

Edoardo STOPPIONI

La réparation
dans
le contentieux international
de l'investissement

Contribution
à l'étude
de la *restitutio in integrum*

Préface de GENEVIEVE BASTID-BURDEAU

PERSPECTIVES INTERNATIONALES
N°35

IREDIES



PARIS 1

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON - SORBONNE

PRÉFACE

Le texte de l'étude de M. Edoardo Stoppioni que j'ai le plaisir d'introduire est issu d'un excellent mémoire présenté par celui-ci dans le cadre du Master 2 Recherche Droit international économique à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1). L'arbitrage d'investissement et particulièrement celui qui se déroule dans le cadre du CIRDI a suscité depuis 25 ans d'innombrables ouvrages et articles, au fur et à mesure de la montée en puissance de ce nouveau secteur du droit international. Si la plupart des auteurs s'intéressent de manière approfondie au consentement des parties, à la compétence des tribunaux, aux principes de fond applicables à la protection des investisseurs, au mécanisme de responsabilité mis en œuvre par les tribunaux arbitraux, beaucoup moins nombreuses sont les études qui abordent la question des conséquences de la mise en évidence de violations par l'État d'accueil de ses obligations. En particulier les places respectives de la *restitutio in integrum* et de l'indemnisation dans les conséquences de la responsabilité de l'État et la réparation du préjudice n'avaient pas fait l'objet de recherches approfondies et la question de la transposition au domaine particulier de l'arbitrage d'investissement des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État consacrés aux conséquences du fait internationalement illicite et particulièrement à la réparation du préjudice (article 34 à 37) était restée peu explorée.

Plus généralement la question de la réparation du préjudice en droit international public n'a pas suscité de très nombreuses études jusqu'à récemment et l'ouvrage de référence en langue française est demeuré jusqu'à présent la thèse classique de Jean Personnaz soutenue en 1939 sur *La réparation du préjudice en droit international public*. C'est dire qu'une étude consacrée à l'analyse de la *restitutio in integrum* et de sa place dans la réparation du préjudice subi par l'investisseur était particulièrement bienvenue, non seulement par rapport au champ particulier de l'arbitrage d'investissement, mais plus généralement par rapport à l'évolution contemporaine du droit international public. En effet c'est actuellement dans le champ de l'arbitrage d'investissement que se posent le plus fréquemment les questions de responsabilité internationale des États. Or la place occupée par la *restitutio in integrum* par rapport à l'indemnisation n'était pas claire. On pouvait dégager de la jurisprudence arbitrale l'impression que l'indemnisation était considérée en pratique comme le mode exclusif de réparation du préjudice subi par l'investisseur et que, dans la relation mixte

LA RÉPARATION DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

qui s'établit entre l'État d'accueil et l'investisseur, la *restitutio in integrum* ne saurait avoir qu'une place très marginale. L'argument selon lequel il est très difficile pour un tribunal d'imposer à un État souverain une obligation de faire, qui a été longtemps présenté comme déterminant, notamment dans les fameux arbitrages pétroliers des années 70 sur lesquels Edoardo Stoppioni revient à juste titre, paraissait dominer les solutions des sentences rendues dans le cadre du CIRDI.

Un des grands mérites de la recherche de l'auteur est d'être parti des origines en droit romain de la notion de *restitutio in integrum* dont on apprend avec intérêt qu'elle ne s'est pas imposée d'emblée mais qu'elle a été le fruit du rôle joué par le prêteur. C'est cette inspiration qui permet de comprendre que tout naturellement l'arbitre de l'investissement soit amené à prendre en compte la *restitutio in pristinum* comme le corollaire de sa mission d'établissement des violations du droit international par l'État défendeur. Cet éclairage historique met également en lumière les hésitations permanentes qui ont jalonné les relations entre les deux versants de la réparation : celui du versement d'une somme d'argent et celui de la tentative de restaurer la situation d'origine. Cette hésitation, qui a obscurci la jurisprudence arbitrale CIRDI jusqu'à une date récente est donc un trait permanent de l'histoire de la réparation. Cette hésitation s'est souvent traduite par une grande confusion dans l'utilisation des concepts. L'étude d'Edoardo Stoppioni, par la clarté de ses analyses et par la pertinence de ses critiques permet de rétablir les distinctions entre les catégories juridiques mais aussi de montrer de manière subtile les interactions entre la restitution et l'indemnisation, question qui n'est pas toujours abordée par les sentences de la manière la plus explicite. De manière également très utile, l'éclairage est porté sur la distinction entre les conséquences des nationalisations licites réglées selon les règles primaires contenues dans les traités bilatéraux ou selon les règles coutumières de droit international et, d'autre part, les nationalisations illicites qui, donnant lieu à l'application des règles secondaires de la responsabilité internationale peuvent éventuellement impliquer une restitution en nature.

