

CHAPITRE 11

CONDITIONS D'ENGAGEMENT
DE LA RESPONSABILITÉ
DE L'ÉTAT D'ACCUEIL DE L'INVESTISSEMENT

FRANCK LATTY*

Hormis les cas, plus qu'exceptionnels, dans lesquels l'Etat demande réparation à un investisseur sur le fondement d'une convention d'arbitrage¹, le contentieux arbitral transnational de la responsabilité en matière d'investissements étrangers a pour particularité systématique de placer la personne privée en position de demandeur et d'attribuer à la puissance souveraine le rôle de défendeur. Partant, c'est toujours la responsabilité de l'Etat dont la mise en œuvre est recherchée. Se pose dès lors la question des sources des règles de responsabilité applicables, qui permettront de déterminer ses conditions d'engagement, et au-delà les modes de réparation qui en découlent, voire les moyens de sa mise en œuvre.

Si le litige repose sur la violation alléguée d'un contrat d'investissement conclu entre l'Etat et la personne privée étrangère, la source du droit de la responsabilité applicable sera recherchée dans le contrat (clause sur le droit régissant le contrat, clause de règlement des différends) ou déduite de celui-là. Dans ces cas de figure, la question de la responsabilité de l'Etat sera généralement envisagée du point de vue d'un droit interne². La rédaction parfois alambiquée des clauses de droit applicable contenues dans ces contrats, qui n'hésitent pas à allier droit national et droit international³, est néanmoins susceptible de déboucher sur l'application de règles internationales de responsabilité, à titre exclusif⁴ ou conjointement au droit national⁵.

* Franck LATTY, professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

¹ V. les affaires CIRDI, *Gouvernement de la Province du Kalimantan oriental c. PT Kaltim Prima Coal et al.*, ARB/07/3 et CIRDI, *Pérou c. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energia SAC*, ARB/13/24.

² Ex. CIRDI, *SOABI c. Sénégal*, sentence du 25 février 1988, §§ 5.2 et s., in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, pp. 263 et s. (application du droit administratif sénégalais).

³ V. par ex. l'art. 15 de l'accord de 1974 entre la société AGIP et le Congo (CIRDI, *AGIP c. Congo*, ARB/77/1 sentence du 30 novembre 1979, § 18).

⁴ V. la sentence *Texaco-Calasiatic, JDI* 1977, pp. 350 et s. (au sujet de la *restitutio in integrum*).

⁵ V. par ex. CIRDI, *Amco c. Indonésie*, sentence du 20 novembre 1984, §§ 245 et s., in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI, op. cit.*, note 2, p. 149, et décision d'annulation du 16 mai 1986, § 118 (*ibid.*, p. 188) ; CIRDI, *Klöckner c. Cameroun*, décision d'annulation du 3 mai 1985, § 69 (*ibid.*, p. 166).

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL
PARIS, PEDONE, 2015

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

PARTIE I – CHAPITRE 11

Néanmoins, depuis la fameuse sentence *AAPL c. Sri Lanka*⁶, la majeure partie du contentieux transnational en matière d'investissements dérive des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement auxquels l'Etat défendeur est partie. A ces litiges fondés sur un instrument de droit international, le droit international de la responsabilité a vocation naturelle à s'appliquer⁷, à plus forte raison lorsque les arguments soumis par les parties induisent un tel choix de droit⁸ ou quand les clauses des traités sur le droit applicable⁹, ainsi que l'instrument régissant l'arbitrage¹⁰, le prévoient textuellement¹¹. De fait, la quasi-totalité des affaires soumises aux tribunaux arbitraux d'investissement conduisent ceux-là, une fois leur compétence établie, à passer le comportement de l'Etat au crible du droit de la responsabilité internationale¹².

Dans la période de « creux » entre l'apparition de l'arbitrage sur le fondement de traités d'investissement (1990) et l'achèvement du long et pénible travail de codification du droit de la responsabilité par la Commission du droit international (CDI) des Nations Unies (2001), certains tribunaux arbitraux avaient entrepris d'identifier par leurs propres moyens les règles coutumières en

⁶ CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, op. cit., note 2, pp. 323 et s.

