



ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ET DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL (2017)

Patrick Jacob, Franck Latty, Arnaud de Nanteuil

► To cite this version:

Patrick Jacob, Franck Latty, Arnaud de Nanteuil. ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ET DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL (2017). Annuaire français de droit international, CNRS Editions, 2017. hal-01996133

HAL Id: hal-01996133

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01996133>

Submitted on 28 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ET DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL (2017)

PATRICK JACOB*

FRANCK LATTY**

ARNAUD de NANTEUIL***

Pour sa dixième livraison, la présente chronique change légèrement de nom. Son objet reste bien le même : il s'agit d'extraire des nombreuses décisions rendues chaque année par les tribunaux arbitraux compétents en matière d'investissement¹ la substantifique moelle qui intéresse non pas le droit des investissements en particulier mais bien le droit international *général*². « Arbitrage *transnational* et droit international général » devient néanmoins « Arbitrage *d'investissement* et droit international général », ce pour diverses raisons.

L'expression « arbitrage transnational » est liée au contexte du développement du contentieux relatif aux contrats d'États dans la seconde moitié du XX^e siècle³. Elle repose sur la nature mixte des parties à l'arbitrage (État et investisseur) et non sur son objet (l'investissement étranger). Si, en ce premier quart du XXI^e siècle, les parties à ces arbitrages sont les mêmes (investisseur étranger, demandeur dans la quasi-totalité des cas, d'une part, et État d'accueil de l'investissement, presque exclusivement défendeur, d'autre part), le gros de ce contentieux dérive désormais de traités internationaux, voire de lois nationales⁴. Dans ce nouveau contexte, l'expression « arbitrage transnational », dans laquelle le siècle dernier résonne encore avec un charme suranné, n'est guère plus usitée par tous ceux qui participent à sa pratique ou à son analyse – hormis les chroniqueurs de l'*Annuaire*⁵. Polysémique, elle ne correspond, au reste, qu'imparfaitement au contenu de la présente chronique, qui se limite à l'étude des décisions arbitrales *en matière d'investissement*, à l'exclusion

(*) Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines.

(**) Professeur à l'Université Paris Nanterre, directeur du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN).

(***) Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne (Paris 12).

1. Pour l'année 2017, on recense une soixantaine de décisions (hors ordonnances) relatives à des questions préliminaires (compétence, recevabilité), à des questions de fond (responsabilité, *quantum*) ou en matière d'annulation (comités *ad hoc* du CIRDI), dont environ la moitié sont publiques (CNUCED, *World Investment Report 2018*, Nations Unies, 2018, p. 94). En 2017, au moins 65 nouvelles affaires sur le fondement de traités d'investissement ont été enregistrées (*ibid.*, p. 91).

2. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2008, pp. 467 et s. Sur les rapports entre le droit international général et le droit des investissements dans la pratique des tribunaux arbitraux, voir Franck LATTY, « Quelques configurations complexes de l'application du principe *lex specialis* au plan international : le point de vue du droit international des investissements », in SFDI, *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*, Journée d'études de Lille, Paris, Pedone, 2017, pp. 117-131.

3. Voir Charles LEBEN, « Droit international des investissements : un survol historique », in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 38 et s.

4. En 2017, seulement trois affaires enregistrées par le CIRDI reposent sur un contrat d'investissement, alors que quarante ont pour fondement un traité et deux une loi nationale (CIRDI, *Rapport annuel 2017*, p. 31).

5. Voir aussi l'intitulé de l'ouvrage dirigé par Charles LEBEN (*Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, op. cit.), où l'épithète « transnational » permet d'éviter une inélégante répétition du terme « investissement ».

des sentences, certes plus rares, rendues par d'autres tribunaux compétents pour des litiges « mixtes » opposant une personne privée à un État (ou à une organisation internationale) – puisque tel est le sens premier d'« arbitrage transnational »⁶. Tant pour des motifs de précision que d'usage (et de visibilité), l'expression « arbitrage d'investissement » sera désormais privilégiée dans ces pages.

Dans la littérature anglophone, une autre expression – réduite souvent à un simple acronyme – fait florès au point qu'elle a trouvé droit de cité sous cette forme y compris auprès d'un certain public francophone, généralement hostile au mécanisme⁷ : *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS). À terme, il conviendra peut-être de recourir en ces lignes à ce syntagme figé (évidemment traduit dans la langue de l'*Annuaire français de droit international*)⁸, qui présente l'avantage de ne pas cantonner les mécanismes de règlement des différends investisseur-État au seul mode arbitral (même si, à rebours de son sens littéral, il est souvent employé comme un synonyme de ce dernier). Sous l'impulsion de l'Union européenne, qui a fait vœu de remédier dans ses accords de libre-échange à certaines dérives de l'arbitrage d'investissement⁹, d'autres procédés ont en effet été imaginés¹⁰ qui préfigurent, peut-être, une cour permanente multilatérale compétente pour ce type de litige¹¹. Ces juridictions, si elles voient le jour¹², seront à n'en pas douter de nouveaux organes de mise en œuvre du droit international public¹³, dont la production ne manquera pas de concerner non pas seulement les spécialistes de droit des investissements mais tout honnête internationaliste.

Ce dernier, pour s'en tenir au cru 2017 des décisions arbitrales, ne s'arrêtera pas seulement, en effet, au contexte « international public » qui sert de décor à

6. Voir « Arbitrage transnational », in Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 78.

7. Voir par exemple le communiqué « Stop CETA » publié le 8 mars 2016 sur le site internet de l'association Attac [<https://france.attac.org/se-mobiliser/le-grand-marche-transatlantique/article/stop-cetal>], consulté le 31 mars 2018.

8. La traduction française et l'acronyme correspondant (Règlement des différends investisseur-État, RDIE) n'a pas encore acquis droit de cité dans la pratique même s'il a été employé dans un rapport parlementaire (Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur le règlement des différends Investisseur-État dans les accords internationaux, présenté par Seybah DAGOMA, 2 février 2016).

9. Voir Mohamed BENNOUNA, « Le droit international entre la lettre et l'esprit. Cours général de droit international public (2016) », *RCADI*, t. 383, 2017, p. 139 ; Catherine KESSEDJIAN et Lukas VANHON-NAEKER, « Les différends entre investisseurs et États hôtes par un tribunal arbitral permanent. L'exemple du CETA », *RTDEur.*, oct.-déc. 2017, pp. 637 et s. La Cour de Justice de l'UE a par ailleurs considéré que la clause d'arbitrage contenue dans un traité bilatéral d'investissement entre deux États membres n'était pas compatible avec le principe d'autonomie du droit de l'UE (CJUE, 6 mars 2018, *Slowakische Republik / Achmea BV*, C-284/16).

10. L'Accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG/CETA), qui comporte un chapitre sur la protection des investissements, substitue à l'arbitrage un mécanisme à deux niveaux, composé d'un tribunal composé de 15 membres permanents (dont des divisions de trois membres examinent par roulement les affaires en première instance) et un tribunal d'appel. Le Rapport de la Commission d'évaluation du CETA mise en place par le Premier ministre français note que le mécanisme est bien plus proche de la procédure de règlement des différends de l'OMC que de l'arbitrage (*L'impact de l'AECG/CETA sur l'environnement, le climat et la santé*, rapport au Premier ministre, 7 septembre 2017, chapitre 3, p. 25). La conformité de ce mécanisme de règlement des différends avec le droit de l'UE est l'objet d'une demande d'avis adressée par la Belgique à la CJUE (n° 1/17). Voir Arnaud DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *JDI*, 2017, pp. 55-80.

11. L'article 8.29 de l'AECG/CETA prévoit ainsi que « [l]es Parties s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements ».

12. L'application provisoire du CETA ne concerne pas le mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement (voir la décision 2017/38 du Conseil du 28 octobre 2016 relative à l'application provisoire de l'AECG, *JOUE*, 14 janvier 2017, L 11/1080).

13. L'article 8.27 de l'AECG/CETA prévoit à cet égard que « [l]es membres du Tribunal [...] auront fait la preuve de leurs connaissances spécialisées en droit international public » (§ 4).

certaines affaires (annexion de la Crimée par la Russie¹⁴, mise en œuvre de l'accord de paix Égypte/Israël¹⁵). L'arbitrage d'investissement intéresse les règles structurales du droit international. Il est riche d'apports en ce qui concerne les sources du droit international (I), le droit de la responsabilité internationale (II) et le droit du contentieux international (III)¹⁶.

I. – ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ET SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL

L'arbitrage d'investissement étant aujourd'hui largement fondé sur des traités bi ou multilatéraux, les questions de droit des traités s'y épanouissent (A). D'autres sources, plus ou moins classiques, du droit international sont toutefois également mobilisées par les arbitres, à titre principal ou complémentaire (B). Le droit applicable au règlement du différend étant régulièrement plus large que le seul traité qui donne compétence au tribunal, il n'est d'ailleurs pas exclu que des tribunaux mobilisent des instruments que l'on ne s'attendrait pas nécessairement à rencontrer en parcourant les sentences rendues en la matière. Le tribunal de l'affaire *Bear Creek* a ainsi mentionné la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones afin de tenter de clarifier le cadre juridique applicable à un investissement susceptible d'affecter ces populations¹⁷. Même si cette Déclaration n'a pas joué de rôle décisif en l'espèce, pas plus que la convention 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux mise en avant par l'arbitre dissident, cela indique une nouvelle fois, s'il en était besoin, que le contentieux de l'investissement regorge de situations qui dépassent son strict cadre pour intéresser le droit international général.

A. Traités

Le droit des traités continue d'être essentiellement mobilisé par les tribunaux arbitraux aux fins d'interprétation (1). D'autres questions y relatives parsèment toutefois le contentieux arbitral de l'investissement. Certaines sentences n'étant toujours pas rendues publiques, on ne peut que signaler celles qui ont conduit des tribunaux arbitraux à se reconnaître compétents pour connaître du traitement réservé par la Russie à des investisseurs ukrainiens en Crimée après avoir considéré, semble-t-il, que cette zone était *a minima* soumise au contrôle effectif de la Russie, et relevait donc de son territoire au sens de l'article 29 de la Convention de Vienne¹⁸. En revanche, la question de la terminaison des traités a connu de nouveaux développements en 2017, notamment en lien avec le droit de l'Union européenne (2).

14. CPA (CNUDCI), *PJSC Ukrnafta c. Russie*, n° 2015-34, sentence (non publique) sur la compétence, 4 juillet 2017.

15. CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017 (au sujet de l'indépendance énergétique des deux pays).

16. La première partie de la présente chronique a été rédigée par Patrick JACOB, la deuxième par Franck LATTY et la troisième par Arnaud DE NANTEUIL.

17. CIRDI, *Bear Creek Mining corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, § 409. Il s'agissait alors de déterminer si l'investisseur n'avait pas contribué à son propre dommage en négligeant de recueillir l'avis des populations concernées. Voir *infra*, III, B.

18. Voir par exemple CPA (CNUDCI), *Everest Estate c. Russie*, n° 2015-36, décision sur la compétence, 5 avril 2017 et les informations fournies par Jarrod HEPBURN, « Full Jurisdictional Reasoning Comes to Light in Crimea-Related BIT Arbitration vs. Russia », *Investment Arbitration Reporter*, 9 novembre 2017.

1. Interprétation

Contrairement à ce qui est parfois rapidement soutenu, les arbitres se réfèrent de manière quasi-systématique à la convention de Vienne sur le droit des traités pour y puiser les règles d'interprétation. Cela ne suffit toutefois pas à parer toutes les solutions retenues d'une onction définitive.

i) Les décisions rendues en 2018 offrent, une nouvelle fois, un panorama quasi exhaustif des techniques d'interprétation mentionnées à la section 3 de la partie 3 de la convention de Vienne sur le droit des traités, et même un peu plus.

Ainsi, l'idée selon laquelle un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire attribué à ses termes (art. 31, § 1^{er}) est régulièrement soulignée. Elle conduit les arbitres à insister sur les termes du traité¹⁹, à décortiquer un à un les mots employés, à tenter d'en préciser le sens en s'appuyant sur des dictionnaires usuels, qui constituent un « point de départ utile »²⁰. Il peut cependant y avoir quelque ironie, bien perçue par les arbitres de l'affaire *Beijing Urban Construction Group*, à voir des juristes travaillant essentiellement en anglais ergoter sur les nuances terminologiques d'un traité dont les versions officielles sont rédigées dans des langues qu'aucun d'eux ne maîtrise²¹. La traduction non-officielle ne permettant pas toujours de lever les doutes²², du moins les arbitres peuvent-ils avoir recours aux autres moyens d'interprétation recommandés par la convention de Vienne.

Les termes employés doivent alors être replacés dans leur contexte et lus à la lumière de l'objet et du but du traité. S'agissant du contexte, les mots ne prennent bien souvent sens que lorsqu'ils sont lus dans le cadre de la disposition dans laquelle ils s'insèrent ainsi que de l'ensemble du traité. Seule cette prise en compte permet de comprendre que la clause de la nation la plus favorisée de l'accord entre la République tchèque et le Royaume-Uni ne couvre pas le règlement des différends²³ ; que le consentement à l'arbitrage donné dans le traité Chine/Yémen ne se limite pas au calcul de la compensation due pour expropriation licite²⁴ ; ou encore que le consentement auquel fait référence l'article 72 de la convention de Washington doit être réciproque²⁵. La référence à l'objet et au but du traité doit en revanche être maniée avec précaution. Régulièrement invoqué par les demandeurs pour soutenir une interprétation qui leur soit favorable, l'objectif général de protection et

19. Voir en particulier CIRDI, *Ansung Housing Co., Ltd. c. Chine*, n° ARB/14/25, sentence, 9 mars 2017, §§ 136-141 ; CIRDI, *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. Yémen*, n° ARB/14/30, décision sur la compétence, 31 mai 2017, §§ 112-121, insistant sur le fait que le traitement garanti par la clause de la nation la plus favorisée ne l'est que sur le territoire de l'État d'accueil, ce qui exclut les conditions du recours à l'arbitrage ; CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, §§ 886-892, distinguant plusieurs types de rédaction pour justifier son interprétation selon laquelle la clause de la nation la plus favorisée pertinente ne couvre que les dispositions figurant déjà dans le traité. Voir aussi CIRDI, *Fábrica de Vidrios de los Andes CA et al. c. Venezuela*, n° ARB/12/21, sentence, 13 novembre 2017, §§ 269 et 271.

20. CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, §§ 283-286, s'agissant de la notion de « siège social » ; CPA, *Wirtgen et al. c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, § 219, s'agissant de la notion de personne morale.

21. CIRDI, *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. Yémen*, n° ARB/14/30, décision sur la compétence, 31 mai 2017, §§ 64-68.

22. Voir CIRDI, *Vladislav Kim et al. c. Ouzbékistan*, n° ARB/13/6, décision sur la compétence, 8 mars 2017, § 179, où la traduction n'est pas contestée.

23. CPA, *WNC Factoring Limited c. République tchèque*, n° 2014-34, sentence, 22 février 2017, §§ 352-254, car elle figure dans une disposition posant des obligations substantielles et parce que le traité comprend une disposition spéciale, l'article 8, consacrée quant à elle au règlement des différends.

24. CIRDI, *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. Yémen*, n° ARB/14/30, décision sur la compétence, 31 mai 2017, §§ 78-87.

25. CIRDI, *Fábrica de Vidrios de los Andes CA et al. c. Venezuela*, n° ARB/12/21, sentence, 13 novembre 2017, §§ 273-282.

de développement des investissements transnationaux ne saurait en effet conduire à renverser une interprétation des termes dans leur contexte²⁶, même s'il est encore parfois pris en compte²⁷. Sous cette réserve, il faut souligner que la prise en compte du contexte, de l'objet et du but joue parfois un rôle majeur, permettant aux arbitres de dégager des solutions que le sens ordinaire des termes employés ne commande pas. Ainsi, le tribunal de l'affaire *Kim* a souligné que le contexte et le but du traité n'avaient pas moins de valeur que le sens ordinaire des termes afin de restreindre la portée de la clause de conformité au droit local aux violations les plus importantes de ce droit, alors que les termes de cette clause ne disaient rien d'une quelconque limitation²⁸.

Le principe de l'effet utile occupe également une place de choix dans le raisonnement des tribunaux arbitraux, bien qu'il ne figure pas expressément parmi les directives codifiées par la convention de Vienne sur le droit des traités. Il peut ainsi être mobilisé pour s'opposer à une lecture qui neutraliserait la clause *fork in the road* d'un traité²⁹ ; pour limiter la portée d'une clause de la nation la plus favorisée qui, sans cela, rendrait sans objet les limites figurant dans une clause de règlement des différends³⁰ ; pour considérer que la dénonciation de la convention de Washington n'est pas d'effet immédiat, sans quoi la formule selon laquelle « la dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification » perdrait son sens³¹ ; ou encore pour juger que le consentement ne survit à cette dénonciation que lorsqu'il est réciproque, sans quoi il eût été inutile de mentionner à l'article 72 de la convention de Washington les nationaux, incapables de donner leur consentement de manière unilatérale³². Réciproquement, d'autres arbitres s'estiment tenus d'indiquer que leur interprétation limitant la portée de la clause de la nation la plus favorisée aux protections figurant déjà dans le traité ne la priverait pas d'effet utile puisqu'elle permettrait encore de renforcer ces protections³³. L'application de ce principe est donc régulière et peu contestée³⁴ sans que cela soit spécifique au droit des investissements. Le principe apparaissait en effet déjà dans les commentaires de la Commission du droit international sur le projet qui allait donner naissance à la convention de Vienne³⁵ et il est régulièrement utilisé par la Cour internationale de Justice³⁶. S'il ne figure pas expressément parmi les directives d'interprétation codifiées, c'est sans doute parce qu'il découle de la règle générale d'interprétation

26. CIRDI, *Capital Financial Holdings c. Cameroun*, n° ARB/15/18, sentence, 22 juin 2017, §§ 194-195 ; sentence *Fábrica de Vidrios*, §§ 283-290.

27. CIRDI, *Vladislav Kim et al. c. Ouzbékistan*, n° ARB/13/6, décision sur la compétence, 8 mars 2017, § 294, pour considérer que la clause de conformité au droit local n'inclut pas, malgré son silence sur ce point, les menues illégalités ; CIRDI, *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. Yémen*, n° ARB/14/30, décision sur la compétence, 31 mai 2017, §§ 58 et 88-92, pour rejeter une interprétation qui aurait pour effet d'offrir une protection moindre en cas d'expropriation illicite qu'en cas d'expropriation licite.

28. CIRDI, *Vladislav Kim et al. c. Ouzbékistan*, n° ARB/13/6, décision sur la compétence, 8 mars 2017, §§ 388-391.

29. CIRDI, *Supervision y Control SA c. Costa Rica*, n° ARB/12/4, sentence, 18 janvier 2017, § 330, considérant que retenir une exigence de triple identité (de parties, d'objet et de cause) pour établir la connexité de deux différends aurait pour effet de neutraliser la portée de la clause de *fork in the road*.

30. CPA, *WNC Factoring Limited c. République tchèque*, n° 2014-34, sentence, 22 février 2017, § 353.

31. CIRDI, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. Venezuela*, n° ARB/12/20, sentence, 26 avril 2017, §§ 117-120.

32. CIRDI, *Fábrica de Vidrios de los Andes CA et al. c. Venezuela*, n° ARB/12/21, sentence, 13 novembre 2017, §§ 274 et 284.

33. CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, § 885.

34. CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, § 288.

35. Commentaires des articles 27 et 28, § 6, *Ann. CDI*, 1966, vol. II, p. 238-239.

36. Voir CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, arrêt (exceptions préliminaires), 1^{er} avril 2011, § 133.

qui commande une interprétation textuelle de bonne foi tenant compte de l'objet et du but du traité. La bonne foi impose ainsi de considérer que les auteurs des traités ont voulu faire produire des effets à leurs énoncés.

Quantitativement, les accords et pratiques ultérieurs mentionnés au troisième paragraphe de l'article 31 jouent un rôle moindre. La note de la Commission du libre-échange sur le sens de la norme minimale de traitement figurant à l'article 1105 de l'ALENA, encore mentionnée dans l'affaire *Eli Lilly*³⁷, se rattache sans doute à cette catégorie, même si l'article 1131 du même traité prévoit quoi qu'il en soit qu'une interprétation donnée par la Commission s'impose aux tribunaux³⁸. En dehors de ce cas bien connu, ces moyens d'interprétation ne jouent qu'un rôle marginal. Le comité de l'affaire *Standard Chartered* a cru pouvoir discerner dans l'absence de réaction des États parties à la convention de Washington aux décisions ordonnant le cautionnement des frais d'arbitrage une pratique ultérieure³⁹. Mais cela supposerait qu'une réaction de l'ensemble des parties à la convention à une décision qui ne les affecte pas directement soit attendue, ce dont on peut douter⁴⁰. De manière sans doute plus orthodoxe, le comité de l'affaire *Suez* a quant à lui estimé qu'on ne pouvait faire grief à un tribunal de n'avoir pas tenu compte des positions prises par les États agissant en tant que défendeurs dans un contentieux particulier⁴¹. Ces prises de position sont en effet trop liées au contexte de leur énonciation, et au souci immédiat d'éviter une condamnation lourde de conséquences, pour en inférer la conviction juridique des États.

En revanche, la pratique conventionnelle suivie par l'une ou l'autre des parties au traité à interpréter peut occuper une place importante dans le processus d'interprétation. Elle n'est toutefois pas prise en considération en tant qu'accord ou pratique ultérieurs des parties, mais comme un moyen complémentaire au sens de l'article 32 de la convention de Vienne. Ainsi, la pratique conventionnelle de l'union belgo-luxembourgeoise a-t-elle été mobilisée pour interpréter le traité passé avec l'Algérie⁴². Les évolutions de la pratique conventionnelle allemande ont quant à elle été prises en compte afin d'interpréter la notion de personne morale (*legal person*) qui figure dans le traité qui la lie à la République tchèque⁴³. Comme les autres éléments expressément mentionnés à l'article 32 de la convention de Vienne, cette pratique ne joue toutefois qu'un rôle subsidiaire, afin de confirmer une interprétation ou lever une incertitude qui demeurerait.

Ce caractère subsidiaire des moyens de l'article 32 a d'ailleurs conduit le tribunal de l'affaire *Busta* à ne tenir aucun compte des travaux préparatoires d'un traité initialement conclu entre le Royaume-Uni et la Tchécoslovaquie, après pourtant en avoir sollicité la communication, dans la mesure où les termes de ce traité faisaient clairement apparaître que la clause de la nation la plus favorisée y figurant ne permettait pas d'élargir le champ, restreint, des différends entrant dans

37. CIRDI (CNUDCI), *Eli Lilly and Company c. Canada*, n° UNCT/14/2, sentence, 16 mars 2017, § 105.

38. Sur ce point, voir Georg NOLTE, « Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », A/CN.4/671, 26 mars 2014, §§ 153 et s., et Commission du droit international, *Accords et pratiques ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, Conclusions adoptées en seconde lecture, A/CN.4/L.907, mai 2018, spé. conclusion 10.

39. Comité *ad hoc* CIRDI, *Standard Chartered Bank c. Tanzania Electric Supply Company*, n° ARB/10/20, décision sur la demande de maintien de la suspension de l'exécution de la sentence, 12 avril 2017, § 77.

40. *Contra*, CDI, *Accords et pratiques ultérieurs...*, rapport précité, conclusion 13.

41. Comité *ad hoc* CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et al. c. Argentine*, n° ARB/03/19, décision sur la demande d'annulation, 5 mai 2017, § 258.

42. CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, §§ 302-304.

43. CPA, *Wirtgen c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, §§ 230-234.

la compétence du tribunal ⁴⁴. Pour la même raison, le tribunal de l'affaire *Eiser* a refusé de se replacer dans les circonstances de la conclusion du traité sur la Charte de l'énergie pour tenter d'en inférer la volonté des parties d'en exclure les différends intra-européens ⁴⁵, tandis que celui de l'affaire *Beijing Urban Construction Group* n'a accepté de tenir compte ni du contexte historique de conclusion du traité Chine/Yémen ni des évolutions de la pratique conventionnelle de la Chine après sa conversion à l'économie de marché, invoqués par le Yémen pour soutenir une interprétation stricte de la clause donnant compétence au tribunal pour connaître du montant de la compensation due en cas d'expropriation ⁴⁶. Cela n'empêche toutefois pas certains tribunaux de tenir compte des travaux préparatoires ⁴⁷, ou même des circonstances qui ont présidé à l'adoption d'une disposition ⁴⁸, pour confirmer l'interprétation retenue.

ii) Cette présentation systématique et stylisée de la pratique arbitrale en matière d'interprétation pourrait la faire apparaître comme un processus de connaissance davantage que comme un acte de volonté. Certains tribunaux s'efforcent d'ailleurs de montrer la justesse et l'objectivité de la solution qu'ils retiennent en mettant en évidence leur attachement scrupuleux à chacune des étapes décrites par la convention de Vienne ⁴⁹. On ne saurait les en blâmer mais on peut encore douter que cela suffise toujours à emporter la conviction.

L'interprétation de la notion de siège social dans les traités conclus par l'Union belgo-luxembourgeoise pourrait illustrer à elle seule la difficulté. En effet, les débats apparus en 2016 sur ce point ⁵⁰ se sont poursuivis cette année. Ils indiquent que plusieurs tribunaux, tous saisis de textes identiques et munis des mêmes directives d'interprétation, peuvent aboutir à des conclusions nettement différentes. D'abord, les uns estiment que la notion de siège social renvoie au critère de nationalité posé par le droit interne ⁵¹ quand d'autres y voient une notion autonome en droit international ⁵². Ensuite, à supposer même qu'il s'agisse d'une notion autonome, les uns considèrent qu'elle vise le siège statutaire ⁵³, quand d'autres jugent qu'il ne peut s'agir que du siège effectif ⁵⁴. Il suffit de confronter point par point les positions des tribunaux des affaires *Orascom* et *Capital Financial Holdings* pour mesurer combien l'application de principes d'interprétation communs peut aboutir à des résultats distincts. Alors que le second a jugé que le principe de l'effet utile impose de considérer que la notion de siège social fait référence au siège effectif, sans quoi elle ferait double emploi avec le critère de l'incorporation ⁵⁵, le premier a estimé qu'il n'en était rien car il s'agissait en réalité de deux variantes d'un même

44. Ch. comm. Stockholm, *I.P. Busta & J.P. Busta c. République tchèque*, n° V 2015/014, sentence du 10 mars 2017, §§ 71-76 s'agissant de la demande de communication des travaux préparatoires ; § 163 concluant que la réponse à cette question « *[is] straightforward, given the language used in the BIT* ». Voir aussi, CIRDI, *Fábrica de Vidrios de los Andes c. Venezuela*, n° ARB/12/21, sentence, 13 novembre 2017, §§ 291-296.

45. CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg SARL c. Espagne*, n° ARB/13/36, sentence finale, 4 mai 2017, § 205.

46. CIRDI, *Beijing Urban Construction Group c. Yémen*, n° ARB/14/30, décision sur la compétence, 31 mai 2017, §§ 93-97.

47. CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, §§ 305-313.

48. CIRDI, *Bridgestone c. Panama*, n° ARB/16/34, décision sur les objections d'urgence, 13 décembre 2017, § 97.

49. Voir en particulier sentence *Orascom*, §§ 271 s. ; CPA, *Wirtgen c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, §§ 208 et s.

50. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, p. 634.

51. CIRDI, *Capital Financial Holdings c. Cameroun*, n° ARB/15/18, sentence, 22 juin 2017, §§ 203-213.

52. Sentence *Orascom*, §§ 278-281.

53. *Ibid.*, §§ 282-298.

54. Sentence *Capital Financial Holdings*, §§ 219-143.

55. *Ibid.*, § 254.

critère, comme l'avait reconnu la CIJ dans l'affaire *Barcelona Traction*⁵⁶. Tandis que le premier a vu dans la pratique conventionnelle subséquente de l'Union belgo-luxembourgeoise une confirmation de son interprétation selon laquelle le siège social renvoyait au siège statutaire⁵⁷, le second a estimé que cette pratique n'était pas suffisamment constante pour en tirer quelque conclusion que ce fût⁵⁸.