Si les analyses de la jurisprudence du CIRDI sont menées de manière particulièrement minutieuse, l'auteur ne manque cependant jamais de montrer les enjeux théoriques des solutions envisagées ou adoptées. Ainsi par l'analyse très fine des différentes formes que peut prendre la *restitutio in integrum*, c'est indirectement une classification des différents types de violations et de préjudices qui apparaît. C'est également la priorité qui doit revenir à la *restitutio in integrum* par rapport à la réparation pécuniaire qui est mise en avant au terme de cette analyse, ce que les tribunaux arbitraux semblent avoir finalement intégré dans leur raisonnement depuis quelques années.

PRÉFACE

Au-delà du panorama de l'état actuel de la jurisprudence CIRDI, c'est à une réflexion plus générale sur l'évolution du système de l'arbitrage d'investissement que se livre l'auteur, ainsi que sur son rôle. Cette réflexion s'appuie de manière fort utile sur la référence au système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce qui, au travers des règles contenues dans le Mémoire sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, impose l'idée qu'une violation du droit ne se monnaie pas et qu'elle appelle a priori d'autres réactions que le versement d'une somme d'argent. L'auteur montre que cette vue a également sa place dans l'arbitrage d'investissement. En outre, l'idée que l'exigence de la réparation répond à une double préoccupation, celle de la restauration de la légalité et celle de la compensation d'un dommage subi pourrait apparaître moins évidente dans le cadre de l'arbitrage d'investissement qui est voué largement à la défense des intérêts économiques des investisseurs. Pourtant comme le montre Edoardo Stoppioni la première préoccupation n'est pas absente dans ce contexte et doit être défendue : la *restitutio* peut en être l'auxiliaire adapté.

Dans la seconde partie de l'ouvrage l'auteur montre de manière particulièrement éclairante le mouvement dialectique qui se développe entre les deux formes de la réparation : la *naturalis restitutio* se distingue certes de l'indemnisation, mais il est des cas où la première n'étant pas possible pour différentes raisons, elle va néanmoins servir de référence au calcul de l'indemnisation pécuniaire prononcée par défaut, l'expression « *in integrum* » constituant alors la mesure du montant de la somme allouée. N'hésitant pas alors à pousser sa réflexion sur la question du calcul du montant de l'indemnisation, il observe, à juste titre, que cette question est souvent abandonnée par les juristes, qu'il s'agisse des arbitres ou des avocats, aux mains des experts chargés de l'évaluation comptable. Il dénonce de manière tout à fait convaincante cette démission, en démontrant que la question de l'évaluation n'est pas seulement une question technique secondaire mais qu'elle devrait prendre en compte un certain nombre de règles de fond qui ont pu être mises en évidence au stade de la détermination de la responsabilité, ainsi que les attentes légitimes de l'investisseur et les intérêts de l'État.

La démonstration de l'ouvrage va clairement dans le sens d'une réhabilitation du rôle de la *restitutio in integrum* dans l'arbitrage d'investissement. L'auteur balaie la critique traditionnelle selon laquelle ordonner une restitution en nature à un État constituerait une intrusion inadmissible et une atteinte à sa souveraineté et que la condamnation pécuniaire serait en règle générale plus adaptée à ce type de contentieux. Pour lui, les montants parfois écrasants des indemnités octroyées à l'investisseur dans certaines affaires récentes constituent souvent un poids

LA RÉPARATION DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

tout à fait excessif pour un État en voie de développement et, de ce fait, une atteinte à la souveraineté de cet État qui n'est pas moins grave qu'une *restitutio*. Par là même s'introduit une réflexion plus générale sur le rôle joué par l'arbitrage d'investissement qui ne devrait pas être dévoyé vers une fonction d'assurance tout risque au profit des investisseurs.

