. J. 175 2001, p. 175.

[896] For more information about Libyan-American sanctions, see: http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/pages/libya.aspx.

[897] For more information about Libyan-American sanctions, see: http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/pages/libya.aspx.

d'être coupable de ces événements tragiques[898]. Le 7 janvier 1986, l'Administration des États-Unis a adopté la décision exécutive n° 12543 qui a imposé des sanctions commerciales complètes contre la Libye, y compris la suspension et le retrait des licences des entreprises américaines opérant en Libye[899]. Malgré ces tensions politiques et les sanctions américaines contre la Libye, la CNPa travaillé avec les compagnies pétrolières américaines opérant en Libye à cette époque pour conclure les longues et fructueuses négociations qui ont abouti aux contrats de Standstill. Ces contrats ont été mis en œuvre comme moyen de résolution des litiges en matière d'investissements pétroliers.

4.2. Un risque politique croissant entre l'État libyen et l'administration américaine

761. L'expert pétrolier M. KACHIKWU a identifié le risque politique en tant que "rather controversial concept"[900]. Il a affirmé que: "there is an emergent interest in the discourse on the link between political institutions and political risks facing energy companies ». Il a continué: "political risk does not result from the type of political system in place in the host country. It is the changes to the political and socio-economic conditions of a country or the energy sector that result in political risk." En effet, le risque politique ne résulte pas du type de système politique en place d'un État hôte. C'est l'évolution des conditions politiques et socio-économiques d'un pays ou du secteur de l'énergie qui entraîne un risque politique[901].

762. Dans ce contexte, les changes dramatiques de la tension politique des relations entre la Libye et les États-Unis ont conduit à l'ordonnance exécutive n° 12543 of 1986[902].

---

[898] For more information about Libyan-American sanctions, see: http://www.treasury.gov/resource-enter/sanctions/Programs/pages/libya.aspx.

[899] For more information about Libyan-American sanctions, see: http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/pages/libya.aspx.

[900] M.K. KACHIKWU, "*The Changing Face of Political Risk in the Energy Industry*", TDM, Vol. 9, issue 1, January 2012.

[901] Ibidem.,

[902] DOCUMENTS VISANT L'ÉVOLUTION DES SANCTIONS CONTRE LA LIBYE (dans l'ordre chronologique), source: International Legal Materials, Vol. 25, No 1 (JANUARY 1986), pp. 173-208, publié par: American

{Par cette ordonnance, le président américain considérait les politiques et les actions du gouvernement de la Libye comme une menace inhabituelle et extraordinaire pour les États-Unis et a donc déclaré une urgence nationale pour faire face à cette menace. L'ordonnance indique :

> *"All agencies of the United States Government are directed to take all appropriate measures within their authority to carry out the provisions of this Order, including the suspension or termination of licences or other authorizations in effect as of the date of this order:*
>
> - *The performance by any United States person of any contract in support of an industrial or other commercial or governmental project in Libya.*
> - *Any transaction by any United States person which evades or avoids, or has the purpose of evading or avoiding any of the prohibitions outlined in this Order."*

763. L'ordonnance, en résumé, a interdit aux entreprises américaines de continuer à travailler avec la Libye et de laisser leurs employés détenir un passeport américain pour continuer à voyager en Libye pour des raisons professionnelles ou autres. Ces résolutions ont directement eu un impact sur l'intérêt des entreprises américaines pétrolières qui investissaient en Libye dans le cadre des contrats de participation à ce moment-là. L'ordonnance exécutive n° 12543 de 1986 signifiait également que les entreprises américaines de pétrole opérant en Libye à cette époque, se trouvaient dans une situation où elles n'avaient pas d'autre choix que de cesser toutes les activités et de quitter le pays par la force de cette ordonnance. La qualification de la situation comme force majeure ou changement de circonstances - « l'imprévision » - n'a jamais été faite.

764. En raison de ces interdictions de voyager en Libye pour les détenteurs de passeports des États-Unis, des rencontres avec des fonctionnaires libyens du pétrole ont été organisées en dehors de la Libye. Comme pour les sanctions iraniennes, les entreprises américaines étaient en mesure de partager du marketing et du matériel

Society of International Law , Stable URL: http://www.jstor.org/stable/20692938, accessé le: 19-07-2015 20:41 UTC

promotionnel avec leurs homologues libyens, mais n'avaient pas le droit d'utiliser les ressources humaines américaines dans leurs affaires directes avec la Libye.

765. La doctrine libyenne a qualifié cette situation comme un cas de force majeure[903], car les événements concernant l'ordonnance exécutive n° 12543 de 1986 rendaient l'exécution impossible pour le cocontractant privé. Or, la situation peut aussi, à notre avis, être qualifiée comme un cas d'imprévision, même si les obligations contractuelles aient été *''extinguished due to the impossibility of performance''* selon l'article 161 du code civil libyen (CE 159). Tandis que l'exécution est devenue impossible en raison de causes indépendantes du contrôle de cocontractants, selon l'article 360 (CE 373) du code civil libyen. Pourtant, les compagnies pétrolières américaines auraient pu s'associer avec d'autres compagnies pétrolières non américaines pour continuer à s'acquitter de leurs obligations[904]. Cette hypothèse est habituelle dans l'industrie pétrolière et aurait pu rendre « l'impossibilité d'exécution - cas de force majeure »[905], à une « exécution excessivement onéreuse - cas d'imprévision ».

766. L'ordonnance a imposé des sanctions commerciales américaines maximales contre l'État libyen en raison de ses actes originaux contre les intérêts américains et la présence du personnel militaire américain dans l'Union européenne. L'ordonnance n° 12543 signifiait également que les entreprises américaines de pétrole et de gaz opérant en Libye se trouvaient alors dans une situation où elles n'avaient pas d'autre choix que de cesser toutes les activités et de quitter le pays par la force de la loi. Cette situation a

[903] Voir, M. AL KILANI et E. EL KAILANI, '*A Look at the Libyan-American Dispute Resolution Experience*', OGEL, Vol. 15 - issue 3, Publié juillet 2017

[904] Voir T. W. WÄLDE, "Managing the Risk of Sanctions in the Global Oil & Gas Industry", op., cit., p. 223 et ss

[905] Ce qui a renforcé l'hypothèse de la « force majeure », "the Standstill Agreement also contained very particular terms and conditions that formed the necessary basis for the required settlement in the event of a change of circumstances. These terms dictated that the US companies be in a position to resume their petroleum activities and operations in the country, which in fact they did exercise after two decades of absence and cessation of all their petroleum operations", voir M. AL KILANI et E. EL KAILANI, '*A Look at the Libyan-American Dispute Resolution Experience*', op. cit.

effectivement conduit à une application du statut de force majeure concernant les contrats de participation.

5. Les renégociations

767. Les renégociations entre les entreprises américaines et ont eu un nombre très limité parce que selon l'ordonnance n ° 12543 :

- Les négociations sur les termes commerciaux seraient très probablement considérées comme un commerce interdit de biens en Libye (tangibles et intangibles acquises par le contrat).
- De même, conclure de nouveaux engagements futurs, pourrait être considéré comme une transaction interdite de biens à travers lesquels le gouvernement libyen a un intérêt.

Les négociations entre le parti libyen CNP et les entreprises américaines se limitent à deux objectifs :

- Protéger pleinement l'investissement en le gelant, sans changer ses termes, pour une réentrée ultérieure, lorsque ces événements imprévus causés par la tension politique seront terminés.
- Surmonter l'incapacité des entreprises américaines à s'acquitter de leurs obligations pendant la période de tension politique lorsque l'ordonnance est en vigueur.

5.1. Les ententes de Standstill

768. Les ententes de Standstill comme moyen d'un règlement amiable des différends dans le domaine d’investissement pétroliers**.**

5.2. Le contenu de contrat « Standstill »

769. Le contrat de Standstill a fourni des termes et des conditions négociés et mis en œuvre pour protéger les parties des contrats de participation du risque créé par l'ordonnance. Pour définir les contrats Standstill, il est important d'indiquer qu'ils ont été fondés en 1986 par la CNPet par certaines des entreprises de gaz et de pétrole américaines qui opéraient en Libye. La raison d'être des contrats de Standstill était de transformer tous les droits et obligations de la seconde partie (les entreprises pétrolières américaines investissant en Libye) à la première partie (le CNP) pendant une période définie comme une application des statuts imprévus résultant des tensions entre la politique libyenne et américaine.

770. Les conditions initiales des contrats de Standstill étaient de trois ans, prolongées pour un autre terme, ou des conditions supplémentaires d'un an chacune, par contrat des parties (article 9). Les contrats pourraient être résiliés par un préavis de 90 jours par l'une ou l'autre partie. Par entente et sans préavis écrit, les contrats de Standstill pourraient être prorogés pour une période plus longue (1986-2005) jusqu'à la fin de l'exécution du contrat de réintégration.

6. Prolongation des conditions du contrat de suspension

771. Bien que la durée initiale prévue dans les contrats de Standstill ait été de trois ans, pouvant être prorogée d'un an par contrat des parties, les contrats de Standstill étaient et demeurent pleinement en vigueur jusqu'à la fin du contrat de réintégration.

6.1. Gestion et fonctionnement des contrats et des opérations pétrolières dans le contrat de Standstill

772. Une société d'exploitation nationale appartenant au CNP a été établie conformément à la loi libyenne afin de gérer et d'exploiter les zones des contrats concernés dans le groupe Oasis et le groupe « **Occidental International** ». La CNPétait responsable de la sauvegarde/protection des intérêts des deuxièmes parties et de la

supervision des opérations et de la gestion des zones de contrat concernés conformément aux dispositions du contrat de participation et la bonne pratique en industrie pétrolière.

7. Résiliation du contrat Standstill du contrat de réentrée

773. En avril 2004, le gouvernement libyen a livré volontairement des acquisitions d'armes de destruction massive à l'Administration des États-Unis. Par conséquent, l'administration américaine a immédiatement commencé à alléger ses sanctions contre la Libye, y compris les restrictions financières. Ce développement a encouragé les compagnies pétrolières et gazières des États-Unis qui ont été touchées par les contrats Standstill et sont toujours assujetties à des demandes de permis pour reprendre leurs opérations en Libye. Les négociations entre la CNP et les sociétés pétrolières ont reconnu les termes et conditions prévus dans les contrats de Standstill. Les contrats de réintégration qui en résultent ont été signés le 28 décembre 2005.

CONCLUSION

774. L'expérience libyenne-américaine de résolution des conflits dans le domaine d'investissement pétrolier est unique pour de multiples raisons. Tout d'abord, malgré la confrontation permanente et les tensions politiques entre le gouvernement libyen et l'administration américaine, la CNPde la Libye est resté relativement indépendant et a été géré en vertu de la loi. Deuxièmement, en raison de la situation de risque politique créé par les sanctions économiques américaines contre la Libye, la CNPet les sociétés américaines qui opéraient en Libye en 1986 ont réussi à négocier et à exécuter les Accords Standstill décrits comme un moyen amiable de régler les litiges pétroliers et gaziers. Leurs efforts se sont révélés efficaces et sont restés en vigueur pendant toute la période jusqu'à la fin de l'Accord de réintégration en 2005.

ANNEXES

Model of the STANDSTILL AGREEMENT

This agreement is entered into this ___ day of ___, 1986, by and between the National Oil Corporation (First Party) and Continental Oil Company of Libya, Harathon Petroleum Libya Ltd., and Amerada Petroleum Corporation of Libya (Second Party).

1) During the term of this Agreement, the Parties will not take any action inconsistent with the other's interests under the Concessions, Participation agreement, and related agreement which shall continue in full force and effect except as provided herein.
2) The Parties will continue to negotiate a sale by Second Parties of this Libyan interests.
3) Second Parties are excused permanently from performance of all contractual obligations otherwise arising during the term of this Agreement under the concessions, Participation Agreement, and related agreement including. Without limitation, any and all rent, tax, surtax, royalty, and cash call obligations. In return, during the term of this agreement, the Second Parties waive any rights or claims to their crude oil entitlements which shall be taken over and freely disposed of by NOC and/or its subsidiaries.
4) Second Party may, subject to the requirements of this paragraph, terminate this agreement and resume performance under the Concessions, the Participation Agreement and related agreements without penalty at any time with their crude oil entitlements and rent, royalty, tax, surtax and cash call obligations as they existed June 30, 1986. Provided, however, that second Parties shall make a capital investment adjustment for their respective proportionate shares of capital expenditures made by the National Oil Corporation during the term of this agreement with respect to oil fields on production June 30, 1986, and related facilities. This capital adjustment shall be based on the tax book value, after depreciation over 10-years period. The Second Parties shall then have the right to depreciate the balance of their proportionate share of such capital

expenditure over a 36-month period starting from the date of resumption. After resumption and capital investment adjustment, Second Parties shall be entitled to their resumption participation shares of crude oil produced after resumption and shall bear and pay their participation share of rent, royalty, tax, surtax, and cash call obligations related thereto.

5) Unless otherwise agreed, upon resumption Second Parties shall not be required to make capital adjustment payments with respect to projects undertaken by the National Oil Corporation during the term of this Agreement on oil fields not on production June 30, 1986, and Second Parties shall not have any interest in these projects or be entitled to any benefit therefrom.
6) Any dispute or disagreement arising between the National Oil Corporation and Second partied relating to this Agreement shall be settled under the provisions of Article (8) of the Participation Agreement.
7) The term of this agreement or any extension thereof shall be included in the term of the Concessions as set forth in Clause 1 of the Concessions and this agreement shall not operate to extend the term of said concessions.
8) Second Parties represent and warrant that their crude oil entitlements referenced in Paragraph 3 herein are and shall continue to be free of any claims, liens or encumbrances during the term of this agreement.
9) This Agreement is effective from June 30, 1986, through June 30, 1989, and may be thereafter renewed by mutual agreement for period(s) of one year each until terminated by First or Second Parties by 90 days written notice.
10) Endorsed and Approved by the Socialist People's Libyan Area Jamahiriya represented by Mr……, duly authorized by the General people's Committee.

Conclusion : Titre IV

775. Alors il est important de souligner que les contrats d'investissement pétrolier font face, par nature, à leur sujet, et à long terme, à une évolution dynamique de la relation entre les partis. Dans ce sens, un équilibre entre *pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus* est une nécessité cruciale pour leur continuité, leur stabilité et leur évolution fluide.

776. En effet, le respect du principe *pacta sunt servanda* nécessite d'accorder une considération égale, malgré cela, le principe juridique non moins important de *rebus sic stantibus*. En d'autres termes, chaque fois qu'un changement substantiel de circonstances survient, les parties doivent renégocier de bonne foi l'établissement d'un nouvel équilibre contractuel et réadapter leur accord initial qui aurait peut-être perdu sa justification et sa raison d'être[906].

Les renégociations et le rééquilibrage des obligations contractuelles se sont révélés comme un moyen souhaitable de maintenir la stabilité et la flexibilité du contrat, compte tenu des changements économiques dynamiques qui peuvent avoir lieu à l'époque mondiale et nationale[907].

[906] Ahmed S. El-KOSHERI, "*The Particularity of the Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements*", 11 ICSID Review –FILJ (no.1, Spring 1996), p.272, at p.279.

[907] Abdullah Al FARUQUE, "*Renegotiation and Adaptation of Petroleum Contracts: The Quest for Equilibrium and Stability*", 9 J. World Investment & Trade 113 2008, p. 144.

Conclusion : Partie II

777. Les caractères particularités du contrat pétrolier, son long terme ainsi que l'intensité capital investi soulignent la vulnérabilité de l'investisseur étranger à divers types de risques. L'un de ces risques, sujet du concept de stabilité contractuel, est un changement unilatéral de l'État hôte à ses dispositions nationales applicables au contrat ultérieurement à la conclusion de contrat. La résiliation unilatérale du contrat d'investissement est un autre risque la cible principale de l'instrument de stabilité contractuelle.

778. L'État peut librement s'engager en fournissant des clauses de stabilité à son cocontractant privé. Cet engagement devrait être exécuté en toute bonne foi lorsque ce contrat lie au principe de la « force obligatoire du contrat ». Toutefois, les clauses de stabilité ne sont valables que si elles sont reconnues par les législations nationales. De même, l'État hôte, lorsqu'il s'engage librement avec un investisseur étranger par un contrat régi par sa propre loi, ne peut pas s'opposer à ceux qui appliquent le principe de sa souveraineté.

779. Les mêmes principes de bonne foi et la force obligatoire du contrat s'appliquent aux engagements internationaux de l'État hôte. L'État hôte s'engage dans des traités bilatéraux et des conventions multinationales qui relèvent sa responsabilité et confirment ses obligations en tant que personne de droit international. Les responsabilités et les obligations de ces États, en vertu du droit international, constituent également des instruments de stabilité pour l'investisseur étranger.

780. De plus, Le principe de la bonne foi doit être aussi interprété en tenant compte de toutes les circonstances entourant le contrat d'investissement. Lorsque l'instabilité peut être due à des éléments imprévus et hors de portée du contrôle de l'état hôte, ces contrats à long terme, en particulier ceux de l'industrie pétrolière, sont sujets à des changements de circonstances que les parties n'avaient pas prévu au moment de la conclusion du contrat. C'est le cas lorsque la stabilité et la continuité du contrat

d'investissement nécessitent la révision du contrat, par le biais d'un processus de négociation entre les parties reconnues par le droit applicable. La révision des contrats est devenue un pratique approuvé par les dispositions national et international, comme nous l'avons vu dans le Titre IV de cette étude. La mutabilité des contrats dans des conditions juridiques strictes, soit par les parties ou par le juge du contrat, est devenue aussi une autre pratique admissible par les mêmes dispositions.

Conclusion générale de la Thèse

781. La première partie de cette étude démontre que le nouvel ordre économique international et les droits de l'Homme ont permis aux États pétroliers, y compris ceux de la région ANMO, de faire valoir leurs droits sur les ressources naturelles de leur territoire. En considérant que le NOEI a articulé les droits de l'État souverain sur ses ressources naturelles, en tant que principe de droit international. Ceci a affirmé le droit des États hôtes de disposer librement de leurs ressources naturelles, le droit de gérer librement leurs activités d'investissement étranger, le droit d'exproprier les contrats d'investissement en ressources naturelles et le droit de concevoir librement leur politique économique nationale. En conséquence, le principe de SPRN a conduit aux fameuses nationalisations des contrats d'investissements pétroliers dans la plupart des pays en développement pétroliers dans les années 1970. Le principe SPRN a également renforcé la position de l'État pétrolier en tant qu'acteurs principaux dans l'industrie pétrolière mondiale. De tels développements ont favorisé les demandes de stabilité du contrat d'investissement afin de protéger les investisseurs étrangers contre l'action directe ou indirecte de l'État.

782. Cependant, nous avons également vu dans la deuxième partie de cette étude que les exigences au sujet de la stabilité du contrat d'investissement pétrolier ont été inclues dans le cadre de différentes dispositions contractuelles. De même, le droit international, à travers les traités d'investissement bilatéraux et ses conventions multilatérales, ses institutions, sa doctrine et sa jurisprudence, a fourni des moyens de stabilité pour les investisseurs étrangers.

783. Par conséquent, les fruits de cette étude peuvent être mis en évidence de la façon suivante :

- La forme des engagements de stabilité est passée de la « clause de gel » classique à des clauses plus spécifiques. La nouvelle forme de clauses de stabilité couvre soit le sujet spécifique du contrat d'investissement tel que les « taxes », soit elle prévoit une économie de rééquilibrage du contrat tout au long de l'adoption des nouveaux changements dans les engagements financiers.

- Les engagements de stabilité contractuelle visent à incorporer la loi de l'État d'accueil, au moment de la conclusion du contrat, dans le contrat. Par conséquent, leur validité est examinée dans le cadre des législations nationales de l'État hôte. Cependant, les engagements en matière de stabilité sont soumis à deux limitations : les dispositions relatives aux droits de l'Homme et à l'environnement, les changements ou les exigences.

- Le droit international prévoit des sources complémentaires de stabilité pour les investisseurs étrangers à travers ses institutions, ses conventions multinationales et ses accords bilatéraux.

- Les contrats d'investissement pétrolier, en tant que contrats à long terme, sont soumis à d'autres types de risques inattendus au moment de la conclusion du contrat et peuvent modifier l'équilibre économique du contrat. Dans de telles circonstances, la renégociation et l'adaptation du contrat se sont révélées être des outils juridiques efficaces pour maintenir la stabilité et la flexibilité des contrats. En effet, la renégociation et la révision du contrat d'investissement

pétrolier sont devenues des pratiques acceptées dans l'industrie pétrolière et reconnues comme une protection juridique des intérêts des deux parties. Nous considérons que les révisions de contrat et la mutabilité sont des principes acceptables en vertu du droit international et de la plupart du système juridique national.

784. En conclusion, il est important de souligner que la stabilité que nous avons recherchée tout au long de cette thèse n'est pas le gel des engagements contractuels. La stabilité que nous visons est un concept qui se réfère à la continuité, à l'équilibre, à l'assurance et à la sécurité. La plupart des États occidentaux avec des industries pétrolières bien développées (tels que la Grande-Bretagne et la Norvège) ne prévoit pas de clauses de stabilité. C'est parce que leurs systèmes juridiques sont développés, stables et régis par l'application du principe de l « État du droit ». Il est évident qu'une culture juridique dans laquelle les engagements contractuels sont honorés présente de bonnes gouvernance, efficacité, sécurité ainsi que stabilité juridique et politique. Comme l'a affirmé M. WAELDE « *no society where contracts are not honoured has ever been able to develop economically, achieve prosperity and qualify as a well-governed society* »[908]. L'absence d'une culture efficace des engagements contractuels, du respect des droits de l'Homme et de principe de l' « État du droit » est liée à l'instabilité des droits des investisseurs et au projet d'investissement. L'assurance que toute personne au sein d'une société est soumise à la loi, la responsabilité et la transparence dans les actes du gouvernement et l'indépendance et les séparations des autorités au sein de l'État hôte assure une stabilité véritable et durable.

[908] Thomas W. WÄLDEm "The "Umbrella" (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent" CEPMLP publication /Dundee, 1998, p. 3

ANNEXE

Annexes 1

Model de contrat d concession pétrolier

The Concession

This Deed of Concession is concluded on the _____ Day of _____ 2003 under the Petroleum Law of 1955:

between

The Secretariat of Petroleum (hereinafter called “Secretariat of Petroleum”) and with the approval of the Secretariat

and

……..
(Hereinafter called “The Company”) having its registered office at ……represented by ……who is legally authorized to act on behalf of the Company by virtue of a Power of Attorney dated ……which has been produced by him.

CLAUSE 1

Grant of Concession

In consideration of the undertaking by the Company to make the annual payments and pay the fees, rents and royalties herein after prescribed and to perform and observe the terms and conditions of this Concession, the Secretariat of Petroleum hereby grants to the Company, subject to the conditions hereof and the provisions of the Law, the exclusive right for a period of _____ years to carry out geological investigations, including aerial surveys, and to search for by any other means, bore for, and extract petroleum within and over the area outlined in red on the map annexed hereto of approximately _____square kilometers situated in the _____Zone bounded and defined as follows:

The Company shall have the right to take away such petroleum whether by pipeline or otherwise from the concession area and to use, process, store, export and dispose of the same.

CLAUSE 2

Surrender of Concession Area

In accordance with Article 10 of the Law, the Company shall progressively reduce the area of the Concession and shall have the right at any time to surrender the whole or any part of the concession area.

CLAUSE 3

Renewal of Concession

The Concession may be extended for any period so that the total duration shall not exceed 60 years.

If the Company requires a renewal it shall submit to the Secretariat of Petroleum an application in writing for such renewal not more than five years and not less than three years before the end of the term of his concession.

The Secretariat of Petroleum shall advise the Company of its decision within one year of the receipt of the application.

CLAUSE 4

Working Obligations

(1) The Company shall, within eight months from the date of the grant of this concession, commence operations to explore for petroleum within the concession area and shall diligently prosecute all its operations under the concession in a workmanlike

manner and by appropriate scientific methods. In furtherance thereof the Company shall spend in ..... or elsewhere on, or in connection with, the said operations including general organizational, overhead and administrative expenses connected therewith such sums as may be required in order to comply with the provisions of Article 11 of the Law.

(2) Any sum spent during any of the working periods specified in Article 11 of the Law in excess of the minimum sum prescribed for that period shall be carried forward as a credit to the Company against the expenditure requirements for the following period or periods.

CLAUSE 5

Company to Follow Good Oil Field Practices

The Company shall carry on all its operations under this Concession in accordance with good oil field practices and so that when petroleum is found it shall be produced in reasonably substantial quantities having regard to the world demand for petroleum and economic exploitation of the petroleum resources of the concession.

CLAUSE 6

Surface Rents

The Company shall with respect to each concession granted to it, in accordance with Article 13 of the Law and Clauses 9 (2) of this Concession, pay an annual surface rent per 100 square kilometers or pro rata for part thereof of the concession area held as follows:

i. ( ) ..... Dinars for each of the first eight years from the granting of the concession; and ( ) ..... Dinars for each of the next seven years provided that if at any time during this period of fifteen years petroleum is found in commercial quantities the annual rent shall immediately increase to 2500 ..... Dinars for the remainder of the said period and a pro rata proportion of this increased rent shall be payable in respect of the year in which the find occurs.

ii. 3500 ..... Dinars for each of the five years commencing from the expiry of the fifteenth year to the expiry of the twentieth year from the date of the granting of the concession.

iii. 5000 ..... Dinars a year for the remainder of the concession period.

CLAUSE 7

Royalty

(1) The Company shall pay a royalty of 12.5% of the value of the total field production of all natural gasoline recovered by the Company from the concession area and of all petroleum (excluding natural gas) won and saved into field storage freed of water and foreign substances after deduction of the quantities of any petroleum, petroleum

products and natural gasoline used in ..... by the Company in the course of its operations hereunder.

The value of crude oil for royalty purposes shall be calculated on the basis of the posted prices as defined in Article 14 (5) of the Law.

The value of natural gasoline and of petroleum other than crude oil for royalty purposes shall be calculated in a manner to be agreed upon from time to time between the Secretariat of Petroleum and the Company.