Cet exemple n'est pas isolé. Ainsi, l'effet utile qui commandait la solution de l'affaire *Blue Bank* n'a été jugé décisif ni par l'un des arbitres, qui s'est appuyé sur les circonstances de la conclusion de la convention de Washington pour conclure que sa dénonciation était quoi qu'il en soit sans effet sur le consentement donné via un traité⁵⁹, ni par le tribunal de l'affaire *Fábrica de Vidrios de los Andes* pour qui à l'inverse, à la suite de Ch. Schreuer⁶⁰, la dénonciation fait disparaître immédiatement le consentement étatique, le délai mentionné à l'article 71 ne se référant pas au consentement à l'arbitrage mais aux obligations générales résultant de la convention⁶¹.

L'application rigoureuse des directives d'interprétation figurant dans la convention de Vienne ne suffit ainsi sans doute pas à rendre prévisibles ou cohérentes les solutions retenues. Chacune de ces directives se prête en effet à des interprétations et leur combinaison peut elle-même être discutée. Cela ne signifie pas que les directives d'interprétation soient moins bien appliquées en droit des investissements qu'ailleurs. Simplement, l'éclatement de ce contentieux permet à chacun de suivre sa propre voie et il paraît vain d'attendre de la seule application de ces directives une unification du droit des investissements.

2. Terminaison des traités

Les questions relatives à la terminaison des traités sont actuellement soulevées dans deux contextes nettement distincts, aussi bien d'un point de vue factuel que juridique. C'est d'abord la dénonciation de la convention de Washington par le Venezuela qui est discutée. Plusieurs décisions ont été rendues cette année encore sur ce point mais, d'une part, ce n'est pas tant la dénonciation elle-même qui est débattue que ses effets sur le consentement étatique et, d'autre part, la question est traitée en application des dispositions spéciales de la convention de Washington⁶². En revanche, la question de la terminaison des traités bilatéraux d'investissement du fait de l'adhésion des États parties à l'Union européenne a connu de nouveaux développements, qui doivent être confrontés à l'arrêt *Achmea* rendu par la Cour de Justice⁶³.

Les États défendeurs ou la Commission européenne, défendant parfois seule cette position en qualité d'*amicus curiae*⁶⁴, soutiennent régulièrement que l'adhésion à l'Union européenne des États auparavant engagés avec ses membres aurait

56. Sentence *Orascom*, §§ 287-297.

57. *Ibid.*, §§ 302-304.

58. Sentence *Capital Financial Holdings*, §§ 252.

59. CIRDI, *Blue Bank International & Trust c. Venezuela*, n° ARB/12/20, sentence, 26 avril 2017, opinion individuelle de C. Söderlund.

60. Christoph SCHREUER, « The Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration », in Michael WAIBEL et al. (dir.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, 2010, pp. 353-368.

61. CIRDI, *Fábrica de Vidrios de los Andes CA et al. c. Venezuela*, n° ARB/12/21, sentence, 13 novembre 2017, § 269.

62. CIRDI, *Blue Bank International c. Venezuela*, n° ARB/12/20, sentence, 26 avril 2017 ; CIRDI, *Fábrica de Vidrios de los Andes c. Venezuela*, n° ARB/12/21, sentence, 13 novembre 2017. Voir *infra*, B, 2 et III.

63. Arrêt précité *supra*, n. 9.

64. CPA, *Wirtgen c. République tchèque*, n° 2014-03, sentence finale, 11 octobre 2017, §§ 241-249.

mis un terme ou rendrait inapplicable en tout ou partie le traité antérieur en application des articles 59 ou 30 de la convention de Vienne. Mais la réponse des tribunaux arbitraux à cette question est constante depuis que les premiers d'entre eux en furent saisis⁶⁵ : la participation des États d'Europe centrale et orientale à l'Union européenne n'a pas d'effet sur les traités qu'ils avaient antérieurement conclus avec ses membres. Cinq nouvelles décisions l'ont confirmé cette année avec peu de nuances dans le raisonnement.

Le tribunal de l'affaire *PL Holdings* a toutefois rappelé que la question pouvait être abordée de deux manières, qui conduisent au même résultat. Elle peut d'abord l'être en cloisonnant les systèmes pour considérer que le droit de l'UE est sans effet aucun sur la compétence d'un tribunal établi sur la base d'un traité, seul applicable et qui forme en quelque sorte la constitution du tribunal⁶⁶. Mais elle peut également l'être suivant une approche holistique, en admettant que traités bilatéraux et droit de l'Union européenne sont cumulativement applicables pour trancher le différend dont le tribunal est saisi⁶⁷.

Même en ce cas, les arbitres refusent de considérer que l'adhésion à l'Union ait remis en cause l'applicabilité des traités antérieurs. D'abord, parce qu'ils considèrent que les traités bilatéraux et les traités européens ne portent pas sur la même matière, condition de mise en œuvre des articles 30 et 59 de la convention de Vienne. En effet, bien qu'ils contiennent des protections en partie comparables, les seconds n'offrent pas aux investisseurs une protection équivalente à celle qui résulte de l'application des premiers, et notamment ne leur garantissent pas l'accès à un système international de règlement des différends⁶⁸. Cette conception stricte de l'identité des matières est aussi constante que discutable. On peut en effet lui préférer une approche plus large selon laquelle il y a identité lorsque « deux règles ou ensembles de règles différents sont invoqués par rapport à la même matière »⁶⁹, ce qui semble bien être le cas ici dès lors que les relations entre un investisseur européen et son État d'accueil peuvent être régies tant par le droit européen que par le droit des investissements. Quoi qu'il en soit de ce premier point, les tribunaux qui se prononcent plus avant jugent ensuite qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre les traités bilatéraux et le droit de l'UE. D'un côté, les uns contestent que la Cour de Justice dispose d'une compétence exclusive pour interpréter le droit de l'Union en dehors de l'hypothèse d'un différend interétatique portant sur l'application de ce droit⁷⁰, tandis que d'autres soulignent qu'ils sont quoi qu'il en soit seulement chargés d'interpréter et d'appliquer le traité qui leur donne compétence, non le droit de l'Union⁷¹. De l'autre, un tribunal a estimé que les traités bilatéraux ne

65. Voir notamment cette chronique, cet *Annuaire*, 2010, pp. 621 et s., s'agissant de la décision *Eureko*, renommée par la suite *Achmea*, et qui a donc donné lieu à l'arrêt précité de la Cour de Justice.

66. Ch. Comm. Stockholm, *PL Holdings c. Pologne*, sentence, 28 juin 2017, §§ 309-310, renvoyant à la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *RREEF*, même si l'argument n'est utilisé qu'*in fine* par ce tribunal (CIRDI, *RREEF Infrastructure c. Espagne*, n° ARB/13/30, décision sur la compétence, 6 juin 2016, spé. § 75, cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, pp. 642-643).

67. Voir notamment CPA, *Wirtgen c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, §§ 170-178, considérant le droit de l'UE comme applicable en tant qu'il fait partie du droit international, à la suite de la décision *Electrabel* (CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012, cette chronique, cet *Annuaire*, 2012, pp. 649-652).

68. CPA, *WNC Factoring Limited c. République tchèque*, n° 2014-34, sentence, 22 février 2017, §§ 295-308 ; Ch. comm. Stockholm, *I.P. Busta & J.P. Busta c. République tchèque*, n° V 2015/014, sentence, 10 mars 2017, §§ 113-118 ; sentence *PL Holdings*, §§ 312 et 314-315 ; sentence *Wirtgen*, §§ 252-253.

69. Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, A/CN.4/L.682, § 23, p. 19. Voir aussi François DUBUISSON, « Article 59 », in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 2106-2108.

70. Sentence *PL Holdings*, §§ 314-315.

71. Sentence *Busta*, §§ 126-128.

créent pas par eux-mêmes de discrimination entre les investisseurs européens puisqu'à supposer qu'ils accordent un traitement favorable aux investisseurs de certains États européens, ils n'excluent pas que ceux des autres États membres puissent en bénéficier⁷².

Quelques arguments supplémentaires peuvent également être discutés. On soulignera ainsi que le tribunal de l'affaire *Wirtgen* a jugé que l'article 351 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui prévoit que les traités conclus par des États avec des tiers avant leur adhésion demeurent en vigueur, n'était pas pertinent pour résoudre la difficulté⁷³. Cela ne change pas grand-chose à l'affaire dans la mesure où cette disposition pourrait au plus être interprétée comme une simple déclinaison de la convention de Vienne⁷⁴. Mais on peut s'en étonner, dans la mesure où elle avait été jugée pertinente dans la décision *Electrabel*, pourtant citée et à laquelle la présidente du tribunal *Wirtgen* avait contribué⁷⁵. Quant au tribunal de l'affaire *Eiser*, il était saisi d'un différend intra-européen sur la base du traité sur la Charte de l'énergie, qui présente la double particularité d'être un traité auquel l'Union, ses membres et des tiers sont parties et d'être antérieur aux traités européens pour certains membres et postérieur pour d'autres. Il a, lui aussi fort classiquement, considéré que sa compétence était établie, d'abord car ce traité ne contient aucune clause de déconnection implicite qui exclurait les relations intra-européennes de son champ d'application⁷⁶, ensuite parce que le différend en cause opposait bien un État partie à un investisseur d'un autre État partie en l'absence d'une quelconque notion d'investisseur européen, enfin car le fait de confier le règlement de tels différends à un tribunal arbitral ne heurte pas l'article 344 TFUE⁷⁷.

Les décisions rendues en 2017 s'inscrivent donc dans le droit fil d'une jurisprudence remarquablement constante. Mais elles doivent être mises en perspective avec la position prise par la Cour de Justice de l'Union européenne au début de l'année 2018. Saisie sur renvoi préjudiciel par une juridiction allemande elle-même appelée à se prononcer sur l'annulation de la sentence *Achmea* rendue par un tribunal constitué sous l'égide de la CPA, la Cour a jugé que la clause d'arbitrage qui avait conduit à cette sentence était incompatible avec le droit de l'Union. En effet, de l'avis de la Cour, en prévoyant le recours à l'arbitrage dans leurs traités, les États membres soustraient au système juridictionnel européen des différends susceptibles d'être relatifs à l'interprétation ou à l'application du droit de l'Union en violation du principe d'autonomie de ce droit et en particulier de l'exigence de coopération loyale qui en résulte⁷⁸. Ce n'est ni le lieu ni le moment de se livrer à un commentaire de cette retentissante décision. Mais les sentences rendues en 2017 peuvent être lues à la lumière du raisonnement suivi par la Cour.

En effet, ce dernier heurte nettement la position prise par ceux des tribunaux qui se sont prononcés jusqu'alors sur la compatibilité des traités bilatéraux intra-européens avec le droit de l'Union. Alors que ces tribunaux ont systématiquement écarté tout conflit de normes, la Cour en identifie un dès lors que les arbitres

72. Sentence *WNC Factoring Limited*, § 309.

73. Sentence *Wirtgen*, § 256.

74. En considérant *a contrario* que les traités conclus avant l'adhésion avec des États déjà membres sont quant à eux affectés, dans la mesure où ils sont incompatibles avec le droit de l'Union.

75. Sentence *Wirtgen*, §§ 256 et 263.

76. Sur la technique des clauses de déconnection, voir CDI, *Fragmentation du droit international...*, rapport précité, pp. 160-165, §§ 289 et s.

77. CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg SARL c. Espagne*, n° ARB/13/36, sentence finale, 4 mai 2017, §§ 179-207. Voir, pour des raisonnements similaires dans les affaires *Charanne* et *RREEF*, cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, pp. 642-643.

78. CJUE, *Slovaquie c. Achmea*, C-284/16, arrêt, 6 mars 2018.

peuvent être appelés à interpréter ou appliquer le droit de l'Union, quand bien même ils ne seraient saisis que d'une violation de l'instrument qui fonde leur compétence⁷⁹. Tel est le cas, de l'avis de la Cour, car le traité pertinent rend le droit européen applicable, que ce soit en tant que droit interne ou en qualité de droit issu d'un accord international. Son raisonnement tend toutefois à indiquer plus largement que dès lors que le différend met en cause le droit de l'Union, alors il ne peut être soustrait par les États au système juridictionnel européen. La Cour retient ainsi une approche particulièrement stricte du principe d'autonomie.

Quoi que l'on pense de ce raisonnement, il y a donc bien, de l'avis de la Cour, conflit de normes. En conséquence, du point de vue du droit européen, les États membres sont tenus de mettre un terme aux traités conclus entre eux, tandis que leurs juridictions doivent probablement, lorsqu'elles sont saisies en ce sens, annuler ou refuser de donner effet à des sentences rendues en application de clauses d'arbitrage de ce type⁸⁰. Ceci étant, du point de vue du droit international, les arbitres pourraient encore maintenir leur position, que ce soit en confirmant leur interprétation distincte de celle d'une Cour à laquelle ils ne sont pas soumis, en soulignant qu'ils ne doivent se prononcer que sur la base du traité qui fonde leur compétence sans tenir compte du droit européen, ou en répétant que traités d'investissement et traités européens ne portent pas sur la même matière, condition préalable de mise en œuvre des articles 30 et 59 de la convention de Vienne. Jusqu'ici les positions respectives de la Cour et des tribunaux traduisent davantage indifférence que dialogue et il n'est nullement exclu que les arbitres persistent dans leur raisonnement. Mais la position adoptée par la Cour compliquera quoi qu'il en soit la mise en œuvre des sentences portant sur des différends intra-européens. Tel sera particulièrement le cas lorsque, comme dans l'affaire *Achmea*, la sentence a été rendue par un tribunal ayant son siège sur le territoire d'un État membre et peut faire l'objet d'une procédure d'annulation. Mais même en dehors de cette hypothèse, et s'agissant en particulier des sentences CIRDI qui sont insusceptibles de recours et ne nécessitent pas d'*exequatur*, la difficulté pourrait se poser au stade de l'exécution forcée. Ces difficultés prévisibles pourraient d'ailleurs suffire à elles seules à décourager les investisseurs et assécher le contentieux.

Au-delà, il n'est sans doute pas inutile de rappeler que l'arrêt *Achmea* concerne uniquement le cas dont la Cour était saisie, dans lequel un traité bilatéral intra-européen était en cause. Elle ne permet pas à elle seule d'anticiper le sort qui sera réservé par les juges de Luxembourg aux autres traités prévoyant le recours à l'arbitrage, qu'il s'agisse des traités que l'Union a conclus aux côtés de ses États membres, tel que le traité sur la Charte de l'énergie, qui fournit un important contingent de différends intra-européens, ou encore de l'Accord économique et commercial global avec le Canada (AECG/CETA), sur lequel la Cour devra se prononcer, ou même de traités conclus par les États membres avec des tiers. L'insistance de la Cour sur la nécessité de ne pas affecter le système juridictionnel de l'Union en confiant à un organe externe le règlement de différends portant sur des « domaines couverts par le droit de l'Union »⁸¹ peut conduire à douter de leur compatibilité avec le droit européen. Au-delà de leur importance pratique et politique, deux aspects de l'arrêt

79. *Ibid.*, § 40.