Gageons que les réflexions approfondies et les analyses très rigoureuses conduites dans cet ouvrage seront précieuses pour les praticiens de l'arbitrage d'investissement mais serviront également de base de réflexion sur les conséquences de la responsabilité internationale et sur l'évolution des fonctions de l'arbitrage investissement dans la régulation des relations entre État et opérateurs économiques dans la vie internationale.

Geneviève BASTID BURDEAU

Membre de l'Institut de Droit International

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

REMERCIEMENTS

Je souhaite remercier Madame le Professeur Geneviève Bastid-Burdeau, pour avoir accepté de diriger ce mémoire, pour ses conseils toujours éclairants, sa disponibilité et ses encouragements. Son soutien a été indispensable à la réalisation de cette étude.

Mes plus sincères remerciements vont également à Madame la Professeure Hélène Ruiz Fabri, pour m'avoir fait découvrir le droit international public, pour ses remarques en soutenance de mémoire et pour avoir accepté de diriger mes recherches doctorales.

Ma gratitude va à Monsieur le Professeur Hervé Ascensio et à Maître Yas Banifatemi, pour m'avoir transmis la passion du droit international des investissements.

Je remercie toute l'équipe de l'IREDIÉS, et tout particulièrement Valère Ndior, dont l'appui a été fondamental pour cette publication.

Je remercie enfin Anne-Catherine Fortas pour ses conseils et ses relectures minutieuses, ainsi que Véronique Bruck pour son soutien lors de la phase de rédaction.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	15
--------------------	----

PREMIÈRE PARTIE

LA FACULTÉ D'OCTROI DE LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM*

CHAPITRE I. UNE FACULTÉ D'OCTROI LIÉE À LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

INTERNATIONALE.....	23
Section I. Un principe consacré en droit international.....	23
§1. Les origines de la notion	23
A. La genèse privatiste de la notion	24
1. Un moyen de réparation forgé par le préteur.....	24
2. Un moyen de réparation tardivement systématisé.....	25
B. La transposition doctrinale en droit international	26
1. La transposition par l'Ecole du droit des gens	26
2. La systématisation par l'Ecole positiviste	27
§2. Les incertitudes prétoriennes.....	28
A. Les flottements des sentences arbitrales	29
1. Le soutien du principe <i>omnis condemnatio pecuniaria</i>	29
2. Le soutien de la disproportionnalité de la <i>naturalis restitutio</i>	30
B. L'affirmation du principe par les juges internationaux	31
1. La restitution, corollaire de la notion de fait internationalement illicite.....	31
2. La restitution, corollaire de l'obligation de respecter la norme internationale	32
Section II. Un principe généralisé en droit international.....	33
§1. L'idée de justice corrective structurant l'évolution prétorienne	34
A. La commutativité structurant le rôle de la <i>restitutio</i> <i>in integrum</i> au sein de l'obligation de réparation.....	34
1. La <i>restitutio in pristinum</i> , gage de la normativité du droit international	34
2. La <i>naturalis restitutio</i> , gage d'efficacité de la réparation internationale	35
B. La commutativité structurant la faculté d'octroi de la <i>restitutio</i> <i>in integrum</i> face au caractère déclaratoire de la décision internationale.....	36
1. La <i>restitutio in integrum</i> devant la CEDH : le revirement d'une timidité initiale	37
2. La <i>restitutio in integrum</i> devant la CIDH : un acquis	40
§2. L'idée de justice corrective consacrée par la CDI.....	41