(2) The Company shall also pay a royalty of 12.5% of the sale price less any cost of transport from the Wellhead paid by the Company and not recovered from the purchaser in respect of all natural gas derived from the concession area and sold by the Company for delivery in .....

(3) The Company shall also pay a royalty of 12.5% of the value of all natural gas derived from the concession area and exported by the Company, the value of the natural gas for this purpose being the sale price after deducting any handling charges, duties and imposts and the cost of transport from the Wellhead paid by the Company and not recovered from the purchaser.

(4) The Secretariat of Petroleum shall be entitled by notice in writing to the Company of not less than three months to take in kind the whole or part of the royalty stipulated in this Clause and due in any complete year. Any petroleum or natural gasoline to which the Secretariat of Petroleum entitled by virtue of the exercise of this right shall be delivered by the Company f.o.b. Seaboard Terminal in .....

(5) Sums payable under this concession by way of royalty in respect of any year for the concession area shall be reduced by the amounts paid as surface rent in respect of that year under Clause (6) of this concession, provided that in no case shall the amounts of rent paid be less than LD 2500 per 100 square kilometers or pro rata for part thereof.

CLAUSE 8

Taxation and Division of Profits

The Company shall pay such income tax and other taxes and imposts as are payable under the Laws of ....., but shall not be subject to any form of taxation whether Government or Municipal or other exaction of such nature as to render it liable to

taxation or other dues not payable by persons in general operating in ..... other than fees, royalties and surface rents made payable under this concession and the Law.

Provided that: -

(a) If in respect of any complete year from and after the effective date as hereinafter defined the total amount of fees, rents and royalties except 16.67% of the value of crude oil exported, as herein defined, payable under the Law and income tax and other direct taxes for which the Company is liable in respect of its operations and income therefrom under all petroleum concessions held by it in ..... falls short of 65% of its profits as hereinafter defined for that complete year the Company shall pay to the Secretariat of Petroleum such sum by way of surtax as will make the total of its payments equal to 65% ** of the profits aforementioned.

(b) If in respect of any complete year from and after the effective date the total amount of fees, rents and royalties except 16.67% of the value of crude oil exported, as herein defined, payable by the Company under this concession and the Law and income tax and other direct taxes for which the Company is liable as aforesaid exceeds 65% ** of the said profits of the Company during that complete year, the Company shall be entitled to deduct such excess from the income tax, surtax and other direct taxes payable in that year for following years.

(c) For purposes of paragraphs (1), (2) and (9) of this Clause, *16.67% of the value of crude oil exported shall mean 16.67% of the value calculated on the basis of the applicable posted prices of crude oil exported by the Company in any such complete year and on which royalty is payable by the Company in that year.

(d) For purposes of this Concession crude oil sold by the Company or exported from ..... (which term “for export” as used herein includes export before or after) shall be deemed to be crude oil exported by the Company. With respect to crude oil taken in kind by ..... Government under this Concession and the Law, being in payment by the Company in whole or in part of the royalty stipulated in this Concession and the Law, such crude oil shall be deemed to be crude oil exported by the Company, if such crude oil is delivered to ..... Government by the Company for export.

(2) In applying this Clause: -

“Complete year” means the financial year of the Company. The first year, however, shall include the period from the effective date to the end of the financial year of the

Company and the last year shall include the period from the beginning of the financial year of the company to the termination of this concession.

"effective date" means the date on which the Company first commences regular exports in commercial quantities or regular sales in commercial quantities of petroleum derived from any of its concessions in .....

"profits" for the purpose of paragraph (1) (a) and (1) (b) hereof mean in respect of any complete year after the effective date the income resulting to the Company from its operations in ..... after deducting the following items (a) and (b) in so far as they are fairly, properly and necessarily attributable to the operations of the Company in .....

(a) Operating expenses and overheads the details of which are defined in Regulations excluding the fees, rents, royalties and income tax and other direct taxes referred to in (1) (a) and (1) (b) above.

(b) Depreciation of all physical assets in ..... at the rate of 33⅓% per annum and amortization of all other capital expenditure in ..... at the rate of 5% per annum until such assets and expenditure are fully written off. The unamortised balance of the costs of physical assets permanently put out of use may be deducted in the year when such assets are scrapped or sold.

(3) Exploration and prospecting expenses, intangible drilling costs, as defined by Regulations but only to the extent that such expenses and costs are not incidental to the procurement or installation of physical assets, and the costs of drilling wells not productive or petroleum in commercial quantities may in respect of expenditure incurred after the effective date, be deducted in the year in which the expenditure is incurred under paragraph (2) (a) of this Clause or may be capitalized and amortised as provided in paragraph (2) (b) of this Clause. The Company may either deduct or capitalize each such classification of expenditure. The election once made is final and binding for all time unless the Secretariat of Petroleum in special cases agrees otherwise.

Expenditure capitalized under this paragraph and attributable to areas surrendered under paragraph (1) of Article 10 of the Law may be deducted in the year of surrender in so far as not already amortised.

(4) Nothing in this Clause shall be taken as permitting the deduction under paragraph (2) (a) or (b) of this Clause of the following items of expense in determining the profits for the purpose of paragraphs (1) (a) and (1) (b) hereof.

i) Penalties paid under Article 22 of the Law or any sum forfeited to the Secretariat of Petroleum under Article 11 (3) of the Law.

ii) Foreign taxation paid on income derived from sources within .....

iii) Interest or other consideration paid or suffered by the Company in respect of the financing of its operations in .....

iv) Expenditure incurred in relation to the organizing and initiating of petroleum operations in .....

(5) In applying this clause: -

"Income resulting from the operations of the company in ....." means:

(a) In relation to crude oil exported by the Company from .....: total gross receipts realized by the Company from such export, and such receipts shall not be less than the amount which results from multiplying the number of barrels of such crude oil exported by the applicable posted price per barrel of such crude oil exported less the amounts provided for under (i) and (ii) following:

i) A marketing allowance equal to one-half (1/2) U.S. cent per barrel of such crude oil exported multiplied by the number of barrels of such crude oil exported. Such marketing allowance to be limited to this extent;

ii) An allowance per barrel of such crude oil exported (hereinafter called "the allowance*) which shall be applied to each quality and gravity of all crude oil exported and the maximum rates of which shall be those specified below. The allowance applicable to any quality and gravity of all crude oil exported may be changed from time to time by the Company to whatever rate it elects upon giving to the Secretariat of Petroleum notice in writing of such change provided that the rate so elected shall at no time exceed the applicable rates specified below. A rate so notified shall remain in effect until a further notice of change is given to the Secretariat of Petroleum.

1) The maximum rates of the allowance elected by the Company pursuant to the provision of the immediately preceding paragraph shall be such that:

(a) For the year 1965 the maximum monetary amount of the allowance for each quality and gravity of crude oil exported shall be equal to 7½ % of the applicable crude oil posted price, plus U.S.$ 0.0013235 per barrel for each full degree of API gravity by which such crude oil exceeds 27º API gravity.

(b) For the year 1966 the maximum monetary amount of the allowance for each quality and gravity of crude oil exported shall be equal to, and for the years after 1966 shall not be greater than, 6½ % of the applicable crude oil posted price plus U.S.$ 0.0026470 per barrel for each full degree of API gravity by which such crude oil exceeds 27º API gravity, provided, however, that if this Concession was granted after 1966 such amount shall be that agreed upon by the parties hereto at the time of the grant hereof.

(2) (a) Any reduction in the rate of the allowance applicable to each quality and gravity of crude oil exported by the Company in respect of a year or years after 1966 shall be made in the light of the competitive, economic and market situation of the quality and gravity of such ..... crude oil exported which is expected at the time of such reduction to prevail during the then reasonably foreseeable future as compared with the competitive, economic and market situation of crude oil of such quality and gravity which was exported from ..... in the year this Concession was granted, or, in the event no crude oil of such quality and gravity was so exported in such year, then as compared with the competitive , economic and market situation in such year of ..... crude oil exports generally, and the Company agrees that the allowance shall be eliminated at the time and in the event that its elimination is justified by changes from the competitive, economic and market situation in the year this Concession was granted. Subject to the conditions stated in sub paragraph (b) of this sub paragraph (2), the rate of the allowance applicable to crude oil of any such quality and gravity shall not be changed by the Company after a change is made to a rate greater than the rate of the allowance applicable to crude oil of such quality and gravity immediately prior to such change.

(b) If the Company has reduced the rate of the allowance applicable to any quality and gravity of crude oil as a result of circumstances which in its judgment are extra-ordinary and provided that when making such reductions the Company in notifying the Secretariat of Petroleum of such reductions has referred to this condition, the Company may when such extraordinary circumstances have in its judgment ceased to exist and

notwithstanding any other provision of this sub-paragraph (ii) of this sub-paragraph (a), increase the rate of the allowance applicable to crude oil of such quality and gravity to a rate not greater than that existing immediately prior to such reductions.

(3) If and when a change is requested by the Secretariat of Petroleum in the rate of the allowance applicable in respect of a year or years after 1966 to any quality and gravity of crude oil exported by the Company, the Company shall consult with the Secretariat of Petroleum and consider such data and view put forward by the Secretariat of Petroleum as are relevant to the comparison referred to below in this sub-paragraph (3) and the Company shall then notify the Secretariat of Petroleum of its determination as to the change required if any in the light of the competitive, economic and market situation of crude oil of such quality and gravity which is expected to prevail during such year or years as compared with the competitive, economic and market situation of crude oil of such quality and gravity which was exported from ..... in the year this Concession was granted, or, in the event no crude oil of such quality and gravity was so exported in such, year, then as compared with the competitive, economic and market situation in such year of ..... crude oil exports generally.

(4) If the Company holds a petroleum concession granted before the coming into force and effect of the Decree Law by which the language of this sub-paragraph (4) was incorporated into Schedule II to the Law, and such concession was amended in accordance with the conditions and provisions of the Law as last amended by such Decree law, all references to the term “year this Concession was granted” appearing in sub-paragraphs (2) and (3) above shall be deemed to mean the year in which such concession was thus amended.

(b) In relation to other operations of the Company in ..... the income to be ascertained in a manner to be agreed between the Company and the Secretariat of Petroleum. The value of petroleum or natural gasoline taken as royalty in kind under Article 13 of the Law shall be deemed to be part of such income.

“Posted price” means the price f.o.b. Seaboard Terminal for ..... crude oil of the gravity and quality concerned arrived at by reference to free market prices for individual commercial sales of full cargos and in accordance with the procedure to be agreed between the Company and the Secretariat of Petroleum or if there is no free market for commercial sales of full cargos of ..... crude oil then posted price shall mean a fair price fixed by agreement between the Company and the Secretariat of Petroleum or in default of agreement by arbitration having regard to the posted prices of crude oil of

similar quality and gravity in other free markets with necessary adjustments for freight and insurance[909].

(6) Where in respect of any complete year after the effective date the total of the deductions allowed under paragraph (2) of this Clause for the determination of profits exceeds the income in respect of that year before taking the said deductions the resulting excess shall be carried forward and as far a may be deducted from the profits of subsequent complete years up to a maximum of 10 years.

(7) If the Company participates in joint operations in connection with this concession it may, in respect of such operations, report its rateable proportion of income therefrom and permitted expenses therein and make all permitted elections independently of the other person or person participating in the joint operations, provided that one or more of the persons in the joint operations is carrying out other independent operations in ..... under this Law. Income and permitted expenses so reported may be consolidated with those in respect of other operations being carried out by it in ..... under the Law.

(8) In computing profits as herein defined sound and consistent accounting practices usual in the petroleum industry shall be employed. Where more than one such accounting practice prevails, the Secretariat of Petroleum shall decide which practice is to be applied by the Company.

As soon as practicable after the end of each complete year referred to above and in any event not later than four months after the end of each complete year the Company shall submit to the Secretariat of Petroleum accounts showing that year's profits as defined in this Clause. Simultaneously with the submission of the accounts the Company shall pay to the Secretariat of Petroleum a sum which together with any fees, rents, royalties except 16.67% of the value of crude oil exported, as herein defined, and direct taxes

[909] The Secretary of Petroleum may, in case of change in the circumstances or basis of fixing prices of crude oil or its products in the market, fix the prices of crude oil or its products by a decision from him in whom he takes into account market conditions and ..... crude oil advantages. The Government may, in case the Concession holder objects to such fixing of price, sell crude oil and its products to any purchaser it may choose, on condition that the Concession Holder's income coming from exported crude oil or its products be calculated on the basis of the prices fixed in the decision of the Secretariat of Petroleum.

already paid for the year equals 65% of the profits shown by the said accounts. The Secretariat of Petroleum shall treat this payment as a payment on account of income tax and surtax. If when the actual amounts of income tax and surtax payable have been finally determined the payment on account is less than the total of the income tax and surtax payable the Company shall pay the balance forthwith. If when the actual amount of income tax and surtax payable has been finally determined the payment on account is more than the total of the income tax and surtax payable the balance shall be carried forward and treated as a payment on account of future income tax and surtax.

(10) The Secretariat of Petroleum shall have the right to purchase up to the maximum amount specified below, crude oil from the Company at the Seaboard Terminal in ..... where the Company normally terminals and from where it usually ships such crude oil, for delivery on board ship at such Seaboard Terminal at the following purchase price: the posted price per barrel at such Seaboard Terminal applicable to the quality and gravity of the crude oil so purchased and in effect on the date of commencement of each such delivery less (1) a marketing allowance equal to one-half (1/2) U.S. cent per barrel of the crude oil so purchase, and less (2) the applicable allowance per barrel of the crude oil so purchased referred to in paragraph (5) (a) (ii) of this Clause in effect on the date of commencement of each such delivery.

The maximum amount of such crude oil, which the Secretariat of Petroleum shall have, the right to purchase in any calendar year from the company shall be the difference between:

(1) The volume of such crude oil the value of which at the purchase price specified above equals: 16.67% of the value calculated on the basis of the applicable posted price of crude oil exported by the Company in that year of the gravity and quality purchased by the Secretariat of Petroleum and on which royalty is payable by the Company in such year less 16.67% of the value calculated on the basis of the applicable posted price of the crude oil so purchased by the Secretariat of Petroleum; and

(2) The volume of crude oil taken by the Secretariat of Petroleum in that year as royalty in kind under all the Company's concessions in .....

One hundred and twenty (120) days prior to the commencement of each calendar year in which the calendar year in which the Secretariat of Petroleum wishes to exercise its right to purchase crude oil from the Company as specified above, the Secretariat of Petroleum shall notify the Company in writing of the quantity, quality and gravity of such

crude oil the Secretariat of Petroleum shall purchase in such year. Liftings shall be spread evenly over each calendar quarter, and forty five (45) days notice of arrival of tankers nominated by the Secretariat of Petroleum for such liftings shall be given to the Company by the Secretariat of Petroleum. Liftings at each Seaboard Terminal, if there be more than one, shall be proportionately of the same quantity, quality and gravity as the total quantity of the crude oil delivered f.o.b. at such Seaboard Terminal by the Company during such quarter.

The Secretariat of Petroleum shall pay to the Company for such crude oil so purchased the amount of the purchase price in the currency of the Company's country of origin or in ..... Dinars freely convertible at payment to such amount in such currency, such payment to be made within thirty (30) days after the end of the calendar month in which deliveries of such crude oil so purchased commenced. In the event payment is not made as specified above the Company shall have the right to set off against any sums payable to the Secretariat of Petroleum by the Company under the Law and the Company's concession agreements such past due payments, and, in addition, to suspend further deliveries hereunder until such payment is made by the Secretariat of Petroleum or the obligation therefore is fully discharged by such setoff. The Company shall be deemed to have paid to the Secretariat of Petroleum such sums to the extent of such setoff.

CLAUSE 9

Method of Making Payments

(1) All fees, surface rents, royalties and surtaxes imposed by the application of the Law and income taxes shall be paid to the Public Treasury through the Secretariat of Petroleum. The collection of such sums shall be subject to the procedure provided by the Financial Law and Regulations of .....

(2) The Company shall pay the surface rents specified in Clause (6) hereof annually in advance until such time as royalty becomes payable by the Company under Clause (7) hereof. Thereafter surface rents and royalties shall be calculated in respect of each quarter and shall be paid by the Company to the Secretariat of Petroleum within 60 days after the last day of the quarter. Sums payable by way of royalty under Clause (7) of this concession in respect of any year for a concession area shall be reduced by the amounts paid as surface rent under clause (6) of this concession in respect of that year, provided that in no case shall the amount of rent paid be less than 2500 ..... Dinars annually per 100 square kilometers or pro rata for part thereof.

(3) The total income to the Secretariat of Petroleum and other ..... Government, Municipal and other authorities whether central or local in respect of the production, manufacture, dealings in oil or rights thereto, transport, sale, export shipment and profits and distribution therefrom of crude oil produced in ..... by the Company and/or sold by the Company for export from ..... shall be equal in respect of any complete year to the amount which ..... Government would have been entitled to receive in respect of such year calculated in accordance with the Company's concession agreements, as amended by this decree, wherein this paragraph has been incorporated into the Concession Agreements. In the event any difference or dispute arises concerning this paragraph, such difference or dispute shall be referred to arbitration in accordance with Clause 28 below.

[910]If the Company holds a petroleum concession granted before the coming into force and effect of the Decree Law by which the language of this paragraph (4) was incorporated into Schedule II to the Law, and such concession was amended in accordance with the conditions and provisions of the Law as last amended by such Decree Law, the conditions and provisions of the Law as last amended by such Decree Law, the conditions and provisions of paragraph (4) of Clause 9 of such concession as thus amended are hereby incorporated herein by reference and made an integral part hereof, with the same force and effect as if set forth in full herein.

CLAUSE 10

Exemption from Certain Import and Export Duties

(1) The Company or any contractor employed by the Company may import free of duty: -

Plant, tools, machinery, equipment, supplies and materials; and

(b) Such other goods as may be specified from time to time by Regulations issued under the Customs Law.

Provided that all the goods mentioned in paragraph (a) or (b) above are used for petroleum exploration, prospecting, mining, transporting, refining operations and activities connected therewith.

---

910 NOTE : See Article XII of the Amendment of 20 November 1965.

Provided, however, Such exemption shall not apply to any goods included in this paragraph which are available in ..... of suitable type and reasonably comparable in quality, and at no higher price, provided that in comparing prices to the price of the imported goods shall be added Customs duties and other expenses incurred up to the time the imported goods reach .....

(2) Other goods, which are dutiable under the customs Law, shall be subject to the payment of the appropriate duty.

(3) If the Company or any contractor, as the case may be, intends to sell or transfer any goods which have been imported free of duty under paragraph (1) hereof, a declaration shall be made to the Department of customs before such sale or transfer is effected and, unless such goods are sold or transferred to another company or contractor entitled to the same exemptions, such import duty shall be paid as may be assessed by the Director General of Customs in accordance with the Customs Law.

(4) Petroleum or any of its derivatives produced in ....., and any goods imported free of duty under paragraph (1) hereof may be exported free of Customs duty and without an export license subject to the policy of the Government regarding exports in general and to such restrictions as the Stare may impose by Law on production and exports during a state of war or emergency.

CLAUSE 11

Exchange Control

The Company shall be subject to the normal exchange controls applicable in ..... provided however that:

The Company shall be entitled to retain abroad all funds acquired by it abroad including the proceeds of sales insofar as such funds may exceed the Company's requirements for the purposes of its operations in ....., but statements of foreign exchange holdings or proceeds of sales of ..... petroleum shall be rendered to ..... Central Bank in such form and at such periods as it may require;

(b) The Company shall be entitled to remit any funds held by it in ..... in excess of its requirements in ..... in the primary currency in which the Company's investment in operations under this concession was made, to the country from which the primary currency originated;

(c) The Company shall be entitled to buy and sell solely for the purpose of its own operations in ..... and remittances under paragraph (b) above any currency whether ..... or otherwise at the most favorable rate of exchange available through authorized banking channels to any other buyer or seller in ..... of such currency;

(d) No restriction shall be placed on the importation of funds by the company for the purposes of carrying out its operations under this concession.

CLAUSE 12

Ancillary Rights

For the purpose of its operations under this concession the Company shall have the following rights in the concession area :

(a) With the approval of the Director, to drill for water and impound surface waters and to establish systems for the supply of water for its operations and for consumption by its employees ;

(b) With the approval of the Director, to carry away and use in ..... materials such as gravel, sand, lime, gypsum, stone and clay which shall be free of charge in the case of such materials taken from lands other than private lands;

(c) To erect, set up, maintain and operate houses, fences, engines, machinery, furnaces, buildings, pipelines, storage tanks, compressor stations, pumping stations, processing plant, field road and all other constructions, installations and works required in furtherance of its activities. The Company may likewise for such purposes, erect, set up, maintain and operate all other communication and transportation systems facilities but shall not do so, other than for temporary purposes, unless drawings of and locations for their sites have been submitted to and approved by the Director.

CLAUSE 13

Transport Right

The Company shall have the right for the purpose of its operations to erect and operate a harbor and terminal facilities together with the necessary means of communication and transport between such facilities and any part of the concession area provided that the consent of the appropriate authorities to the location of such works shall be obtained. Such consent shall not be unreasonably withheld or delayed. The Company

shall likewise have the right under similar conditions to build and maintain pipelines elsewhere outside the concession area for the transport of petroleum produced under this concession. In exercising such right the Company may occupy land in accordance with the provisions of Clause (14) hereof and erect and maintain thereon any communication and transportation systems and facilities and other fixtures, which it requires for the installation servicing, maintenance and operation of such pipelines

CLAUSE 14

Right to Occupy Land

(1) The Company shall have the right to enter and occupy free of charge for the purpose of its operations under this concession any land within the concession area other than private land, provided it is not then in the lawful occupation of some person.

(2) If the Company fails to agree with a private landowner or lawful occupier of other than private land as to the terms on which it may enter and occupy the land in question the Company shall immediately notify the Director. If the occupation is to be of a temporary nature, not exceeding one year, the Director shall authorize such temporary occupation upon deposit by the Company with the Secretariat of Petroleum of a sum by way of reasonable compensation to such landowner and/or lawful occupier for loss of use of and damage to the interest in the land as the Director shall determine. If the occupation is to be for a longer period than one year the Secretariat of Petroleum shall authorize occupation by the Company of the land in question upon deposit by the Company with the Secretariat of Petroleum of such sum by way of reasonable compensation as the Secretariat shall determine and the Secretariat shall direct appropriate proceedings to be taken to put the company into possession of the land under the law from time to time in force, as if the company operations were in all respects a work of public utility. In the event of any dispute as to the nature and extent of the interests of claimants to the land or the amount of compensation payable by the Company, the Secretariat of Petroleum shall refer the dispute for determination by an appropriate court of Law and the Secretariat of Petroleum shall pay to or obtain from the company (as the case may be) the amount by which the sum deposited by the Company exceeds or falls short of the total compensation payable to the claimants.

(3) This concession shall not confer upon the Company the right to do any work within the precincts of cemeteries, places used for religious worship and places of antiquity as defined in the Antiquity Law from time to time in force. Any works of art or

antiquity discovered by the Company shall be subject to the law from time to time in force.

(4) No drilling or any dangerous operations can be conducted within 50 meters of any public works or permanent buildings without the previous consent of the Director and subject to such conditions as he may impose.

CLAUSE 15

Company's Labor

Subject to the Provision of any Immigration Laws in force at the time, the Company is hereby allowed to bring into the country such employees as may be necessary for its operations and the competent authorities shall facilitate the entry into exit from and movement within ..... of such employees and their dependents while such employees are engaged on the Company's operations hereunder. The Company shall have the right so to arrange its labor shifts that all operations may proceed by day and by night and during public holidays.

CLAUSE 16

Company's Rights Ensured

(1) The Government of ..... will take all steps necessary to ensure that the Company enjoys all the rights conferred by this Concession. The contractual rights expressly created by this concession shall not be altered except by mutual consent of the parties.

(2) This concession shall throughout the period of its validity be construed in accordance with the Petroleum Law and the Regulations in force at the time of granting the Concession. Any amendment to or repeal of these regulations shall not affect the contractual rights of the Company without its consent.

CLAUSE 17

Savings for Rights of Governments and Others

Nothing in this concession shall be deemed to limit the right to grant concessions in respect of minerals other than petroleum in the concession area, or generally to limit the rights of the Government or any authority or person in the concession area, save as expressly provided herein; provided always that the Company's operations hereunder are not thereby endangered or interfered with nor its rights hereunder prejudiced. The Company shall not obstruct the exercise of any such right, but shall afford the holder

thereof and nay concession holder as aforesaid, every reasonable facility for the exercise of their rights.

CLAUSE 18

Employment and Training of ..... Subjects

(1) Provided that the requisite number having adequate skill and ability is available, the minimum number of ..... subjects employed by the Company in ..... after 10 years from the date of commencement of operations shall have reached at least 75% of the total number of persons employed by the Company in .....

(2) The Company shall as from the date of commencement of regular exports from ..... of petroleum in commercial quantities produced in the concession area make an annual payment to ..... Government of nt less than LD 2500 and not more than LD 5000 which payment shall be applied towards giving ..... subjects such technical training as may be agreed upon by the Director and the Company, in order to fit them for employment in the petroleum industry or in related undertakings, provided however that the Company may each year reduce such payments by the amount which during that year it expended for the training and education of ..... subjects for such purpose in ..... or abroad.

CLAUSE 19

Water Disposal

Plugging of Boreholes and Wells

The Company shall, in accordance with good oil field practices, provide an adequate system for the disposal of its water and waste oil, and shall securely plug all boreholes and wells made by it before they are abandoned.

CLAUSE 20

Reports to be Furnished

(1) The Company shall at its own expense furnish to the Director during the first quarter of each year a report of the progress of its operations in the concession area during the preceding year. This report shall contain:

(a) A statement of the number of bore-holes and wells drilled in search of water, and of the depth of each, with a plan showing their location if the Director so requires;

(b) A statement of any petroleum, water or valuable minerals encountered during the course of the Company's operations;

(c) A statement of all petroleum produced, of gas sold, and of natural gasoline recovered;

(d) A statement of the amount of water produced with the oil and natural gas;

(e) The nature and extent of geological and geophysical surveys carried out;

A general survey of the operations, and;

(g) A statement showing the number of ..... subjects and nationals of other countries employed by the company in .....

