

CHAPITRE 12

LES CONSÉQUENCES DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT D'ACCUEIL DE L'INVESTISSEMENT

MATHIEU RAUX*

Après avoir débouté les éventuelles exceptions d'incompétence soulevées par l'Etat défendeur, puis jugé que les agissements de ce dernier étaient constitutifs d'un fait internationalement illicite, les tribunaux arbitraux saisis sur le fondement des traités de protection des investissements doivent encore statuer sur les conséquences devant résulter de ce constat. Il va sans dire que cette étape de la procédure, bien souvent la dernière, revêt un intérêt capital pour les parties en litige puisqu'elle scelle l'issue finale du différend et permet de déterminer si la défaite ou la victoire, selon le point de vue que l'on adopte, est totale ou si elle doit au contraire être relativisée au regard des prétentions initiales du plaignant. D'abord concentrée sur l'explication des mécanismes juridictionnels innovants contenus dans les accords de promotion et de protection des investissements, puis sur le sens et la portée de leurs dispositions matérielles, la doctrine s'est plus récemment penchée sur cette phase contentieuse, souvent très technique, pour lui consacrer un nombre aujourd'hui important d'ouvrages, d'articles ou de commentaires¹ alimentés par une jurisprudence arbitrale toujours plus dense, de laquelle on croit d'ailleurs pouvoir tirer deux constats généraux qui guideront la suite du propos.

Le premier constat porte sur les sources sur lesquelles les parties en litige et les arbitres s'appuient pour déterminer les conséquences qui doivent résulter de l'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil du fait de la violation du traité de promotion et de protection des investissements invoqué par l'investisseur. Il ressort de la lecture des sentences accumulées à ce jour que, à l'instar des conditions d'existence de cette responsabilité², c'est bien le droit international public, principalement d'origine coutumière, qui régit les conséquences pouvant résulter de son engagement. On trouve ainsi, tant dans les

* Docteur en droit, Conseiller juridique au sein de la Sous-direction Politique commerciale et investissements de la Direction générale du Trésor. *Les opinions exprimées ci-après sont propres à leur auteur et ne reflètent en aucun cas la position de la Direction générale du Trésor.*

¹ V. notamment S. RIPINSKY & K. WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, qui constitue à notre connaissance l'étude la plus exhaustive de la question. V. également B. SABAH, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration. Principles and Practice*, Oxford, OUP, 2011.

² V. Chapitre 11 la contribution de Franck Latty dans le présent ouvrage, pp. 415-461.

PARTIE I – CHAPITRE 12

écritures des parties en litige que dans la motivation des arbitres, de nombreuses références aux dispositions du projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite qui codifie le droit international coutumier en la matière, et dont la deuxième partie est entièrement consacrée au « contenu » de cette responsabilité ou, autrement dit, aux obligations secondaires pesant sur l'Etat ayant enfreint une règle primaire du droit international public³.

L'omniprésence du projet de codification onusien à ce stade du procès arbitral offre incontestablement un argument supplémentaire de poids à la thèse selon laquelle la responsabilité qu'est susceptible d'encourir un Etat à raison de la violation d'un accord de protection des investissements est bien une responsabilité *internationale*, dont les conditions d'engagement et le contenu sont tous deux gouvernés par l'ordre juridique international. A rebours d'une pratique aujourd'hui aussi constante qu'abondante, et d'une doctrine largement concordante sur ce point⁴, certains auteurs⁵ contestent bien la possibilité de transposer cet instrument dans cette discipline du droit international économique au motif que les règles qu'il entend codifier ne seraient pertinentes que dans le cadre de relations interétatiques « classiques ». Il est vrai que l'article 33(1) du projet onusien entend *a priori* circonscrire la portée de celui-ci à ce type de relations à l'exclusion de situations dans lesquelles la responsabilité de l'Etat serait mise en cause par une entité privée. Cette disposition reflète cependant, tout d'abord, un parti pris assumé par la CDI, dès les années soixante, dans le but de contourner la problématique du statut international des personnes privées qui suscitait alors des controverses beaucoup plus intenses qu'aujourd'hui⁶. On relèvera ensuite que les travaux de la CDI se sont abondamment nourris de la pratique des cours et tribunaux internationaux amenés à statuer dans des contextes directement – dans le cas de tribunaux mixtes – ou indirectement – par le biais de la protection diplomatique – « transnationaux ». Il est d'ailleurs tout à

