

Pierre-Henri GANEM

**« SÉCURISATION »
CONTRACTUELLE
DES INVESTISSEMENTS
INTERNATIONAUX**

GRANDS PROJETS

**MINES
ÉNERGIE
MÉTALLURGIE
INFRASTRUCTURES**

AVANT-PROPOS DE ALAIN PELLET
PRÉFACE DE HENRY LESGUILLONS

OUVRAGE HONORÉ D'UNE SUBVENTION
DU MINISTÈRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR
ET DE LA RECHERCHE

FEC

Forum Européen
de la Communication
47, rue Chardon Lagache
F - 75016 Paris

BRUYLANT
BRUXELLES
1 9 9 8

AVANT-PROPOS

Le titre originel de l'ouvrage de M. Pierre-Henri Ganem, d'abord présenté comme une thèse en vue du doctorat en droit devant l'Université de Paris X Nanterre était : « Stratégies contractuelles des firmes aux fins de "sécurisation" d'investissements internationaux et volontarisme politique des États comme forces créatrices de droit dans les rapports transnationaux – La pratique des grandes firmes d'aluminium dans le montage et la réalisation de projets miniers et métallurgiques principalement en Afrique (1953-1994) ». S'il n'avait pas le mérite de la concision, cet intitulé avait, en revanche, celui d'exposer de manière complète et précise l'objet, très exceptionnel à tous points de vue, de l'entreprise.

C'est à une véritable « traque » que M. Ganem s'est livrée. Alliant la précision de l'entomologiste à la patience du limier, il a su triompher des obstacles constitués par l'écoulement du temps et le secret des affaires, écueil redoutable pour le chercheur, et reconstituer, à travers l'étude minutieuse des textes juridiques, l'« épopée industrielle » qu'a représenté le développement de grands projets miniers et métallurgiques, principalement – mais pas exclusivement – en Afrique. La démarche, passionnante de bout en bout, s'appuie sur une documentation abondante et de première main, dont les textes intégraux de contrats, reproduits en annexes, témoignent de la richesse, et repose sur une approche authentiquement pluridisciplinaire faisant appel aux ressources de l'histoire, de l'économie, de la science politique, administrative ou financière, et, bien sûr, d'abord du droit, qui est au centre de la démarche de l'auteur.

Que l'on ne s'y trompe pas, c'est de droit qu'il s'agit. L'objectif est juridique : ce sont les stratégies contractuelles (et, au-delà et plus largement juridiques) d'investisseurs transnationaux qu'il s'agit de démonter et de reconstituer. Le matériau, au centre de l'étude, est juridique : les contrats toujours, mais aussi les textes de toute nature, réglementaires, législatifs, voire constitutionnels et internationaux et les contentieux auxquels leur application a donné lieu. Les conclusions sont juridiques : l'ouvrage est un vigoureux plaidoyer en faveur d'un juste équilibre entre le besoin de sécurité juridique et la nécessité de s'adapter au changement.

C'est qu'il n'y a pas de droit « pur » ; les règles juridiques, qu'elles soient contractuelles ou autoritaires ne se conçoivent que dans un contexte, politique, social, et économique (financier et commercial notamment), qui n'est pas statique. Si celui-ci change, elles doivent évoluer avec lui. En dépit de l'attachement proclamé à la « fidélité aux contrats », qu'à travers Wotan l'auteur met en exergue de son livre, *pacta sunt servanda* ne saurait terrasser *rebus sic stantibus* ; d'où la fascination qu'exercent sur lui les clauses de renégociations insérées dans certains contrats et qui concilient ces deux contraires : inscrites dans le contrat, leur objectif est d'en assurer l'adaptation, sinon continue, du moins périodique ; par elles, le changement est

« contractualisé ». Techniquement, cette position fera l'objet de critiques ; mais le souci qui la sous-tend n'est pas contestable.

Au fond, tout l'ouvrage est un hymne à la vie du droit, « construit et non donné » selon l'expression de Ripert reproduite en tête de l'introduction, mais construit en fonction des circonstances changeantes de la « vie réelle ». Et M. Ganem de montrer comment, paradoxalement, – au moins en apparence –, l'« appétit de stabilité des firmes » (Pierre Moussa) les conduit à profiter des évolutions « contextuelles » pour imposer des modifications textuelles... qui les garantissent mieux contre des changements futurs.

C'est que la stabilité n'est pas une fin en soi. L'objectif des firmes n'est pas d'arrêter le temps, mais de maximiser le profit (à long terme, du moins lorsqu'il s'agit de projets « lourds » comme ceux qui sont si minutieusement décrits ici). Faute de pouvoir abolir le hasard et la nécessité, leurs stratégies juridiques les prend en compte et vise à en neutraliser les effets – ce qui conduit l'auteur, en une jolie formule, à définir le Conseil juridique de firme comme un « réducteur d'incertitude ». Aiguillonnés par la nécessité de répondre aux évolutions prévisibles – ou non – du contexte et d'en neutraliser les effets, les juristes de Pechiney (ou d'Ugine, ou d'Alcan...) – plus et mieux qu'un grand maître du droit comme Paul Reuter, trop imprégné de l'excellence des solutions du droit administratif français – forgent des formules de plus en plus originales, de plus en plus sophistiquées, de mieux en mieux adaptées au changement. Et Giraudoux triomphe : le droit est bien la meilleure école de l'imagination...