⁷ Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, 2004, pp. 690-691. V. Comité ad hoc CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, SA & Compagnie Générale des Eaux (Vivendi) c. Argentine*, ARB/97/3, décision d'annulation du 3 juillet 2002, §§ 95-96 ; CIRDI, *MTD c. Chili*, ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, § 204 ; CIRDI, *LG&E Energy Corp. et al. c. Argentine*, ARB/02/1, sentence du 3 octobre 2006, § 93 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, § 130 ; CIRDI, *Tza Yap Shum c. Pérou*, ARB/07/6, sentence du 7 juillet 2011, § 64 ; Trib. CNUDCI, *Alps Finance and Trade AG c. Slovaquie*, sentence du 5 mars 2011, §§ 193-199.

⁸ Ex. : CIRDI, *AAPL c. Sri Lanka*, ARB/87/1, sentence du 27 juin 1990, §§ 20 et s. ; CIRDI, *Enron c. Argentine*, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, § 207.

⁹ Art. 1131 de l'ALENA ; art. 26 du traité sur la Charte de l'énergie (v. par ex. CIRDI, *Kardassopoulos c. Géorgie*, ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, § 146). Prévoyant l'application du droit international combinée à d'autres règles, dont le droit national, v. par ex. l'art. 10 du TBI Argentine/Pays-Bas ou la clause citée in CIRDI, *Fedax c. Venezuela*, ARB/96/3, sentence du 9 mars 1998, § 30.

¹⁰ Art. 42 de la Convention de Washington : « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière ». V. par ex. CIRDI, *Tokios Tokelés c. Ukraine*, ARB/02/18, décision sur la compétence du 29 avril 2004, § 102. Le fait que le CIRDI repose lui-même sur une convention internationale n'est pas le moindre facteur contribuant à rendre ses arbitrages authentiquement internationaux.

¹¹ V. O. DANIC, *L'émergence d'un droit international des investissements. Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, Thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, pp. 503 et s.

¹² *Contra* v. Z. DOUGLAS, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *BYBIL* 2003, pp. 151-289. L'auteur développe l'idée d'un régime de responsabilité hybride, à cheval sur le droit international et le droit interne, mais distinct des deux types de système juridique. Cette conception théorique, qui repose sur une conception désuète du droit international assimilé au droit interétatique (v. Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », op. cit., note 7, p. 693), s'inscrit à rebours d'une pratique arbitrale dénuée d'équivoque.

CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

la matière¹³, ce en dépit de l'adoption par la CDI d'un projet en première lecture en 1996. Depuis lors, les *Articles* de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite¹⁴ constituent une référence obligée de toute décision arbitrale abordant la responsabilité internationale de l'Etat. Le texte a en effet pour objet de codifier les règles générales de responsabilité de l'Etat (règles « secondaires »), c'est-à-dire les normes relatives aux nouveaux rapports juridiques découlant de la violation des règles de fond, dites « primaires », du droit international, quel que soit le domaine régi par ces dernières (droit du recours à la force, droit de la mer, droit économique, etc.).

Deux obstacles tenant à la nature et au contenu des *Articles* n'ont pas été considérés comme dirimants par la jurisprudence arbitrale :

Le premier repose sur le fait que les *Articles* sont applicables aux rapports de responsabilité *interétatiques*. Les *Articles* indiquent en effet à quelles conditions un Etat engage sa responsabilité (première partie sur « le fait internationalement illicite de l'Etat »), les conséquences qui en découlent (deuxième partie sur « le contenu de la responsabilité »), mais aussi les conditions et modalités selon lesquelles *un autre Etat* peut invoquer la responsabilité du premier (troisième partie sur « la mise en œuvre » de la responsabilité). Loin de rejeter en bloc le texte de codification¹⁵, les tribunaux arbitraux pratiquent un dépeçage spontané des *Articles*, qui aboutit à exclure la troisième partie¹⁶ alors même qu'un usage abondant est fait des deux premières¹⁷. Il n'y a là rien qui heurte l'orthodoxie juridique dans la mesure où la définition du fait internationalement illicite à l'origine de la responsabilité est neutre à l'égard des destinataires de l'obligation internationale violée. Quant à la partie des *Articles* abordant le contenu de la responsabilité (obligation de cessation, de réparation, etc.), si elle couvre « les obligations [secondaires] [...] dues à un autre Etat, à plusieurs Etats ou à la communauté internationale dans son ensemble »¹⁸, elle est aussi, selon son article 33, § 2, « sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat »¹⁹. Le commentaire de la CDI sur ce point souligne que « [d]ans les cas où l'obligation primaire est due à une entité autre qu'un Etat, il peut exister une procédure permettant à cette entité d'invoquer la responsabilité pour son propre compte et sans intervention d'un Etat ». Et le