(2) The Company shall furnish to the Director not less than 30 days before the end of each year a statement of the general program it intends to carry out during the following year.

(3) The Company shall keep accurate financial records of its operations under the concession which records shall be open to inspection by the appropriate authorities.

(4) The Company shall furnish such further information relating to its operations in the concession area as the Director shall reasonably require.

(5) The Company shall keep accurate geological and geophysical plans, maps and records relating to the lands within the concession area.

(6) On the discovery of oil or gas, the Director shall immediately be informed of such discovery.

(7) All information furnished by the Company under this Clause shall (except with the consent in writing of the Company) be treated as confidential.

CLAUSE 21

Inspection

The officials appointed by decision of the Secretary of Petroleum, shall have the right to enter the premises of the company and inspect its work, books, registers and papers to ensure the proper implementation by the company of the provisions of the law, The regulations and the decisions issued for its implementations and the provisions of this concession.

CLAUSE 22

Measurement of Petroleum

The Company shall measure and record by methods customary in good oil field practice all petroleum and natural gasoline produced and saved by the Company within the concession area as if freed of water and other foreign substances. The Director or any officials designated by him shall be entitled to attend such measuring and to examine and test the accuracy of the appliances employed therein and to examine the records thereof. The Company shall assist such official in the performance of his duties under this Clause. If any such measuring appliance shall at any time discovered to be inaccurate, the same shall, if the Director so decides, be deemed to have existed in the condition for a period of 90 days prior to the discovery of such inaccuracy, or for the period elapsed since the last occasion upon which the same was examined and tested, whichever shall be the less, and the Company's records shall be adjusted accordingly.

CLAUSE 23

Address of Local Manager

The Company shall before commencing operations furnish to the Director the name and address of the Manager of the Company's operations under this concession. Any notice required to be served on the Company shall be sufficiently served if delivered at, or sent by registered post to, the Manager at such address.

CLAUSE 24

Force Majeure

Failure by the Company to carry out any of the provisions of this Concession shall not give rise to any claim or be deemed to be a breach of this Concession, if it be shown that

the failure has arisen from Force Majeure, namely Acts of God, insurrection, riots, war, strikes of workmen, or any other unforeseen circumstances beyond the control of the Company. If by reason of Force Majeure the fulfillment by the Company of any of the terms and conditions of this Concession or the enjoyment of its rights under the Concession is delayed, the period of such delay shall be added to the period fixed herein for such fulfillment or enjoyment.

CLAUSE 25

Assignment

This concession shall not be assigned except with the written consent of the Secretariat of Petroleum, which may impose any conditions that it may deem appropriate in the public interest.

CLAUSE 26

Right to Remove Property

On the surrender of any area and on the expiration or earlier determination of this concession, the Company shall, except as hereafter in this clause provided, be entitled to remove all its property of whatever nature situated within the surrendered area or the concession area as the case may be. Well casings and wellheads may not however be removed unless adequate protective measures are taken to the satisfaction of the Director. Fixtures necessary to control the flow of gas or liquid from the wellhead may not be removed without the approval of the Director. No taxes, duties or charges whatsoever other than any specifically made payable hereunder, shall be imposed in connection with such removal. The Director, may however, within a period of 30 days following any surrender or expiration or earlier determination, elect to purchase any property which theretofore was used by the Company solely and exclusively in connection with its operations within the surrendered area or the concession area. Such purchases will be made at a fair price to be determined by agreement between the Director and the Company. Failing such agreement the matter shall be referred to an independent expert or panel of experts as may be agreed between the Director and the Company. Such panel shall consist of one member to be appointed by the Director, another member to be appointed by the Company and a third member to be chosen by the two members appointed. The expert or the panel, as the case may be, shall determine what, in the circumstances, is a fair price for the property. The wells, and any well casings, wellheads and fixtures not removed as aforesaid shall be handed over to

the Director free of charge within 30 days following the surrender or expiration or earlier determination. The director may require the company to restore the surface of the land to a reasonable condition in accordance with good oil field practice, taking into account normal wear and tear causes by the company's operations thereon.

CLAUSE 27

Revocations

(1) The Secretariat of Petroleum may, by notice in writing to the Company, revoke this Concession in the following circumstances, but not otherwise:

(a) The Company fails to commence operations within 8 months as required by Clause (4) or fails to meet its expenditure obligations within each of two consecutive periods specified in Article 11 (1) (a) and (b) of the Law; or

(b) Any surface rents or royalties payable under this concession are in arrears for six months after the date on which they ought to have been paid in accordance with Clause (6) and Clause (7); or

(c) The Company goes into liquidation except voluntarily for the purpose of reconstruction or amalgamation, or a receiver is appointed; or

(d) The Company fails to perform its obligations under Clause (2) or Clause (25); or

(e) Any sum awarded against the company in arbitration proceeding under the following clause has not been paid within 90 days of the date stipulated in the award.

Provided that the Secretariat of Petroleum shall give the Company previous notice in writing of the breach and require the Company to remedy the breach and pay compensation where appropriate within the period fixed by the Secretariat of Petroleum which shall not be less that 90 days; notice of revocation shall only be given if the company has failed within the specified period to remedy the breach and pay compensation where appropriate.

(2) Whenever the Company disputes the grounds upon which the revocation may be based and requests arbitration under Clause 28 hereof, the revocation shall only become effective subject to and in accordance with the result of the arbitration.

(3) Revocation shall be without prejudice to any liability incurred by the Company before revocation.

CLAUSE 28

Arbitration

(1) If at any time during or after the currency of this Concession any difference or dispute shall arise between the Government and the Company concerning the interpretation or performance hereof, or anything herein contained or in connection herewith, or the rights and liabilities of either of such parties hereunder and if such parties should fail to settle such difference or dispute by agreement, the same shall, failing any agreement to settle it any other way, be referred to two Arbitrators, one of whom shall be appointed by each such party, and an Umpire who shall be appointed by the Arbitrators immediately after they are themselves appointed.

In the event of the Arbitrators failing to agree upon an Umpire within 60 days from the date of the appointment of the second Arbitrator, either of such parties may request the President, or if the President is a national of ....., or of the Country where the Company was incorporated, the Vice President, of the International Court of Justice to appoint the Umpire.

(2) The institution of Arbitration proceedings shall take place upon the receipt by one of such parties of a written request for Arbitration from the other which request shall specify the matter in respect of which Arbitration is required and name the Arbitrators appointed by the party requiring Arbitration.

(3) The party receiving the request shall within 90 days of such receipt appoint its Arbitrator and notify this appointment to the other of such parties failing which such other party may request the President or, in the case referred to in paragraph (1) above, the Vice President of the International Court of Justice to appoint a Sole Arbitrator and the decision of a Sole Arbitrator so appointed shall be binding upon both such parties.

(4) If the Arbitrators appointed by such parties fail to agree upon a decision within 6 months of the institution of Arbitration proceedings or any such Arbitrator becomes unable or unwilling to perform his functions at any time within such period, the Umpire shall then enter upon the Arbitration. The decision of the Arbitrators, or in case of a difference of opinion between them, the decision of the Umpire, shall be final. If the

Umpire of the Sole Arbitrator , as the case may be, is unable or unwilling to enter upon or complete the Arbitration, then, unless such parties otherwise agree, a substitute will be appointed at the request of either such party by the President or, in case referred to in paragraph (1) above, the Vice President of the International Court of Justice.

(5) The Umpire however appointed or the Sole Arbitrator shall not be either a national of ..... or of the Country in which the Company or any Company which directly or indirectly controls it was incorporated nor shall he be or have been in the employ of either of such parties or of the Government of ..... or of any such Country as aforesaid.

The Arbitrators or, in the event they fail to agree within 60 days from the date of appointment of the second Arbitrator, then the Umpire, or, in the event of a Sole Arbitrator is appointed, then the Sole Arbitrator, shall determine the applicability of this Clause and the procedure to be followed in the Arbitration.

In giving a decision the Arbitrators, the Umpire or the Sole Arbitrator, as the case may be, shall specify an adequate period of time during which the party to the difference or dispute against whom the decision is given shall conform to the decision and such party shall not be in default if that party has conformed to the decision prior to the expiry of that period.

(6) The place of Arbitration shall be such as may be agreed by such parties and in default of agreement between them within 120 days from the date of institution of arbitration proceedings as specified in paragraph (2) above, shall be determined by the Arbitrators or, in the event the arbitrators fail to agree within 60 days from the date of appointment of the second Arbitrator, then by the Umpire, or in the event a Sole Arbitrator is appointed, then by the Sole Arbitrator.

(7) This Concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of law of ..... common to the principles then by and in accordance with the general principles of law, including such of those principles as may have been applied by International Tribunals.

(8) The costs of the Arbitration shall be borne by such parties in such proportion and manner as may be provided in the decision.

CLAUSE 29

Interpretation

(1) Words defined in the text of the petroleum Law 1955 shall have the same meaning in this Concession.

(2) In this Concession:

"the law" means the Petroleum Law of 1955;

"the Director" means the Director of Technical Department;

"land" means territory under the control and jurisdiction of ..... and includes marshes, ground underlying lakes or rivers and the seabed and subsoil beneath territorial waters and the high seas contiguous thereto;

"concession area" means the area over which for the time being the Company enjoys the rights conferred upon it hereunder;

"crude oil" means any unrefined oil consisting primarily of hydrocarbons;

"natural gasoline" means any liquid hydrocarbon obtained from natural gas by any chemical or physical process;

"natural gas" means any subsoil gas consisting primarily of hydrocarbons;

"quarter" means a three month period of a year beginning of 1 January, 1 April, 1 July or 1 October, as the case may be.

CLAUSE 30

Fees

This Concession is granted on payment of a fee of LD(……) ……. .Signed ……For The Secretariat of Petroleum

Signed _____

The Secretariat

Signed _____
For the Company
Company's Seal

Date _____

Corresponding to _____

Annexes 2

EXPLORATION AND PRODUCTION SHARING AGREEMENT

BETWEEN

NATIONAL OIL CORPORATION

AND

……..

AND

……..

Contract Area… Blocks …

THIS AGREEMENT is made and entered into the ……. day of ……....., 1374, corresponding to the ……. day of ……., 2006, by and between NATIONAL OIL CORPORATION (hereinafter referred to as "NOC" or “First Party”), a corporation established by Law No. 24 of 1970, as amended, reorganized under Decree No. 10/1979 of the General Secretariat of the General People's Congress of the Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya ("XXX"), and having its principal office at Bashir Sadawi Street, Xxx, XXX, and

1) …… (hereinafter referred to as "……."), a corporation established under the laws of the …… and having a branch registered in the Commercial Register of Xxx, XXX, under No. having an office at ……., Xxx, XXX; and

2) …….. (hereinafter referred to as "….."), a corporation established under the laws of …… and having a branch registered in the Commercial Register of Xxx, XXX, under No. having an office at ……., Xxx, XXX.

Both …… and …… hereinafter being collectively referred to as Second Party.

WITNESSETH:

WHEREAS, Law No. 25 of 1955, as amended, establishes that all Petroleum existing and being within the statutory mining territory of XXX are national riches of the State;

WHEREAS, NOC has the exclusive right and authority to explore for, develop and produce Petroleum in and throughout the Contract Area described in Exhibit "A" hereto;

WHEREAS, by virtue of Decree No. 10/1979 issued by the General Secretariat of the General People's Congress of XXX on the 12th day of Ramadan, 1388, corresponding to the 5th day of August, 1979, First Party is authorized and empowered to enter into this Agreement subject to and effective upon the approval of the General People's Committee of XXX;

WHEREAS, Second Party acknowledges that it is fully familiar with the laws and regulations of XXX and has the means to maintain such familiarity during the term of this Agreement;

WHEREAS, …….. and ……. each hold an undivided participating interest share in Second Party of …… percent (….%) and ……. percent (…..%) respectively; and

WHEREAS, First Party and each company comprising Second Party recognize and acknowledge that each other party hereto is entering into this Agreement in its own name and in its capacity as a legal entity empowered to contract on its own behalf and each party accepts that no person or entity other than any other party hereto may be liable or responsible for such other party's obligations hereunder, except in the event of an express written guarantee such as the guarantee set forth in Exhibit "D" hereto.

NOW, THEREFORE, for and in consideration of the mutual covenants, conditions and obligations herein contained, the Parties agree as follows:

ARTICLE 1
DEFINITIONS

The following definitions of certain words and terms used in this Agreement shall apply (in both singular and plural forms) for purposes of this Agreement:

1.1 “Abandonment”

means, the abandonment activities, including but not limited to: the plugging and abandonment of wells, the decommissioning and removal of all plants and facilities and the restoration of sites used for Petroleum Operations hereunder to a standard required under the laws and regulations of and in accordance with Good Oilfield Practices.

1.2 “Affiliate”

means, with respect to any party hereto, any other legal entity that, directly or indirectly, controls, is controlled by or is under common control with such party.

”Control” means the ownership, directly or indirectly, of 50% or more of the voting shares or voting rights of such entity.

1.3 “Agreement”

means this instrument, including all exhibits attached hereto, all of which are hereby made a part hereof.

1.4 “Appraisal Operations”

means the appraising by all appropriate means of the limits and production capacity of a Field, including, without limitation: geological and geophysical surveys; drilling of Appraisal Wells, reservoir and other studies (including the reports and studies referred to in Article 9 hereof), and all auxiliary operations and activities required or expedient for the better conduct or result of the above activities.

1.5 “Appraisal Well”

means any well drilled in the Contract Area whose purpose at the time of commencement of drilling is the determination of the extent or volume of Petroleum reserves contained in a Discovery within a single geological feature.

1.6 “Associated Gas”

means Natural Gas which existed or exists in a reservoir in solution with Crude Oil, or as free gas cap gas.

1.7 “Barrel”

means a quantity or unit of Crude Oil equal to forty-two (42) United States gallons at standard conditions (sixty (60) degrees Fahrenheit, 14.7 psi).

1.8 “Block”

means a division of the Contract Area as described in Exhibit "A" hereto. In the event that the Contract Area is composed of a single block, then reference to a block under this Agreement shall refer to the entire Contract Area.

1.9 “Budget”

means a cost estimate of all items included in a Work Program.

1.10 “Calendar Quarter”

means a period of three (3) consecutive months according to the Gregorian calendar starting on 1 January, 1 April, 1 July or 1 October.

1.11 “Calendar Year”

means a period of twelve (12) months according to the Gregorian calendar commencing on any January 1st and ending on the following December 31st.

1.12 “Commercial Production Start Date”

means the date when regular production starts for the purpose of the line fill and commercial use of such production.

1.13 A “Commercial Discovery”

will have been made:

(a) with respect to Crude Oil, if and at the time that the Management Committee decides to proceed with the development of a Field or combination of Fields pursuant to Article 10.1 herein, where one or more Discoveries of Crude Oil have been made, or

(b) with respect to Non-associated Gas, if and at the time that the Management Committee decides to proceed with the development of a Field or combination of Fields pursuant to Article 13.3.3 herein, where one or more Discoveries of Non-associated Gas have been made.

1.14 "Contract Area"

means the entire area described in Exhibit "A" hereto, as the same may be amended in accordance with Article 3.2 hereof.

1.15 "Contract Year"

means a period of twelve (12) consecutive months according to the Gregorian calendar counted from the Effective Date or any anniversary thereof.

1.16 "Crude Oil"

means crude petroleum oil and all other hydrocarbons, regardless of gravity, produced at the well in liquid form by ordinary production methods and which are not the result of condensation of gas.

1.17 "Development Expenditures"

means any and all costs, expenses and liabilities of or relating to Development Operations.

1.18 "Development Operations"

means any and all operations carried out in accordance with a Development Plan, conducted with a view to developing a Field or Fields in which a Commercial Discovery has been made, including, without limitation: the drilling of wells; primary and subsequent recovery projects and pressure maintenance; the engineering, surveys, building and erecting or laying of production plants and facilities (including, without limitation: separators; compressors; generators; pumps and tankage; gathering lines; pipelines; and all facilities required to be installed for production, pressure maintenance, and treatment, storing and transporting of Petroleum, and loading Petroleum into seagoing tankers); the obtaining of such materials, equipment, machinery, articles and supplies as may be required or expedient for the above activities; and all auxiliary operations and activities required or expedient for the better conduct or result of the above activities.

1.19 "Development Plan"

means a time scheduled program specifying Development Operations required to develop an increment of producing capacity in a particular Field or Fields, such as initial, intermediate or complete Field Development, a Field extension, or a secondary or other subsequent recovery project.

1.20 A "Discovery"

will have been made when Petroleum has been found as a result of the drilling, completing and testing of a New-Field Wildcat Well.

1.21 "Effective Date"

means the date of approval of this Agreement by the General People's Committee of XXX.

1.22 "Excess Associated Gas"

means the Associated Gas available after deduction of the quantities of Associated Gas required for Petroleum Operations.

1.23 "Exploitation Area"

means such number of Sectors within the Contract Area covering the whole extension of the underlying structures or stratigraphic closures defining the reservoir or pay zone of any Field or Fields where a Commercial Discovery has been made.

1.24 "Exploitation Capital Expenditures"

means, with respect to any Exploitation Area and/or facilities relating thereto, all capital expenditures incurred after the Commercial Production Start Date, including but not limited to, development drilling, acquisition of physical assets related to Petroleum Operations, and construction of new facilities.

1.25 "Exploitation Operations"

means any and all activities carried out in an Exploitation Area, and/or facilities relating thereto, after the Commercial Production Start Date, including, without limitation, petroleum engineering, operating, servicing, repairing and maintaining any and all wells, plants, equipment, pipelines, terminals and all other installation facilities.

1.26 "Exploitation Operations Expenditures"

means any and all costs, expenses and liabilities of or relating to Exploitation Operations and all auxiliary activities required or expedient for the better conduct or result of the activities excluding Exploitation Capital Expenditures.

1.27 "Exploitation Period"

means the period of twenty five (25) years commencing from the end of the Exploration Period and any extension thereof.

1.28 "Exploration and Appraisal Expenditures"

means any and all costs, expenses and liabilities of or relating to Exploration Operations and Appraisal Operations.

1.29 "Exploration Operations"

means any and all operations conducted with a view to discovering Petroleum, including, without limitation: any and all activities necessary to commence operations; any and all topographical, hydrographical, geological, geophysical, aerial and other surveys and activities (including interpretations, analyses and related studies) having as a scope the subsurface investigation for the proper location of New-Field Wildcat Wells; the drilling of shot holes, core holes and stratigraphic test holes; the spudding, drilling, testing, coring, logging and equipping of New-Field Wildcat Wells; the obtaining of such material, equipment, machinery, articles and supplies as may be required or expedient

for the above activities; and all auxiliary operations and activities required or expedient for the better conduct or result of the above activities.

1.30 "Exploration Period"

means the period of five (5) Contract Years commencing on the Effective Date and any extension thereof.

1.31 "Exploration Program"

means the minimum exploration program specified in Exhibit "B" hereto.

1.32 "Field"

means one or several petroleum reservoirs that are related to a single geological feature and their projection(s) on the ground surface.

1.33 "Good Oilfield Practices"

means those practices, methods, standards, and procedures generally accepted and followed by prudent, diligent, skilled and experienced operators in petroleum exploration, development and production operations and which, at the particular time in question, in the exercise of reasonable judgment and in light of facts then known at the time a decision was made, would be expected to accomplish the desired results and goals.

1.34 "Libor"

means the London Inter-Bank Offered Rate at which U.S. Dollar deposits for three (3) months are offered in the Inter Bank market in London as quoted by the British Bankers Association for the day or days in question.

1.35 "Liquid Hydrocarbon By-Products"

means any hydrocarbon liquid excluding LNG resulting from processing of Natural Gas.

1.36 "Liquefied Natural Gas" or "LNG"

means Natural Gas in a liquid state at or below its point of boiling and at or near atmospheric pressure.

1.37 "Management Committee"

means the committee to be appointed under Article 4.1 hereof.

1.38 "Maximum Efficient Rate" or "MER"

means the maximum rate, according to Good Oilfield Practices, at which oil or gas can be produced without excessive decrease of reservoir pressure or loss of reservoir energy.

1.39 "Natural Gas"

means any and all hydrocarbon substances which are or would be in gaseous or vaporous form at atmospheric pressure and temperature, regardless of their status in the reservoir.

1.40 "New-Field Wildcat Well"

means a hole drilled on a geologic structure or in a geologic environment where Petroleum has not yet been discovered.

1.41 "Non-associated Gas"

means Natural Gas other than Associated Gas and Residue Gas.

1.42 "Operator"

means such entity as may be appointed pursuant to Article 5 hereof to serve as Operator with responsibility for carrying out Petroleum Operations in the Contract Area subject to and under the provisions of this Agreement. If, in accordance with the provisions of Article 5 hereof, more than one Operator exist at any time under this Agreement, references herein to the term "Operator" shall be to each Operator with respect to the parts of the Contract Area in which it conducts Petroleum Operations.

1.43 "Operating Account"

means the operating account defined in the Accounting Procedure attached hereto as Exhibit (C).

1.44 "Operator's Management Committee"

means the committee to be appointed under Article 5.2 hereof.

1.45 "Party"

means First Party or Second Party.

1.46 "Petroleum"

means Crude Oil, Natural Gas, solid petroleum (such as asphalt, ozokerite, petroliferous rocks and petroleum shale) and all other hydrocarbon substances that may be found in and produced or otherwise obtained and saved from the Contract Area.

1.47 "Petroleum Law"

means the ..... Petroleum Law No. 25 of 1955, as it has been and may be amended from time to time, and all regulations thereunder.

1.48 "Petroleum Operations"

means any and all Exploration Operations, Appraisal Operations, Development Operations, Exploitation Operations and Abandonment, as well as any other operation or activity related thereto and authorized or contemplated hereunder.

1.49 "Petroleum Operations Expenditures"

means any and all costs, expenses and liabilities of or related to Petroleum Operations hereunder. Provided, however, that, notwithstanding anything in this Agreement to the contrary, (i) no costs, expenses or liabilities incurred prior to the Effective Date shall constitute Petroleum Operations Expenditures and (ii) no interest expenses or other financing charges of any nature incurred by Second Party shall constitute Petroleum Operations Expenditures.

1.50 "Residue Gas"

means the gaseous hydrocarbons remaining after the processing of Natural Gas and deduction therefrom of commercial substances.

1.51 “Sector”

means a subdivision of a Block covering an area of one (1) minute in latitude by one (1) minute in longitude.

1.52 “Signature Date”

means the date on which this Agreement is signed by the Parties.

1.53 “U.S. Dollars" or "U.S.$”

means dollars of the United States of America.

1.54 “Work Program”

means a statement itemizing the Petroleum Operations to be carried out in the Contract Area pursuant to this Agreement during any Calendar Year or part thereof.

ARTICLE 2
SCOPE

This Agreement is an exploration and production sharing arrangement with respect to the Contract Area. The Parties recognize that this Agreement does not award ownership rights over Petroleum "in situ" in the Contract Area, but relates to providing of: (i) technical and financial resources for Petroleum Operations in the Contract Area, (ii) the manner in which such Petroleum Operations are to be conducted and (iii) the allocation of Petroleum produced and saved under this Agreement from the Contract Area.

ARTICLE 3
TERM

3.1 Term of Agreement

Subject to the terms and conditions of this Agreement, the term of this Agreement, shall be composed of the Exploration Period and the Exploitation Period. If commercial production continues during the last three (3) years before the end of the term, Second Party may request an extension of the term of this Agreement for a reasonable time. First Party may, at its sole discretion, approve such a request subject to terms and conditions to be agreed upon between the Parties.

3.2 Early Termination

At the end of the Exploration Period, only the Exploitation Area(s) shall be retained under this Agreement, and this Agreement shall terminate in respect of all other parts of the Contract Area. The Exploration Period may only be extended in the following cases:

a) If a New-Field Wildcat Well(s) is being drilled or tested at the end of the Exploration Period, then the Exploration Period shall be extended for a sufficient period of time to complete the drilling and testing, if any, of such well(s).

b) If a Discovery has been made within six (6) months prior to the end of the Exploration Period but there has not been sufficient time to conduct adequate Appraisal Operations thereof prior to the end of the Exploration Period, then the Exploration Period shall be extended for the Block(s) in which such Discovery was made for a period of time, sufficient to conduct such Appraisal Operations, not to exceed two (2) years.

c) If a Discovery or Discoveries have been made and properly appraised according to Article 9, in particular 9.1, which, by themselves, are not sufficient to allow a declaration of Commercial Discovery to be made ("Previous Discoveries") but which with the Discovery being appraised under b) above which could render the Previous Discoveries commercial, then the Exploration Period with respect to the Previous Discovey(ies) shall be, upon request of the Second Party, extended for the Block(s) covering the Field to which the Previous Discoveries, in whole or in part relate to, for the same period of time under b) above in order to submit a combined final appraisal report according to Article 9.2.
d) By agreement of the Parties for an initial period of one (1) year. If at the end of the Exploration Period, the Management Committee is still considering declaring a Commercial Discovery and approving a Development Plan related thereto pursuant to Article 10.1. If the Management Committee does not adopt a Development Plan within such initial period, then such period may be extended by agreement of the Parties for a period not exceeding three (3) years.
e) With respect to Non-Associated Gas, Article 13.3 herein shall apply.

3.3 Withdrawal by Second Party

3.3.1 Second Party shall have the right, upon one (1) month's prior notice to First Party, to withdraw from this Agreement at any time during the Exploration Period, provided that the Exploration Program has been properly completed or Second Party has paid to First Party the amounts specified in Article 8 hereof for the number of kilometres of seismic survey not executed and the number of well(s) not drilled.