LA RÉPARATION DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

A. La systématisation des principes jurisprudentiels	42
1. Les rapports entre obligation primaire et obligation secondaire	42
2. Le contenu de l'obligation secondaire de réparation.....	42
B. La pertinence des articles de la CDI dans le domaine de l'investissement	43
1. La pertinence des articles en tant que lignes directrices.....	43
2. Les limites à la pertinence des articles	45
Conclusion du chapitre.	45
CHAPITRE II. UNE FACULTÉ D'OCTROI LIÉE À LA FONCTION D'ARBITRE DE L'INVESTISSEMENT	47
Section I. L'insertion de la <i>restitutio in integrum</i> dans le contentieux de l'investissement.....	47
§1. Les doutes laissés par les arbitrages pétroliers en matière de réparation.....	47
A. Trois arbitrages, trois solutions divergentes	48
1. La <i>restitutio in integrum</i> refusée.....	48
2. La <i>restitutio in integrum</i> consacrée	50
B. Des solutions contextuelles.....	51
1. La volonté affichée de sanctionner la non-parution du Gouvernement libyen	51
2. Des critiques liées au contexte contractuel de la décision.....	52
§2. L'encadrement de la <i>restitutio in integrum</i> par les instruments conventionnels ..	53
A. L'interprétation <i>a contrario</i> de l'article 54 de la Convention de Washington.....	53
1. L'article 54 : une limitation supputée	54
2. L'article 54 : une limitation apparente.....	55
B. L'exception des instruments multilatéraux	56
1. L'exigence d'une alternative pécuniaire du TCE.....	56
2. L'énumération limitative des formes de réparation de l'ALENA	57
Section II. La consécration de la <i>restitutio in integrum</i> dans le contentieux de l'investissement	57
§1. Une faculté reconnue	58
A. Une reconnaissance progressive	58
1. Le principe timidement posé dans l'affaire <i>Goetz</i>	58
2. Le principe clairement affirmé dans la sentence <i>Enron</i>	59
B. La reconnaissance en tant que question de compétence.....	61
1. Une faculté indépendante de l'exécution de la sentence.....	61
2. Une faculté subordonnée à une demande de l'investisseur.....	62
§2. Une faculté encadrée	63

TABLE DES MATIÈRES

A. L'impossibilité de la <i>restitutio in integrum</i>	64
1. L'impossibilité matérielle	64
2. L'impossibilité juridique.....	65
B. Le caractère disproportionné de la <i>restitutio in integrum</i>	66
1. La disproportion, l'émanation du principe de non-ingérence dans les affaires internes	66
2. La disproportion, une notion aux limites floues.....	67
Conclusion du chapitre.	67
CONCLUSIONS DE LA PREMIERE PARTIE	69

DEUXIÈME PARTIE

LES MODALITES D'OCTROI DE LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM*

CHAPITRE I. LE POLYMORPHISME JURIDIQUE DE LA <i>RESTITUTIO IN INTEGRUM</i>	73
Section I. Les modalités d'octroi de la restitution en nature	73
§1. La <i>naturalis restitutio</i> dans le contentieux de la licéité internationale de l'acte juridique interne.....	74
A. Le contentieux de la licéité internationale d'un acte normatif interne.....	74
1. Le caractère exceptionnel de l'annulation de l'acte normatif interne par une juridiction internationale.....	74
2. La faculté de la juridiction internationale d'ordonner à l'Etat de modifier ses dispositions normatives internes	75
B. Le contentieux de la licéité internationale d'un acte judiciaire interne	76
1. L'illicéité internationale de la décision judiciaire interne appréhendée par le droit international public général.....	76
2. L'illicéité internationale de la décision judiciaire interne appréhendée par l'arbitre de l'investissement	79
§2. La <i>naturalis restitutio</i> dans le contentieux de l'exécution d'une obligation dont la méconnaissance est contraire au droit international.....	81
A. Le contentieux de la restitution matérielle.....	81
1. La restitution de propriétés matérielles.....	81
2. La restitution de sommes d'argent saisies	82
B. Le contentieux de l'exécution d'une obligation contractuelle	83
1. La disproportionnalité de la specific performance	83
2. L'admission d'un droit à la specific performance.....	84
Section II. Les modalités de calcul de la restitution par équivalent.....	85
§1. Les standards à la base du calcul	85
A. Les critères traditionnels.....	86