¹³ V. la sentence *AAPL c. Sri Lanka*, précitée, spéc. §§ 87 et s., au sujet du *quantum* de la réparation.

¹⁴ Rapport de la CDI, Assemblée générale, *Documents officiels, cinquante-sixième session, Supplément n° 10, (A/56/10)*, p. 45 ; Annexe de la résolution 56/83 du 12 décembre 2001, dans laquelle l'Assemblée générale de l'ONU a pris « note des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite présentés par la Commission du droit international ».

¹⁵ V. cependant CIRDI, *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, ARB/04/14, sentence du 8 décembre 2008, § 113.

¹⁶ V. néanmoins *infra* III, B, la question des contre-mesures.

¹⁷ V. néanmoins, de manière très minoritaire, CNUDCI, *BG Group Plc c. Argentine*, sentence du 24 décembre 2007, § 408 : la sentence estime, sans motivation au demeurant, que l'art. 25 des *Articles* de la CDI (« Etat de nécessité ») n'est applicable que dans le cadre de relations interétatiques. V. *infra* III, B.

¹⁸ Art. 33, § 1^{er}.

¹⁹ Art. 33, § 2, des *Articles* de la CDI.

PARTIE I – CHAPITRE 11

commentaire d'ajouter, exemple des traités d'investissement à l'appui, que « [c]'est à la règle primaire particulière qu'il incombe de déterminer si et dans quelle mesure des personnes ou des entités autres que des Etats peuvent invoquer la responsabilité en leur nom propre ». Remplissent cet office les clauses conventionnelles de règlement des différends qui offrent aux investisseurs la voie de l'arbitrage pour régler les différends avec l'Etat relatifs au traité d'investissement. Ainsi, bien que contenant les règles de responsabilité d'un Etat envers un autre, les *Articles* de la CDI sont appliqués, moins « par analogie »²⁰ que de manière sélective, à la responsabilité de l'Etat envers l'investisseur étranger.

Le second obstacle, surmonté aussi aisément, est lié à l'« objectivisation »²¹ du droit de la responsabilité internationale opérée par la CDI. Sous l'impulsion de son rapporteur spécial Roberto Ago, la responsabilité internationale s'est émancipée de ses origines civilistes qui plaçaient la condition du préjudice au cœur du fait générateur de la responsabilité²². Les *Articles* de la CDI ont relégué le dommage au stade du calcul de la réparation : le « fait internationalement illicite » de l'Etat, qu'il cause ou non des préjudices à autrui, suffit à engager sa responsabilité²³. Or, le contentieux en matière d'investissements étant avant tout « patrimonial »²⁴, on aurait pu s'attendre à ce que le préjudice économique subi par l'investisseur soit considéré comme une condition à part entière de la responsabilité de l'Etat. Si de très rares sentences arbitrales retiennent cette approche²⁵, force est de constater que la plupart des tribunaux appliquent consciencieusement les *Articles*, sans revenir à la conception intersubjective que la CDI a écartée²⁶. Ainsi, il n'est pas exceptionnel que la question de l'engagement de responsabilité et celle du calcul de la réparation « bifurquent », c'est-à-dire que ces deux questions fassent l'objet de deux phases arbitrales

²⁰ V. CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 156.

²¹ A. PELLET, « Vive le crime ! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international », in CDI, A. PELLET (dir.), *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle - Réflexions de codificateurs*, New York, Nations Unies, 1997, p. 290.