3.3.2 Second Party shall have the right upon one (1) year prior notice (the "Notice Period") to First Party to withdraw from this Agreement with respect to any Exploitation Area at any time during the term of this Agreement. At the end of the Notice Period, this Agreement shall terminate with respect to such Exploitation Area and any outstanding amounts owed by Second Party with respect to such Exploitation Area shall become immediately due and payable to First Party.
During the Notice Period, Second Party shall continue to enjoy all its rights under this Agreement, provided that, Second Party satisfies all obligations and liabilities it has incurred prior to its withdrawal, including, without limitation, any expenditures budgeted and/or approved by the Management Committee prior to its notification of withdrawal, and any liability for acts, occurrences or circumstances taking place or existing prior to the effective date of its withdrawal. Furthermore, any liens, charges and other encumbrances which Second Party placed on its interest prior to its withdrawal shall be fully satisfied or released, at its expense, prior to its withdrawal. Second Party's withdrawal shall not relieve it from liability to First Party with respect to any obligations or liabilities attributable to Second Party which are not identified or identifiable for a period of time not exceeding fifteen (15) years after withdrawal.

ARTICLE 4
MANAGEMENT COMMITTEE

4.1 Appointment of Management Committee

Petroleum Operations in the Contract Area shall be conducted under the control and supervision of a Management Committee composed of four (4) members, two (2), including the chairman, to be appointed by First Party, and two (2) to be appointed by Second Party. The Management Committee shall be formed not later than one (1) month after the Effective Date. Each Party shall notify the other of the members of the Management Committee it appoints.

4.2 Decisions

The Management Committee shall make all important decisions relating to Petroleum Operations, including, without limitation, the approval of Work Programs and Budgets prepared by Operator for Petroleum Operations. Decisions of the Management Committee shall be made by the unanimous vote of its members. Decisions of the Management Committee may be made by correspondence if the members of the Management Committee have indicated their approval of a decision in such correspondence.

In case of a deadlock, the Management Committee shall refer the matter to the senior management of the Parties. In case the Parties reach an agreement, the Management Committee shall convene and adopt a decision reflecting such agreement.

Without prejudice to the provisions of Article 10.3 hereof, the decisions of the Management Committee shall be final and binding on the Parties and shall be implemented with due diligence by Operator.

4.3 Meetings

4.3.1 The Management Committee shall meet at least twice per Calendar Year upon a call by the chairman giving not less than twenty (20) days' notice to the other members, or shorter notice in a case requiring urgent action. Such call shall specify the proposed time, place and agenda of the meeting.

Any member of the Management Committee may request an extraordinary meeting by notice to the chairman, specifying the agenda and the time of the meeting. The chairman shall, after consultation with the other members of the Management Committee, call for the extraordinary meeting observing the requirements for calling a meeting set forth above unless waived by unanimous agreement of all members.

All meetings of the Management Committee shall require the presence of all members in person or through a proxy. Any and all costs related to the Management Committee meetings shall be charged to the Operator.

4.3.2 The Operator shall be generally responsible, in consultation with the chairman of the Management Committee, for preparation of the agenda and supporting documents for each meeting of the Management Committee and for preparing and keeping minutes of the meetings and decisions. Copies of such minutes shall be forwarded to each Party.

4.3.3 Observers from each Party may be invited to attend the meetings of the Management Committee in a non-voting capacity.

4.3.4 The Parties shall have the right to inspect the records of the Management Committee at any time.

4.4 Procedures

The Management Committee shall adopt such procedures as it deems appropriate regarding the conduct of its meetings and the form of its decisions.

ARTICLE 5
OPERATOR

5.1 Operator during Exploration Period

5.1.1 ..... is hereby appointed and agrees to serve as Operator on behalf of the Parties with responsibility for carrying out Exploration and Appraisal Operations and Abandonment related to such operations in accordance with the terms of this Agreement under the control and supervision of the Management Committee. In its

capacity as Operator, ... shall not enjoy any profit or suffer any loss, except as provided in Article 5.9 hereof.

5.1.2 In the event that ..... in its capacity as Operator commits a material breach of its duties as Operator under this Agreement during the Exploration Period (including, without limitation, its duty to implement decisions of the Management Committee) and fails to remedy such breach within ninety (90) days from receipt of a notice from First Party detailing such breach, then First Party may remove the Operator and appoint another operator to carry out Petroleum Operations under this Agreement upon written notice to Second Party. In such case the replacement Operator may be one of the other companies comprising Second Party, subject to First Party approval.

5.2 Operator during Exploitation Period

5.2.1 After the first declaration of a Commercial Discovery by the Management Committee, the Parties shall enter into a shareholders agreement substantially in the form attached as Exhibit "G" hereto and form a Joint Operating Company ("JOC") to be established in a jurisdiction to be agreed upon. The JOC shall act as Operator for the Development Operations, Exploitation Operations and Abandonment for and on behalf of the Parties according to an operating agreement substantially in the form attached as Exhibit "H" hereto. The JOC shall be managed by an Operator's Management Committee which will be entrusted with the management of the affairs and the running of the day-to-day business of the JOC under the control and supervision of the Management Committee. The organisation and functional divisions of the JOC shall be agreed upon by the Parties. Each member of the Operator's Management Committee shall be responsible for a functional division or more as may be agreed upon by the Parties.

Unless the Parties otherwise agree, or a substitute Operator has been appointed under Article 5.1.2, ... shall continue to act as Operator for all parts of the Contract Area which remain outside the Exploitation Area(s).

5.2.2 The Operator's Management Committee shall be composed of three (3) members, two (2), including the chairman, to be appointed by First Party and one (1) to be appointed by Second Party. The members of the Operator's Management Committee may not be at the same time members of the Management Committee.

5.2.3 Any meeting of the Operator's Management Committee shall require the presence of all members in person or through a proxy. Decisions of the Operator's Management Committee shall be made by simple majority vote of its members.

5.2.4 The Operator's Management Committee shall adopt such procedures as it deems appropriate regarding the conduct of its meetings and the form of its decisions and shall keep records containing minutes of its meetings clearly stating the resolutions and decisions adopted and the manner of the voting.

5.3 Removal of JOC

Notwithstanding the foregoing, First Party may, if warranted by general circumstances such as regional or national planning or restructuring of petroleum activities, decide to remove the JOC and replace it with any other related entity to act as Operator to carry out Petroleum Operations hereunder.

5.4 Second Party rights

The removal of the Operator for all or part of the Contract Area pursuant to Article 5.1.2 or Article 5.3 shall not in any way affect the rights or obligations of ..... in its capacity as a company comprising Second Party under this Agreement.

5.5 Obligations of Operator

Throughout the term of this Agreement, Operator shall conduct the Petroleum Operations diligently and continuously and shall be governed in accordance with the applicable provisions of the Petroleum Law and all other applicable laws and regulations of the XXX, in particular laws and regulations concerning the protection of health, safety and environment.

In addition to all other obligations of Operator set forth elsewhere in this Agreement, Operator shall have the following obligations:

(a) to conduct Petroleum Operations in the Contract Area in a manner consistent with Good Oilfield Practices;

(b) to purchase or lease all material, equipment, machinery, articles and supplies required to be purchased or leased pursuant to the Work Program, subject to the prior consent of the Management Committee in case the aggregate value of the purchase or lease contract exceeds the amount of one million U.S. Dollars (U.S.$ 1,000,000);

(c) to prepare and submit Work Programs to the Management Committee and to implement the Work Programs adopted by the Management Committee, by appropriate scientific methods and in the most efficient and economic manner;

(d) to keep the Parties informed of the course of all Petroleum Operations under this Agreement and to provide the Parties with progress reports on the Petroleum Operations for each Calendar Quarter;

(e) to conduct an assessment of the impact of each planned Petroleum Operations on the environment in the relevant part of the Contract Area and submit to the Management Committee prior to the commencement of such Petroleum Operations a detailed assessment report containing the measures required to be taken to ensure that the conduct of the Petroleum Operations does not cause damage to the environment;

(f) to permit representatives of the Parties to inspect at all reasonable times the conduct of Petroleum Operations under this Agreement;

(g) to maintain in XXX full original records of all technical operations under this Agreement and to submit to the Parties, in a format and media as may be required by them, copies of all original geological, geophysical, cuttings, cores, magnetic tapes, drilling reports, fluid samples, well production data and such other data and reports as it may compile or obtain during the term of this Agreement;

(h) to keep the accounts of the Petroleum Operations hereunder in ..... Dinars and in U.S. Dollars and in such manner as to present a fair, clear and accurate record of the Petroleum Operations Expenditures;

(i) to properly use Petroleum produced from the Contract Area for Petroleum Opertions; and

(j) to procure and maintain insurance satisfactory to the Management Committee, including, without limitation, insurance against loss or damage resulting from blowouts.

5.6 Contractors

Operator may engage contractors to carry out any part of the Petroleum Operations authorized under this agreement; provided, however, that

(a) Operator has obtained the approval of the Management Committee for standard terms and conditions of contracting;

(b) Operator has obtained the specific prior written consent of the Management Committee in any case where the total contract price for the Petroleum Operations to be carried out by a contractor exceeds one million U.S. Dollars (U.S.$ 1,000,000); and

(c) Operator shall at all times use ..... contractors, provided that they are competitive in terms of performance, price and availability.

5.7 ..... Personnel and Training

5.7.1 Operator shall hire ..... nationals to carry out Petroleum Operations in the Contract Area. Except that in cases where specialized technical personnel or key management positions are required and not available among ..... personnel, Operator may hire non-..... nationals to carry out such Petroleum Operations.

5.7.2 Operator shall prepare and submit to the Management Committee for approval an annual training program. The objective of which is to enable ..... personnel to fill posts of higher responsibility and to replace any non-..... personnel in the areas of specialization for which such non-..... personnel were hired. The annual budget allocated for such training program shall be sufficient to cover all costs associated with twenty four (24) man-months of the training per Calendar Year during the Exploration Period and shall not be less than ten percent (10%) of the manpower cost during each year of the Exploitation Period. For the purpose of this Article, manpower costs means the total direct and indirect costs associated with the Operator's employees.

5.8 Priority to Local Supplies and Services

Operator shall be obliged to spend at least fifty percent (50%) of its approved Budget on supplies, equipment and services available locally.

5.9 Liability

Operator shall not be liable to the Parties for losses, damages or claims of any kind except in the event of gross negligence or wilful misconduct, provided that in no event shall Operator be liable for any indirect or consequential loss or damage.

ARTICLE 6
COMMENCEMENT OF PETROLEUM OPERATIONS

Operator shall commence Exploration Operations hereunder not later than six (6) months from the Effective Date.

ARTICLE 7
WORK PROGRAMS AND BUDGETS

7.1. Preparation by Operator and Approval by Management Committee

As soon as possible after the Effective Date as regards the remaining portion of the relevant Calendar Year and, thereafter, at least two (2) months prior to the beginning of each succeeding Calendar Year, Operator shall prepare and submit to the Management Committee for approval a Work Program and Budget for the Contract Area and a tentative Work Program and Budget for the ensuing two (2) Calendar Years during the Exploration Period and the ensuing four (4) Calendar

Years during the Exploitation Period, setting forth the Petroleum Operations which Operator plans to carry out during such Calendar Years. The Management Committee may make such modifications in each such Work Program or Budget as it deems appropriate, and shall notify the Operator and the Parties of each Work Program and Budget as so modified and approved.

7.2 Expenditures by Operator

Operator shall carry out each Work Program approved by the Management Committee within the limits of the Budget approved therefor and shall not undertake any operations not included in an approved Work Program or make any expenditures not budgeted in an approved Budget, except as follows:

(a) Operator is authorized to make such excess expenditures, provided, however, that the aggregate amount of such excess expenditures shall not exceed the lesser of ten percent (10%) of the approved Budget or ten million United States Dollars (US $10,000,000) in any Calendar Year; and provided, further, that such excess expenditures shall be reported promptly by Operator to the Management Committee for approval.

(b) Operator is authorized to make expenditures for Petroleum Operations not included in an approved Work Program and not provided for in an approved Budget, up to but not exceeding in the aggregate of five hundred thousand U.S. Dollars (U.S.$ 500,000); provided, however, that such expenditures shall be reported promptly to the Management Committee by Operator.

(c) In case of emergency, Operator may make such immediate expenditures as it deems necessary for the protection of life, environment and property. Such emergency expenditures shall be reported promptly to the Management Committee by Operator and shall be considered as legitimate costs as if they had been approved by the Management Committee.

ARTICLE 8
SECOND PARTY'S MINIMUM EXPLORATION COMMITMENT

Second Party undertakes, as a minimum exploration commitment, to complete the Exploration Program in accordance with Good Oil Field Practices. In the event that Second Party has not completed the Exploration Program by the earlier of (i) the end of the Exploration Period or (ii) the date of any termination of this Agreement, then Second Party shall pay to First Party, not later than thirty (30) days after such earlier time, an amount equal to the sum of:

(a) ……. U.S. Dollars (U.S. $ ……) times the number of kilometers of two dimensional (2D) seismic survey not completed; and

(b) …… U.S. Dollars (U.S. $ ……) times the number of square kilometers of three dimensional (3D) seismic survey not completed; and

(c) ……. U.S. Dollars (U.S. $ ……) times the number of wells not drilled.

If Second Party fails to pay, when due, any amount owed to First Party under this Article 8, then (in addition to all other rights, powers and remedies provided to First Party hereunder or otherwise) interest shall accrue on such unpaid amount at the rate of Libor plus one and a half percent (1.5%) per annum, payable on demand.

ARTICLE 9
APPRAISAL

9.1 Appraisal Operations and Preliminary Appraisal Report by Operator

Not later than three (3) months after making a Discovery of Crude Oil, Operator shall submit to the Management Committee a preliminary report containing:

a) the results of the drilling of the Discovery well; and

b) a proposed appraisal program, together with the time frame for the conduct thereof.

As soon as possible after the approval of the appraisal program, Operator shall commence the corresponding Appraisal Operations.

9.2 Final Appraisal Report

Within six (6) months after the completion of the appraisal program, Operator shall prepare and submit a final appraisal report to the Management Committee containing:

(a) the relevant technical data pertaining to the Field where the Discovery was made, including, but not limited to: topographical, geological, geophysical and soil test information; the thickness of the producing zones; the depths of the different gas and/or fluids contacts; the petrophysical properties of reservoir rocks; a PVT data analysis of reservoir and separator fluids and gases; the characteristics and relevant analysis of the Petroleum discovered; and depth, pressure and other characteristics of the reservoir and the fluids contained therein;

(b) an estimate of the original hydrocarbons in place and the ultimate recovery from the reservoir;

(c) the forecasted MER of the individual wells and the reservoir;

(d) a feasibility study for the development of the Field or Fields where the Discovery or Discoveries were made, which shall include an economic analysis based (generally, among other factors) on reasonable forecasts, year-by-year, of production profile, investments required, revenues and operating costs, a gas utilization scheme for the Associated Gas which includes i) use in Petroleum Operations, ii) commercialisation of the Excess Associated Gas; and iii) storage or disposal of the Excess Associated Gas according to the laws and regulations;

(e) any opinions expressed by third party experts entrusted to perform operational, technical and economic studies relating to the Discovery; and

(f) any other relevant facts relied upon by the Operator and conclusions drawn therefrom.

ARTICLE 10

DECLARATION OF COMMERCIAL DISCOVERY OF CRUDE OIL AND SOLE RISK

10.1 Review by Management Committee and Declaration of Commercial Discovery.

The Management Committee shall examine the final appraisal report provided for in Article 9.2 and any other data it may obtain, within a hundred and eighty (180) days and any extensions the Management Committee may agree upon, to determine whether to proceed with the development of the Field or Fields where one or more Discoveries have occurred. The Management Committee shall be entitled to obtain opinions, reports and studies, including a feasibility study, from independent third parties. If the results of the final appraisal report or the independent third parties opinion shows that:

i) the proceeds from the sales of the quantities of Crude Oil forecasted to be produced are sufficient to recover the Petroleum Operations Expenditures, royalty and taxes and allow for a reasonable return on investment; and

ii) the gas utilization scheme is in conformity with the laws and regulations,

then such Discovery or Discoveries shall be considered commercial. In such an event, unless the Second Party decides to withdraw from the Agreement with respect to such Discovery or Discoveries, the Management Committee shall declare a Commercial Discovery and adopt a Development Plan with respect to such Field

or Fields, and immediately notify the Parties thereof. The JOC shall implement the approved Development Plan without unreasonable delay.

10.2 Subsequent Development Plan

The Management Committee may from time to time adopt subsequent Development Plan(s) with respect to a Commercial Discovery. The Operator shall prepare and submit to the Management Committee a subsequent Development Plan which shall be sufficiently detailed and comprehensive in scope to provide a basis for calculating Development Expenditures and determining Work Program and Budget requirements. The subsequent Development Plan should demonstrate that the proceeds from the sales of the quantities of Crude Oil forecasted to be produced is sufficient to recover the Petroleum Operations Expenditures, royalty and tax and allow for a reasonable return on investment. If such subsequent Development Plan is approved by the Management Committee, Operator shall implement such subsequent Development Plan without unreasonable delay.

10.3 Sole Risk

10.3.1 Sole Risk by First Party

If the Management Committee members representing Second Party vote against any subsequent Development Plan for a Commercial Discovery presented by the Operator to enhance or maintain reservoir performance and/or reserves, First Party shall have the right, upon thirty (30) days notice served after the date of the Management Committee meeting in which the Second Party voted against the adoption of such subsequent Development Plan, to begin implementing, through Operator the said subsequent Development Plan at its sole cost and for its sole benefit. As of the date of start up of regular production from such subsequent Development Plan as notified by First Party, Second Party shall:

a) cease to have any interest or receive any benefit from the respective Field;
b) cease to participate in any Management Committee or Operator Management
Committee meetings with respect to such Field; and
c) continue to receive all technical and financial reports produced by the Operator for a period of time not exceeding one (1) year as stipulated in Article 10.3.2.

10.3.2 Rejoining by Second Party

Second Party shall have the option to rejoin in such subsequent Development Plan to be exercised not later than one (1) year from the date of start up of regular production from such subsequent Development Plan. The rejoining shall become effective upon, a) giving notice to that effect to First Party, and b) payment to First Party of an amount equal to Second Party's share of Development Expenditures (determined as per the terms of this
Agreement) related to such subsequent Development Plan plus interest to be calculated at the rate of Libor plus five (5) percentage points. It is understood that such interest shall not be considered as Petroleum Operations Expenditures for Second Party and shall not be recovered under this Agreement. Second Party shall be deemed to have forfeited its share of production for the period prior to its rejoining becoming effective.

ARTICLE 11
PRODUCTION PROGRAMS – LIFTING- MAKE-UP OF UNDERLIFTINGS

11.1 Production Programs

Six (6) months prior to the first Commercial Production Start Date of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products, Operator shall present to the Management Committee for its consideration and approval a production program stating the quantities of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products which Operator estimates will be produced and delivered to the Parties during the period from the anticipated Commercial Production Start Date to the end of the relevant Calendar Year. Thereafter and so long as the Agreement remains in effect, Operator shall, not later than six (6) months before the end of each Calendar Year, present a similar production program for the following year to the Management Committee for its consideration and approval. Each production program shall be suitably detailed and divided into such periods as may be requested by the Management Committee. The Management Committee shall promptly inform the Parties of each approved production program.

11.2 Lifting

First Party and each company comprising Second Party shall have the right and obligation to take in kind and separately sell or otherwise dispose of its total share of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products in accordance with Article 12. After a Commercial Discovery has been declared by the Management Committee, the Parties and the Operator shall meet as soon as practicable to agree upon and enter into a separate detailed agreement governing the nomination of tankers and lifting of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products produced hereunder. Such agreement shall include, inter alia, the following:

(a) an obligation of First Party and each company comprising Second Party to lift its share of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products produced hereunder regularly throughout each Calendar Year;
(b) notification procedure by Operator to First Party and each company comprising Second Party concerning availability of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By- Products for lifting by each Party during each lifting period;
(c) procedures for nomination of tankers by First Party and each company comprising Second Party for the lifting of all or part of its share of the available Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products in each lifting period; and
(d) the right of First Party and each company comprising Second Party to lift any available Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products not scheduled for lifting and/or not lifted by the other Party during each lifting period, subject to Article 11.3 hereof.

11.3 Underlifting

In the event that during any given Calendar Quarter the quantity of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products offtaken by either Party is less than the quantity of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products such Party (referred to in this Article 11.3 as the "Underlifting Party") is entitled to offtake under Article 12 (the difference between such quantities being referred to in this Article 11.3 as the "Shortfall") and the Shortfall exceeds five hundred thousand (500,000) Barrels, then the Underlifting Party shall make up the Shortfall by offtaking over and above its share of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products produced, ten percent (10%) of the Shortfall per month during each of the succeeding ten (10) months out of the other Party's share of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products produced. Provided, however, that such other Party shall not, in any month, suffer under this provision a reduction of its share of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products produced in such month, exceeding twenty percent (20%) of such share. Any quantity not made up pursuant to the above provisions of this Article

11.3 shall be treated in a manner to be agreed upon by the Parties.

ARTICLE 12
SHARING PETROLEUM PRODUCTION

12.1 Allocation of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon By-Products and Natural Gas

For any Calendar Year or part thereof; Crude Oil, Liquid Hydrocarbon By-Products and Natural Gas produced under this Agreement ("Production") shall be allocated
to the Parties as follows:

12.1.1 First Party Allocation
100% of Production less Second Party allocation according to Article 12.1.2 below shall be allocated to First Party.
12.1.2 Second Party Allocation
a) ….. percent (…. %) of Production shall be allocated to Second Party for cost recovery until the cumulative value (determined in accordance with Article 12.3)
of such allocation equals the cumulative Petroleum Operations Expenditures incurred by Second Party including its share of the Petroleum Operations Expenditures of such Calendar Year. Thereafter any excess of such allocation to Second Party, hereinafter referred to as "Excess Petroleum", shall be allocated as provided in Article 12.1.2(b).
b) Second Party's allocation of Excess Petroleum shall be determined by applying the following formula:
"Base Factor" multiplied by "A Factor" multiplied by "Excess Petroleum"
where
(i) the Base Factor at the indicated levels of the average total daily production of Crude Oil and Liquid Hydrocarbon by-Product, in Barrels, for the relevant Calendar Year shall be:

Portion of average total daily production (Barrels per day)	Base Factor
1 - 20,000 b/d	…..
20,001 - 30,000 b/d	…..
30,001 - 60,000 b/d	…..
60,001 - 85,000 b/d	….. more than 85,000 b/d ….

The Base Factor for Natural Gas shall always be equal to one (1).
(ii) the A Factor at the indicated ratios of the cumulative value (determined in accordance with Article 12.3) of Production received by Second Party over the cumulative Petroleum Operations Expenditures incurred by Second Party shall be:

Ratio	A Factor
equal to 1.0 but less than or equal to 1.5	….. more than 1.5 but less than or equal to 3.0
….. more than 3.0 but less than or equal to 4.0	….. more than 4.0 …..

For purposes of this Article 12.1.2(b) (ii), the ratio applied to each Calendar Year shall be the ratio prevailing as of December 31 of the immediately preceding Calendar Year.
c) Allocations made under a) and b) above shall be revised and adjusted each Calendar Quarter during the current Calendar Year on the basis of the actual relevant data pertaining to the preceding Calendar Quarter.

12.2 Accounts

Operating Account records shall be maintained in ..... Dinars and in U.S. Dollars. For purposes of this Article 12, Petroleum Operations Expenditures incurred by Second Party shall be determined according to that part of the Operating Account records which is maintained in U.S. Dollars and shall refer only to the actual costs and expenses paid by Second Party (determined on cash rather than an accrual basis, except for the Abandonment provisions).

12.3 Valuation

12.3.1 For the purposes of determining the value of Crude Oil received by Second Party, the monthly weighted arithmetic average of the market price realized by the First Party on the world market (in arms' length trading between non-Affiliates) for the same Crude Oil or similar crude shall be applied.

Where the Crude Oil produced from Contract Area is of insufficient quantities and therefore is blended with other Crude Oil(s) to comprise blended stocks which do have a market price(s), then such market price(s) of the blended stock shall be applied.

12.3.2 For the purpose of determining the value of Natural Gas received by Second Party, the actual selling price according to the gas sales agreement(s) shall be used.

12.3.3 For the purpose of determining the values of the Liquid Hydrocarbon By-Products, received by Second Party, the monthly weighted arithmetic average of the market price realized by the First Party on the world market (in arms' length trading between non-Affiliates) for the same Liquid Hydrocarbon By-Products shall be applied.

Where Liquid Hydrocarbon By-Products produced from Contract Area are blended with other Liquid Hydrocarbon By-Products to comprise blended stocks which have a market price(s), then such market price(s) of the blended stock shall be used.

Where Liquid Hydrocarbon By-Product is blended into Crude Oil, then Article
12.3.1 shall apply to the blended stock.

12.4 Illustration

For illustrative purposes a sample allocation determined in accordance with this
Article 12 is attached to this Agreement as Exhibit "E" and made a part hereof.

12.5 Taking in Kind

a) First Party and each company comprising Second Party shall be entitled to take, receive, export and dispose of its respective portion of Production in kind; provided that, First Party shall have the first right of refusal to purchase all or
part of the Second Party's share of Production under this Agreement which is traded on the world market, subject to the Parties mutually agreeing in advance on prices and procedures applicable thereto.

b) First Party and each company comprising Second Party shall take and receive its respective share of Production hereunder at the delivery point to the transportation system or at such other point as the Parties may agree.

12.6 Production Rate

The production rate shall be set by the regulatory body in XXX. In the event that the production rate is set below the MER of the individual wells and the reservoir, any reduction shall be allocated amongst the producing companies then operating in XXX prorata according to their respective production rates, and the Parties shall consider an extension of the term of this Agreement for a reasonable period of time not to exceed five (5) Contract Years.

ARTICLE 13

NATURAL GAS

13.1 General

The provisions of this Agreement applicable to Crude Oil shall apply "mutatis mutandis" to Natural Gas unless otherwise specified herein.

13.2 Excess Associated Gas

13.2.1 If the proposed Development Plan submitted to the Management Committee provides for the commercialization of Excess Associated Gas, then upon approval of such Development Plan:

(a) The Parties (as sellers) shall endeavour to conclude with buyers a long-term gas sales agreement(s) incorporating the principles set forth in Article 13.4.