LA RÉPARATION DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

1. Les critères conçus pour le contrat	86
2. Les critères conçus pour l'expropriation	87
B. L'utilisation contentieuse des critères traditionnels.....	88
1. La discordance initiale des décisions.....	88
2. La mise en cohérence du chaos antérieur	90
§2. Les méthodes à la base du calcul	91
A. Les méthodes d'évaluation de la valeur de marché de l'investissement	92
1. La valeur comptable : des méthodes fondées sur l'historique des coûts et des gains	93
2. La valeur prospective : les méthodes de dernière génération	93
B. Les méthodes d'évaluation de la violation des « nouveaux » standards	94
1. Le traitement juste et équitable	95
2. Le traitement national	95
Conclusion du chapitre	96
CHAPITRE II. L'INTERACTION ENTRE LES DIFFÉRENTES FORMES DE LA <i>RESTITUTIO IN INTEGRUM</i>	99
Section. I La hiérarchie entre les formes de <i>restitutio in integrum</i>	99
§1. La contestable primauté pratique de la restitution par équivalent	99
A. Les raisons à la base de la primauté pratique.....	100
1. L'optique de l'arbitrage commercial transposée au sein du CIRDI	100
2. L'impossibilité d'exécution supposée de la <i>restitutio in integrum</i>	101
B. La remise en question de la primauté pratique	101
1. L'analyse économique des effets des sentences allouant la compensation	102
2. Le mythe du caractère moins attentatoire de la restitution sur la compensation	103
§2. La nécessaire primauté de principe de la <i>naturalis restitutio</i>	103
A. L'évolution des exigences du contentieux économique international.....	104
1. L'apport du contentieux de la légalité objective de l'OMC à l'étude du polymorphisme de la <i>restitutio in integrum</i>	105
2. L'apport du contentieux de la légalité objective de l'OMC à l'étude de la complémentarité de la <i>restitutio in integrum</i>	106
B. Les évolutions des exigences du contentieux de l'investissement.....	107
1. L'exigence d'efficacité d'un contentieux économique pragmatique.....	107
2. L'expérience du juge de l'OMC saisie par l'arbitrage de l'investissement.....	108
Section II. La complémentarité entre les formes de <i>restitutio in integrum</i>	109
§1. Les insuffisances de la restitution en nature comblées par la compensation	109
A. La compensation complémentaire du <i>pretium doloris</i>	109

TABLE DES MATIÈRES

1. L'incohérence des approches compensatoires	110
2. L'encadrement par la jurisprudence du droit international des droits de l'homme	111
B. La compensation complémentaire des coûts de l'arbitrage	112
1. Les coûts de la procédure.....	112
2. Les intérêts moratoires.....	113
§2. La compensation subordonnée à l'impossibilité de la restitution en nature.....	114
A. La logique de l'obligation de moyens appliquée à la <i>restitutio in intergrum</i>	114
1. L'obligation de moyens de poursuivre <i>in primis</i> la restitution	114
2. L'utilité du recours aux mesures provisoires.....	115
B. La logique de l'obligation de résultat propre à la <i>restitutio in integrum</i>	118
1. L'exigence de la prise en considération du type de violation	118
2. L'exigence de prise en compte de l'objectif de la mesure attaquée.....	119
Conclusion du chapitre	120
CONCLUSIONS DE LA DEUXIEME PARTIE	121

CONCLUSION GÉNÉRALE

BIBLIOGRAPHIE	129
I. Ouvrages généraux.....	129
II. Ouvrages spéciaux et thèses	130
III. Articles et contributions à des ouvrages collectifs	132
IV. Documents officiels.....	136
V. Jurisprudence.....	136

Le droit de la réparation dans le contentieux international relatif à l'investissement constitue un domaine qui a longtemps été négligé par la doctrine internationaliste. Témoignant de fortes hésitations quant à la forme que doit prendre la réparation, la lecture de cette phase finale du raisonnement des arbitres tend à donner l'impression que l'indemnisation pécuniaire constitue le seul moyen de réparation admis par la pratique dans ce domaine particulier.

En partant de l'analyse de la notion de *restitutio in integrum*, modalité contentieuse de retour au *status quo ante* initiée par le préteur de droit romain pour combler les lacunes laissées par l'indemnisation pécuniaire, l'ouvrage essaie de retracer l'évolution du régime juridique de l'obligation secondaire de réparation dans le contentieux arbitral d'investissement, à partir des célèbres arbitrages pétroliers des années 1970, jusqu'à la plus récente jurisprudence arbitrale.

En resituant cette pratique foisonnante dans l'évolution actuelle du droit international public, le but d'une telle analyse est de dresser une taxinomie des différentes formes de réparation du dommage que connaît le droit international de l'investissement.

L'étude de l'ontologie juridique polymorphe, dans laquelle se traduit le caractère rétrospectif de la responsabilité internationale, tend à une réhabilitation du rôle de la *restitutio in integrum* dans cette branche spécialisée du contentieux, ainsi qu'à souligner la nécessité de repenser les relations entre réparation en nature et par équivalent en termes de complémentarité.

EDOARDO STOPPIONI est titulaire d'une double maîtrise en droits français et italien des Universités de Paris 1 Panthéon-Sorbonne et de Florence, ainsi que d'un master 2 en droit international économique de l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1) où il est actuellement doctorant contractuel.

ISBN 978-2-233-00739-1

26 €

IREDIES