80. On remarquera que la juridiction allemande à l'origine du renvoi dans l'affaire *Achmea* doit selon le droit allemand annuler une sentence soit en cas de nullité de la convention d'arbitrage en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée, soit en raison du caractère contraire à l'ordre public de sa reconnaissance ou de son exécution. Il est douteux que l'arrêt *Achmea* suffise à convaincre que la clause d'arbitrage est invalide du point de vue du droit international. En revanche, la Cour de justice a déjà jugé que certaines violations du droit européen pouvaient constituer un motif de contrariété à l'ordre public (CJCE, *Eco Swiss China Time Ltd*, arrêt, 1^{er} juin 1999, C-126/97).

81. Traité sur l'Union européenne, article 19.

Achmea pourraient néanmoins les sauver. D'un côté, la Cour a souligné que c'est la conclusion par les États d'accords de ce type qui posait problème en l'espèce, n'excluant pas que l'Union elle-même puisse s'engager dans des traités prévoyant la soumission à un mécanisme de contrôle externe⁸². De l'autre, elle a fondé son raisonnement sur la clause de droit applicable du traité dont elle était saisie, quand d'autres rendent plus douteuse l'applicabilité du droit de l'Union⁸³. Selon que l'on met l'accent sur l'un ou l'autre de ces aspects de l'arrêt *Achmea*, ses conséquences pourraient demeurer limitées aux traités intra-européens ou s'étendre bien au-delà.

B. Autres sources

1. Coutume et principes généraux

Bien que le contentieux de l'investissement porte le plus souvent sur l'application de traités spécifiques, la coutume y occupe une place non négligeable. Elle est très souvent mobilisée afin d'y puiser les normes secondaires permettant de donner vie aux obligations primaires figurant dans ces traités, comme l'indique abondamment le traitement par les arbitres des questions de responsabilité⁸⁴. Mais elle peut également être utilisée afin de préciser le sens des règles primaires qui figurent dans les traités. On continue ainsi de discuter le rôle que joue la coutume dans l'identification du contenu des standards de protection des investisseurs⁸⁵. Dans d'autres cas, les arbitres vont plus loin et s'appuient sur le droit coutumier, ou une indéterminée *international public policy*, pour en inférer la volonté des parties à un traité de ne pas protéger les investissements réalisés par corruption⁸⁶. Il arrive d'ailleurs que la place de la coutume soit discutée plus avant, comme ce fut le cas dans deux décisions rendues en 2017.

Dans la première, le comité *ad hoc* de l'affaire *Venezuela Holdings* n'a pas hésité à annuler la sentence rendue au motif que le tribunal avait manifestement excédé son pouvoir en évaluant la compensation due pour une expropriation licite sur la base du droit international, et singulièrement du droit international coutumier, plutôt qu'en application des dispositions du traité pertinent⁸⁷. En réalité, outre la mention d'une hésitation sur le sens à donner à l'expression principes généraux

82. Arrêt *Achmea*, §§ 57-58.

83. C'est en particulier le cas de l'AECG, qui indique que « le Tribunal n'a pas compétence pour statuer sur la légalité d'une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation du présent accord en se fondant sur le droit interne d'une Partie. Il est entendu qu'en statuant sur la conformité d'une mesure au présent accord, le Tribunal peut tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne d'une Partie en tant que question de fait. Dans un tel cas, le Tribunal suit l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions ou les autorités de cette Partie, et le sens donné au droit interne par le Tribunal ne lie pas les juridictions et les autorités de cette Partie » (article 8.31, § 2).

84. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, § 160, s'agissant des règles de réparation dans le silence du traité. Voir *infra*, II.

85. Voir CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, §§ 475 et 666, soutenant que le standard conventionnel de traitement juste et équitable constitue une *lex specialis* qui déroge au droit coutumier et CIRDI, *Koch Minerals SARL et al. c. Venezuela*, n° ARB/11/19, sentence, 30 octobre 2017, § 8.42, où le standard conventionnel est perçu comme la reprise du droit coutumier car il s'applique conformément aux règles et principes du droit international et § 8.48 où l'interdiction des mesures arbitraires et discriminatoires est perçue comme une règle spéciale.

86. CIRDI, *Vladislav Kim et al. c. Ouzbékistan*, n° ARB/13/6, décision sur la compétence, 8 mars 2017, §§ 593 et s.

87. Comité *ad hoc* CIRDI, *Venezuela Holdings c. Venezuela*, n° ARB/07/27, décision sur la demande d'annulation, 9 mars 2017, § 188.

du droit international figurant dans la clause de droit applicable pertinente⁸⁸, ce qui est essentiellement reproché au tribunal est d'avoir postulé l'existence en droit coutumier d'une règle permettant d'évaluer la compensation due pour expropriation licite sans tenir aucun compte du droit interne. En effet, le standard coutumier en la matière n'est sans doute pas très différent du standard conventionnel de juste compensation. Simplement, le Comité estime que l'insistance du tribunal sur les règles coutumières l'a conduit à écarter à tort la clause de limitation de responsabilité qui figurait dans l'accord d'investissement.

Dans la seconde, le tribunal de l'affaire *Caratube* a semblé hésiter sur la valeur à accorder au droit coutumier. Dans un premier mouvement, il lui a fait une large place en considérant que ce droit était nécessairement applicable dans le cadre d'un arbitrage CIRDI, alors même que les parties au différend avaient contractuellement choisi de le soumettre à la loi kazakhe⁸⁹. Mais, dans un second mouvement, il a semblé atténuer le rôle du droit coutumier en soulignant qu'il devait tenir compte en particulier des « *mandatory rules of international law* »⁹⁰. À la lettre, cela pourrait signifier soit que le tribunal considère qu'il existe des règles coutumières qui ne sont pas obligatoires, soit qu'il a entendu se concentrer sur les règles impératives (plus généralement qualifiées de *peremptory*). Sans doute s'agit-il toutefois d'une habitude de plume d'un tribunal composé de spécialistes de droit privé et qui a voulu signifier que, de même que certaines règles ne peuvent être écartées par la volonté des parties à un contrat (parce qu'elles sont *mandatory*), de même le droit interne kazakh choisi par les parties ne peut être appliqué lorsqu'il est contraire au droit international coutumier⁹¹.

2. *Moyens auxiliaires*

Le cru 2017 offre encore une fois un échantillon intéressant de références aux moyens auxiliaires de détermination de la règle de droit mentionnés à l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice que sont la doctrine et la jurisprudence. On ne s'attardera guère dans cette livraison sur la première, si ce n'est pour confirmer d'abord que les tribunaux arbitraux en font un usage abondant et apparent ; pour indiquer ensuite que les références utilisées sont assez diverses, individuelles⁹² comme institutionnelles⁹³ ; pour souligner enfin que l'étroitesse du monde de l'arbitrage conduit à d'étonnantes situations dans lesquelles tantôt les

88. *Ibid.*, § 159, le Comité jugeant qu'il s'agit des principes généraux au sens de l'article 38, § 1, litt. c) du statut de la Cour internationale de Justice, à l'exclusion de la coutume, mentionnée au litt. b).

89. CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, §§ 288-290.

90. *Ibid.*, § 290.

91. *Ibid.*, §§ 818 et s., vérifiant la conformité du droit kazakh au droit coutumier en matière d'expropriation.

92. Une place particulière doit sans doute être faite aux écrits d'Aron BROCHES, utilisés à la manière de travaux préparatoires puisqu'il fut en tant que conseiller juridique de la Banque mondiale l'un des architectes de la convention de Washington (CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, § 265 ; CIRDI, *Beijing Urban Construction Group c. Yémen*, n° ARB/14/30, décision sur la compétence, 31 mai 2017, § 33 ; CIRDI, *Perenco Ecuador c. Équateur et Petroecuador*, n° ARB/08/6, décision sur la demande de rejet de la demande reconventionnelle, 18 août 2017, § 47). Voir *infra*, II, A, 1.

93. CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, §§ 377 et 461, se référant aux travaux de l'ILA sur la chose jugée et l'arbitrage commercial ; Comité *ad hoc* CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et al. c. Argentine*, n° ARB/03/19, décision sur la demande d'annulation, 5 mai 2017, § 205, s'agissant des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts.

arbitres se réfèrent à leurs propres travaux doctrinaux comme arguments d'autorité⁹⁴, tantôt opposent aux parties les écrits universitaires de leurs conseils⁹⁵.

S'agissant de la jurisprudence, le contentieux arbitral reste tiraillé entre l'idée, défendue notamment par G. Kaufman-Kohler, selon laquelle les tribunaux, sans être liés par les précédents, doivent s'efforcer de s'inscrire dans les pas de leurs prédécesseurs, au moins lorsque la répétition de ces pas dessine un chemin, et celle, soutenue en particulier par B. Stern, qui considère que chaque cas doit être tranché sur la base de ses propres mérites et d'une analyse *de novo*⁹⁶. L'opposition est moins nette qu'il y paraît, dans la mesure où les tenants de la première approche estiment pouvoir s'écarter des décisions antérieures lorsqu'elles ne s'agrègent pas en une ligne jurisprudentielle ou lorsque des motifs sérieux l'exigent⁹⁷, tandis que les défenseurs de la seconde ne se coupent pas nécessairement des raisonnements de leurs prédécesseurs. Ces débats théoriques se reflètent toutefois dans la pratique, qui oscille entre fidélité aux précédents et émergence de nouvelles oppositions.

D'un côté, les précédents donnant leur nom à des principes et autres tests fleurissent, de manière sans doute significative. Les classiques *Higgins test* (du nom de l'ancienne présidente de la CIJ, sur l'appréciation au stade de la compétence du caractère plausible des allégations de fond)⁹⁸ et *Vivendi test* (sur l'identification d'un investissement)⁹⁹ sont ainsi rejoints par un *Micula test* (permettant de déterminer les cas dans lesquels un intérêt doit être préservé par des mesures conservatoires)¹⁰⁰, un *Trans-Global test* (afin d'identifier une demande manifestement dénuée de fondement)¹⁰¹, un *Azinian principle* (sur la responsabilité de l'État du fait des décisions de justice)¹⁰² ou même un *Glamis standard* (sur la bifurcation)¹⁰³. Certaines sentences emblématiques peuvent d'ailleurs espérer se frayer rapidement un chemin vers le panthéon des grandes décisions, comme la sentence *Philip Morris* rendue en 2016 et déjà reprise comme exprimant la « jurisprudence constante » concernant les conditions, strictes, dans lesquelles une mesure d'intérêt général pourrait constituer une expropriation indirecte¹⁰⁴. Ces précédents n'étant pas utilisés en application de la règle du *stare decisis* mais en raison de leur force persuasive, il n'est d'ailleurs pas exclu que les arbitres se réfèrent à des

94. Comité *ad hoc* CIRDI, *Standard Chartered Bank c. Tanzania Electric Supply Company*, n° ARB/10/20, décision sur la demande de maintien de la suspension de l'exécution de la sentence, 12 avril 2017, § 83 ; CPA, *Wirtgen c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, § 174.

95. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, § 279.

96. Cette opposition ancienne (voir CIRDI, *Saipem c. Bangladesh*, décision sur la compétence, 21 mars 2007, § 67 et CPA, *Romak c. Ouzbékistan*, sentence, 26 novembre 2009, § 171) s'est cristallisée dans la sentence *Burlington* où la majorité composée de G. Kaufman-Kohler et S. Drymer s'est heurtée à l'opinion dissidente de B. Stern (CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, § 46). Voir aussi dans le sens de la majorité, et sous la même présidence, CPA, *Wirtgen c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, § 181 ; CIRDI, *Lighthouse Corporation c. Timor-Leste*, n° ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, § 111.

97. Sentence *Burlington*, §§ 46 et 630, où le tribunal souligne pouvoir s'écarter de la solution retenue dans la sentence *Perenco* sur la question des coûts car elle ne s'inscrit pas dans une ligne jurisprudentielle.

98. CIRDI, *Blue Bank International & Trust c. Venezuela*, n° ARB/12/20, sentence, 26 avril 2017, § 68 ; CIRDI, *Infinito Gold c. Costa Rica*, n° ARB/14/5, décision sur la compétence, 4 décembre 2017, § 237.

99. CIRDI, *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. Yémen*, n° ARB/14/30, décision sur la compétence, 31 mai 2017, §§ 125-131.

100. CIRDI, *Rizzani de Eccher et al. c. Koweït*, n° ARB/17/8, décision sur les mesures provisoires, 23 novembre 2017, § 129.

101. CIRDI, *Ansung Housing Co., Ltd. c. Chine*, n° ARB/14/25, sentence, 9 mars 2017, § 70.

102. CIRDI, *Fouad Alghanim & Sons c. Jordanie*, n° ARB/13/38, sentence du 14 décembre 2017, § 293.

103. CPA (CNUDCI), *Michael Ballantine et Lisa Ballantine c. République dominicaine*, n° 2016-17, ordonnance procédurale n° 2, 21 avril 2017, § 18.

104. CIRDI, *Koch Minerals SARL et al. c. Venezuela*, n° ARB/11/19, sentence, 30 octobre 2017, § 7.19. Sur la doctrine des *police powers*, voir *infra*, II, A, 2.

décisions rendues par d'autres juridictions, internationales ¹⁰⁵, régionales ¹⁰⁶ ou même nationales ¹⁰⁷.

L'importance quantitative prise par la discussion des précédents dans les décisions des tribunaux arbitraux et la volonté de certains arbitres de s'inscrire dans une jurisprudence constante n'empêchent toutefois pas les divergences de se faire jour. Les décisions de l'année confirment qu'elles peuvent apparaître dans des contextes distincts et être plus ou moins problématiques.