(b) When such gas sales agreement(s) is concluded, Operator shall commence implementation of the Development Plan and construct the necessary facilities, such as, but not limited to, the gathering, treating, compressing, transporting and processing facilities required for the production and delivery to the delivery point of Excess Associated Gas as specified in the Development Plan or as may be otherwise agreed to in the gas sales agreement(s).

13.2.2 If the Management Committee does not declare a Commercial Discovery for a Discovery of Crude Oil containing Excess Associated Gas due to lack of a gas utilization scheme, then First Party shall have the option to take the Excess Associated Gas, free of charge, at the delivery point which is immediately after the gas oil separation plant(s). If the Management Committee then declares a Commercial Discovery: a) Operator shall operate the separation facilities which will permit the delivery as aforesaid; b) Costs of such operation shall be considered Exploitation Operations Expenditures; and c) First Party shall be responsible for the gathering at the delivery point specified in this Article 13.2.2, compressing and transporting of said Excess Associated Gas and shall bear all costs related thereto. Any receipt and disposition of such Excess Associated Gas by First Party shall be carried out in accordance with Good Oilfield Practices in a manner which will not unreasonably interfere with the Petroleum Operations regarding the said Commercial Discovery.

If First Party does not exercise the aforesaid option, the Parties shall meet to discuss an appropriate alternative.

13.3 Non-associated Gas

13.3.1 Without prejudice to Article 3.2a), If at the end of the Exploration Period the Management Committee decides not to proceed with Appraisal Operations for a Discovery due to lack of a gas exploitation scheme, then the Exploration Period, notwithstanding Article 3.2b) and c), shall be extended with respect to such Discovery and any other Discoveries that may have been made in the Contract Area for a period not to exceed five (5) years. During such extension, Second Party shall submit to the Management Committee a bi-yearly assessment for a gas exploitation scheme. After such extension, this Agreement shall terminate with respect to such Discovery unless an appraisal program is approved by the Management Committee; in such event, the Exploration Period shall be deemed extended for the duration of the Appraisal Operations.

13.3.2 If the Management Committee decides to proceed with Appraisal Operations, Operator shall without delay implement the appraisal program as approved by the Management Committee and prepare and submit to the Management Committee the final appraisal report according to Article 9.2, taking into consideration Article

13.4 below.

(a) The Management Committee shall review the final appraisal report according to Article 10.1 and decide whether the development and production of the Non- associated Gas is feasible.

(b) If the Management Committee decides that development and production of the Non-associated Gas is feasible, then it shall declare a Commercial Discovery and instruct the Operator to prepare a Development Plan and submit to the Management Committee for approval which shall include in addition to the information contained in Article 9.2(d), a FEED study as required and a final gas sales agreement(s), according. to Article 13.4 below.

13.3.3 If the Management Committee approves the Development Plan, Operator shall not commence Development Operations under the approved Development Plan until such time as a gas sales agreement(s) has been executed.

13.3.4 If Second Party approves a Development Plan for a Discovery or Discoveries of Non-associated Gas but First Party does not approve such Development Plan, then this Agreement shall remain in force for the remaining term of this Agreement with respect to the Exploitation Area as identified in the proposed Development Plan.

13.3.5 If the Management Committee decides that development and production of the Non-associated Gas is not feasible and does not approve the Development Plan or Second Party decides not to proceed with the Development Plan, then this Agreement shall terminate with respect to such Discovery or Discoveries.

13.4 Gas Sales Agreement(s)

In case of a Discovery or Discoveries of Non-Associated Gas and/or availability of Excess Associated Gas, the Parties shall negotiate a gas sales agreement(s) with buyer(s), taking into consideration the legislation any regulations applicable to the target markets.

The disposition of Natural Gas under a long–term gas sales agreement(s) between the Parties (as sellers) and a buyer(s) of such Natural Gas shall, unless otherwise agreed by the Parties, incorporate the following principles:

13.4.1 The Parties (as sellers) shall have the obligation to deliver the Natural Gas to the delivery point specified in the gas sales agreement, where the Natural Gas shall be metered.

13.4.2 The commencement of Natural Gas deliveries and the date by which buyer's facilities will be ready to accept deliveries of Natural Gas shall be specified in the gas sales agreement.

13.4.3 Pricing provisions shall be no less favorable than those applicable to gas sales into the same market and originating from competing sources, including, without limitation, if applicable:

(a) base price reflecting the value of competing fuels in the marketplace which shall be in line with the level prevailing in the region for similar sales, taking into account appropriate location differential;

(b) an adjustment formula based on acceptable indicators of competing energy fuels in the market place and/or other appropriate indices such as inflation;

(c) an acceptable combination of a floor price and a "Take–or–Pay" commitment from a buyer so as to ensure the economic viability of the Development Plan; and

(d) a price revision clause to provide for regular review of the pricing provisions to ensure that the resulting contractual price remains competitive in the marketplace.

13.4.4 If the Natural Gas is marketed pursuant to Article 13.5, the "Take–or–Pay" provision shall at least be applicable until the ratio for determining the "A-Factor" according to Article 12.1.2(b) (ii) exceeds 1.25.

13.4.5 Payment for Natural Gas shall be made by the buyer(s) at intervals provided for in the relevant gas sales agreement and shall provide for bank or other appropriate guarantees of amounts owed to the Parties hereunder.

13.5 Natural Gas for Domestic Use

13.5.1 The Parties agree to give priority to supply the domestic market in XXX from all or part of the Natural Gas produced under this Agreement.

13.5.2 The Parties (as sellers) and First Party or another local buyer shall proceed in good faith to negotiate a gas sales agreement incorporating the principles set forth in Article 13.4 and the price shall be stipulated in accordance with Article 13.4.3 less fifteen percent (15%).

For the purpose of determining the values of fuel oils referred to in the gas sales agreement for local market, the following shall be used:

(a) low sulphur fuel oil (1% sulphur) shall be valued as cargo CIF MED, basis Genova-Lavera monthly average (Platt's) high/low quotations as published in Platt's Oilgram;

(b) high sulphur fuel oil (3.5% sulphur) shall be valued as cargo CIF MED, basis Genova-Lavera monthly average (Platt's) high/low quotations as published in Platt's Oilgram; and

(c) gas oil (0.2% sulphur) shall be valued as cargo CIF MED, basis Genova- Lavera monthly average (Platt's) high/low quotations as published in Platt's Oilgram.

If Platt's as defined in Articles 12.3.3 and 13.5 ceases to be published or substantially changes the basis for pricing the products referred to in such Articles, either Party may request changes of the pricing quotes referred to in such Articles.

Second Party's share of the Natural Gas sold under the agreement referred to in Article 13.5.2 shall be paid by the local buyer in U.S. Dollars or other freely convertible currency or in kind from crude(s) and/or Liquid Hydrocarbon by- Products.

13.6 Transportation and Processing Agreement

The Parties shall endeavour to utilize any surplus capacity that can be made available in pipeline systems and/or processing facilities and reasonably adjacent to Contract Area(s) and shall enter into Natural Gas transportation and processing agreements with the owners of such pipelines and/or facilities. First Party shall warrant that the terms and conditions of such agreements, to the extent such facilities are owned or controlled by First Party, shall not be less favorable than those granted to other shippers or users of the processing facilities, if any, all according to the Petroleum Law.

ARTICLE 14
COSTS AND EXPENSES

14.1 Costs and Expenses of Petroleum Operations

14.1.1 All costs, expenses and liabilities incurred for Exploration and Appraisal Expenditures, and Abandonment as per Article 26.1 shall be borne by Second Party.

14.1.2 All costs, expenses and liabilities incurred for Development Expenditures, Exploitation Capital Expenditures and Abandonment resulting from Development Operations and Exploitation Operations shall be shared between the Parties, fifty percent (50%) by First Party and fifty percent (50%) by Second Party.

14.1.3 Exploitation Operations Expenditures shall be shared between the Parties, ……. percent (……%) by First Party and …….. percent (…%) by Second Party.

14.1.4 Costs, expenses and liabilities incurred for Petroleum Operations, other than costs, expenses and liabilities as per Articles 14.1.1,14.1.2 and 14.1.3 above shall be shared between the Parties …… percent (….%) by First Party and …….. percent (…..%) by Second Party.

14.2 Determination of Costs and Apportionment by Management Committee

Costs, expenses and liabilities incurred for Petroleum Operations shall be determined in accordance with the Accounting Procedure attached hereto as Exhibit "C". Costs, expenses and liabilities incurred for Petroleum Operations but not directly attributable to Abandonment, Exploration Operations, Appraisal Operations or Development Operations, shall be apportioned by the Management Committee among the Fields and/or among the various operations and/or classes of costs in accordance with generally accepted accounting principles.

14.3 Head Office Overhead Charges

Head office overhead may be charged by the Second Party to the Operator; provided, however, that:
(i) the allocation method for such overhead charges is the same as that used for the parent company's global operations and such allocation method is certified by the parent company's external auditor to be accurate and according to generally accepted accounting principles ; and

(ii) such charges do not in any Calendar Year exceed the lesser of a) two percent (2%) of the Petroleum Operations Expenditures of the Operator for such Calendar Year or b) the sum of five hundred thousand U.S. Dollars (U.S.$ 500,000).

14.4 Calls for Funds

After the declaration of a Commercial Discovery, Operator shall be entitled to make to First Party and each company comprising Second Party calls for the funds (“Cash Calls”) to be contributed by such Party according to the Budget approved by the Management Committee and pursuant to the provisions of this Article 14, and First Party and each company comprising Second Party shall pay to Operator its share of the funds called as specified in the Accounting Procedure attached hereto as Exhibit “C”.

14.5 Default in Contribution of Funds

If First Party or any company comprising Second Party fails to pay its share of any Cash Call, when due, such party shall be in default (“Defaulting Party”) and Operator shall notify the Parties thereof. The non-Defaulting Party(ies) shall have the right to advance to Operator any and all amounts the Defaulting Party has not paid. Any such advance shall be considered as a loan by the non-Defaulting Party(ies) to the Defaulting Party and shall bear interest at the rate per annum equal to Libor plus one and a half percent (1.5%) per annum from the date such advance is received by the Operator in addition to any actual handling costs. In case the Defaulting Party is a company comprising Second Party, priority shall be given to non-defaulting company(ies) comprising Second Party to advance to Operator any and all amounts such Defaulting Party has not paid and the Defaulting Party shall not be deemed to be in default of this Agreement.

In the event that the Defaulting Party does not repay all such amounts to the non-Defaulting Party(ies), together with interest accrued thereon, within ninety (90) days from the date on which such amounts were advanced by the non-Defaulting Party(ies), the non-Defaulting Party(ies) shall have the right to offtake and own the Defaulting Party's share of production from the Contract Area up to the time when such offtaken production, valued at the market price prevailing on the date of lifting by the non-Defaulting Party(ies), equals the aggregate of such amounts, together with interest accrued thereon.

ARTICLE 15
BONUSES AND MANNER OF PAYMENTS

15.1 Bonuses

15.1.1 Signature Bonus

Second Party shall pay to First Party, within thirty (30) days after the Effective Date of this Agreement, as a signature bonus, a lump sum amount of …… US Dollars (US$ ……);

Such signature bonus shall not be considered as Petroleum Operation Expenditures and shall not be recovered under this Agreement.

15.1.2 Production Bonus

Second Party shall pay to First Party a production bonus as follows:

a) an amount of one million US Dollars (US $1,000,000) to be paid in respect of each Commercial Discovery within thirty (30) days after Commercial Production Start Date of such Commercial Discovery; and

b) an amount of five million US Dollars (US $5,000,000) upon achieving cumulative production of one hundred million (100,000,000) Barrels of oil equivalent from each Commercial Discovery and thereafter, an amount of three million US Dollars (US $3,000,000) upon achieving each additional thirty million (30,000,000) barrels of oil equivalent.

All payments under this Article 15.1.2 shall be made within thirty (30) days after the date of achieving the relevant cumulative production.

The production bonus shall not be considered as Petroleum Operation Expenditures and shall not be recovered under this Agreement.

15.2 Manner of Payments to First Party

All payments due to First Party under this Agreement shall be made in U.S. Dollars or any freely convertible currency as requested by First Party or in ..... Dinars converted at the official buying rate of exchange for such currency issued by the Central Bank of XXX on the day on which such payments are paid. Such payments shall be made without setoff, counterclaim, or deduction of any nature.

ARTICLE 16
TITLE TO PURCHASED ITEMS

Material, equipment, machinery, articles and supplies ("Material") purchased by Operator during the Exploration Period shall become the property of First Party when first actually used in Petroleum Operations. Operator shall have the right to use such Material for Petroleum Operations under this Agreement free of charge.

Material not used in Petroleum Operations by the end of the Exploration Period shall remain the property of the Second Party and shall only be charged as Petroleum Operations Expenditures when used during Exploitation Period, subject to Article 3.2 of Exhibit "C".

Material purchased by Operator during the Exploitation Period shall become the property of First Party (a) immediately after purchase if purchased within XXX and (b) when landed at ..... ports of import if purchased outside XXX.

Income from the sale or use by a third party of Material which becomes the property of First Party according to this Article, shall belong exclusively to First Party.

ARTICLE 17

TECHNICAL ASSISTANCE AND SERVICES BY THE PARTIES AND AFFILIATES

First Party and each company comprising Second Party shall furnish, and shall cause their Affiliates to furnish, all assistance, including technical assistance, personnel (subject to the provisions of Articles 5.6 and 5.7 hereof), training and services, as may be requested by the Operator in connection with Petroleum Operations hereunder. All technical assistance and service contracts or arrangements of any nature shall be subject to the approval of the Management Committee.

ARTICLE 18

DATA

18.1 Use of Data

Second Party shall have the right to use and have access to all geological, geophysical, drilling, well production, well location maps and other information held by First Party related to the Contract Area, free of charge, and areas adjacent to the Contract Area, in consideration of the payment of fees as declared by NOC from time to time.

18.2 Title to Data

First Party shall have title to all original data resulting from Petroleum Operations under this Agreement, including, but not limited to: geological, geophysical, petrophysical and engineering data; well logs and completion status reports; and any other data Operator may compile or obtain during the term of this Agreement. Second Party is entitled to retain and use a copy of all such data, subject to Article

18.3 Confidentiality

Second Party acknowledges the proprietary rights of First Party in all data referred to in this Article 18 and agrees to treat all such data as confidential.

Each company comprising Second Party may disclose any such information to its employees to the extent required for efficient conduct of Petroleum Operations, provided such individuals have signed an undertaking relating to the confidentiality of the information as part of their employment contract or to Affiliates and consultants, or to bona fide prospective assignees of rights under this Agreement or to banks or financial institutions from which finance is sought, provided that such company comprising Second Party obtains from such entities prior to disclosure a written confidentiality undertaking. In the case of disclosure to prospective assignees, any disclosure of such information shall require the prior written consent of First Party, which consent shall not be unreasonably withheld.

Each company comprising Second Party may disclose information as and to the extent required by a regulatory or judicial authority having proper jurisdiction over such company comprising Second Party, provided that First Party is notified of such disclosure and the information disclosed.

Each company comprising Second Party's obligation of confidentiality under this Article 18.3 shall be of a continuing nature and shall not be cancelled by the expiration, suspension or termination of this Agreement.

ARTICLE 19
RENTS, ROYALTY AND INCOME TAXES

19.1 Royalties and Taxes

19.1.1 Each company comprising Second Party shall be subject to royalty and corporate income tax imposed by the Petroleum Law under this Agreement.

19.1.2 First Party agrees to meet and discharge any royalty and corporate income tax obligations relating to each company comprising Second Party's share of production as imposed by the Petroleum Law.

Each company comprising Second Party shall prepare the corporate income tax declaration as required by the Petroleum Law and submit same to First Party for review and audit one month prior to the due date for submitting the declaration to the relevant tax authority. First Party shall notify such company comprising Second Party of any comments thereon, in which event such company comprising Second Party shall prepare a revised corporate income tax declaration incorporating such comments and submit same to First Party prior to the due date mentioned above. First Party shall process the tax declaration and obtain a tax certificate from the competent tax authority in the name of each company comprising Second Party, substantially in the form attached hereof as Exhibit "F". Such certificate shall promptly be delivered to each company comprising Second Party

For the purpose of corporate income tax and royalty calculations, the official selling price of XXX shall be used for calculating the revenue derived from disposal of Crude Oil, the actual selling price according to the gas sales agreement(s) shall be used for calculating the revenue derived from disposal of the Natural Gas and for calculating the revenue derived from disposal of Liquid Hydrocarbon by-Products, the prices referred to in Article 12.3.3 shall be used.

19.2 Customs Duties

Second Party shall be exempt from customs duties according to the Petroleum Law.

19.3 Rentals and Fees

Second Party shall be exempt from payment of rentals and fees with respect to the Contract Area.

19.4 Other Income

For purposes of determining ..... taxes and other ..... Governmental charges due from Second Party, Second Party shall not be allowed to charge costs incurred under this Agreement against income realized under other agreements; nor shall income under this Agreement be consolidated with income from other activities.

ARTICLE 20
BOOKS, ACCOUNTS AND AUDITS

20.1 Operator's Responsibility for Books and Accounts

Operator shall be responsible for keeping complete books and accounts reflecting costs, expenses and liabilities of Petroleum Operations under this Agreement, consistent with Good Oilfield Practices as described in the Accounting Procedure attached hereto as Exhibit "C".

20.2 Audits

Each Party shall have the right to inspect and audit, at its own cost, Operator's books and accounts relating to this Agreement for any Calendar Year within the period of three (3) years following the date of submission of the annual account related to such Calendar Year. Any such audit shall be completed within twelve (12) months from its commencement, and any exceptions shall be made in writing within ninety (90) days following the end of such audit. Failure to give such written exceptions within such time shall establish the correctness of Operator's books and accounts, except in the case of manifest error.

ARTICLE 21
GOVERNING LAW

This Agreement shall be governed by and interpreted in accordance with the laws and regulations of XXX, including, without limitation, the Petroleum Law.

ARTICLE 22
FORCE MAJEURE

22.1 Excuse of Obligations

Any failure or delay on the part of a Party in the performance of its obligations or duties hereunder shall be excused to the extent attributable to force majeure. Force majeure shall include, without limitation: Acts of God; insurrection; riots; war; and any unforeseen circumstances and acts beyond the control of such Party which render the performance of its obligations impossible.

22.2 Notification

The Party whose ability to perform its obligations is affected by force majeure shall notify the other Party thereof in writing within thirty (30) days after the date of occurrence of the force majeure event, stating the cause.

22.3 Extension of Term; Termination

If operations are delayed, curtailed or prevented by force majeure, and the time for carrying out obligations under this Agreement is thereby affected, the term of this Agreement and all rights and obligations hereunder shall be extended for a period equal to the period thus involved.

The Parties shall meet as soon as possible after notification of force majeure with a view to agree on mitigating the effects thereof. Failing to reach an agreeable arrangement, this Agreement shall terminate if force majeure continues for a period of two (2) years from the date of notification pursuant to Article 22.2 hereinabove.

ARTICLE 23
SETTLEMENT OF DIFFERENCES - ARBITRATION

23.1 Amicable settlement

The Parties shall make every effort to settle amicably any dispute arising under this Agreement.

23.2 Arbitration

Any controversy or claim arising out of or relating to this Agreement, or breach thereof, shall be finally settled by arbitration, in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of

Commerce, in Paris, France, in Arabic or English as the Parties may agree, by three (3) arbitrators. Each Party shall appoint one arbitrator, and the International Chamber of Commerce shall appoint the third arbitrator who must be in no way related to either Party and who will be the Chairman of the arbitration body. The Parties agree that, in the event that an arbitration is commenced under the Guarantee attached hereto as Exhibit "D" involving the same subject matter as an arbitration commenced hereunder, the arbitrations shall be consolidated and treated as one arbitration, with the arbitral body being the tribunal appointed pursuant to the foregoing provision of this Article 23.

ARTICLE 24
ASSIGNMENT

24.1 Assignment by First Party

First Party may freely assign this Agreement or any of its rights or obligations hereunder upon written notice to Second Party.

24.2 Assignment by Second Party

Any company comprising Second Party may not assign this Agreement or any of its rights or obligations hereunder without the prior written consent of First Party.

24.3 No assignment by any company comprising Second Party shall be allowed before the completion of all seismic commitment and the drilling of at least fifty percent (50%) of the New-Field Wildcat Wells as set out in the Exploration Program.

24.4 Notwithstanding any assignment by any company comprising Second Party in accordance with the provisions of this Article 24.4, the assignor shall be jointly and severally liable with its assignee for all of its obligations hereunder, unless the assignee has provided First Party with a guarantee covering its share of the commitment during the Exploration Period similar to the guarantee provided by the parent company of the assignor, or First Party, during the Exploitation Period, has provided a waiver to the joint liability condition. In the event that the company comprising Second Party appointed as Operator assigns its interest, it shall continue to act as Operator except to the extent that a new Operator has been appointed pursuant to Article 5.1 hereof.

24.5 Pre-emption Right

After making the first Commercial Discovery, First Party shall have the right of first refusal with respect to any assignment by any company comprising Second Party to a third party other than an assignment by such company to its Affiliate. Such company comprising Second Party shall notify First Party of its decision to assign its interest hereunder along with the terms of the proposed assignment. If First Party does not wish to exercise the pre-emption right, First Party will inform such company comprising Second Party of such decision. Otherwise the Parties shall meet to discuss the terms of the assignment to the First Party. If no agreement is reached within one hundred twenty (120) days from the date of notice or any agreed extension thereof, such company comprising Second Party shall have the right to offer the assignment to a third party; provided, however, the assignment to third party shall not be executed unless the terms of such assignment are offered to First Party and are not accepted by First Party within thirty (30) days from the date of offer.

ARTICLE 25
TERMINATION

25.1 Right of Termination

First Party shall have the right (in addition to all other rights, powers and remedies provided to First Party hereunder or otherwise) to terminate the Agreement upon thirty (30) days' notice to Second Party in the event that:

25.1.1 Any company comprising Second Party:

(a) fails to make any payment (or any part thereof) required to be made by it to First Party under this Agreement when and as the same shall become due and payable (whether by acceleration or otherwise);

(b) is in material breach of any of its other obligations under this Agreement;

In either case, First Party shall give notice to the relevant company comprising Second Party, specifying the breach, and demanding that the relevant company comprising Second Party remedy same. If, within ninety (90) days after the receipt of such notice, the relevant company comprising Second Party does not remedy the breach or is not in the process of diligently proceeding to remedy the breach, First Party may terminate this Agreement in respect to such company comprising Second Party.

25.1.2 Any company comprising Second Party and/or its Guarantor under Exhibit "D" hereto:

(a) shall institute proceedings to be adjudged bankrupt or insolvent, consent to or suffer the institution of any such proceedings against it, seek or suffer reorganization under court order, seek the benefit of any law for the relief of debtors, make an assignment for the benefit of creditors, admit in writing its inability to pay its debts generally as they become due, or perform any other generally recognized act of insolvency or bankruptcy, or the general financial responsibility or condition of any company comprising Second Party or its Guarantor under Exhibit "D" hereto shall otherwise become impaired or changed so as to affect adversely its ability to perform its respective obligations under this Agreement or the Guarantee set forth in Exhibit "D" hereto; or

(b) shall without the written consent of First Party (which shall not be unreasonably withheld), merge into or consolidate with any other entity, or a controlling voting block of the voting securities or other ownership interest in any company comprising Second Party or its Guarantor shall be acquired after the date hereof by one person or entity or by more than one person or entity acting as a group, or

(c) fail to provide any funds (or any part thereof) required to be provided by it for Petroleum Operations under this Agreement when and as the same become due and payable in accordance with the Accounting Procedure attached hereto as Exhibit "C", and such default shall continue for a period of six (6) months.

In the event that any company comprising Second Party and/or its Guarantor is affected by any of the events under (a) and (b) such company comprising Second Party, and/or its Guarantor shall notify First Party of such an event within thirty (30) days from its occurrence.

25.1.3 If less than all the companies comprising Second Party are affected by any of the circumstances described in Articles 25.1.2(a) or 25.1.2(b) or 25.1.2(c) above, then First Party shall terminate this Agreement only with respect to the affected company(ies) and the non-affected company(ies) may elect

to take over the affected company(ies) interests and assume all its liabilities and obligations by giving First Party notice within sixty (60) days from the date of First Party's notice of termination.

25.2 Acceleration

In the event of any termination of this Agreement by First Party pursuant to this Article 25 or any other provision of this Agreement, all amounts of whatever nature owed by the affected company(ies) comprising Second Party to First Party under this Agreement shall become immediately due and payable.

ARTICLE 26
ABANDONMENT

26.1 All costs, expenses and liabilities for Abandonment related to Exploration Operations and Appraisal Operations shall be considered Exploration and Appraisal Expenditures.

26.2 Each Party shall bear and finance fifty percent (50%) of the costs, expenses and liabilities for Abandonment which may be incurred as a result of Development Operations and Exploitation Operations.

26.3 Abandonment provisions shall be calculated in accordance with Article 26.6 and shall be included in the Petroleum Operations Expenditures for each Field in the Contract Area. Second Party’s share of such Abandonment provisions shall be recovered as per the terms of this Agreement.

26.4 As soon as the ratio indicated in Article 12.1.2 (b) (ii) for the Contract Area equals or exceeds one (1.0), the Operator shall submit to the Management Committee for approval, plans and cost estimates for the Abandonment operations for each Field in the Contract Area. Such cost estimates shall be updated each Calendar Year.

26.5 Once Abandonment cost estimates are approved, Operator shall amend the current Budget to include an Abandonment provision for each Field for that current Calendar Year and shall thereafter include in the annual Budget of each Calendar Year an updated Abandonment provision for each Field.

26.6 Annual Abandonment provisions (“AP”) for each Field shall be determined for each Calendar Year on the basis of the following formula: AP = (UE – AA) X PR / RRR Where:

UE: is the Abandonment cost estimate for the relevant Field as updated for the current Calendar Year pursuant to Article 26.5.

AA: is the accumulated amounts of the Abandonment provisions budgeted as per Article 26.5 for the relevant Field for previous years plus any accumulated interest as per Article 26.7 below.

PR: is the anticipated annual production for the relevant Calendar Year from the relevant Field.

RRR: is the estimate of remaining recoverable reserves for the remaining term of this Agreement for the relevant Field.