D'où, aussi, cette formidable quête « tous azimuts » de solutions appropriées s'inspirant indifféremment des techniques du droit public et du droit privé et des systèmes juridiques « latins » ou de la *common law*, avec lesquels l'auteur, témoignant d'une culture juridique aussi solide que diversifiée, « jongle » savamment.

« Sécurisation contractuelle » – ceci met l'accent sur l'objectif poursuivi –, mais par des moyens qui sont loin d'être exclusivement contractuels. Certes, le point de départ est le contrat d'État, conclu par l'investisseur avec le souverain territorial (colonial d'abord, dans les trois exemples privilégiés par l'auteur) ; et il s'agit alors, pour la firme, d'obtenir la contractualisation des avantages fiscaux et des conditions d'établissement qui lui sont concédés ; certes aussi, lorsqu'un risque politique se profile, c'est à nouveau à la technique contractuelle que les partenaires, la firme et la puissance administrante d'abord, et le nouvel État indépendant ensuite, feront à nouveau appel ; et certes encore, le « financement consortial de l'investissement » sera réalisé essentiellement par la voie de contrats. Encore faut-il que le cadre législatif et réglementaire dans lequel le contrat s'insère se prête aux solutions, souvent exorbitantes du droit commun, auxquelles les négociateurs s'arrêtent. L'État-puissance publique vient alors à la rescousse de l'État cocontractant, bloqué par les exigences législatives et réglementaires, et modifie l'environnement juridique dans le sens nécessaire à l'épanouissement de nouvelles solutions contractuelles.

Collusion entre l'appareil étatique et les intérêts privés ? Sans aucun doute. Mais que l'on peut justifier – et que les partenaires justifient – par leurs intérêts mutuels bien compris ; et ceci, de façon fort significative, indépendamment du contexte idéologique dominant. L'ouvrage de M. Ganem décrit les stratégies contractuelles des grandes entreprises d'aluminium sur trente à quarante ans ; il est fascinant de constater que, si les techniques contractuelles changent, évoluent, se perfectionnent, la « sécurisation » des investissements à laquelle elles visent n'est jamais remise en cause : elle s'im-

pose comme un but légitime dans le contexte colonial ; elle survit comme tel à la décolonisation ; elle passe victorieusement – mais non sans soubresauts – le cap du « nouvel ordre économique international » ; et, bien sûr, elle s'affirme dans le cadre du « nouveau nouvel ordre » qui voit le triomphe du capitalisme libéral. Selon toute vraisemblance, la trilogie sécuritaire – financements massifs, longue durée de remboursement, stabilité –, qui forme, comme le démontre l'auteur, la base des stratégies contractuelles des investisseurs internationaux, est promise à s'y épanouir longtemps.

Cet ouvrage est gros ; son sujet peut sembler austère, ou restreint, ou les deux. Le lecteur potentiel aurait bien tort de se laisser arrêter par ces impressions superficielles et fausses. Les membres du jury de thèse qui en ont eu la primeur les ont partagées dans un premier temps. Il n'est pas exagéré de dire que tous ont été impressionnés à la lecture : venus d'horizons doctrinaux très divers, se réclamant, qui du droit public, qui du droit privé, qui de la pratique (qui s'en laisse, il faut le dire, peu compter par ces clivages universitaires passablement artificiels), ils ont, unanimes, exprimé leur admiration pour ce travail d'exception, dont l'un des mérites est de montrer qu'à travers une approche juridique il est possible de comprendre en profondeur, et bien au-delà du droit, les stratégies de grandes entreprises transnationales. Et peu importe, sans doute, que celles qui sont décrites ici soient le fait de firmes productrices d'aluminium : il y a fort à parier qu'elles ne sont pas très différentes, au moins dans leurs lignes générales, de celles qui sont suivies dans d'autres domaines.

Comme tout pari, la preuve doit, cependant, en être apportée et l'on se réjouirait que d'autres filières, minières et métallurgiques, mais aussi, pourquoi pas, commerciales ou même financières, fassent l'objet d'analyses juridico-historiques aussi rigoureuses et exigeantes que celle-ci. M. Ganem a montré, royalement, la voie ; elle n'est guère encombrée mais elle mérite d'être empruntée. La doctrine y trouve son compte. Les praticiens aussi.

Alain PELLET

*Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre
et à l'Institut d'Études politiques de Paris,
Membre de la Commission du Droit international
des Nations Unies*