Il peut tout d'abord s'agir d'une opposition sur l'interprétation de la règle de droit. Ceci peut s'expliquer par des différences terminologiques même minimales, comme c'est le cas s'agissant de déterminer la portée de clauses de la nation la plus favorisée diversement rédigées ¹⁰⁸. En revanche, des divergences peuvent également émerger sans que les textes suffisent à les expliquer. Les difficultés déjà évoquées qu'a fait naître l'interprétation de la notion de siège social dans les traités de l'Union belgo-luxembourgeoise illustrent de manière particulièrement nette le problème. Après que le tribunal de l'affaire *Orascom* a affirmé clairement ne pas pouvoir souscrire à l'interprétation de la notion donnée dans la sentence *Tenaris et Talta* ¹⁰⁹, celui de l'affaire *Capital Holdings* a indiqué quant à lui qu'il ne pouvait que s'y rallier ¹¹⁰. Même si ses conséquences sur l'issue des litiges demeurent ici limitées, l'opposition est ainsi assumée, de manière d'autant plus remarquable qu'elle l'est par un tribunal présidé par une arbitre qui déclare régulièrement son attachement au développement harmonieux du droit des investissements. Ceci étant, une décision isolée ne fait pas une jurisprudence constante et le temps dira laquelle de ces deux lignes jurisprudentielles s'imposera.

Cette situation de concurrence des solutions est loin d'être unique. Ne serait-ce qu'en 2017, on en retrouve une autre occurrence s'agissant de l'interprétation des articles 71 et 72 de la convention de Washington relatifs à sa dénonciation. Le tribunal de l'affaire *Fábrica de Vidrios de los Andes* n'a ainsi pas hésité à se séparer de la position prise par les tribunaux des affaires *Venoklim* ¹¹¹ et *Blue Bank* ¹¹². Tout en étant conscient de s'écarter des solutions préalablement retenues en jugeant que la dénonciation de la convention de Washington avait fait disparaître immédiatement le consentement du Venezuela exprimé dans un TBI y renvoyant, ce tribunal n'a guère discuté ces précédents. Il a en effet jugé la position de la majorité du tribunal *Blue Bank* insuffisamment étayée, ignoré la sentence *Venoklim* sans s'en justifier (on n'ose penser que ceci puisse être lié à la langue de rédaction) et

105. Voir, parmi de nombreux exemples de références à la CIJ, CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, §§ 287-297, où le tribunal analyse l'affaire de la *Barcelona Traction* avant d'indiquer qu'il « ne pourrait accueillir une objection fondée sur l'absence d'effet utile sans signifier par là que la mention du siège est inutile dans l'arrêt *Barcelona Traction*. C'est là un pas que le Tribunal n'est pas prêt à franchir ».

106. CIRDI, *Burlington Resources c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, § 330 ; CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017, § 261.

107. Comité ad hoc CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et al. c. Argentine*, n° ARB/03/19, décision sur la demande d'annulation, 5 mai 2017, §§ 215-217, s'agissant de l'appréciation des mêmes faits dans un contexte juridique différent ; CIRDI, *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. Yémen*, n° ARB/14/30, décision sur la compétence, 31 mai 2017, § 77, s'agissant de l'interprétation d'une clause analogue.

108. CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, §§ 886-891.

109. CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, § 287.

110. CIRDI, *Capital Financial Holdings Luxembourg c. Cameroun*, n° ARB/15/18, sentence, 22 juin 2017, § 243.

111. CIRDI, *Venoklim Holding BV c. Venezuela*, n° ARB/12/22, sentence, 3 avril 2015, §§ 47-68.

112. CIRDI, *Blue Bank International & Trust c. Venezuela*, n° ARB/12/20, sentence, 26 avril 2017, §§ 108-120.

s'est concentré sur la réfutation d'une troisième interprétation, défendue par une opinion individuelle¹¹³. La cohérence n'était donc pas son souci principal.

Dans d'autres cas, plusieurs tribunaux sont saisis de faits analogues sans nécessairement aboutir à la même solution. Là encore, les faits et contextes juridiques spécifiques de chaque espèce peuvent justifier ces différences. Ainsi, le contentieux espagnol relatif à l'énergie solaire, qui se divise en plus d'une trentaine d'affaires, a déjà donné lieu à de premières sentences sur le fond opposées. Toutefois, si le tribunal de l'affaire *Eiser* a retenu la responsabilité de l'Espagne à la différence de ceux des affaires *Charanne*¹¹⁴ et *Isolux*¹¹⁵ qui s'étaient prononcés avant lui, cela n'implique pas nécessairement d'incohérence. Les arbitres de l'affaire *Eiser* ont en effet insisté sur le fait que les mesures en cause n'étaient pas les mêmes que celles qui relevaient de la compétence du tribunal de l'affaire *Charanne*¹¹⁶, tandis que dans l'affaire *Isolux* l'investissement était plus tardif, réalisé à une époque où il était devenu clair que l'Espagne ne pourrait maintenir son régime d'aides.

Les divergences seraient moins compréhensibles lorsque les faits et le cadre juridique sont rigoureusement identiques car plusieurs tribunaux sont saisis du même différend par des investisseurs distincts. En ce cas, les arbitres peuvent souligner la nécessité d'éviter les décisions divergentes pour rassurer sur la cohérence du système, sans pour autant toujours y parvenir¹¹⁷. Afin de prévenir tout risque, on ne peut que rejoindre les préoccupations exprimées par le tribunal de l'affaire *Orascom* qui s'est séparé du précédent *CME/Lauder* pour refuser de connaître d'un différend déjà soumis à un autre tribunal par une société appartenant au même groupe que le demandeur, notamment afin d'éviter des solutions contradictoires¹¹⁸.

II. – ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ET RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE

De la nouvelle corne d'abondance jurisprudentielle qu'est l'arbitrage d'investissement sortent en majorité des décisions sur des questions préliminaires (compétence, recevabilité, etc.) ou incidentes (mesures conservatoires, récusation, sécurisation des coûts, demandes reconventionnelles, etc.)¹¹⁹. Cela ne doit pas faire oublier que le contentieux arbitral d'investissement est intrinsèquement un contentieux de la responsabilité internationale de l'État. Dans la plupart des affaires, les investisseurs demandent réparation à l'État d'accueil des dommages subis à la suite de violations alléguées d'obligations contenues dans des traités internationaux. C'est donc logiquement que les tribunaux arbitraux se tournent

113. CIRDI, *Fábrica de Vidrios de los Andes CA et al. c. Venezuela*, n° ARB/12/21, sentence, 13 novembre 2017, §§ 297-304.

114. Ch. comm. Stockholm, *Charanne BV et Construction Investment SARL c. Espagne*, n° 062/2012, sentence, 21 janvier 2016.

115. Ch. comm. Stockholm, *Isolux Netherlands c. Espagne*, n° 2013/153, sentence, 17 juillet 2016.

116. CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energia Solar Luxembourg SARL c. Espagne*, n° ARB/13/36, sentence finale, 4 mai 2017, §§ 367-371, soulignant que c'est l'accumulation des mesures espagnoles, et notamment leur aggravation à partir de 2012, qui constitue une violation du standard de traitement juste et équitable, alors que le tribunal de l'affaire *Charanne* n'était compétent que pour connaître des premières mesures, adoptées en 2010.

117. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles de l'Équateur, 7 février 2017, §§ 64-70 pour le principe, § 248 pour une divergence mineure avec le tribunal de l'affaire *Perenco* saisi de la même demande reconventionnelle.

118. CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, §§ 546-548.

119. En 2017, seulement dix-huit décisions arbitrales (dont six de rejet) ont porté sur le fond des affaires (CNUCED, *World Investment Report 2018*, Nations Unies, 2018, p. 94).

vers le droit international général de la responsabilité de l'État¹²⁰, à l'exclusion de l'application du droit de la responsabilité interne de l'État défendeur¹²¹. Ils sont ainsi conduits à déterminer si l'État défendeur a engagé sa responsabilité (A), et dans l'affirmative, à fixer la réparation due à l'investisseur (B). À cette occasion ils « font » du droit international de la responsabilité, en s'appuyant généralement sur le texte de référence en la matière – les *Articles* de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001)¹²² – qu'ils alimentent, discutent et font potentiellement évoluer.

A. Engagement de la responsabilité

La responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement étranger est engagée à condition qu'il commette un fait internationalement illicite, ce que la sentence *Ampal* appelle « délit international » dans une formule que n'aurait pas reniée le « père » du droit contemporain de la responsabilité internationale¹²³. Dans la ligne directe de la codification opérée par la Commission du droit international des Nations Unies, cela suppose que les comportements litigieux soit attribuables à l'État (1) et qu'ils constituent la violation d'une obligation internationale (2), sans que certaines circonstances viennent en exclure l'illicéité (3).

1. Attribution

a) Attribution de comportements illicites

C'est probablement au sujet de l'attribution que les *Articles* de la CDI de 2001 sont le plus fréquemment mobilisés dans l'arbitrage d'investissement. La première partie du texte consacrée au fait internationalement illicite de l'État, qui est indifférente à la nature des personnes lésées, est généralement considérée comme étant immédiatement applicable dans le contentieux investisseur/État, en tant que reflet du droit coutumier¹²⁴. Or, la trame factuelle des affaires souvent fort complexe

120. CIRDI (CNUDCI), *Eli Lilly and Company c. Canada*, n° UNCT/14/2, sentence, 16 mars 2017, § 106.

121. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, §§ 536 et s. (au sujet des intérêts composés). En revanche, la question de la responsabilité de l'investisseur pour les dommages (notamment environnementaux) causés à l'État examinée dans le cadre d'une demande reconventionnelle (voir *infra*, III) a été appréciée au regard du droit équatorien de la responsabilité, conformément à ce que les parties avaient convenu. Le tribunal a ainsi mis en œuvre les règles équatoriennes de responsabilité pour activités dangereuses (CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles de l'Équateur, 7 février 2017, §§ 223 et s.).

122. À noter que le dernier rapporteur spécial du projet d'articles (James Crawford) intervient en tant qu'arbitre dans certaines affaires. Voir par exemple CPA, *WNC Factoring Limited c. République tchèque*, n° 2014-34, sentence, 22 février 2017, spé. §§ 118 et s. où le tribunal emploie le terme de « *liability* » et non « *responsibility* » pourtant retenu dans les *Articles* de la CDI.

123. CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017, § 228 (« *The Tribunal does not consider that the dispute about alleged delivery failures during this period can possibly amount to an international delict such as a breach of the Respondent's treaty undertaking to provide fair and equitable treatment or to compensate for expropriation* »). Voir Roberto AGO, « Le délit international », *RCADI*, t. 68, 1939, pp. 415-554. À noter que l'emploi de l'expression « fait internationalement illicite » est loin d'être systématique par les tribunaux arbitraux (voir néanmoins CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, § 215).

124. En ce sens, CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017, § 135 ; CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, § 702 ; CIRDI (CNUDCI), *Eli Lilly and Company c. Canada*, n° UNCT/14/2, sentence, 16 mars 2017, § 106.

en ce domaine, faisant intervenir conjointement ou successivement des personnes ou entités de natures différentes et au statut incertain, pose régulièrement des questions d'attribution. Lorsque l'investisseur se plaint des comportements de ces personnes ou entités, il importe en effet de déterminer s'ils peuvent être rapportés à l'État défendeur, souvent avant même de déterminer s'ils violent des obligations internationales¹²⁵.

Tel est par exemple l'exercice auquel a dû se prêter le tribunal de l'affaire *UAB E Energija*, qui a successivement envisagé la situation d'une municipalité (la ville de Rēzekne), d'une autorité de régulation et deux sociétés possédées par la municipalité, qui toutes avaient participé à l'éviction litigieuse de l'investisseur étranger chargé de fournir en chauffage la municipalité lettone. S'appuyant sur l'article 4 des *Articles* de la CDI de 2001 (« Comportement des organes de l'État ») et son commentaire, le tribunal a sans surprise conclu que tous les comportements de la municipalité à l'égard de l'investisseur devaient être imputés à l'État en tant que comportements d'un organe de celui-ci¹²⁶. Le cas de l'autorité de régulation (qui avait notamment révoqué la licence de l'investisseur) s'avérait moins évident. Le tribunal a néanmoins déduit sa qualité d'organe de la loi lettone sur les autorités de régulation des services publics dont il ressort que ces autorités s'apparentent à des autorités administratives, produisant des actes administratifs susceptibles d'être contestés devant le juge administratif¹²⁷. Bref, cette accumulation d'« administrativité » a fait pencher la balance du côté de la qualité d'organe. Mais dans la mesure où la loi scrutée reconnaît en même temps l'indépendance et l'autonomie de ces autorités, la qualification d'entités exerçant des prérogatives de puissance publique, envisagée subsidiairement par le tribunal¹²⁸, s'avèrerait peut-être tout autant convaincante. Elle exige cependant d'identifier les prérogatives « gouvernementales » de l'entité (dans le cas présent, la délivrance de licences et l'approbation des tarifs correspondants, le financement par des redevances versées par les entreprises de services d'utilité publique, le contrôle des décisions par le juge administratif et non le juge civil) ; de s'assurer que le droit de l'État a bien habilité l'entité à les exercer (la loi lettone sur les autorités de régulation a suffi pour le constater) ; et de vérifier qu'elles ont bien été mises en œuvre en l'espèce (ce qui était le cas). Cette affaire, parmi de nombreuses autres, témoigne en tout cas de la porosité à l'usage de la distinction découlant des articles 4 et 5 du texte de la CDI¹²⁹.

La question de l'attribution à la Lettonie des comportements des deux sociétés possédées par la municipalité (qui avaient intenté des actions en justice contre l'investisseur) a donné lieu à des développements plus originaux. Le tribunal a d'emblée refusé de caractériser leur comportement comme étant celui d'entités exerçant des prérogatives de puissance publique en constatant qu'en tout état de cause les comportements litigieux (les actions civiles sur la base de contrats commerciaux)

125. Voir CPA, *WNC Factoring Limited c. République tchèque*, n° 2014-34, sentence, 22 février 2017, § 376, où par économie de moyens le tribunal annonce qu'il se dispensera d'aborder des questions complexes d'attribution si les comportements litigieux ne sont pas de nature à constituer une expropriation contraire au traité (ainsi qu'il le jugera en l'occurrence).

126. CIRDI, *UAB E Energija (Lithuania) c. Lettonie*, n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, §§ 796-801. Sur l'attribution à l'État des comportements du sous-secrétaire d'État au transport aérien dès lors qu'ils sont intervenus après son entrée en fonctions et ne revêtent pas un caractère purement privé, voir CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, § 702. Concernant les comportements du pouvoir judiciaire, voir CIRDI (CNUDCI), *Eli Lilly and Company c. Canada*, n° UNCT/14/2, sentence, 16 mars 2017, § 221.