26.7 Operator shall make a monthly special Cash Call to Second Party only for its share of the Abandonment provisions budgeted for the relevant Calendar Year. Operator shall deposit such amounts in a special interest bearing bank account established by First Party and dedicated to fund Abandonment operations in the Contract Area.

Second Party shall be relieved from any liability related to Abandonment operations in the Contract Area to the extent of the accumulated amounts paid by Second Party in the said account.

26.8 If production terminates within the term of this Agreement or both Parties decide to abandon a Field before the end of the term of this Agreement, Operator shall proceed with the Abandonment operations and shall make Cash Calls to the First

Party to cover the Abandonment costs. Any un-abandoned fixed assets shall be left in a safe condition.

In the event that Second Party's share of the actual Abandonment costs exceeds the accumulated Abandonment provisions paid by it, Second Party shall be liable for and pay its share of the balance to the Operator, notwithstanding the provisions of Article 26.3.

If, at the end of this Agreement, First Party decides to continue the Petroleum Operations, Second Party shall be discharged from any costs of Abandonment related to future Petroleum Operations, which shall be borne by First Party alone, it being understood that Second Party shall have no claims with respect to any Abandonment provisions deposited by it under 26.7.

First Party shall indemnify and hold Second Party harmless against any claim relating to such future Petroleum Operations carried out in the Contract Area, provided that Second Party shall indemnify and hold First Party harmless against any claim arising from previous joint Petroleum Operations to the extent of its share under the Agreement for a period of time not exceeding fifteen (15) years.

26.9 The provisions of Article 26.8 shall also apply in case of withdrawal by Second Party pursuant to Article 3.3.2; in case the sole risk option becomes final and effective pursuant to Article 10.3; and in case of termination of this Agreement pursuant to Article 22.3.

ARTICLE 27
MISCELLANEOUS

27.1 Notices

All notices, proposals and other communications to a Party provided for in this Agreement shall be in writing and shall be deemed to have been properly given and received when delivered during regular business hours at the office of such Party or sent by registered mail.

All such notices shall be addressed to:

NATIONAL OIL CORPORATION Bashir Sadawi Street
P.O. Box 2655
Xxx, Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya
ATTN: Secretary of the Management Committee

……
……..
Xxx, Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya
ATTN: …… General Manager
……
.....
Xxx, Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya
ATTN: …… General Manager

First Party and any company comprising Second Party may substitute or change its address stated above to another address in the Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya upon written notice thereof to the other Party(ies).

27.2 No Waiver; Cumulative Remedies

No failure of either Party to exercise, nor any delay in exercising, any right, power or remedy under this Agreement shall operate as a waiver thereof; nor shall any single or partial exercise of any such right, power or remedy preclude any other or further exercise thereof or the exercise of any other right, power or remedy.

Without prejudice to Article 23 hereof, all rights, powers and remedies provided hereunder are (whether or not expressly so stated elsewhere in this Agreement with respect to any particular right, power or remedy) cumulative and not exclusive of any other rights, powers and remedies provided by law or otherwise.

27.3 Amendments

This Agreement shall not be amended or modified in any respect except by the mutual consent in writing of the Parties executed and approved in the same manner as this Agreement.

27.4 Satisfactory Documentation

27.4.1 On or prior to the Signature Date, each company comprising the Second Party shall furnish to First Party:

(a) a list of those individuals authorized to represent each company comprising
Second Party in its dealings with First Party;

(b) a certificate of the Secretary or other similar officer of each company comprising Second Party certifying as to the authority and incumbency of each person named in clause (a) above and the person(s) executing this Agreement on behalf of such company comprising Second Party, and a certificate of the Secretary or other similar officer of the Guarantor under Exhibit "D" hereto
certifying as to the authority and incumbency of the person(s) executing the
Guarantee set forth in said Exhibit "D";

(c) such other documentation, including, without limitation, a special or general power of attorney empowering the person(s) executing this Agreement on behalf of each company comprising Second Party and the person(s) executing the Guarantee set forth in Exhibit "D" hereto on behalf of the Guarantor therein to act in such capacity, as may reasonably be requested by First Party;

(d) updated copies of the Charter and By-laws of each company comprising Second Party and of its Guarantor under Exhibit "D" hereto, certified by the respective Secretary or other similar officer thereof;

(e) an updated balance sheet and income statement of each company comprising Second Party which participated in the winning bid on behalf of Second Party as the case may be and of its Guarantor under Exhibit "D" hereto, certified by independent public accountants satisfactory to First Party.

27.4.2 Each company comprising Second Party shall at all times keep current the information required to be given to First Party under Article 27.4.1 above, shall provide First Party with each subsequent balance sheet and income statement of each company comprising Second Party and of its Guarantor under Exhibit "D" hereto (certified as above provided), and shall furnish to First Party such other information and documentation concerning the financial and corporate status of each company comprising Second Party and said Guarantor as may from time to time reasonably be requested by First Party.

27.5 Entirety of Agreement

This Agreement constitutes the entire agreement of the Parties and supersedes any and all prior understandings or agreements in respect of the subject matter of this Agreement.

27.6 No Third Party Beneficiaries

Nothing in this Agreement is intended or shall be construed to confer upon or give to any person or entity any rights as a third party beneficiary of this Agreement or any part hereof.

27.7 Conflict in Terms

In the event of a conflict between the terms and conditions of the main Agreement and its Exhibits, the first shall prevail.

27.8 Language

This Agreement is made in six (6) originals, three (3) in the Arabic language and three (3) in the English language, all having equal power and validity.

27.9 Headings

The Article headings used in this Agreement are included herein for convenience of reference only and shall not constitute a part of this Agreement for any other purpose or in any way effect the construction of this Agreement.

27.10 Indemnity

Second Party hereby agrees to indemnify First Party against all claims, losses or damage caused by or resulting from any operations conducted by it under or in connection with this Agreement during the Exploration Period (except to the extent that such claims, losses and damage resulted from an action taken upon written instruction of First Party), provided that the First Party shall notify and consult with the Second Party as regards the conduct of any proceedings relating to any such claim, losses or damage and shall not oppose the joinder of the Second Party as a third party to any such proceedings.

27.11 Effective Date

This Agreement shall become effective on the Effective Date. First Party shall notify Second Party of the approval of this Agreement by the General People's Committee of XXX.

IN WITNESS WHEREOF, the Parties have executed this Agreement in Xxx, Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya, on the date first above written.

NATIONAL OIL CORPORATION ……

Name: ..... Name: …… Secretary of Management Committee

Title: .....

……

Name: .....

Title: .....

OPERATING AGREEMENT Between

NATIONAL OIL COPOPRATION

and
……
and
……
and
(……..)

THIS OPERATING AGREEMENT is made and entered into in Xxx, the Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya ("XXX"), the …… day of ……13..., corresponding to the …….. day of ……..20.., by and among.

NATIONAL Oil CORPORATION ("NOC") , a corporation established by law No.24 of 1970 as amended and reorganised under Decree No.1011979 of the General Secretariat of the General People's Congress of the ("XXX"), having its principal office at Bashir Sadawi Street, Xxx, XXX; hereinafter referred to as "NOC" or "First Party; and

1) …… (hereinafter referred to as "……"), a corporation established under the laws of the …….. and having a branch registered in the Commercial Register of Xxx, XXX, under No. ……., Xxx, XXX; and and has an office

2) ……. (hereinafter referred to as "……."), a corporation established under the laws of the ……. and having a branch registered in the Commercial Register of Xxx, XXX, under No. and has an office at ……, Xxx, XXX.
Both ……. and ……. are hereinafter collectively referred to as Second Party. NOC, …… and ……. are hereinafter referred to collectively as “Parties”
and individually as “Party”. and
…….. (hereinafter referred to as " "or “Operator”) a company established under the laws of and having a branch registered in the Commercial Register of Xxx, XXX, under No.
and shall have an office at , XXX. WHEREAS:
A) NOC and Second Party entered into an Exploration and Production Sharing Agreement (“EPSA”) dated ……..; and

B) A joint stock company (……) has been established to act as Operator under the EPSA upon and subject to the terms and conditions hereinafter contained; and

C) The Parties have resolved to appoint …….. as Operator to carry out Petroleum Operations on behalf of the Parties in the Contract Area; and

D) The Parties hereto deem it convenient to establish in this Operating Agreement certain uniform operating procedures for the conduct of Petroleum Operations under the EPSA.

NOW THEREFORE, in consideration of the premises and the mutual covenants hereinafter contained, the Parties hereby agree as follows:

1. DEFINITIONS

Words and expressions defined in the EPSA when used in this Operating Agreement shall have the same meanings ascribed to them in the EPSA unless the context otherwise requires.

2. SCOPE

The purpose of this Operating Agreement is to establish the respective rights and obligations of the Parties and Operator with regard to the conduct of Petroleum Operations under the EPSA.

3. OPERATIONS:

3.1 Appointment of Operator

Subject to the supervision and direction of the Management Committee,
……. is hereby appointed, and hereby agrees to serve as Operator to conduct Petroleum Operations with respect to the EPSA in accordance with the terms and conditions of this Agreement. …….. shall not resign as Operator without the prior written consent of the Parties and, in the absence of such consent, shall continue to act as Operator during the term of this Operating Agreement, except to the extent that the Parties appoint a new Operator.

3.2 Conduct of Operations
3.2.1 The Operator shall conduct all Petroleum Operations and in particular implement the Development Plan on behalf of the Parties in accordance with this Operating Agreement, the EPSA, the decisions of the Management Committee, and the Petroleum Law.
3.2.2 Immediately upon the Effective Date of this Operating Agreement, the Operator shall prepare a policy and procedures manual regulating the technical, financial, contracting and other rules and procedures for the carrying out of Petroleum Operations under the EPSA and shall submit the same for approval to the Management Committee within three(3) months from the date hereof. The Operator shall strictly comply with such manual, when so approved, in the performance of its duties hereunder.
3.3 Certain Duties of the Operator
Throughout the term of this Agreement, Operator shall conduct the Petroleum Operations diligently and continuously and shall be governed in accordance with the applicable provisions of the Petroleum Law and all other applicable laws and
regulations of the XXX, in particular laws and regulations concerning the protection of health, safety and environment.
In addition to all other obligations of Operator set forth elsewhere in this Operating Agreement, Operator shall have the following obligations:

3.3.1 to carry out all of its other duties set forth in this Operating Agreement and the EPSA and promptly implement all decisions of the Management Committee; and

3.3.2 to conduct Petroleum Operations other than Exploration Operations, Appraisal Operations and Abandonment related to Exploration Operations in the Contract Area in a manner consistent with Good Oilfield Practices; and

3.3.3 to prepare the Development Plan in accordance with provisions of the EPSA and submit Work Programs to the Management Committee and to implement the Development Plan and Work Programs adopted by the Management Committee, by appropriate scientific methods and in the most efficient and economic manner; and

3.3.4 to prepare and furnish to the Parties all relevant reports and information for technical meetings as provided for in Article 12.6 of this Operating Agreement at least fifteen (15) days before such meetings; and.

3.3.5 to purchase or lease all material, equipment, machinery, articles and supplies required to be purchased or leased pursuant to the Work Program, subject to the prior consent of the Management Committee in case the aggregate value of the purchase or lease contract exceeds the amount of one million U.S. Dollars (U.S.$ 1,000,000); and

3.3.6 to pay all costs and expenses incurred by it in respect of Petroleum Operations under this Operating Agreement when due and payable from bank accounts maintained by the Operator for that purpose and pay to the appropriate authorities within the periods prescribed by the applicable law and regulations all taxes and duties that are applicable to the activities of the Operator; and

3.3.7 salvage and dispose of all economically recoverable material, equipment and supplies, which have become obsolete, surplus, or junk, in accordance with the procedure approved by Management Committee and the applicable regulations, and credit the proceeds in accordance with the provisions of the Accounting Procedure; and

3.3.8 to keep the Parties informed of the course of all Petroleum Operations under this Agreement and to provide the Parties with progress reports on the Petroleum Operations for each Calendar Quarter; and

3.3.9 to promptly notify the Management Committee of claims and litigation relating to operations under this Operating Agreement and prosecute, defend or settle such claims and litigation; provided, however, that the Operator shall notify the Management Committee of any settlement up to one hundred thousand US dollars (US$ 100,000) and seek the prior approval of the Management Committee for any settlement in excess of one hundred thousand US dollars (US$ 100,000); and

3.310 to conduct an assessment of the impact of each planned Petroleum Operations on the environment in the relevant part of the Contract Area and submit to the Management Committee prior to the commencement of such Petroleum Operations a detailed assessment report containing the measures required to be taken to ensure that the conduct of the Petroleum Operations does not cause damage to the environment; and

3.3.11 to permit representatives of the Parties to inspect at all reasonable times the conduct of Petroleum Operations under this Agreement; and

3.3.12 to maintain in XXX full original records of all technical operations under this Agreement and to submit to the Parties, in a format and media as may be required by them, copies of all original geological, geophysical, cuttings, cores, magnetic tapes drilling reports, fluid samples, well production data and such other data and reports as it may compile or obtain during the term of this Agreement; and

3.3.13 to keep the accounts of the Petroleum Operations hereunder in ..... Dinars and in U.S. Dollars and in such manner as to present a fair, clear and accurate record of the Petroleum Operations Expenditures; and

3.3.14 to properly use Petroleum produced from the Contract Area for Petroleum Operations; and

3.3.15 to procure and maintain insurance satisfactory to the Management Committee including without limitation insurance against loss or damage resulting from blowouts.

4. ..... PERSONNEL AND TRAINING

4.1 Operator shall hire ..... nationals to carry out Petroleum Operations in the Contract Area. Except that in cases where specialized technical personnel or key management positions are required and not available among ..... personnel, Operator may hire non-..... nationals to carry out such Petroleum Operations.

4.2 Operator shall prepare and submit to the Management Committee for approval an annual training program. The objective of which is to enable ..... personnel to fill posts of higher responsibility and to replace any non-..... personnel in the areas of specialization for which such non-..... personnel were hired. The annual budget allocated for such training program shall be sufficient to cover all costs for training per Calendar Year during the Exploration Period and shall not be less than ten percent (10 %) of the manpower cost during each year of the Exploitation Period. For the purpose of this Article, manpower costs means the total direct and indirect costs associated with the Operator's employees.

5. OTHER PETROLEUM OPERATIONS

The Operator may not enter into an operating agreement with any third party without the prior approval of the Parties.

6. WORK PROGRAMS AND BUDGETS

6.1 Preparation by the Operator

The Operator shall prepare and submit to Management Committee programs itemising the Petroleum Operations to be carried out under the EPSA and detailed programs for the implementation of the Development Plan including, without limitation, the installation and operation of the relevant plants and facilities, as well as Budgets with respect thereto which shall contain sufficient details of all costs, expenses and advances to be made in respect of such program. The Work Programs and Budgets shall separately identify Development Expenditures and Exploitation Operations Expenditures as defined in the EPSA.

6.2 Procedures

6.2.1 As soon as possible after the Effective Date of this Operating Agreement as regards the remaining portion of the relevant Calendar Year and, thereafter, at least two (2) months prior to the beginning of each succeeding Calendar Year, Operator shall prepare and submit to the Management Committee, a Work Program and Budget for the Contract Area, in addition to a Work Program and Budget for each of the next four (4) Calendar Years, which shall include:

a) a program for the implementation of the Development Plan and a program for the operation of petroleum reservoirs and production forecasts, (with alternate programs where appropriate), providing for the wells, gathering systems, pipelines, terminals and other facilities.

b) an estimate of manpower and general costs associated with or incidental to the above programs.

c) a training program for ..... nationals, and

d) an estimate of capital and operating costs of each of the above programs with proper justification when appropriate.

6.2.2 The programs and budgets so adopted by the Management Committee shall constitute the approved Work Program and Budget for the first year and tentative
Work Program and Budget for the following four (4) years, and shall be implemented by the Operator.

6.3 Expenditures by the Operator
Notwithstanding anything to the contrary contained in the EPSA, the Operator shall carry out each Work Program approved by the Management Committee within the limits of the Budget approved therefor and shall not undertake any operation not included in an approved Work Program or make any expenditures not budgeted in an approved Budget, except as follows:
6.3.1 Operator is authorized to make such excess expenditures, provided, however, that the aggregate amount of such excess expenditures shall not exceed the lesser of ten percent (10%) of the approved Budget or ten million United States Dollars (US $10,000,000) in any Calendar Year; and provided, further, that such excess expenditures shall be reported promptly by Operator to the Management Committee for approval.
6.3.2 Operator is authorized to make expenditures for Petroleum Operations not included in an approved Work Program and not provided for in an approved Budget, up to but not exceeding in the aggregate five hundred thousand U.S. Dollars (U.S.$ 500,000); provided, however, that such expenditures shall be reported promptly to the Management Committee by Operator.
6.3.3 In case of emergency, Operator may make such immediate expenditures as it deems necessary for the protection of life and/or property. Such emergency expenditures shall be reported promptly to the Management Committee by Operator and shall be considered as legitimate costs as if they had been approved by the Management Committee.

6.4 Contractors
Operator may engage contractors to carry out any part of the Petroleum Operations authorized under this Agreement; provided, however, that
(a) Operator has obtained the approval of the Management Committee for standard terms and conditions of contracting;
(b) Operator has obtained the specific prior written consent of the Management Committee in any case where the total contract price for the Petroleum Operations to be carried out by a contractor exceeds one million U.S. Dollars (U.S.$ 1,000,000); and
(c) Operator shall at all times use ..... contractors, provided that they are competitive in terms of performance, price and availability.

6.5 Priority To Local Supplies and Services
Operator shall be obliged to spend at least fifty percent (50%) of its approved Budget on supplies, equipment and services available locally.

7. COSTS AND EXPENSES
7.1 Costs and Expenses
All costs and expenses attributable to Petroleum Operations being conducted by the Operator under this Operating Agreement and the EPSA shall be allocated between the Parties, as set forth in the EPSA.

7.2 Call for Funds
7.2.1 Each month the Operator shall estimate the payments required for Petroleum Operations under the EPSA for the following month on the basis of outstanding invoices and any additional payments envisaged

under the annual Work Program and Budget therefor, approved by the Management Committee pursuant to this Operating Agreement, and shall notify the First Party and each company comprising Second Party thereof, twenty (20) days prior to the beginning of such following month of the call for funds ("Cash Call"). The aforesaid Cash Call shall indicate the currencies in which sums are needed for Petroleum Operations as well as the place designated by the Operator for payment.

7.2.2 First Party and each company comprising Second Party, undertake to, and shall pay to the Operator their respective shares according to the EPSA, of such Cash Calls in the currencies requested, within fifteen (15) days from the date of receipt of the notification from the Operator, or on the first day of such following month, whichever is later.

7.2.3 The Operator shall keep records of funds advanced, expended and held in each currency as well as the dates when the funds are credited into Operator's bank account(s).

7.3 Defaults

If First Party or any company comprising Second Party fails to pay its share of any Cash Call, when due, such Party shall be in default and Operator shall notify the Parties thereof. The non-defaulting Party(ies) shall have the right to advance to Operator any and all amounts the defaulting Party has not paid. Any such advance shall be considered as a loan by the non-defaulting Party(ies) to the defaulting Party and shall bear interest at the rate per annum equal to Libor plus one and a half percent (1.5%) per annum from the date such advance is received by the Operator in addition to any actual handling costs.

In the event that the defaulting Party does not repay all such amounts to the non-defaulting Party(ies), together with interest accrued thereon, within ninety

(90) days from the date on which such amounts were advanced by the non-defaulting Party(ies), the non-defaulting Party(ies) shall have the right to offtake and own the defaulting Party's share of production from the Contract Area up to the time when such offtaken production, valued at the market price prevailing on the date such amounts were advanced by the non-defaulting Party(ies), equals the aggregate of such amounts, together with interest accrued thereon.

8. BOOKS ACCOUNTS AND AUDITS

8.1 Operator’s responsibility for Books and Accounts

The Operator shall maintain complete books and accounts for the EPSA in accordance with the Accounting Procedure, reflecting costs, expenses and liabilities of Petroleum Operations, itemised in accordance with the approved Budget, as well as all amounts received from the Parties pursuant to Article 7.2 hereof.

8.2 Audits

Each Party shall have the right to inspect and audit, at its own cost, Operator's books and accounts relating to this Agreement for any Calendar Year within the period of three (3) Calendar Years following the date of submission of the annual account related to such Calendar Year. Any such audit shall be completed within twelve (12) months after its commencement, and any exceptions must be made in writing within ninety (90) days following the end of such audit. Failure to give such written exceptions within such time shall establish the correctness of Operator's books and accounts, except in the case of manifest error.

8.3 Conflict in Terms

In the event of a conflict between the terms and conditions of this Operating Agreement and Exhibit “C” of the Agreement, the terms and conditions of the main body of the Agreement shall prevail followed by this Operating Agreement.

9. JOINT LIABILITY OF THE PARTIES

NOC and Second Party shall indemnify and hold harmless the Operator against any loss, damage or claim asserted by any third party and NOC and Second Party shall each share such losses, damages or claims in the proportions set forth in Article 14 of the EPSA.

10. SETTLEMENT OF DIFFERENCES

All disputes between the Operator and any of the Parties arising in connection with this Operating Agreement shall be referred to the Management Committee, which shall make its best endeavours to settle the matter amicably.

11. GOVERNING LAW

This Operating Agreement shall be governed by and interpreted in accordance with the laws of XXX.

12. MISCELLANEOUS

12.1 Effective Date

This Operating Agreement shall become effective on the date first written above.

12.2 Term

Without prejudice to the provisions of Article 12.1 hereof, this Operating Agreement shall remain in force and effect for as long as the EPSA is in effect unless the Parties otherwise agree.

12.3 Notices

All notices, proposals and other communications to a Party and/or Operator provided for in this Operating Agreement shall be in writing and shall be deemed to have been properly given and received when delivered during regular business hours at the office of such Party or sent by registered mail.
All such notices shall be addressed to:

NATIONAL OIL CORPORATION Bashir Sadawi Street
P.O. Box 2655
Xxx, Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya
ATTN: Secretary of the Management Committee

……..
……..
Xxx, Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya
ATTN: ……..
General Manager
……
……
Xxx, Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya
ATTN: ……..
General Manager
Operator

Xxx, Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya
ATTN: ……
……

Either Party may substitute or change its address stated above to another address in the Great Socialist People's ..... Arab Jamahiriya upon written notice thereof to the other Party.

12.4 Amendments
This Operating Agreement shall not be amended or modified in any respect.

12.5 Assignment
Operator may not assign any of its rights or obligations under this Operating
Agreement without prior written consent of NOC and Second Party.

12.6 Technical Meetings
Operator shall organize technical meetings which shall be held at least twice a year to discuss technical and operational matters among First Party, Second Party and Operator.

The Operator shall furnish the First Party and Second Party with the relevant technical reports and information at least fifteen (15) days before the date of such meetings in order to allow them to duly consider the Operator's proposals in respect of such matters.

12.7 Service Agreement
The Operator may enter into service agreement(s) with the Parties and/or their Affiliates, provided such service agreement(s) is approved by the Management Committee.

12.8 Originals
This Operating Agreement is made in eight (8) originals, four (4) in the Arabic language and four (4) in the English language, all having equal validity.

12.9 Headings
The headings used in this Operating Agreement are included herein for convenience of reference only and shall not constitute a part of this Operating Agreement for any other purpose or in any way affect the construction of this Operating Agreement.
IN WITNESS WHEREOF, the Parties hereto have caused this Operating Agreement to be executed as of the day and year first above written.
NATIONAL OIL CORPORATION ……..

By: …….. By: …….. Title: …….. Title: ……
By: …….. Title: ……

Accepted by: OPERATOR
By: …….. Title: ……..

BIBLIOGRAPHIE

Bibliographie : Livres

ALLAND Denis, *Anzilotti et le droit international public : Un essai,* 1ère édition, A. PEDONE, Paris, 06/2012

AL-QASEM Anis, *Principle Of Petroleum Legislation: The Case of a Developing Country,* Graham & Troman, London, 1985

ALVIK Ivar, *Contracting with Sovereignty State Contracts and International Arbitration,* Oxford and Portland, Oxford, 2011

ANTOMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure,* L.G.D.J., Paris, 01/1992

ANZILOTTI Dionisio, *Cours de droit international,* Panthéon-Assas, Paris, 1999

TIAS Christian, *Philosophie du droit, 3ième Edition,* Presses Universitaires de France, Paris, 02/2012

BACOT Guillaume, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale,* Edition du CNRS, Paris, 07/2007

BARNES Richard Alan, *Property Rights and Natural Resources,* Oxford and Portland, Oregon, Oxford, 04/2009

BEAUD Olivier, *La Puissance de l'Etat - 1er édition,* Presses Universitaires de France, Paris, 11/1994

BENABENT Alain, *Droit Civil - Les obligations - 11ème édition,* Montchrestien, Paris, 08/2007

BODIN Jean, *Les six livres de la République. Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583,* Édition et présentation de Gérard Ma, Paris 1993

BODIN Jean, *On Sovereignty, Four chapters from The Six Books of the Commonwealth,* Edited par FRANKLIN Julian H., Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p.1 et s.