³ Le projet final de la CDI a été soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies qui a pris en note l'achèvement des travaux de la CDI sur ce point (V. résolution 56/83 du 12 décembre 2001). Les articles de la CDI et les commentaires y relatifs ont été publiés dans : J. CRAWFORD, *Les articles de la Commission du Droit International sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, texte et commentaire*, Paris, Pedone, 2001. Ils sont également reproduits dans l'*Annuaire de la CDI*, 2001, vol. II(2), pp. 61-393, disponibles sur le site : http://untreaty.un.org/ilc/guide/9_6.htm. C'est à cette dernière version que l'on se référera dans la suite de nos développements en utilisant la formule *Les articles de la CDI*.

⁴ V., par exemple, Ch. LEBEN, « La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI* 2004, pp. 683-714, spéc. pp. 690-691 ; F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI* 2010 ; M. RAUX, *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur-Etat*, Thèse Paris 2, 2010.

⁵ V., en particulier, Z. DOUGLAS, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *BYBIL* 2003, pp. 151-289 ; S. LEMAIRE, « *Treaty Claims* et *Contract Claims* : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat », *Rev. Arb.* 2006, pp. 353-400, spéc. pp. 361-367 et 372 ; P. MAYER, « *Contract Claims* et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI* 2009, pp. 72-96, spéc. pp. 84-85.

⁶ V., dans le même sens, S. RIPINSKY & K. WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, *op. cit.*, pp. 28-29.

LES CONSÉQUENCES DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT D'ACCUEIL

fait remarquable que l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) dans le cadre de l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, qui constitue l'une des décisions fondatrices du droit coutumier de la responsabilité internationale, concerne précisément la situation d'une personne privée confrontée à la violation par un Etat de ses engagements internationaux. Dans cette affaire, la Cour a d'ailleurs confirmé que la responsabilité de l'Etat, dans un tel contexte « transnational », obéissait bien aux règles et principes du droit international, y compris lorsqu'il s'agit d'en définir le contenu et d'en préciser les conséquences⁷. Enfin, et surtout, il ressort de l'article 33(2) que la pertinence du projet de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, dans le cas où celle-ci est invoquée par un simple particulier, n'est pas définitivement écartée, sur le plan des principes, mais qu'elle doit s'apprécier *in concreto* au regard des règles primaires dont la violation est alléguée. Le commentaire de cette disposition indique ainsi 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 »⁸. Or, telle est précisément la vocation, de manière générale, des accords de protection des investissements : offrir aux investisseurs une capacité que la protection diplomatique de leur Etat d'origine leur conférerait jusqu'alors éventuellement et indirectement en leur permettant d'invoquer « en leur nom propre » la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de leur opération. Quant au point de déterminer la mesure dans laquelle ces instruments confèrent effectivement un tel pouvoir aux investisseurs, il convient de se reporter, au cas par cas, aux dispositions pertinentes de ces accords, qui peuvent naturellement encadrer ou circonscrire leur capacité d'action en l'assortissant de certaines conditions ou limiter les conséquences pouvant résulter de la violation de leurs dispositions matérielles. En application du principe de la *lex specialis*, le droit international coutumier, tel qu'il est codifié par les articles de la CDI, devra alors s'effacer au profit des dispositions particulières que contiennent éventuellement les accords de promotion et de protection des investissements⁹.

⁷ *Usine de Chorzów*, fond, CPJI, série A, n° 17 (1928), p. 47, §§ 27-28.

⁸ *Les articles de la CDI*, p. 253.