127. Sentence *UAB E Energija*, §§ 802-804.

128. *Ibid.*, §§ 805 et s.

129. Voir Patrick JACOB, *L'imputation d'un fait à l'État en droit international de la responsabilité*, thèse, Rennes I, 2010, p. 134 ; Franck LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement », in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 427-428.

ne correspondaient pas à l'exercice de pouvoirs étatiques¹³⁰. En revanche, il déduira d'une série d'éléments indirects (dont un interview à la presse du maire de Rêzekne) que la Lettonie (à travers la municipalité) était à l'origine des recours judiciaires intentés par les sociétés contre l'investisseur¹³¹. C'est ici le critère des « instructions »¹³² ou celui de la « direction »¹³³ plus que celui du « contrôle » (pourtant davantage mobilisé dans le contentieux international)¹³⁴, qui semble privilégié par le tribunal, même s'il se garde bien de les distinguer¹³⁵. Cette décision peut être rapprochée de la sentence *Ampal* où une accumulation d'éléments prouvait que les décisions de l'autorité égyptienne du pétrole et de l'entreprise nationale pétrolière de conclure et rompre un contrat avec l'investisseur étranger « *were all taken with the blessing of the highest levels of the Egyptian Government* »¹³⁶. Le tribunal en a déduit que les comportements litigieux de ces entités étaient attribuables à l'Égypte au titre de l'article 8, puisqu'elles avaient agi « *at all times under State direction and control* », sans chercher là aussi à distinguer les deux notions. Le flou conceptuel des arbitres est à vrai dire plus large puisqu'en amont, le tribunal avait déjà conclu que l'autorité égyptienne du pétrole était un organe au sens de l'article 4 des *Articles*¹³⁷ et avait mis en avant le caractère fortement public de l'entreprise nationale pétrolière (sans la qualifier toutefois d'organe, ni penser à recourir à l'article 5), et en aval a considéré que l'Égypte avait en tout état de cause fait siens leurs comportements au sens de l'article 11 (« Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien »)¹³⁸. En somme, les arbitres « sautent » d'une catégorie à une autre, la qualification de l'opération d'attribution important moins que le constat de l'existence d'un faisceau d'indices en faveur de l'imputation, alors même que chaque catégorie obéit à ses propres critères et son propre régime.

Une autre originalité de la sentence *UAB E Energija* en matière d'attribution réside dans l'argument de l'investisseur consistant à invoquer, via la clause de la nation la plus favorisée contenue dans le traité applicable (Lettonie/Lituanie), une règle spéciale d'imputation, du moins présentée comme telle, contenue dans le traité bilatéral d'investissement Lettonie/États-Unis d'Amérique. L'article II de ce traité oblige en effet les États parties à s'assurer que leurs entreprises d'État agissent conformément aux obligations du traité « *whenever such enterprise exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it* ». De cette disposition, le demandeur semblait vouloir faire une *lex specialis* en matière d'imputation, en vertu de laquelle les comportements régulatoires et administratifs des deux sociétés seraient attribués à la Lettonie par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée. Le tribunal a coupé court à l'argument en considérant que la disposition invoquée n'apportait rien aux critères de l'article 5 de la CDI, l'exercice d'une autorité de régulation ou administrative étant inclus dans les termes « *governmental authority* » communs à la disposition

130. Sentence *UAB E Energija*, §§ 816-817.

131. *Ibid.*, §§ 823 et s.

132. *Ibid.*, § 827.

133. *Ibid.*, § 830.

134. Mettant en œuvre le critère du « contrôle effectif » au sujet du comportement de syndicats en grève contre des compagnies aériennes possédées par l'investisseur, puis à titre subsidiaire le critère du « contrôle global », voir CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, §§ 722 et s.

135. Voir Article 8 des *Articles* de 2001 (« Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État ») : « Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ».

136. CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017, § 146.9

137. Sentence *UAB E Energija*, § 138.

138. *Ibid.*, § 140.

invoquée et à l'article 5¹³⁹. A vrai dire, on peut même douter que la disposition soit pertinente à des fins d'attribution. Elle est porteuse d'une obligation primaire pour les États parties : celle de s'assurer du comportement de leurs entreprises d'État. Si ces dernières ne respectent pas les obligations du traité, l'État engage sa responsabilité pour omission à faire respecter son engagement, et non parce que le comportement de l'entreprise d'État lui serait automatiquement imputable¹⁴⁰. La disposition n'étant dès lors pas exclusive de l'article 5, deux types de responsabilité de l'État pourraient découler des comportements de son entreprise, l'une pour omission à lui faire respecter les obligations du traité, l'autre à la suite de l'attribution de ses comportements. L'on comprend que dans la pratique arbitrale ces distinctions conceptuelles puissent paraître vainement tatillonnes.

b) *Le recours décontextualisé aux règles d'attribution*

Comme cela l'a déjà été relevé dans le cadre de cette chronique¹⁴¹, il est courant que les tribunaux mobilisent les articles 4 et suivants du texte de la CDI à des fins autres que l'établissement d'un fait internationalement illicite.

L'attribution à des fins de responsabilité doit certes être distinguée de l'identification des parties à un contrat. C'est ce qui ressort de la sentence *Ampal*, dans laquelle le tribunal a estimé, indiscutablement à bon droit, que l'attribution à l'Égypte des comportements internationalement illicites de l'autorité égyptienne du pétrole et de l'entreprise nationale pétrolière (rupture de contrat et non-livraison de gaz) constitue une opération distincte de celle consistant à déterminer le titulaire des obligations contractuelles. En d'autres termes, il n'y a pas attribution à l'Égypte des obligations contractuelles des sociétés¹⁴². L'opération d'attribution ne permet pas de faire de l'Égypte une partie au contrat. Elle a pour effet d'engager sa responsabilité dès lors que les comportements litigieux lui sont attribuables et constituent une violation du traité applicable (en l'espèce, les règles sur l'expropriation). Le tribunal a ainsi évité d'entortiller davantage la distinction byzantine entre les réclamations contractuelles et conventionnelles (*contract claims* et *treaty claims*)¹⁴³.

En revanche, il est courant que les règles d'attribution soient employées par les tribunaux arbitraux à titre préliminaire pour établir leur compétence¹⁴⁴.

139. *Ibid.*, § 820.

140. Implicitement en ce sens, voir Trib. Ch comm. Stockholm, *Nycomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, sentence du 16 décembre 2003, pp. 5 et 30-31. Voir aussi Pierre-Marie DUPUY, « L'État et ses émanations dans le contentieux du droit international des investissements », in *Common Values in International Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, N. P. Engel Verlag, Kehl, Strasbourg, Arlington, 2006, pp. 310-311 ; F. LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement », in Charles LEBEN (dir.), *op. cit.*, pp. 431-432. De manière comparable, le tribunal de l'affaire *Ampal* a considéré que l'obligation d'assurer une protection et une sécurité pleines et entières est une obligation de diligence qui s'impose à l'État et que dans ce cadre « *the operation of the standard does not depend upon whether the acts that give rise to the damage to the Claimants' investment are committed by agents of State (which are thus directly attributable to the State) or by third parties* » (CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017, § 245).

141. *Cet Annuaire*, 2016, p. 612 ; 2015, pp. 679 et s. ; 2014, pp. 680 et s., etc.

142. CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017, §§ 71 et s.

143. Sur les différents aspects de la distinction, voir Ibrahim FADLALLAH, « La distinction *treaty claims* – *contract claims* », in Charles LEBEN (dir.), *op. cit.*, pp. 759 et s. et la bibliographie citée n. 1.

144. S'agissant de la compétence *prima facie* du tribunal dans le cadre de mesures conservatoires, voir Tribunal *ad hoc* (CNUDCI), *Sergei Viktorovich Pugachev c. Russie*, sentence intérimaire, 7 juillet 2017, §§ 227-236 (au sujet de procédures d'exécution intentées par l'Agence russe d'assurance des dépôts et par une banque russe, dont le tribunal a refusé d'ordonner la suspension). S'agissant de mesures demandées par la Russie, voir *ibid.*, §§ 419-421.

La question s'est ainsi posée dans l'affaire *Infinito* de savoir si les décisions des juridictions administrative et constitutionnelle du Costa Rica constituaient des « mesures » relevant de la compétence du tribunal arbitral, au sens du traité applicable. Après s'être référé à la définition du terme « mesures » fournie par le traité d'investissement (laquelle inclut « toute procédure »), le tribunal s'est ensuite appuyé sur les *Articles* de la CDI sur la responsabilité de l'État selon lesquels les comportements des organes étatiques exerçant des fonctions juridictionnelles sont imputables à l'État¹⁴⁵. La règle d'attribution a servi ici à l'interprétation d'une disposition conventionnelle relative à la compétence du tribunal. Il n'y a qu'un pas à franchir pour considérer que la décision opère une attribution *prima facie* à des fins de responsabilité.

La règle d'attribution peut être aussi employée dans l'objectif de déterminer si l'investisseur demandeur, lorsqu'il s'agit d'une entreprise d'État, n'est finalement pas l'État lui-même, ce qui aurait pour effet de sortir le litige du champ de compétence personnelle du CIRDI¹⁴⁶. La question s'est posée au sujet d'une entreprise chinoise ayant investi dans la construction d'un aéroport au Yémen, dont elle prétendait avoir été expropriée à la suite de la rupture du contrat. Les normes secondaires d'attribution des *Articles* de la CDI ont en cette espèce été supplantées par les « critères Broches » (du nom du premier secrétaire général du CIRDI et l'un des principaux rédacteurs de la convention de Washington), selon qui une entreprise possédée par l'État « *should not be disqualified as a 'national of another Contracting State' unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function* ». Pour le tribunal arbitral, ces critères alternatifs sont certes présentés comme « *the mirror image of the attribution rules in Articles 5 and 8 of the ILC's Articles on State Responsibility. The Broches test lays down markers for the non-attribution of State status* »¹⁴⁷. Aux critères d'attribution de la CDI correspondraient ainsi en négatif des critères de non-attribution. Malgré leur formulation sommaire par A. Broches, le tribunal arbitral n'a eu recours par la suite ni aux *Articles* ni à leurs commentaires pour en préciser *a contrario* le contenu. Il s'est contenté d'établir que la société chinoise, bien que possédée à 100 % par l'État, n'avait pas agi en l'espèce en tant qu'agent du gouvernement chinois mais en tant que partenaire commercial classique (premier critère), puis que la société, en construisant l'aéroport, ne s'était pas acquittée de fonctions essentiellement gouvernementales (second critère)¹⁴⁸. On peut néanmoins douter que cette approche soit le pendant des articles 5 et 8 du texte de 2001 de la CDI. Le tribunal a ici adopté une approche purement fonctionnelle (la société a-t-elle agi en tant que cocontractant classique ou bien a-t-elle usé de pouvoirs étatiques) qui, si elle correspond bien à l'article 5, n'est pas celle qui sous-tend l'article 8. Le comportement même *de jure gestionis* d'une entité soumise aux instructions, directives ou contrôle de l'État devrait en effet être imputé à ce dernier¹⁴⁹. Le miroir décrit par les arbitres se révèle déformant. Il aurait été plus convaincant de la part du tribunal soit de ne pas se référer aux règles d'attribution du droit de la responsabilité et de fonder sa compétence sur l'interprétation de l'article 25 dégagée par A. Broches, soit, après avoir mené son analyse fonctionnelle correspondant à l'article 5, de déterminer

145. CIRDI, *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, n° ARB/14/5, décision sur la compétence, 4 décembre 2017, §§ 197-198.

146. Selon l'article 25, § 1 de la Convention de Washington, le CIRDI n'est compétent que pour les litiges en relation directe avec un investissement qui opposent un État partie et le ressortissant d'un autre État partie, à l'exclusion donc des différends interétatiques.

147. CIRDI, *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. Yémen*, n° ARB/14/30, décision sur la compétence, 31 mai 2017, §§ 33-34.

148. *Ibid.*, §§ 37 et s.

149. En ce sens, CIRDI, *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 180.

selon les critères de l'article 8 (celui du contrôle « effectif » s'il le jugeait pertinent) si la société chinoise n'était finalement qu'un paravent de la République populaire – dans une pièce versée au dossier le ministère chinois de l'économie reconnaissait administrer, coordonner et réguler la société en question ¹⁵⁰... – et d'en tirer les conséquences au regard de sa compétence *ratione personae*.

2. Violation d'une obligation internationale

Dans l'appréciation de la violation de leurs obligations internationales par les États défendeurs, les tribunaux arbitraux confrontent leurs comportements aux différents standards de protection des investissements invoqués : très majoritairement, l'atteinte au traitement juste et équitable (incluant le cas échéant la frustration des attentes légitimes de l'investisseur) ¹⁵¹ et les règles conventionnelles en matière d'expropriation ¹⁵². Les règles secondaires du droit de la responsabilité internationale n'apparaissent dans cette perspective souvent que de manière sporadique.

i) En porte trace la manière dont le tribunal de l'affaire *Teinver* a traité la question de l'expropriation rampante qui constitue une manifestation éclatante de la notion de « fait illicite composite » dans le domaine des investissements ¹⁵³. Certes le tribunal préfère se fonder sur la jurisprudence et la doctrine du droit des investissements plutôt que sur l'article 15 des *Articles* de la CDI de 2001 qui les a nourries ¹⁵⁴, mais cela ne fait que témoigner de la parfaite acclimatation de la notion dégagée par la CDI à cette branche du droit international.

ii) Dans l'affaire *Eli Lilly*, le tribunal s'est demandé si une expropriation pouvait naître des comportements du pouvoir judiciaire ou si ce dernier n'était apte qu'à commettre des dénis de justice (constitutifs d'une atteinte au traitement juste et équitable). Le tribunal a fort justement refusé la compartimentation des violations selon les organes de l'État. Il a au contraire jugé que les actes judiciaires étaient par principe attribuables à l'État « *by reference to uncontroversial principles of attribution under the law of State responsibility* » et que partant, un tribunal était aussi susceptible, par ses actions ou ses omissions, de cristalliser une dépossession contraire aux règles conventionnelles en matière d'expropriation ¹⁵⁵.

iii) La question de la pertinence du droit interne dans l'appréciation de la licéité internationale du comportement de l'État a été posée dans l'affaire *Fouad Alghanim*. Conformément à l'article 3 des *Articles* de la CDI ¹⁵⁶, le tribunal a estimé que « *[i]f it were bound as a matter of law by the internal law of the State whose responsibility is invoked, the international tribunal would not fulfil its mandate to judge the conduct of that State by applying international law to the matters before it* ». Le principe est toutefois susceptible de connaître en droit des investissements certaines limites liées à la question du droit applicable devant les arbitres,

150. Décision *Beijing Urban Construction*, § 37.

151. Ex. : CPA, *Mr Jürgen Wirtgen et al. c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, spé. §§ 407 et s.

152. Ex. (expropriation indirecte) : CIRDI, *Bear Creek Mining corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017.