BONNARD Roger, *Le contrôle juridictionnel de l'administration : étude de droit administratif comparé,* Dalloz, 2005

BONOMO Stéphane, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements - Entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté de l'États,* Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2012

BROWNLIE Ian, *Principles of public international law - 5th edition,* Oxford University, Oxford, 1998

CAMERON Perter, *International energy investment law: The pursuit of stability,* Oxford University Press, Oxford, 2010

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* Dalloz, 2003

CHAPUS René, *Le droit Administratif Général - Tome 1 - 13ièmeédition,* Montchrestien, Paris, 09/1999

COHEN Morris Raphaël, *Law and the social order - Essays in legal Philosophy,* Hamden, Conn. Archon Books, New Jersey, 1982

COHEN Jean L., *Globalization and Sovereignty Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism,* Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p27

COLLART DUTILLEUL François *Contrats civils et commerciaux,* Dalloz, Paris, 2011

DELEBECQUE Philippe,

COTULA Lorenzo, *Human Rights, Natural Resource and Investment Law in a Globalised World: Shades of Grey in the Shadow of the Law,* Routledge, London, 05/2013

CRAWFORD James, *Brownlie's Principles of Public International Law by Crawford, James Published by Oxford University Press 8th (eighth)* Oxford University Press, Oxford, 09/2012

DAILLIER Patrick, DE LA PRADELLE Géraud, GHERARI Habib, *Droit de l'économie internationale,* A. PEDONE, Paris, 2004

DANOS Frédéric, *Propriété, possession et opposabilité,* Economica, Paris, 2007

DAVID Martyn R., *Oil And Gaz Infrastructure and Midstream Agreements,* Langham Legal Publishing, Kent, 07/1999

Upstream Oil & gas agreement London Sweet & Maxwell, London, 1996

DE NANTEUIL Arnaud, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements,* A. PEDONE, Paris, 2014

DELVOVE Pierre, *Droit public de l'économie,* Dalloz, Paris, 1998

DOLZER Rudolf, SCHREUER Christoph, *Principles of International investment Law, Second edition* Oxford University Press, Oxford, 12/2012

The Iran-U.S. Claims Tribunal at 25: The Cases Everyone Needs to Know for Investor-state & International Arbitration Oxford University Press, Oxford, 02/2007

DREZNER Daniel W., *The Sanctions Paradox - Economic Statecraft and International Relations,* Cambridge University Press, Cambridge, 08/1999

DUPUY René-Jean, *Le droit international, 11ième édition,* Presses Universitaires de France, Paris, 08/2001

Humanité et droit international, Paris Dauphine, Paris, 1991

Dialectiques du droit international, souveraineté des Etats, communauté international et droit de l'Humanité, A. PEDONE, Paris, 1999

	Dialectiques du droit international, souveraineté des Etats, communauté international et droit de l'Humanité, A. PEDONE, Paris, 1999
ETIENNE Jacques, WATTÉ Pierre,	La souveraineté en question, Etat Nation-Etat de droit, Edition Louvain-la-Neuve, Louvain-la-Neuve, 1988
FARJAT Gérard,	*Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ?* Editions Frison-Roche, Paris, 01/1999
FOULQUIER Norbert,	*Droit administratif des bien - 2ième Edition,* Lexis Nexis, Paris, 10/2013
GANEZ-LOPEZ Gilbert,	*L'expropriation pour cause d'utilité publique,* Le Harmattan, Paris, 11/2003
GAUDEMET Yves,	*Traité de droit administratif : Droit administratif des biens, 15e Edition* L.G.D.J., Paris, 2014
GILLES Anne,	*La définition de l'investissement international - 1er Edition,* Larcier, Bruxelles, 09/2012
GOLDMAN Berthold, CHAILLE DE NERE Sandrine, LABORDE Jean-Pierre,	*Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé,* Presses Université Aix-Marseille, Marseille, 01/2003
HAQUET Arnaud,	*Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français,* Presse Université de France, Paris, 2004
JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe, CORNELOUP Sabine,	*Droit du commerce international - 1er édition,* Dalloz, Paris, 01/2010
KELSEN Hans,	*Théorie pure du droit,* L.G.D.J., Paris, 04/1999
	Théorie générale des normes - 1er édition, Presses Universitaires de France, Paris, 1996
	Théorie générale du droit et de l'état - suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique, (Traduit par Béatrice Laroche et Valérie Faure) L.G.D.J., Paris, 1997
KRANSNER D. Stephen,	*Sovereignty: Organized Hypocrisy,* Princeton University Press, 2 Agust 1999
LAAZOUZI Malik,	*Les contrats administratifs à caractère international,* Economica, Paris, 2008
LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène,	*Droit administratif - Les grandes décisions de la jurisprudence - 14ième Edition mise à jour,* Presses Universitaires de France, Paris, 02/2007
LANGEFELD-WIRTH Klaus,	*Les Joint-Ventures internationales : Pratiques et techniques contractuelles des coentreprises internationales* GLN JOLY, Paris, 1992
LEBEN Charles,	*L'entreprise multinationale face au droit*, (in collaboration with Cl. Lazarus, A. Lyon-Caen et B. Verdier), Paris, Librairies Techniques, 1977.

Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées. Recherches sur les sanctions internationales et l'évolution du droit des gens, Bruxelles, Bruylant, 1979.

Droit international des affaires, PUF, Que-Sais-je, 6th edition (2003).

LEMAIRE Sophie, *Les contrats internationaux de l'administration* L.G.D.J., Paris, 2005

LENOIR René, LESOURNE Jacques, *Où va l'Etat ? la souveraineté économique et politique en question,* Le Monde, Paris, 01/1992

LOMBARD Martine, DUMON Gilles, *Droit administratif - 7ième édition,* Dalloz, Paris, 2007

MALTI Hocine, *Histoire Secrète du Pétrole Algérien,* Editions La Découverte, Paris, 09/2010

MAULIN Eric, *La Théorie de l'Etat de Carré de Malberg – PUF, 2003*

MAXWELL Richard C., WILLIAMS Stephen F., MARTIN Patrick H., KRAMER Bruce M., *Oil And Gaz Infrastructure - Cases and Materials - 6th Edition,* West Academic Publishing, Eagan, 11/2012

MBATHURST Maurice, C.M.G C.B.E Q.C, *Joint development Of Offshore Oil and Gas - A model agreement for States for Joint development with Explanatory Commentary,* British Institute Of International and Comparative Law, 1989

MOURI Allahyer, *The international law of expropriation as reflected in the work of the Iran-U.S. claims tribunal,* Martinus Nijhoff Publishers, 1994 - 567 pages

Iran-United States Claims Tribunal Reports, Volume 13, Grotius Publications, 1988

OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, 9ième édition,* Montchrestien, Paris, 2011

OTMAN Warniss A., *Libyan Oil and Gaz Ressources - Key Players, Hydrocarbon Laws, Exploration and Production Records, Past Lessons, Future Potential, and Evaluating E and P Challenges. First Edition,* DAR AI-ROWAD, Tripoli, 2008

R. DAVID Martyn, *Upstream oil and gas agreements,* Sweet & Maxwell, Virginia, 1996

RABEL Ernst, *The Conflit Of Laws, A comparative study by Ernst Rabel* University of Michigan law school, Michigan, 1958

RASPAIL Hélène, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'état* Dalloz, Paris, 2013

REUTER Paul, *Le développement de l'ordre juridique international : Ecrits de droit international,* Economica, Paris, 1995

ROSENBERG Dominique, *Le principe de souveraineté des états sur leurs ressources naturelles,* L.G.D.J., Paris, 1983

ROSIAK Patricia, *Les transformations du droit international économique : Les Etats et la société civile face à la mondialisation économique,* L'hamattan, Paris, 2004

SALAMA Saber, *L'acte de Gouvernement : Contribution à l'étude de la force majeure dans le contrat international,* Emile Bruylant, Bruxelles, 2001

SERAGLINI Christophe, ORTSCHEIDT Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international,* L.G.D.J., Paris, 2013

SHAN Wenhua, Qimons Penelope, SINGH Dalvinder, *Redefining Sovereignty in International Economic Law,* Hart Publishing, Oxford, 04/2008

SIAT Guy, GEORGES Philippe, *Droit public,* Sirey, Paris, 08/2011

SOREL Jean-Marc, *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle,* A. PEDONE, Paris, 2009

SORNARAJAH Muthucumaraswamy, *The Settlement of Foreign Investment Disputes,* Kluwer Law International, La Haye, 11/2000

The Pursuit Of Nationalized Property, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986

The international law on foreign investment, Third edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010

TAVERNE Bernard, *Petroleum, Industry and Governments - A Study of the Involvement of Industry and Governments in the Production and Use of Petroleum. Second Edition,* Kluwer Law International, La Haye, 07/2008

An Introduction To the Regulation of the Petroleum Industry, Laws, Contracts and Conventions, Graham & Troman, London, 12/1994

TOUBIANA Annie, *La domaine de la loi du contrat en droit international privé : (contrats internationaux et dirigisme étatique)* Dalloz, Paris, 1974

TRIEPEL Heinrich, *Droit International et Droit Interne,* Oxford University Press, Oxford, 1920

VILLEY Michel, *Philosophie du droit - Définition et fins du droit - Les moyens du droit,* Dalloz, Paris, 2001

VIRALLY Michel, *La pensé juridique,* Panthéons Assas, Paris, 2010

WALDE W. Thomas, *Nouveau horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie,* A. PEDONE, Paris, 2004

WALDE W. Thomas, & NDI George, *International Oil and Gas Investment Moving Eastward?,* Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, LONDON/DORDRECHT/BOSTON, 1994

Articles et revues

AL KARUQUE Abdullah, "Bibliography on Petroleum Taxation and Fiscal regime", *OGEL 3*, 2004, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1306

AL KARUQUE Abdullah, "Utility of Flexible Mechanisms and Progressive Tax System in Ensuring Stability in Fiscal Regime of Petroleum Contract: An Appraisal", *OGEL 3,* 2004, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1269

ASMUS David F., BASTIDA Elizabeth, IFESI Adaeze, LANG WEAVER Jacqueline, MAHMUD Salim, ROSS Jim, WALDE Thomas W.," International Unitisation of Oil and Gas Fields: the Legal Framework of International Law, National Laws, and Private Contracts", *OGEL 2*, 2007, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2405

BARRAZ Pierre "The Legal Status of Oil Concessions", *Journal World Trade,* Volume 5, Issue 6, pp. 609–630

BIN DEHAISH Hesham, "The Foreign Investment Potential of the New Saudi Mining Regime: Making Mining a "Third Pillar" of the Saudi Economy", *OGEL 4,* 2006, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2249

BISHOP Doak R., CRAWFORD James R., REISMAN W. Michael, "Foreign Investment Disputes: Case Materials and Commentary - Seconde Edition", *Law & Business Wolters Kluwer,* July 2014,

BISHOP Doak, WALDE Thomas W., "History of International Oil & Gas Disputes (Presentation) ", *OGEL 4,* 2007, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2645

BISHOP Doak, WALDE Thomas W., "History of International Oil & Gas Disputes", *TDM 5*, 2007, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1135

BUNTER Mike, "Petroleum Contracts in Islamic Law: the Concession (Equity) and Contractor (Production Sharing) Agreements", *OGEL 3,* Octobre 2005, www.ogel.org.

BUNTER Mike, "Sovereignty over Minerals and Petroleum in the Islamic (Shariah) Law and the Question of Ownership", *OGEL 1,* 2006, www.ogel.org.

BUNTER Mike, "The Islamic (Sharia) Law and Petroleum Developments in the Countries of North Africa and the Arab World", *OGEL 4,* 2003, www.ogel.org.

CAMERON Peter D, "Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries: Tools for O & G Investors", *Association of International Pertroleum Negotiators,* July 2006, www.aipn.org/modelagreements/research.asp 116 pages.

CERON Pilar V., "The Protection of Foreign Energy Investment in Latin American Countries: A Comparative Analysis", *OGEL 1,* 2011, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=3073

CHARTIER Gary, "Radicalizing Rawls global justice and the foundations of international law", *Gary Chartier,* 2014

COUBERT Frederic R., "The mexican situation and protection of american property abroad", *American Bar Association Journal*, October 1938, Vol. 24, No. 10,

pp. 813-822, 848 Published By: American Bar Association Stable URL: http://www.jstor.org/stable/25713793

DANIELSON Luke, WALDE Thomas W., "Oil, Corruption and Development", *OGEL 1,* 2005, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1774

Derman, Andrew B., Golding, Anthony, Hallake, Marcello, Katz Jr., William M., Vermillion, Peter A., "Choice of Law Provisions when Drafting Arbitration Provisions for International Oil and Gas Agreements", *TDM 2,* Avril 2006, www.transnational-dispute-management.com.

DOUGLAS Zachary, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *British Yearbook of International Law*, 2003, 74 (1): 151-289 http://bybil.oxfordjournals.org/content/74/1/151.full.pdf

DOUGLAS Zachary, "The International Law of Investment Claims", *Cambridge University Press,* 2009,

ESCARCENA, Sebastián López, "Indirect Expropriation in International Law", *Leuven Global Governance series*, Feb 2014, http://www.elgaronline.com/abstract/9781782544104.xml?rskey=5r1sFP&result=3

ESSIG Holger, "Balancing Investors' Interests and State Sovereignty: The ICSID-Decision on Jurisdiction Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria", *OGEL,* Avril 2007.

FOSTER Nicholas H.D., "Islamic perspectives on the law of business organisations: Part 1: an overview
of the classical Sharia and a brief comparison of the Sharia regimes with Western-style law", *European Business Organization Law Review*, 2010.

GAO Zhiguo, "International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements: A Comprehensive Environmental Appraisal", *12 J. Energy & Nat. Resources,* 1994, L. 240, http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jenrl12&div=23&id=&page=

GUNST Andreas, WALDE Thomas W., "International Energy Trade and Access to Energy Networks", *OGEL 2,* 2006, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2202

HIGGINGS Rosalyn, "The Taking of property by the state : recent developments in international law", *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, 1982, Vol. 176 at 276-77.

HOBER Kaj, WALDE Thomas W., "The First Energy Charter Treaty Arbitral Award", *OGEL 4*, 2004, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1554

KACHIKWU Mirian Kene "The Changing Face of Political Risk in the Energy Industry", *OGEL*, Janvier 2012.

KANTOR Mark, "Arbitrators and the Judiciary, Standards for Regulatory Takings and the Role of Investment Arbitration: A Discussion on OGEMID", *OGEL 4,* 2004, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1559

KARIM Mirza A., MILLS Karen, "Indonesian legal framework in the oil, gas, energy and mining sectors; including dispute resolution", *KarimSyah Law Firm*, 2003, http://opusbest.com/wp-content/uploads/indonesian_legal_framework_mining-oil-gas.pdf

KARMALI Ayla, "The influence of Sharia norms of dispute settlement and international law: the International Court of Justice, room for accommodation ?", *ARBITRATION*, 2009, pp 309-326 et s.

KIRKMAN Courtney, POLKINGHORNE Michael A., "Choice of Law in Oil & Gas Agreements: It Does Make a Difference?", *OGEL 1,* Janvier 2011, www.ogel.org.

KISSAM Leo T., LEACH Edmond K., "Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts", *Concession Contracts*, 1959, 28 Fordham L. Rev. 177, http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol28/iss2/1

KOLO Abba, WALDE Thomas W., "Confiscatory Taxation under Customary International Law and Modern Investment Treaties", *OGEL,* Archive issue, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=808

"Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Projects: Applicable Legal Principles and Industry Practices", OGEL 2, 2003, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=135

"Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law", *Cambridge University Press*, Octobre 2011, Vol. 50, No. 4, pp. 811-848

"Multilateral Investment treaties and Environmental Expropriation of Foreign Investment", *Oil, Gas & Energy Law Intelligence,* Archive issue, www.ogel.org, www.ogel.org/article.asp?key=801

"Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Projects: Applicable Legal Principles and Industry Practices", *OGEL 2,* (2003), www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=135

"Environmental Regulation and Modern Investment Treaties: "Regulatory Taking" as a New International Law Discipline", *OGEL,* Archive issue, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=803

KOVACEVIC Aleksandar, LEPOTIC KOVACEVIC Branislava, "The Concept of Interconnector in the Context of The Energy Community Treaty", *OGEL 2,* 2014, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=3441

KRANSNER D. Stephen, "Sovereignty: Organized Hypocrisy" *Princeton University Press, 2 August 1999*

KRASNER D. Stephen, "Sovereignty", *Washingtonpost Newsweek Interactive LLC,* Jan. - Feb., 2001, pp. 20-22+24+26+28-29, Article Stable No. 122, URL: http://www.jstor.org/stable/3183223.

KRIEBAUM Ursula, "Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State" *8 J. World Investment & Trade,* 1997, pp. 717 – 744, http://www.univie.ac.at/intlaw/kriebaum/pub_uk_12.pdf

LALIVE Jean-Flavien, "Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées: Développements récents (volume 181)", *Hague Academy of International Law*, 1983, p. 107

MANIRUZZAMAN Abul F. Munir, "International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: A Prognostic View", *Wisconsin International Law Journal*, 2001, Vol. 20, No. 1,

"State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law", *J. of International Arbitration*, 1992.

"International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: A Prognostic View", *20 Wisconsin International Law Journal,* 2001, pp. 1-56.

MANIRUZZAMAN Abul F. Munir,

"International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview", *7 Journal of International Arbitration,*1990, pp. 53-64.

"Some Reflections on Stabilisation Techniques in International Petroleum, Gas and Mineral Agreements", *International Energy Law and Taxation Review,* 2005.

"Conflict of Laws Issues in International Arbitration: Practice and Trends", *Arbitration International,* Vol. 9, December 1993.

"State Enterprise, Arbitration and Sovereign Immunity Issues: A Look at Recent Trends", *Dispute Resolution Journal,* August 2005, pp. 1-8.

"The Issue of Resource Nationalism: Risk Engineering and Dispute Management in the Oil and Gas Industry", *OGEL,* Vol. 10 - issue 3, March 2012.

"State Contracts in Contemporary International Law: Monist VS Dualist Controversies", *EJIL,* 2001.

"Damages for Breach of Stabilisation Clauses in International Investment Law: Where Do We Stand Today?", *International Energy Law and Taxation Review,* Nos. 11 & 12, 2007, p. 246.

"The New Law of International Commercial Arbitration in Bangladesh: A Comparative Perspective", *American Review of International Arbitration,* December 2003, Vol. 14, p. 139.

"Managing Globalization: Challenges Facing International Law in the 21st Century", ?, May 2007, p. 52.

"Formation of International Sales Contracts: A Comparative Perspective", *International Business Lawyer,* December 2001, Vol. 29, p. 483.

"The Concept of Good Faith in International Investment Disputes – The Arbitrator's Dilemma", *Amicus Curiae: Journal of the Society for Advanced Legal Studies,* 2012, Issue 89.

"Sovereign Immunity and the Enforcement of Arbitral Awards Against State Entities: Recent Trends in Practice", *ARBITRATION PRACTICE,* Chapter 28, 2010.

"The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends", *Journal of World Energy Law and Business,* 2008 ,Vol. 1 - No. 2.

"National Laws Providing for Stability of International Investment Contracts: A Comparative Perspective", *Journal of World Investment and Trade,* April 2007, pp.1-9.

"The Arbitrator's Prudence in Lex Mercatoria: Amiable Composition and Ex Aequo Et Bono in Decision Making", *Mealey's International Arbitration Report,* Vol. 18 - No. 12, December 2003.

MANIRUZZAMAN Abul F. Munir,

"Reforming the WTO Dispute Settlement System: A Rethink of the Third Party Right of Access to Panel and Appeal Processes from Developing Countries' Perspectives", *The Journal of World Investment and Trade, Forthcoming,* June 2010.

"Creeping Legitimacy of Corporate Social Responsibility", *Amicus Curiae: Journal of the Advanced Legal Society,* No. 85, p. 1, Spring 2011.

"State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral Change by the State In Contemporary International Law", *Journal of International Arbitration,* Vol. 9, No. 4, p. 141, 1992.

"Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law or Foreign Investment: An Overview", *Journal of Transnational Law & Policy,* Vol. 8, No. 2, 1998, p. 57,

"The Problems and Challenges Facing Settlement of International Energy Disputes by ADR Methods in Asia: The Way Forward", *Journal of International Energy Law and Taxation,* No. 6, 2003, pp. 193-202,

"State Contracts in Contemporary International Law: Monist Versus Dualist Controversies", *European Journal of International Law,* Vol. 12, No. 2, 2001 , pp. 309-328.

"International Arbitration and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts : An Overview", *Journal of International Arbitration,* Vol. 7, No. 3, 1990, pp. 53-64.

"Addressing the Global Climate Change Problem in GATT/WTO Law: The Vision of a New International Climate Law Based on International Distributive Justice", *Journal of World Investment and Trade,* Vol. 12, No. 5, October 2011.

"The New Generation of Energy and Natural Resource Development Agreements: Some Reflections", Journal of Energy and Natural Resources, Vol. 11, No. 4, 1993, pp. 207-247.

"The Relevance of Public International Law in Arbitrations Concerning International Economic Development Agreements: An Appraisal of Some Fundamental Aspects", *Journal of World Investment and Trade,* 2009, p. 264.

"International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: A Prognostic View", *Wisconsin International Law Journal,* Vol. 20, No. 1, 2001.

"Towards Regional Energy Co-Operation in the Asia-Pacific: Some Lessons from the Energy Charter Treaty", *Journal of World Investment,* 2002, p. 1061.

"Resolving International Business and Energy Disputes in Asia - Traditions and Trends", *IBER AMICORUM EN L'HONNEUR DE SERGE LAZAREFF, D. Laurent, ed., Pedone,* 2011, pp. 419-439, *Transnational Dispute Management,* Vol. 5, 2011

"Modernisation of International Arbitration Law in the Age of Globalisation: A Bangladesh Perspective", *International Company and Commercial Law Review,* 2004, No. 5, p. 132.

"Global Economic Governance and the Challenge Facing Traditional International Law in the 21st Century", *Amicus Curiae: Journal of the Society for Advanced Legal Studies,* July-August 2004, No. 54, p. 10.

"The International Law of Foreign Investment in the Age of Globalization: From Panic to Panacea", *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics,*Vol. 6, 2006, p. 365,

"Interim Measures of Protection in International Investment Arbitration: Challenge to State Sovereignty?", *Forthcoming book entitled "INTERIM MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION" under the auspices of the International Law Institute, Washington, D.C. in,* 2014.

"Global Governance, International Political Economy and the Global Legal Order - The Challenge Ahead", *Manchester Journal of International Economic Law,* Vol. 1, No. 3, 2004, p. 4.

"The Authority of a Truncated Arbitral Tribunal – Straight Path or Puzzle?", *Amicus Curiae, Journal of the Society for Advanced Legal Studie*, Summer 2012, Issue 90.

"International Commercial Arbitration in the Asia-Pacific - Asian Values, Cultures and Context", *International Business Lawyer,* Vol. 30, December 2002, p. 508.

"Environment and Sustainable Energy Development in the Asia-Pacific Region", *International Energy Law and Taxation Review,* 2003, p. 37.

"Stabilization in Investment Contract and Change of Rules in Host countries: Tools for oil and Gas investors", *Presentation University of Portsmouth, 2007,* www.port.ac.uk/departments/academic/law/staff/MunirManiruzzaman.

MANIRUZZAMAN Abul F. Munir,

"Global Business and Human Rights", *Oil, Gas & Energy Law Intelligence,*May 2006.

"International Energy Contracts and Cross-Border Pipeline Projects: Stabilization, Renegotiation and Economic Balancing in Changed Circumstances - Some Recent Trends", *Oil, Gas & Energy Law Intelligence,* 2006.

"Drafting Stabilisation Clauses in International Energy Contracts: Some Pitfalls for the Unwary", Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2007.

"Global Business and Human Rights - Evolving International Legal Norms", Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2007.

"Stabilization in Investment Contracts and Change of Rules by Host Countries: Tools for O & G Investors", *Association of International Pertroleum Negotiators,* July 2006, www.aipn.org/modelagreements/research.asp, 116 pages.

"The Issue of Resource Nationalism: Risk Engineering and Dispute Management in the Oil and Gas Industry", *OGEL 3,* 2012, http://www.ogel.org/article.asp?key=3278, visité en Novembre 2013

"The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", American University International Law Review, 1999, Vol. 14, No. 3, p. 657 at 717

"The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", *American University International Law Review,* Vol. 14, No. 3, 1999, pp. 658.

MAYER Pierre, "La neutralisation du normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat", *Journal du droit international,* 1986

MOLLER Leon, "The Governance of Oil and Gas Operations in Hostile But Attractive Regions: West Africa", *OGEL 2,* 2013, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=3359

NANTEUIL Arnaud, "L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement", *Edition REDONE*, 2014, Paris

Nazhad Arash, "The link between Islamic Law and hydrocarbon agreements", *The University of Texas at Austin / Association of International Petroleum Negotiators,* 2007, pp 169-178 et s.

N'DI George, WALDE Thomas W., "Stabilising International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation", *OGEL* Archive issue, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=806

NEWCOMBE Andrew Paul, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", *Transnational Dispute Management*, July 2007, Vol. 4 - issue 4, www. transnational-dispute-management.com

"Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law", *KLUWER LAW INTERNATIONAL*, 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1375600

"Introduction to 'Sustainable Development in World Investment Law'", *Kluwer Law International,*2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1789193

"Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade,* Vol. 8, 2007, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016578

NIKIEMA Suzy H., "L'expropriation indirecte en droit international des investissements", *Presses Universitaires de France*, Novembre 2012, 370 pages

NORTON Rose, "Libya Energy Report", *OGEL 1*, 2004, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1022

NOUVEL Yves, "Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux", *Revue Générale du Droit International Public,* 2002, pp. 80-102 at 89.

OBAFEMI Busuyi Ebenezer, "The New Russian Initiative on Energy Transit - Should it replace the Energy Charter Treaty?", *OGEL 4*, 2014, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=3513

OGUNLADE Adebola, "How Can Government Best Achieve its Objectives for Petroleum Development: Taxation and Regulation or State Participation?", *OGEL 4*, 2010, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=3052

OKENABIRHIE Theresa O, "A stabilisation clause or a stabilisation curse? A look at the effect of stabilisation clauses on host countries by measuring the effect of the LNG act on the Nigerian economy", *University of Dundee,* 2012,

http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=cepmlp_car13_12_932685548.pdf

OYEWUNMI Tade, "Stabilisation and Renegotiation Clauses in Production Sharing Contracts: Examining the Problems and Key Issues", *OGEL 6*, 2011, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=3184

PARK William, "Investment Claims and Arbitrator Comportment", *OGEL 1,* 2012, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=3233

PATE Thomas J., "Evaluating Stabilization Clauses in Venezuela's Strategic Association Agreements for Heavy-Crude Extraction in the Orinoco Belt: The Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry", *OGEL 3,*2009, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2924

PENROSE Edith, JOFFE George, STEVENS Paul, "Nationalization of Foreign-Owned Property for a Public Purpose: An Economic Perspective on Appropriate Compensation", *The Modern Law Review,*May 1992, Vol. 55, No. 3, pp. 351-367, URL: http://www.jstor.org/stable/1096406

ROBERT-CUENDET Sabrina, "Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte", *MARTINUS NITHOFF PUBLISHERS,* 2010, http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/toc/622921657.pdf

SAHBAHI Borzu, WALDE Thomas W., "Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law", *TDM 6*, 2007, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1165

SCHILL Stephan W., "International investment law and comparative public law", *Oxford, 2010,*

SHAVELL Steven, "Economic Analysis of Contract Law", *NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH,* May 2003, Working Paper 9696, http://www.nber.org/papers/w9696.pdf

SMITHT Ernest E., "From Concessions to Service Contracts", *International Energy Law Symposium*, 1992, Volume 27 - Issue 4 - Article 3, http://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1939&context=tlr

SOFER Sasson, "The Prominence of Historical Demarcations: Westphalia and the New World Order", *Diplomacy & Statecraft,* Avril 2009, pp1-19 et s.