⁹ Hormis les dispositions relatives à l'expropriation et aux remèdes pouvant être sollicités par les investisseurs et octroyés par les arbitres, sur le détail desquelles on reviendra par la suite, les accords de protection des investissements comprennent parfois des clauses prescrivant des standards d'indemnisation particuliers, notamment en cas de destruction de l'investissement par des événements atypiques (force majeure, révolution, conflits armés, etc.). En règle générale, les réparations auxquelles les investisseurs peuvent prétendre dans ce genre de circonstances sont soumises au principe du traitement national ou de la nation la plus favorisée. V., par exemple, l'article VII du traité conclu entre l'Equateur et le Canada, le 29 avril 1996, en vertu duquel « [l]es investisseurs d'une Partie contractante qui subissent un préjudice grave parce que leurs investissements ou leurs revenus sur le territoire de l'autre Partie contractante sont compromis en raison d'un conflit armé, d'une urgence nationale ou d'une catastrophe naturelle sur ce territoire se voient accorder par l'autre Partie contractante, pour ce qui est de la restitution, de l'indemnisation ou de la réparation à laquelle ils ont droit, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un Etat tiers ».

PARTIE I – CHAPITRE 12

Afin d'identifier les obligations secondaires qui pèsent sur l'Etat dont la responsabilité internationale est mise en cause du fait, en l'occurrence, de la violation d'un accord de protection des investissements, il importe donc de se reporter, à titre principal, sur les dispositions de la deuxième partie du projet d'articles de la CDI qui, comme indiqué précédemment, est consacrée au contenu de cette responsabilité. Il résulte tout d'abord de son article 29 que « [l]es conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite [...] n'affectent pas le maintien du devoir de l'Etat responsable d'exécuter l'obligation violée ». En d'autres termes, et s'agissant du contexte qui nous intéresse ici, le simple fait de ne pas respecter les dispositions du traité en cause dans le litige n'a en principe aucune incidence sur la vigueur du lien conventionnel existant entre les Etats parties à cet accord ni sur son exécution à l'égard des investisseurs de part et d'autre. Comme l'indique ainsi le commentaire de cette disposition, « [l]a question de savoir si et dans quelle mesure cette obligation subsiste en dépit de la violation ne relève pas du droit de la responsabilité des Etats mais des règles relatives à l'obligation primaire pertinente ». En l'occurrence, les dispositions des traités de protection des investissements sont, à notre connaissance, muettes sur cette question particulière, sur laquelle on ne saurait, quoi qu'il en soit, s'étendre ici dans la mesure où elle relève bien plus du droit des traités que du droit de la responsabilité internationale. Ce dernier s'articule finalement, à titre principal, autour des deux dispositions suivantes du projet de codification onusien qui prescrivent, d'une part, l'obligation de mettre fin au fait internationalement illicite continu et « [d]'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent » (article 30) et, d'autre part, « de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite » (article 31), étant à ce dernier égard précisé que « [l]a réparation intégrale [...] prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement » (article 34).

Voilà donc, en condensé et sous réserve, encore une fois, des éventuelles dispositions pertinentes des accords de protection des investissements, les remèdes dont peuvent en théorie se prévaloir les investisseurs. Force est toutefois d'observer qu'en pratique – et c'est là, comme annoncé, le second constat qui s'impose à la lecture des sentences accumulées à ce jour – ces différents remèdes n'occupent pas une place équivalente, loin s'en faut, dans la jurisprudence arbitrale. Le contentieux de l'investissement offre en effet, à n'en pas douter, l'un des terrains les plus fertiles pour l'application de l'article 31 du projet de la CDI. La réparation du dommage domine ainsi très largement les débats consacrés aux conséquences devant être attachées à l'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement, à tel point d'ailleurs que le *dictum* de la CPJI consacré à la *restitutio in integrum* dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* précédemment mentionnée¹⁰ fait aujourd'hui figure, en dépit des

¹⁰ « Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » (*Usine de Chorzów*, arrêt précité, p. 47).