153. Voir Franck LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement », *op. cit.*, p. 443.

154. CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, §§ 942-950.

155. CIRDI (CNUDCI), *Eli Lilly and Company c. Canada*, n° UNCT/14/2, sentence, 16 mars 2017, § 221. Concernant une expropriation alléguée à la suite d'omissions de la police, voir Ch. comm. Stockholm, *I.P. Busta & J.P. Busta c. République tchèque*, n° V 2015/014, sentence du 10 mars 2017, §§ 398 et s.

156. « La qualification du fait de l'État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne ».

susceptible d'inclure le droit de l'État partie ¹⁵⁷. Néanmoins, pour apprécier le caractère arbitraire des mesures prises par l'investisseur, le tribunal a considéré qu'il lui revenait de prendre en compte le droit jordanien aux seules fins de vérifier si les tribunaux de cet État avaient commis un déni de justice contrairement aux obligations internationales de la Jordanie ¹⁵⁸. Le droit national étant ainsi ravalé au rang de fait juridique, le principe exprimé à l'article 3 reste sauf.

iv) Dans l'affaire *Fouad Alghanim*, la distinction proposée par Roberto Ago entre obligation de comportement et de résultat, que la CDI avait écartée de la version ultime de son travail de codification ¹⁵⁹, a été ressuscitée par les demandeurs. Ces derniers soutenaient que l'obligation de la Jordanie de ne pas soumettre l'investisseur à des mesures arbitraires était une obligation de comportement, non pas au sens habituel du terme dans les pays de droit civil, mais selon la conception retenue par la CDI dans son projet d'articles adopté en première lecture en 1996. La distinction de la CDI reposait sur « le degré de liberté laissé au débiteur de l'obligation dans le choix des procédés par lesquels il peut l'exécuter et non plus sur le caractère plus ou moins aléatoire du résultat escompté » ¹⁶⁰. Ainsi, prétendument soumise à une obligation de comportement, la Jordanie se serait trouvée dans l'obligation de suivre toute une série de comportements spécifiquement attendus d'un État ne pratiquant pas l'arbitraire. Abandonnée selon lui par la Commission en deuxième lecture ¹⁶¹, le tribunal en a déduit que la distinction ne reflétait pas le droit coutumier ¹⁶². Il prendra tout le même la peine de qualifier subsidiairement l'interdiction de comportements arbitraires d'obligation de résultat (au sens de la CDI, donc offrant plus de liberté à l'État dans les procédés pour la mettre en œuvre), en constatant notamment que l'État doit fournir ses meilleurs efforts pour que l'investisseur ne soit pas soumis à des mesures arbitraires, seul ce résultat important et l'obligation n'imposant aucun procédé particulier pour y parvenir. Ces quelques lignes prouvent par l'exemple que la distinction prônée par Roberto Ago compliquait inutilement la question de la violation de l'obligation internationale.

Ce n'est pas pour autant que la distinction obligation de moyens/résultat, au sens traditionnel du terme, est privée de pertinence en droit des investissements – bien au contraire ¹⁶³. Le tribunal de l'affaire *Ampal* a ainsi considéré que l'obligation de fournir une pleine protection et sécurité à l'investisseur ne constituait pas un standard de *strict liability* mais bien une obligation de *due diligence* dont le respect devait être évalué au vu des circonstances dans lesquelles les dommages surviennent ¹⁶⁴. Le tribunal considéra à cet égard que le premier sabotage du

157. CIRDI, *Fouad Alghanim et al. c. Jordanie*, n° ARB/13/38, sentence du 14 décembre 2017, § 348, où le tribunal se réfère à l'article 42 de la convention de Washington.

158. Sentence *Fouad Alghanim*, § 366.

159. Voir Constantin P. ECONOMIDES, « Content of the Obligation : Obligations of Means and Obligations of Results », in James CRAWFORD, Alain PELLET et Simon OLESON (eds.), *The Law of International Responsibility*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 376-377.

160. J. COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse », in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 202.

161. Voir néanmoins le commentaire par la CDI de l'article 12 des *Articles*, qui ne marque pas une rupture complète avec la distinction proposée par Roberto Ago (§ 9). Voir aussi par exemple CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.*, p. 77, § 187.

162. CIRDI, *Fouad Alghanim et al. c. Jordanie*, n° ARB/13/38, sentence du 14 décembre 2017, § 302.

163. Estimant que le rejet par la CDI, à la suite de la doctrine et des positions exprimées par les États, de la distinction adoptée en première lecture marque le retour implicite à la distinction traditionnelle obligations de moyen / de résultat, voir Constantin P. ECONOMIDES, *op. cit.*, p. 377.

164. CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017, §§ 241 et s., où le tribunal suit en ce sens l'arrêt *Eletronica Sicula* de la CIJ. Voir aussi CIRDI, *UAB E Energija (Lithuania) c. Lettonie*, n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, § 840 ; CIRDI, *Koch Minerals SARL et al. c. Venezuela*, n° ARB/11/19, sentence, 30 octobre 2017, § 8.46. Sur ce standard, voir Geneviève BASTID BURDEAU, « La clause de protection et sécurité pleine et entière », in *RGDIP*, 2015/1, pp. 89 et s.

pipeline traversant le Sinaï, qui a empêché la fourniture de gaz à l'investisseur, ne suffisait pas à constituer une violation par l'Égypte de l'obligation de *due diligence*, au vu notamment du contexte d'instabilité politique et d'insécurité dans la région au début de la période du « printemps arabe » (2011). En revanche, l'absence de mesures concrètes alors que treize attaques successives ont été recensées sur la période 2011-2012 constituait bien un manquement à cette obligation¹⁶⁵ qui est en droit des investissements l'archétype de l'obligation de moyens.

v) Enfin, la question de « l'acte de souveraineté » au moment d'apprécier la violation d'une obligation internationale donne lieu dans le contentieux d'investissement à des développements intéressants. On sait de longue date que dans les rapports interétatiques la responsabilité est le corollaire obligé de l'égale souveraineté des États¹⁶⁶. Il va de soi que tout comportement de l'État en contradiction avec ses obligations internationales engage sa responsabilité, sans que la notion de souveraineté interfère pour justifier d'une manière ou d'une autre les comportements illicites. Dans le contentieux d'investissement toutefois, l'argument de la souveraineté est susceptible de resurgir à des titres fort différents.

C'est tout d'abord le cas dans le cadre de la distinction entre les litiges contractuels et les litiges conventionnels. Ainsi, selon une jurisprudence substantielle, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une expropriation, la violation d'un contrat conclu avec l'investisseur emportera la violation de l'obligation internationale à condition qu'elle soit la manifestation d'un acte de souveraineté de l'État¹⁶⁷. Le comportement souverain, par opposition à celui d'un partenaire économique ordinaire, est donc ici une condition d'engagement de la responsabilité pour violation du traité, à rebours du droit international général de la responsabilité pour lequel *tout* comportement contraire à une obligation internationale constitue un fait illicite¹⁶⁸.

À l'inverse, dans plusieurs affaires, une certaine déférence arbitrale est de mise lorsque l'évaluation du comportement de l'État vis-à-vis de l'investisseur se rapproche du cœur des fonctions souveraines internes de l'État¹⁶⁹.

Ainsi peut-être interprétée la retenue des tribunaux arbitraux à regarder de trop près la manière dont les juridictions étatiques remplissent leurs fonctions. Dans l'affaire *Fouad Alghanim*, le tribunal arbitral a ainsi affirmé refuser de se comporter en juridiction d'appel chargée d'évaluer la correction des décisions des juridictions jordaniennes, ce qui ne l'a cependant pas empêché de vérifier qu'elles n'étaient pas constitutives d'un déni de justice et de conclure que l'arrêt rendu par la Cour de cassation, dont rien n'établissait qu'elle était mue par des considérations politiques ou avait agi de mauvaise foi, n'était pas « inexcusable »¹⁷⁰.

Le succès grandissant en droit des investissements de la doctrine des *police powers*¹⁷¹ est à rapprocher de cette tendance favorable à une meilleure considération

165. *Ibid.*, §§ 283 et s.

166. Charles DE VISSCHER, *La responsabilité des États*, Bibliotheca Visseriana, vol. II, Brill, Leyde, 1924, p. 90.

167. CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, §§ 908 et s.

168. Voir Mathieu RAUX, *La responsabilité de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Étude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur-État*, thèse, Paris II, 2010, pp. 213 et s.

169. Faisant référence à la « *high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders* », voir Trib. ad hoc (CNUDCI), *SD Myers c. Canada*, sentence partielle, 21 octobre 2002, § 263.

170. CIRDI, *Fouad Alghanim et al. c. Jordanie*, n° ARB/13/38, sentence du 14 décembre 2017, §§ 366 et s., spé. § 479. Refusant également de se comporter en organe d'appel des décisions judiciaires nationales, voir CIRDI (CNUDCI), *Eli Lilly and Company c. Canada*, n° UNCT/14/2, sentence, 16 mars 2017, § 224.

171. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2016 pp. 599, 619-620 (commentaire de l'affaire CIRDI, *Philip Morris Brands SARL et al. c. Uruguay*, n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016). Estimant inutile

de l'État souverain dans le contentieux d'investissement. Dans une affaire ayant suivi la vague d'expropriation lancée par les autorités vénézuéliennes, un tribunal arbitral a pris soin de préciser que les politiques menées en faveur de la sécurité et de la production alimentaires du pays étaient « *ostensibly laudable* » et qu'en elles-mêmes elles ne sauraient constituer une violation du traité d'investissement Suisse/Venezuela¹⁷². Le tribunal a ajouté qu'il n'avait pas pour fonction de « *to second-guess the design or existence of those policies under the Treaty* »... dès lors qu'elles ne violent pas les droits des investisseurs suisses selon le traité¹⁷³. S'appuyant sur une jurisprudence fournie préservant le pouvoir de réglementation de l'État au regard du droit de l'expropriation¹⁷⁴, dès lors que l'État l'exerce suivant une série de critères (absence de discrimination, *due process*, préservation de l'intérêt public, bonne foi), le tribunal a estimé que « *the standard of review of a State's conduct to be undertaken by an international tribunal includes a significant measure of deference towards the State making the impugned measure* »¹⁷⁵. Un standard de déférence, contrebalançant les droits des investisseurs, semble ainsi émerger, dont les critères sont encore mal affirmés. Si le tribunal de l'affaire *LIAMCO* avait dès 1977 considéré que « *motives are indifferent to international law, each State being free 'to judge for itself what it considers useful or necessary for the public good'* »¹⁷⁶, le tribunal de l'affaire *Koch Minerals* a considéré pour sa part que :

« *Motives are not wholly irrelevant and can be important in determining whether the act of a State was unlawful. Whilst it is inappropriate to second-guess a State's decision-making processes, for example as to issues of public interest, it is appropriate to consider whether such processes took at the relevant time any account of such issues* »¹⁷⁷.

Sur ces fondements, le tribunal a considéré que les demandeurs n'avaient pas établi que les mesures litigieuses n'avaient pas suivi un but d'intérêt public ou qu'elles étaient discriminatoires, ni que le Venezuela, au titre du *due process*, aurait eu l'obligation d'annoncer à l'avance un décret d'expropriation¹⁷⁸. En l'absence toutefois de mesure d'indemnisation ayant accompagné l'expropriation indirecte subie par les investisseurs, le tribunal a constaté que le Venezuela avait manqué à ses obligations conventionnelles¹⁷⁹.

en l'espèce d'examiner le statut, le rôle et l'applicabilité de la doctrine des *police powers* invoquée par l'État défendeur, voir CPA, *Mr Jürgen Wirtgen et al. c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, § 272.

172. CIRDI, *Koch Minerals SARL et al. c. Venezuela*, n° ARB/11/19, sentence, 30 octobre 2017, § 7.17.

173. Sentence *Koch Minerals SARL*, § 7.18 (concernant l'expropriation). Au sujet du traitement juste et équitable, voir *ibid.*, § 8.52 où le tribunal rappelle que la protection accordée aux investisseurs par le traité « *do not operate as an insurance against normal business risks, changes in domestic laws or regulatory action by the host State* ».

174. Au regard du traitement juste et équitable, voir *ibid.*, § 8.52, où le tribunal affirme que le pouvoir de réglementation (y compris dans le domaine fiscal) des États est conforme à leurs obligations conventionnelles quand « *in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare* ».

175. Sentence *Koch Minerals SARL*, § 7.20. Le tribunal s'appuie en particulier sur la sentence *Lemire* (CIRDI, *J. Ch. Lemire c. Ukraine*, n° ARB/06/18, décision sur la compétence et la responsabilité, 14 janvier 2010, §§ 273, 505) qui insiste sur le pouvoir inhérent de réglementation de l'État souverain. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2010, pp. 610-611. Voir aussi CPA, *WNC Factoring Limited c. République tchèque*, n° 2014-34, sentence, 22 février 2017, § 395 ; CIRDI, *UAB E Energija (Lithuania) c. Lettonie*, n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, §§ 1080 et s. ; CIRDI, *Bear Creek Mining corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, § 471 ; CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, § 985.

176. *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libye*, sentence du 12 avril 1977, § 114, citée dans la sentence *Koch Minerals SARL*, § 7.22.

177. Sentence *Koch Minerals SARL*, § 7.22.

178. *Ibid.*, § 7.23.

179. *Ibid.*, §§ 7.53-7.54.