STEVENS Paul, "National Oil Companies and International Oil Companies in the Middle East: Under the Shadow of Government and the Resource Nationalism Cycle", *J World Energy Law Bus,* 2008, http://jwelb.oxfordjournals.org/content/1/1/5.full.pdf+html

SUBEDI Surya P., "The Challenge of Reconciling the Competing Principles within the Law of Foreign Investment with Special Reference to the Recent Trend in the Interpretation of the Term 'Expropriation'", *The International Lawyer*, Vol. 40, No. 1 (2006), pp. 121-141, publié par: American Bar Association, Stable URL: http://www.jstor.org/stable/40708012

TIFINE Pierre, "EXPROPRIATION - Régime général et objet de la procédure", *JURIS CLASSEUR Administratif*, Octobre 2010, http://www.lexisnexis.fr/droit-document/fascicules/jcl-administratif/473_EG_AD0_469473CH_1_PRO_074992.htm#.VHHvsvmG98E

VERWEY Wil D., SCHRIJVE Nico J., "The taking of property under international law: a new legal perspective?", *Netherlands Yearbook of International Law,* December 1984, Volume 15 - pp 3-96

VRDOLIJAK Ana Filipa, "Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law, Part I", *European Journal of International Law,* 2009 , Vol. 20, No. 4, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1401234

WALDE Thomas W., "Managing the Risk of Sanctions in the Global Oil & Gas Industry: Corporate Response Under Political, Legal and Commercial Pressures", *OGEL,* (2003).

"Investment Arbitration as a Discipline for Good-Governance: Overview and Epilogue", *OGEL*, Avril 2004.

"Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development", *OGEL,* 2006.

"Rule of Law and the Resource Industries' Cycles: Acquired Rights versus the Pressures inherent in the Political Economy of the International Energy and Resource Industries", *TDM 2,* April 2008, www.transnational-dispute-management.com.

"Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty - From Dispute Settlement to Treaty Implementation ", *OGEL,* www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2370

WALDE Thomas W., "Investment Policies and Investment Promotion in the Mineral Industries ", *OGEL*, Archive issue, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2371

"Environmental Policies Towards Mining in Develop Countries", *OGEL,* Archive issue, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2368

"The Role of International "Soft Law" in Natural Resources and Energy Investment", *OGEL, October* 2004

"Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development", *OGEL,* Archive issue, 2006, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2369

"Expert Opinion: Yukos and The Russian Federation", *OGEL 1*, 2005, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1782

"Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration - Controversial Issues", *OGEL 5,* 2004, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1663

"Equality of Arms" in Investment Arbitration: Procedural Challenges", *TDM 1*, 2011, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1647

"The Role of Arbitration in the Globalisation of Energy Markets: Perspective in the Year 2000", *TDM 1*, 2009, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1426

"ADR in Business, Practice and Issues across Countries and Cultures. J.C. Goldsmith, A. Ingen-Housz & G. Pointon - book review", *TDM 5*, 2007, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1144

"International Investment Law: An Overview of Key Concepts and Methodology", *TDM 4*, 2007, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1025

"New Aspects of International Investment Law - 2004 Research Seminar by the Hague Academy of International Law", *TDM 4*, 2007, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1024

"International Investment Disputes: Oil, Gas & Energy", *TDM 5*, 2006, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=943

"Oil & Gas Arbitration - Some Historical Background and Current Significance", *TDM 5*, 2006, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=942

"Investment Arbitration and Sustainable Development: Good Intentions - or Effective Results?", *TDM 5,* 2006, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=875

"In the Arbitration under Art. 26 Energy Charter Treaty (ECT), Nykomb v. The Republic of Latvia - Legal Opinion", *TDM 5*, 2005, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=625

"Remedies and Compensation in International Investment Law", *TDM 5*, 2005, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=557

"Professional analysis of arbitration risk-reward function; gender et.al. influence", *TDM 3*, 2005, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=428

"Alternatives for Obtaining Greater Consistency in Investment Arbitration: An Appellate Institution after the WTO, Authoritative Treaty Arbitration or Mandatory Consolidation?", TDM 2, *2005*, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=421

"Presentation on 'Damages' given during Appeals and Challenges to Investment Treaty Awards: Is It Time for an International Appellate System?, 7 May 2004, Geneva.", *TDM 1*, 2005, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=371

"Some Implications of an Investment Arbitration Appeals Facility", *TDM 1*, 2005, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=370

WALDE Thomas W.,

"The Serbian Loans Case - A Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt?", *TDM 4*, 2004, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=316

"La Jurisprudence du CIRDI (ICSID Case Law) by Emmanuel Gaillard", *TDM 4*, 2004, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=300
"Defending Interests: Public-Private Partnerships in WTO Litigation by Gregory Shaffer", *TDM 4,* 2004, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=299
"The "Umbrella" (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases", *TDM 4,* 2004, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=286
"International Standards in Transnational Investment & Commercial Disputes: The role of international standards, soft law, guidelines, voluntary and self-regulation in international arbitration, negotiation and other forms of dispute management", *TDM 4*, 2004, ww.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=272
"Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order", *TDM 3*, 2004, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=265
"Managing International OGEMI-Investment Disputes", *TDM 3*, 2004, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=263
"Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration", TDM 3, 2004, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=188
"Arbitration in the Oil, Gas and Energy Field: Emerging Energy Charter Treaty Practice", TDM 2, 2004, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=129
"Oil and Gas Infrastructure and Midstream Agreements", TDM 1, 2004, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=61
"International Energy Investment", *EnergyLawJournal,*1996, Vol17_No1, http://felj.org/sites/default/files/elj/Energy%20Journals/Vol17_No1_1996_article_international.pdf
"International Energy Law: Concepts, context and players", *First draft for book International Energy Law and Policy,* 2001
"Souverainete etatique et marches internationaux a la fin du 20ieme siecle, A propos de 30 ans de recherché du Credimi, Melanges en 'lhonneur de Philippe Kahn", *TDM 1*, 2004, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=63
"Islam, Oil and Security - From the Gulf to the Caspian (Presentation) ", *OGEL 2,* 2007, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2465

"Renegotiating Oil & Gas Investment: "Investor Responses & Remedies"", *OGEL 4*, 2007, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2653

"Managing Oil & Gas Investment Risk", *OGEL 4,* 2007, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2652

"Efficient Management of Transnational Disputes: Case Study of a Successful Interconnector Dispute Resolution", *OGEL 2*, 2006, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2203

"Looking backwards: Forecasts on the Russian oil industry made in 1994", *OGEL 3*, 2005, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1919

"Legal and Policy Implications of a Relationship of Two International Treaties in Natural Energy Resources: OPEC and the ECT", *OGEL 5,* 2004, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1660

"Transparency, Amicus Curiae Briefs and Third Party Rights", *OGEL 2*, 2004, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1179

"NATURAL RESOURCES AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT: From 'Good Intentions' to 'Good Consequences'", *OGEL 1*, 2004, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1007

WALDE Thomas W.,

"Does the Offshore Oil Industry in Scotland have a Future?", *OGEL 5*, 2003, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=752

"Energy Law and Sustainable Development, IUCN Environmental Policy and Law Paper No 47, 2003", *OGEL 4*, 2003, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=631

"Pro-Active Mediation of International Business and Investment Disputes Involving Long-Term Contracts: From Zero-Sum Litigation to Efficient Dispute Management", *OGEL 4,* 2003, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=540

"International Energy Law: Concepts, Context and Players: A Preliminary Introduction", *OGEL 4,* 2003, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=497

"From a drafting proposal by Thomas Wälde for UNCTAD's 2003 World Investment Report", *OGEL 3*, 2003, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=378

"Comment: International Dimension of EU Energy Law and Policy", *OGEL 3*, 2003, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=344

"Mediation/Alternative Dispute Resolution in Oil, Gas and Energy Transactions: Superior to Arbitration/Litigation from a Commercial and Management Perspective", *OGEL 2,*2003, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=65

"Law, Contract and Reputation in International Business: What Works? ", TDM, 2003, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1187

"Changing Directions for International Investment law in the Global Economy - An Overview of Selected Issues ", TDM 0, 2003, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1002

"State Responsibility for Subnational Authorities and Non-State National Entities in a Liberalised World Economy - an Analysis of Art. 22 and 23 of the 1994 Energy Charter Treaty", *OGEL* Archive issue, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1601

"Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: Industry and political cycles meet the rule of law", *Journal Of World Energy Law & Business*, 2008

"Third World Mineral Development in Crisis - The Impact of the Worldwide Recession on the Legal Instruments Governing Third World Mineral Development ", OGEL Archive issue, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2372

"Law Beyond Conventional Thought", *CMP Publishing*, 2008, http://www.transnational-dispute-management.com/downloads/TW-LiberAmicorum.pdf

"Procedural Challenges in Investment Arbitration under the shadox of the dual role of the state", *Kluwer Law International,*Vol 26 n°1, 2010, http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=ARBI2010002

"Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation", *Kluwer Law International*, 1996, Issue 4, pp. 429–466

"Rule of Law and the Resource Industries' Cycles: Acquired Rights versus the Pressures inherent in the Political Economy of the International Energy and Resource Industries", *TDM 2,*2008, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1228

WALDE Thomas W., NDI Dr George, "Stabilising International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation", *OGEL,* 2003

WALDE Thomas W., GUNDERSON James, "Legislative Reform in Transition Economies: Western Transplants - A Short-Cut to Social Market Economy Status? ", *OGEL Archive issue*, 1993, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=2691

WALDE Thomas W., HOBER Kaj, "The First Energy Charter Treaty Arbitral Award", *TDM 4,* 2004, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=285

WALDE Thomas W., HOBER Kaj, "The First Energy Charter Treaty Arbitral Award", *OGEL 4,* 2004, www.ogel.org, URL: www.ogel.org/article.asp?key=1554

WALDE Thomas W., SABAHI Borzu, "Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law", *TDM 6*, 2007, www.transnational-dispute-management.com, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1165

WILLIAMS John Fischer, "International Law and the Property of Aliens" *BYIL*, September 1928, pp 26

WRIGHT Gavin, CZELUSTA Jesse, "Mineral Resources and Economic Development", *Stanford University*, October 2003, http://www-siepr.stanford.edu/workp/swp04004.pdf.

WRIGHT George "Hobbes and the economic trinity", *Publishing models and article dates explained,* 1999, p397-428.

WRIGHT George "Hobbes in exile", *Springer Netherlands,* 2006, pp251-309 et s.

ZIMMERMANN Reinhard, WHITTAKER Simon, "Good Faith in european contract law", *Cambridge University Press*, 2000.

TABLES DES MATIERES

LA STABILISATION DES CONTRATS PETROLIERS 1
Avertissement 3
Remerciements 7
Résumé 9
Abstract 11
Liste abréviations 13

Sommaire 15

INTRODUCTION 17

1. Les cocontractants du contrat d'investissement pétrolier 22
1.1. Les indentifications des parties au contrat pétrolier 22
1.2. Les applications de Souveraineté en matière de contrat d'investissement pétrolier 24
2. Le phénomène de risque 30
3. Les moyens de stabilité du contrat d'investissement pétrolier 31
3.1. Une stabilité fournie par les principes directeurs du droit du contrat 31
3.2. La clause de stabilité en tant que garanties contractuelles 36
3.3. La flexibilité du contrat d'investissement pétrolier 38
4. La problématique de thèse 41
5. L'intérêt de la thèse 41
6. Le plan de l'étude 42

PREMIÈRE PARTIE : Le régime juridique du contrat pétrolier 47

Introduction de la première partie *47*
Titre I : Identification du contrat pétrolier 49
Chapitre I : La qualification juridique du contrat pétrolier 51
Section I : Les caractères du contrat d'investissement pétrolier 51
1. La notion d'investissement attachée au contrat pétrolier 51
1.1. En droit International 53
1.2. En droit interne 57
1.3. Le développement économique : Une finalité du contrat pétrolier 59
Section II : La nature des parties aux contrats pétroliers 64
1. Partie étatique : Un organisme public à caractère commercial 64
1.1. Exemples de Compagnies Nationales Pétrolières 65
1.2. Le caractère juridique de la compagnie pétrolière nationale 68
2. La deuxième partie, un cocontractant privé étranger 69
Section III : La classification des contrats pétroliers 71
1. L'exclusion du contrat pétrolier de la catégorie de convention internationale 72
1.1. Proximité du contrat pétrolier avec le contrat administratif 74
1.2. La qualification des contrats pétroliers comme « contrats d'État » 79
1.3. Notion de contrat d'État – observation générale 79
1.4. Les clauses spéciales du « contrat d'État » 81
1.5. La clause relative à la compétence juridictionnelle 82
1.6. La clause relative au droit applicable 84
1.7. La clause relative au pouvoir normatif de l'État 84
Chapitre II : La loi applicable aux contrats d'investissement pétrolier 87
Section I. Le principe de l'autonomie face à de l'internationalisation du contrat pétrolier 88
1. Le principe d'autonomie 88
1.1. La théorie de l'internationalisation 91
1.2. L'origine de la théorie de l'internationalisation 91
Conclusion section I 94

Section II. La conciliation des deux théories en fonction de la particularité du contrat pétrolier : les positions de « monistes vs. Dualistes »..... 95
1. L'école moniste 95
1.1. L'école dualiste..... 102
1.2. La particularité du contrat pétrolier 108
1.3. Contrats conclus « jure gestionis » 111
1.4. Contrats conclus jure Imperii 112
1.5. Une approche composée du droit applicable aux contrats pétroliers 113
Conclusion section II 114
Conclusion du Titre I 116
Titre II : L'identification des droits des cocontractants : souveraineté v. propriété 119
Chapitre I : La souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles 121
Section I : L'expression du principe de la souveraineté sur les ressources naturelles en droit international 121
Introduction section I..... 121
1. La notion de souveraineté en droit international..... 122
1.1. La signification du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles (SPRN) 125
1.2. L'émergence du principe de souveraineté sur les ressources naturelles : contexte politique et historique..... 127
1.3. Le principe de « SPRN » et les droits de l'Homme..... 130
1.4. La souveraineté des États sur ses ressources naturelles dans le cadre de l'autodétermination 130
1.5. La SPRN dans le cadre des droits au développement..... 133
1.6. Le nouvel ordre économique international « NIEO » 134
1.7. Le pouvoir de Gestion Internationale, énoncé par l'OPEP..... 138
Conclusion Section I..... 141
Section II : L'expression du principe de la souveraineté sur les ressources naturelles en droit interne 141
Introduction 141
1. La traduction de la notion moderne de souveraineté aux XIXe et XXe siècles..... 143
1.1. En droit français 145
1.2. En droit anglais : le système monarchique 148
1.3. Le concept de Souveraineté chez des États pétrolier de la région ANMO 149
1.3.1. Les Systèmes Religieux 150
1.3.2. Le système républicain 152
1.3.3. Le régime de monarchie..... 153
1.4. Les droits attachés au principe de souveraineté sur les ressources naturelles..... 154
1.5. Le droit de disposer librement des ressources naturelles 155
1.5.1. Iran..... 157
1.5.2. Libye..... 158
1.5.3. Algérie..... 159
1.6. Le droit de s'engager..... 161
1.7. Le droit d'exproprier 163
1.7.1. Définitions..... 163
1.7.2. Le droit d'exproprier en relation avec la « SPSN » :..... 166
1.7.3. La légalité de l'expropriation..... 167
A. Le cadre juridique de l'expropriation 168
B. Un pouvoir souverain 168
C. La nécessité d'un acte juridique..... 169
D. Le caractère d'utilité publique dans le domaine pétrolier..... 169
E. Non-discrimination 174
F. Compensation..... 175
Conclusion Chapitre I 179
Chapitre II : La propriété en matière d'investissement pétrolier..... 181
Section I : L'identification de la propriété en matière d'investissement pétrolier..... 182
1. La notion droite de la propriété sur le pétrole en général..... 182
1.1. Le droit de la propriété en matière de droit d'investissement 183
1.2. Le droit de propriété sur le ressources naturelles – le pétrole 185
1.3. Le développement de la Lex Petrolea..... 188
1.4. La notion de propriété vue par l'arbitrage LAIMCO..... 189
1.5. Le concept de la propriété et l'émergence du droit de nationalisation « LIAMCO » 190

1.6. La notion de la propriété identifiée par l'arbitrage d'AMOCO 191
Conclusion : Section I 192
Section II : Le transfert de la propriété à travers le contrat d'investissement pétrolier 193
Introduction : Section II 193
1. Titre de propriété sur les ressources naturelles en droit français 194
1.1. Les modalités d'obtention du permis de recherche : 197
1.2. Les modalités d'obtention du permis d'exploitation 197
1.3. Le mécanisme de transfert de propriété sur le pétrole dans les États de la région ANMO 198
1.4. Les dispositions relatives aux droits de propriété des États de la région ANMO 198
1.5. Les caractères généraux des accords pétroliers 200
1.6. Les type de contrats pétroliers 201
1.6.1. La concession 202
A. Définition 202
B. Les droits découlant de la concession pétrolière 203
C. Les termes financiers de la concession 208
D. La part du profit net de l'État hôte 210
1.6.2. Le contrat de partage pétrolier (Joint-Venture) 211
A. Définition de contrat de partage 212
B. Des exemples de contrats de partage 212
C. Les caractères principaux de contrat de partage 220
a. Le rôle joué par l'État dans le contrat de partage 220
b. Droits accordés à l'investisseur à travers le contrat de partage 221
c. Le droit de gestion 222
d. La part de profit de l'État 223
1.6.3. Contrat de service 223
Conclusion section II 225
Conclusion : Chapitre II 225
Conclusion : Titre II 227
CONCLUSION PREMIERE PARTIE 229

SECONDE PARTIE : La solution pour la stabilité du contrat pétrolier 235

Titre III : La stabilité recherchée en droit international 237
Chapitre I : La nécessité de la stabilisation, du point de vue du droit international 237
Section I : Les enjeux du concept de stabilité au contrat d'investissement pétrolier 238
1. La nécessité de la stabilisation dans le domaine de l'investissement pétrolier 238
1.1. Durée de l'investissement 239
1.2. Capital de l'investissement 240
1.3. Le risque politique : « aperçu classique » 242
1.4. De nouvelles formes de risque politique dans l'industrie pétrolière 244
1.5. Urgences économiques 245
1.6. Politique nationale et changements de régime politique 247
Conclusion : Section I 252
Section II : L'instabilité pose par le délit du principe d'État de droit' 253
1. Le principle État de droit 253
1.1. Le risque politique que constitue la forme des actes d'États et leurs rapports avec le principe de « l'État de droit » 255
1.2. La notion d'« État de droit » en vue de matières de ressources naturelles 256
1.3. Le contrôle du risque politique par le principe de l' « État de droit » 260
1.4. La soumission de l'État à des règles obligatoires, égalité de tous devant la loi et les tribunaux de droit commun 261
1.5. La bonne gouvernance et les processus appropriés 263
1.6. Transparence 265
1.7. La Responsabilité de l'État 266
1.8. Efficacité et indépendance du système judiciaire 267
Conclusion de la section II 268
Conclusion : Chapitre I 268
Chapitre II : La stabilité du contrat pétrolier en vertu du droit international 269

Introduction ... 269
Section I : La responsibilité de l'État cocontractant en droit international ... 269
1. La notion de stabilité en droit international ... 269
2. Les obligations de l'État hôte « cocontractant » ... 271
2.1. Les obligations de faire ... 272
2.2. Les obligations de ne pas faire ... 273
Conclusion ... 274
Section II. Les sources de la stabilisté en droit international ... 275
1. Droits de l'Homme ... 277
2. Le droit de l'investissement international ... 282
2.1. La stabilité du contrat (dans le cadre des "Umbrella Clauses") ... 283
2.2. Les stabilisations contractuelles exigées par le principe d'un traitement juste et équitable ... 289
2.3. Les stabilisations contractuelles exigées par le principe des « attentes légitimes » de droit d'investissement ... 293
Conclusion : Section II ... 296
Conclusion : Chapitre II ... 296
Conclusion: Titre III ... 299
Titre IV : La clause de la stabilité du contrat pétrolier et ses défis ... 303
Introduction au Titre IV ... 303
Chapitre I : Présentation de la clause de stabilité : ses pratiques, valeurs, et effets ... 305
Section I : Les différents types de clauses de stabilité ... 306
Introduction ... 306
1. Contexte historique ... 307
2. Caractéristiques des types de clause de la stabilité ... 311
2.1. La clause de stabilisation classique ... 312
2.2. La clause de stabilisation fiscale ... 316
2.2.1. La nécessité de stabilité fiscale ... 316
2.2.2. La formation de la clause de stabilisation fiscale ... 319
2.2.3. La position de la jurisprudence arbitrale ... 320
A. Occidental v Ecuador ... 321
B. EnCana v Ecuador ... 322
2.3. La clause « d'équilibre économique » ... 322
2.3.1. Démonstration ... 322
2.3.2. La formation de la clause de « l'équilibre économique » ... 324
2.3.3. La convergence entre la « clause de stabilité » et la « clause de Hardship » ... 326
Conclusion : section I ... 328
Section II : La validité des clauses de stabilité ... 331
Introduction Section II ... 331
1. Débat doctrinal ... 331
2. Observations ... 335
2.1. Précision de la définition de la clause de stabilité ... 336
2.2. La force obligatoire de la clause de stabilité ... 338
2.3. La convergence entre la clause de stabilité et la théorie de l'imprévision ... 343
3. La validité des clauses de stabilité en droit national ... 346
3.1. Le principe de la liberté contractuelle ... 346
3.2. Le principe de « la force obligatoire du contrat » en droit interne ... 347
4. Les limitations de la clause de stabilité ... 349
4.1. Limites à la stabilité posées par les droits de l'homme et l'environnement ... 349
4.2. Limitation concernant la disposition fiscale ... 350
Conclusion : Section II ... 351
Conclusion : chapitre I ... 352
Cas pratique : Un aperçu sur l'effet et l'efficacité de la clause de stabilité en droit libyen ... 354
1. Les droits et obligations découlant de l'EPSA et la clause de stabilité ... 354
2. L'acte d'expropriation ... 356
3. Litige national ... 357
4. Decision du tribunal local ... 358
Conclusion ... 359
Annexe I ... 360

Annexe II 361
Chapitre II : Une stabilité à travers de la théorie de l'imprévision ? 363
Introduction 363
Section I : Exposé de la théorie de l'imprévision 364
1. Une approche théorique 364
2. Un concept général 365
2.1. Un motif économique : incomplétude du contrat 366
2.2. Motif juridique : les obligations de la bonne foi et le non-abus de droit 368
3. L'imprévision dans les droits nationaux 370
3.1. Le droit français 370
3.1.1. La mutabilité en droit administratif français 371
A. Le premier est la théorie du « fait du prince » 371
B. La théorie de l'imprévision en droit administratif français 372
3.1.2. En matière de droit des contrats 373
3.1.3. Conditions d'application de la théorie 376
3.2. L'imprévision en Droit Commun 377
3.2.1. La notion du « Contract Frustration » 378
3.2.2. La frustration en matière du contrat d'État 380
3.3. Le défi dans les lois du pays de la région ANMO 381
3.3.1. La position de la loi islamique 381
3.3.2. La position du droit positif dans les pays de la région ANMO 384
A. Le droit positif en Iran 384
B. Le droit positif Egyptien et Libyen 386
4. Appréciation critique 389
5. L'imprévision en droit international : 391
5.1. La codification de la théorie rebus sic stantibus en droit international 394
5.2. La pratique contractuelle 398
Conclusion : Section I 403
Section II : La mutabilité du contrat pétrolier : Une conséquence de l''application de la théorie de l'imprévision 404
Introduction 404
1. Les renégociations 404
2. Les enjeux de la renégociation 405
2.1. Rétablir l'équilibre économique de contrat 406
2.2. Relocate des risques : 407
2.2.1. La différence entre les clauses de stabilité et les clauses de renégociation 408
3. La mutabilité contractuelle par la voie des renégociations. 411
4. En cas d'échec de renégociation 414
4.1. La position des droits internes 414
4.2. La position du droit international 417
4.3. Hypothèse théorique 418
4.4. Approche pratique 419
Conclusion Section II 423
Conclusion Chapitre II 423
Cas pratique II 425
Les renégociations des contrats d'investissements pétroliers 425
1. Le contrat 426
2. Les parties concernées 426
3. Droits de la partie privée 427
4. Les événements imprévus 427
4.1. Les sanctions américaines contre la Libye 427
4.2. Un risque politique croissant entre l'État libyen et l'administration américaine 429
5. Les renégociations 432
5.1. Les ententes de Standstill 432
5.2. Le contenu de contrat « Standstill » 433
6. Prolongation des conditions du contrat de suspension 433
6.1. Gestion et fonctionnement des contrats et des opérations pétrolières dans le contrat de Standstill 433
7. Résiliation du contrat Standstill du contrat de réentrée 434

CONCLUSION 434

ANNEXES 435

Conclusion : Titre IV 437
Conclusion : Partie II 439
Conclusion générale de la Thèse 441

Annexes 1 445
Annexes 2 473
Bibliographie : Livres 515
Articles et revues 523
TABLES DES MATIERES 538