²² A. PELLET, « La codification du droit de la responsabilité internationale : tâtonnements et affrontements », in L. BOISSON de CHAZOURNES, V. GOWLLAND-DEBBAS (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, La Haye, Kluwer, 2001, p. 292.

²³ Commentaire de l'art. 2 des *Articles* de la CDI, § 9, in J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, Paris, Pedone, 2003, p. 102.

²⁴ Comme le relève G. Bastid Burdeau, l'investisseur ne recherche « pas tant le redressement de la légalité [...] que l'indemnisation pour le préjudice qu'il subit », intervention lors de la table ronde « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ? », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, Anthemis/LGDJ, 2006, p. 188.

²⁵ CNUDCI/ALENA (CIRDI), *Merrill & Ring Forestry LP c. Canada*, sentence du 31 mars 2010, §§ 243 et s. En l'espèce, l'approche dissidente du tribunal au regard du droit de la responsabilité semble avoir été guidée par des considérations d'opportunité : c'est parce que les membres du tribunal n'avaient pas réussi à s'entendre sur la portée et la violation de l'obligation de traitement juste et équitable qu'ils ont choisi de concentrer leur analyse sur l'absence de dommage.

²⁶ V. par ex. CIRDI, *Total SA c. Argentine*, ARB/04/01, décision sur les objections à la compétence du 25 août 2006, § 89, spéc. note 51 ; CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, § 465.

CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

distinctes²⁷, la question du dommage n'étant alors abordée que dans la seconde phase²⁸. Il s'est même produit qu'une sentence établisse symboliquement la responsabilité de l'Etat pour violation du traité applicable, alors même que l'absence de tout préjudice prouvé a entraîné le rejet des demandes de réparation²⁹.

Même s'ils n'ont pas été rédigés dans une optique transnationale (c'est-à-dire aux fins de régir la responsabilité de l'Etat envers des personnes privées étrangères), les *Articles* de la CDI présentent aux yeux des conseils des parties et des arbitres l'immense avantage de fournir un ensemble concis de règles immédiatement exploitables³⁰. Peu importe à cet égard que le texte précise qu'il est sans préjudice de l'application d'une *lex specialis* en matière de responsabilité³¹. En l'absence de règles spéciales concernant l'engagement de la responsabilité de l'Etat en matière d'investissements (la Convention de Washington sur le CIRDI et les traités d'investissement applicables renseignent essentiellement sur sa mise en œuvre), le texte censé être supplétif³² de la CDI est très largement appliqué³³. Peu importe encore que, sur certains aspects, les *Articles* relèvent davantage du développement progressif du droit international que de la codification du droit coutumier. Les décisions arbitrales, lorsqu'elles prennent la peine de s'interroger sur l'autorité des *Articles* – ce qui est loin d'être systématique – se contentent généralement d'établir la valeur coutumière du « kit » normatif prêt à l'emploi que constitue le texte de la CDI³⁴ sans chercher à trier le bon grain de l'ivraie³⁵. Cette tendance des arbitres en difficulté sur les question de responsabilité à se saisir des *Articles* comme d'une bouée de sauvetage s'accroît lorsque le tribunal n'inclut en son sein aucun spécialiste de droit international public³⁶.

Partant, dans l'analyse des conditions d'engagement de la responsabilité, il n'y a pas lieu de se démarquer de la démarche retenue par la CDI et, dans son sillage profond, par les tribunaux arbitraux d'investissement, qui contribuent incidemment à renforcer l'autorité de la codification de la CDI. La responsabilité de l'Etat en matière d'investissements résulte assurément de son fait internationalement illicite,

²⁷ Ex. : CIRDI/CNUDCI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, ARB/03/19, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, spéc. § 273.

²⁸ CIRDI, *J. Ch. Lemire c. Ukraine*, ARB/06/18, sentence du 28 mars 2011, §§ 153 et s.

²⁹ CIRDI, *The Rompetrol Group NV c. Roumanie*, ARB/60/03, sentence du 6 mai 2013.

³⁰ V. J. CRAWFORD, « Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility », *ICSID Rev.*, 2010, vol. 25, n° 1, p. 128.