LES CONSÉQUENCES DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT D'ACCUEIL

réerves exprimées par certains, et non des moindres¹¹, de véritable *leitmotiv* dans la jurisprudence arbitrale contemporaine¹². *A contrario*, et sauf erreur, la cessation de l'illicite et les garanties de non-répétition prescrites par l'article 30 du projet de codification onusien sont en pratique absentes des sentences arbitrales publiées à ce jour. A cet égard, on peut dire que, d'un point de vue systémique, la vocation du contentieux de l'investissement diffère profondément de celle du règlement des différends en matière commerciale, telle qu'il s'organise notamment sous l'égide de l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Alors que celui-ci a une dimension exclusivement prospective, en ce qu'il ne peut aboutir qu'à une obligation de remise en conformité, pour l'avenir, du droit ou des pratiques du membre défaillant, celui-là a en pratique une vocation principalement, voire exclusivement, rétrospective consistant à remédier aux effets préjudiciables d'une action ou d'une omission de l'Etat d'accueil de l'investissement. C'est d'ailleurs par la voie de l'indemnisation que les investisseurs recherchent le plus souvent, si ce n'est systématiquement, à remédier à cette situation, les deux autres modes de réparation du dommage prescrits par l'article 34 du projet de la CDI que sont la restitution et la satisfaction étant en effet largement occultés du domaine qui nous occupe ici. L'octroi de dommages et intérêts constitue ainsi, de très loin, le principal remède que les investisseurs réclament et que les arbitres attachent, le cas échéant, à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement (I). *A contrario*, les remèdes non pécuniaires pouvant en théorie être associés à celle-ci en vertu du droit international coutumier sont en état actuel de la jurisprudence relégués à un rôle accessoire, voire marginal (II).

¹¹ V. ainsi J. CRAWFORD, « Similarity of Issues in Disputes Arising under the Same or Similarly Drafted Investment Treaties », in *Precedent in International Arbitration*, E. GAILLARD & Y. BANIFATEMI (eds), Huntington, New York, Juris Publ., 2008, p. 99. V. *contra*, A. PELLET, « La jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans les sentences CIRDI », *JDI* 2014, pp. 5-32, spéc. p. 23.

¹² V. ainsi les nombreuses références citées dans A. PELLET, « La jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans les sentences CIRDI », *op. cit.*, p. 19 qu'il est utile de rappeler ici : CNUDCI, *CME c. République tchèque*, sentence partielle du 13 septembre 2001, §§ 616-618 ; SCC, *Petrobart c. Kirghizstan*, 126/2003, sentence du 29 mars 2005, pp. 30-31 ; CIRDI, *CMS c. Argentine*, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, § 400 ; CIRDI, *ADC c. Hongrie*, ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006, §§ 480, 485-486 et 497 ; CIRDI, *Siemens AG c. Argentine*, ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, §§ 351-353 ; CIRDI, *Sempra c. Argentine*, ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, § 400 ; CIRDI, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, ARB/05/7, sentence du 30 juin 2009, § 201 ; CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, ARB/05/18, sentence du 3 mars 2010, §§ 503-504 et 510 ; CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. c. Kazakhstan*, ARB/05/16, décision sur l'annulation du 25 mars 2010, § 141 ; CIRDI, *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie*, ARB/08/2, sentence du 18 mai 2010, § 129 ; CIRDI, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, ARB/06/18, sentence du 28 mars 2011, § 149 ; CIRDI, *Impregilo S.p.A. c. Argentine*, ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, § 361 ; CIRDI, *El Paso c. Argentine*, ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, § 700 ; CIRDI, *Marion & Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, ARB/09/20, sentence du 16 mai 2012, §§ 306-307 ; CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*, ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012, § 792 ; CIRDI, *Franck Charles Arif c. Moldavie*, ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, § 559 ; CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL & SC Multipack SRL c. Roumanie*, ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, § 917. V. encore, SCC, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. & Terra Raf Trans Traiding Ltd. c. Kazakhstan*, V116/2010, sentence du 19 décembre 2013, § 1464.