³¹ Art. 55 des *Articles* de la CDI. Faisant grand cas de renvoi à la *lex specialis*, v. Z. DOUGLAS, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, note 12, pp. 184-193 et du même auteur, « Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID », in J. CRAWFORD, A. PELLET and S. OLLESON (eds), *The Law of International Responsibility*, New York, Oxford UP, 2010, pp. 819 et s.

³² Commentaire de l'art. 55, § 2.

³³ V. néanmoins *infra* I, C.

³⁴ V. par ex. CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 156 ; CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co. KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 171.

³⁵ J. KURTZ, « The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration », *ICSID Rev.*, 2010, vol. 25, n° 1, pp. 201 et s.

³⁶ J. CRAWFORD, « Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility », *op. cit.*, note 30, p. 135.

PARTIE I – CHAPITRE 11

à savoir d'« un comportement consistant en une action ou une omission [qui] [e]st attribuable à l'Etat en vertu du droit international [et qui] [c]onstitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat »³⁷. En sus de la réunion des conditions d'attribution (I) et de violation (II) qui, bien qu'inextricablement liées, peuvent être conceptuellement séparées³⁸, l'engagement de la responsabilité de l'Etat ne sera établi que si le fait illicite n'est pas excusé par une « circonstance excluant l'illicéité » (III).

I. ATTRIBUTION DU COMPORTEMENT À L'ETAT

Une condition nécessaire, mais non suffisante, à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat est que le comportement litigieux lui soit imputable. Dans la mesure où l'Etat est une entité abstraite dont les actions et les omissions passent nécessairement par des individus³⁹, l'opération d'attribution (ou imputation) consiste à établir qu'un comportement donné émanant de personnes physiques se caractérise au regard du droit international comme étant celui de l'Etat⁴⁰. En la matière, un simple « lien de causalité factuel »⁴¹ est insuffisant : l'attribution « repose sur des critères déterminés par le droit »⁴² que les *Articles* de 2001 se sont efforcés de fixer. Parmi les cas d'attribution codifiés par la CDI, trois concernent particulièrement le contentieux en matière d'investissements étrangers⁴³ : comportement des organes de l'Etat (article 4), comportement des entités exerçant

³⁷ Art. 2 des *Articles* de la CDI (« Eléments du fait internationalement illicite »). V. par ex. Trib. *ad hoc*, *Eureko BV c. Pologne*, sentence partielle du 19 août 2005, §§ 187-188 ; CIRDI, *Total SA c. Argentine*, ARB/04/01, décision sur les objections à la compétence du 25 août 2006, § 89 ; CIRDI, *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyde Ingredients Americas Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/04/05, sentence du 21 novembre 2007, § 275 ; CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, § 466.

³⁸ V. J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 10^e éd., Paris, Montchrestien/Lextenso, 2012, p. 538.

³⁹ CPJI, *Colons allemands en Pologne*, avis du 10 septembre 1923, Série B, n° 6, p. 22 (« Les Etats ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants »). Dans le domaine des investissements, v. CIRDI, *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 69.

⁴⁰ L. CONDORELLI, C. KRESS, « The Rules of Attribution: General Considerations », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (eds), *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*, note 31, p. 221.

⁴¹ Commentaire de la CDI sur les *Articles*, introduction du chapitre II de la première partie, § 3, in J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, note 23, p. 109.

⁴² *Idem*.

⁴³ Les autres cas codifiés par la CDI, encore étrangers au contentieux transnational, sont celui de l'organe mis à la disposition de l'Etat par un autre Etat (art. 6), celui de l'absence ou de la carence des autorités officielles (art. 9), celui du mouvement insurrectionnel (art. 10) et celui du comportement reconnu et adopté par l'Etat comme étant sien (art. 11). Concernant l'article 6 (même si l'argumentation n'emporte pas la conviction), v. néanmoins CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012, §§ 6.70-6.76 (argument de la mise à la disposition de l'Union européenne des autorités hongroises). Sur cette question, v. F. HOFFMEISTER, « Litigating against the European Union and its Member States – Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations ? », *EJIL*, 2010, pp. 723-747 et *contra* P. JACOB, F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2012) », *AFDI*, 2012, pp. 633-634.