Comment apprécier ce standard émergent de déférence au regard du droit de la responsabilité internationale de l'État ? Dans la mesure où il permet de déterminer si un État a manqué ou non à ses obligations en matière d'expropriation ou de traitement juste et équitable, il remplit une fonction analogue à certaines clauses conventionnelles préservant le pouvoir de régulation de l'État¹⁸⁰. Sa fonction n'est donc pas d'excuser le fait illicite¹⁸¹ mais d'établir en amont l'absence de violation d'obligation internationale. Il s'agit d'une norme primaire¹⁸² et non secondaire, dont la fonction est partant distincte des circonstances excluant l'illicéité du droit de la responsabilité internationale¹⁸³.

3. Circonstances excluant l'illicéité

L'arbitrage d'investissement a contribué à donner ses titres de gloire à l'article 25 (« État de nécessité ») des *Articles* de la Commission du droit international¹⁸⁴, notamment avec les affaires « argentines » nées à la suite de la crise économique connue par cet État en 2001. Même si ce contentieux n'est pas encore tari, le cru 2017 des sentences arbitrales s'avère faible d'apports à ce sujet. Dans l'affaire *Teinver*, le tribunal arbitral s'est ainsi borné à constater que l'argument de la nécessité invoqué par l'Argentine pour justifier ses mesures relatives à l'augmentation des tarifs aériens concernait une période au cours de laquelle le tribunal avait conclu que cet État n'avait pas commis de fait illicite¹⁸⁵ : pas d'illicéité, pas besoin de circonstance l'excluant.

Quant à la force majeure, rarement invoquée dans le contentieux d'investissement¹⁸⁶ alors qu'elle n'est pas dépourvue de tout potentiel en ce domaine¹⁸⁷, elle a fait une apparition fantomatique dans l'affaire *Ampal*. Un tribunal arbitral CCI avait estimé qu'aucune situation de force majeure (au sens de la définition qu'en donnait le contrat objet du litige) ne permettait de justifier l'absence de livraison de gaz à l'investisseur étranger à la suite des sabotages du pipeline

180. Voir à cet égard CIRDI, *Bear Creek Mining corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, § 472, où le tribunal n'estime pas utile d'appliquer la doctrine des *police powers*, en raison de la disposition spécifique de l'accord de libre-échange Canada-Pérou (art. 2201.1, « Exceptions générales ») qui préserve le pouvoir des États d'adopter des mesures nécessaires « à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux [...] » (§ 3). La disposition est donc envisagée en tant que *lex specialis*, ce qui signifie qu'elle est de même nature que la doctrine des *police powers*.

181. Voir CPA, *Mr Jürgen Wirtgen et al. c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, § 273, où le tribunal, après avoir jugé inutile en l'espèce de se pencher sur la doctrine des *police powers* invoquée par l'État défendeur, semble considérer qu'il s'agissait d'une cause exonératoire de responsabilité (« *Having addressed the Respondent's reliance on the doctrine of police powers to excuse it from liability, [...]* »), alors que la République tchèque semblait plutôt invoquer cette doctrine afin de contrebalancer ses obligations conventionnelles (« *For the Respondent, it is 'beyond doubt' that obligations in investment treaties must be interpreted against the background of the doctrine of police powers in general international law* », § 268).

182. Voir les développements consacrés par le Comité *ad hoc* de l'affaire CMS à la clause de sauvegarde du traité États-Unis/Argentine (norme primaire), de nature distincte, semble dire le Comité, de l'état de nécessité du droit de la responsabilité (norme secondaire) : Comité *ad hoc* CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, décision sur la demande d'annulation, 25 septembre 2007, §§ 129-130.

183. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, p. 619.

184. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, pp. 617 et s. ; 2015, pp. 882 et s. ; 2014, pp. 583 et s. ; 2013, pp. 457 et s. ; 2012, pp. 639 et s. ; 2011, pp. 553 et s. ; 2010, pp. 644 et s. ; 2009, p. 704 ; 2008, pp. 490 et s.

185. CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, §§ 1041 et s. Concernant l'état de nécessité selon le droit pénal tchèque, voir Ch. comm. Stockholm, *I.P. Busta & J.P. Busta c. République tchèque*, n° V 2015/014, sentence du 10 mars 2017, § 423.

186. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2013, pp. 457-458.

187. Franck LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement », *op. cit.*, pp. 449 et s.

traversant le Sinaï¹⁸⁸. Saisi par la suite sur le fondement du traité bilatéral d'investissement Égypte/États-Unis, un tribunal CIRDI a considéré que la force majeure constituait un « *standard under the contractual regime* » alors qu'il lui revenait de n'appliquer que les standards du traité¹⁸⁹. Ainsi, probablement mal aiguillé par l'Égypte qui n'a pas tenté de plaider la force majeure de l'article 23 des *Articles* de la CDI pour excuser ses éventuelles violations du traité, le tribunal a semblé ignorer que la force majeure était aussi une notion de droit international. L'absence de force majeure contractuelle va conduire le tribunal à considérer que la rupture du contrat était illégale¹⁹⁰, ce qui débouchera sur le constat d'une violation de l'article du traité d'investissement relatif à l'expropriation. En revanche, elle n'empêchera pas le tribunal de considérer que la première attaque sur le pipeline, faute d'être prévisible, ne constituait pas une atteinte à l'obligation de pleine protection et sécurité¹⁹¹. Ainsi le critère de prévisibilité semble commun à la norme primaire (pleine protection et sécurité) et à la norme secondaire (force majeure), ce qui tend de nouveau à atténuer le départ entre les obligations conventionnelles contenues dans les traités d'investissement et certaines circonstances excluant l'illicéité codifiées par la CDI.

B. Réparation des dommages

1. Dommage

À l'origine de toute réclamation devant les tribunaux arbitraux d'investissement se trouve la demande de réparation des dommages subis par l'investisseur. Le constat de la violation par l'État défendeur de ses obligations conventionnelles n'est en ce sens qu'une étape préliminaire avant que les arbitres tranchent le nœud gordien : quelle réparation pour quels dommages ? Paradoxalement, le dommage n'occupe pas la place qui pourrait être la sienne dans ce contentieux patrimonial par excellence¹⁹². Ainsi, dans la droite lignée de la codification menée par la CDI, à de rares exceptions près¹⁹³, les tribunaux arbitraux ne font pas du dommage une condition d'engagement de la responsabilité de l'État, alors même qu'ils pourraient considérer que la violation de certaines obligations primaires du droit des investissements (notamment l'obligation de pleine sécurité et protection) se caractérise nécessairement par un dommage¹⁹⁴.

De même, le dommage ne constitue pas une condition d'invocation de la responsabilité. Dans l'affaire *Fouad Alghanim*, la Jordanie soulevait une exception d'incompétence tenant au fait que les requérants n'avaient pas subi de préjudice dès lors que leur responsabilité personnelle dans le cadre des procédures d'exécution jordaniennes n'était pas encore établie. A cela le tribunal a répondu :

« *The cause of action under the Treaty does not require damage as a constituent element. Nor a fortiori does it require the final establishment of direct damage to the*

188. CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017, §§ 271 et s., §§ 330 et s.

189. Sentence *Ampal*, § 239.

190. *Ibid.*, § 333.

191. *Ibid.*, § 287.

192. Voir sur cette question Caroline BRETON, *Le dommage dans l'arbitrage d'investissement*, thèse, Université Paris Nanterre, 2017, 589 p.

193. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2010, pp. 635 et s.

194. Estimant que les règles en matière d'expropriation et de traitement juste et équitable nécessitent aussi la survenance d'un dommage pour caractériser la violation, voir Caroline BRETON, *op. cit.*, pp. 299 et s.

*Claimants. The Claimants are entitled to sue for the breach of the obligations owed to them under the BIT to protect their investment [...] »*¹⁹⁵.

Si le tribunal ne se réfère pas directement aux *Articles* de la CDI – et pour cause, la troisième partie du texte (« Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État ») traite de l'invocation de la responsabilité de l'État par un ou plusieurs autres États (et non par des personnes privées) – la solution donnée est en parfaite adéquation avec l'article 42 du texte qui détermine les États lésés à travers l'identification des destinataires des obligations dont la violation est alléguée.

Le dommage occupe néanmoins dans l'arbitrage d'investissement une place importante en ce sens qu'il impacte dans une large mesure ce que la CDI a appelé le « contenu de la responsabilité » dans la deuxième partie de ses *Articles*. Les tribunaux arbitraux, en ce sens, n'hésitent pas à appliquer par analogie ces dispositions aux rapports mixtes de responsabilité État/investisseur¹⁹⁶, même si les développements consacrés par la CDI sont minimalistes et d'un apport limité (quand ils ne sont pas ignorés) lorsque surgissent certaines questions récurrentes touchant au lien de causalité entre la violation et le préjudice¹⁹⁷, au caractère certain du dommage (qui se pose lorsque l'investisseur invoque une perte de chance)¹⁹⁸, ou à la nature du dommage (les investisseurs n'hésitant plus à demander réparation pour des dommages moraux¹⁹⁹).

2. Réparation

a) Indemnisation : Chorzów, 89 ans après

En l'absence de toute règle spéciale dans le traité d'investissement applicable, la détermination de la réparation due par l'État responsable à l'investisseur obéit au droit international coutumier. L'étalon en la matière est le vieil arrêt *Usine de Chorzów* de la Cour permanente de Justice internationale, auquel la plupart des tribunaux arbitraux ne manquent pas de se référer, le cas échéant en écho au principe de réparation intégrale codifié à l'article 31 des *Articles* de la CDI²⁰⁰.

Une question récurrente est celle de la prise en compte des dispositions du traité d'investissement applicable relatives à l'expropriation (critères de l'expropriation licite)²⁰¹ pour déterminer la réparation due en cas d'expropriation

195. CIRDI, *Fouad Alghanim et al. c. Jordanie*, n° ARB/13/38, sentence du 14 décembre 2017, § 127.

196. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, § 177.

197. CPA, *WNC Factoring Limited c. République tchèque*, n° 2014-34, sentence, 22 février 2017, §§ 396 et s. ; CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, §§ 689 et s. ; sentence *Burlington*, § 212.

198. Sentence *Burlington*, §§ 278 et s.

199. CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, § 1203 ; CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, § 517 (où le tribunal déclare irrecevable l'allégation de dommage de réputation subi par une société holding). Voir Julien CAZALA, « La réparation du préjudice moral dans le contentieux international de l'investissement », in *Droit international et culture juridique – Mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Pedone, 2015, pp. 269-283.

200. Sentence *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, § 177 ; CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, § 1089 ; CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, §§ 1071 et s.

201. Voir Comité ad hoc CIRDI, *Venezuela Holdings, BV et al. c. Venezuela*, n° ARB/07/27, décision sur la demande d'annulation, 9 mars 2017, §§ 137 et s. (montant de l'indemnisation pour expropriation licite) ; CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017, § 186, où le tribunal, après avoir constaté une expropriation licite, considère qu'il est habilité à faire exécuter l'obligation d'indemnisation contenue dans le traité.

illicite²⁰². Le tribunal de l'affaire *Burlington* y a répondu de manière convaincante, en s'appuyant sur la distinction chère à la CDI entre règles primaires (l'article III du traité États-Unis/Équateur applicable, relatif à l'expropriation) et secondaires (normes de réparation) :

« the appropriate standard of compensation in this case is the customary international law standard of full reparation. Article III(1) only describes the conditions under which an expropriation is considered lawful ; it does not set out the standard of compensation for expropriations resulting from breaches of the Treaty. [I]t is clear in this case that the Treaty provides the primary rules of international law, i.e., the State's substantive obligations, and not the secondary rules, i.e., those that determine the State's responsibility for breach of those obligations. In the absence of such a secondary rule in the Treaty, the Tribunal must turn to customary international law »²⁰³.

La sentence se fonde alors sur l'arrêt *Usine de Chorzów*, dont plusieurs extraits sont cités *in extenso*, pour considérer que l'évaluation des dommages subis à la suite d'une expropriation illicite doit se faire à la date du rendu de la sentence et non à la date de l'expropriation²⁰⁴. La majorité du tribunal a considéré à cet égard que trois « *fundamental conclusions* » pouvaient être tirées de l'arrêt de 1928 :

« (i) under the full reparation principle, damages should be a substitute for restitution that has become impossible ; (ii) because damages must replace restitution, they should be valued on the date on which compensation is awarded ; and (iii) tribunals have full discretion to assess the valuations for purposes of determining the amount to be awarded »²⁰⁵.

La restitution en tant que mode de réparation est censée constituer, en droit international général, le mode premier de réparation²⁰⁶. La majorité du tribunal *Burlington*, dans son exégèse de l'arrêt *Usine de Chorzów*, part de ce postulat pour en déduire, non sans logique apparente, que la restitution étant décidée au jour de la sentence arbitrale, l'évaluation des dommages-intérêts (qui ne sont qu'un palliatif de la restitution) doit se faire à ce même jour²⁰⁷. Le raisonnement s'écroule néanmoins si l'on remet en cause la priorité de la restitution en droit international général²⁰⁸, sachant qu'elle est par ailleurs largement absente du contentieux d'investissement²⁰⁹.

202. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, pp. 624-625 ; 2015, pp. 888 et s., etc.

203. Sentence *Burlington*, § 161. Voir aussi CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, §§ 1082 et s. ; CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, § 595.

204. Sentence *Burlington*, §§ 325 et s.

205. *Ibid.*, § 329.

206. Article 36 des *Articles de 2001*. Voir Edoardo STOPPIONI, *La réparation dans le contentieux international de l'investissement. Contribution à l'étude de la restitutio in integrum*, Perspectives internationales n° 35, Paris, Pedone, 2014, pp. 99 et s.

207. Voir CPJI, arrêt du 13 septembre 1928, *Série A*, n° 13, p. 47 (« Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature [...] »).

208. Voir Yann KERBRAT, « Interaction between the Forms of Reparation », in James CRAWFORD, Alain PELLET et Simon OLESON (eds.), *The Law of International Responsibility*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 581 et s.

209. Voir néanmoins CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg SARL c. Espagne*, n° ARB/13/36, sentence finale, 4 mai 2017, § 425 où le tribunal rejette la restitution juridique souhaitée à titre principal par les demandeurs (le rétablissement du régime d'aide en faveur de l'énergie solaire au moment de la réalisation de l'investissement). Le tribunal considère cette mesure de réparation inappropriée au regard du droit souverain de l'État de prendre les mesures appropriées au service de l'intérêt général dans le respect de ses engagements internationaux. Voir aussi CIRDI, *Teinver SA et al.*

L'enjeu de l'espèce concernait la prise en compte par le tribunal d'éléments postérieurs à l'expropriation²¹⁰, ainsi que la considération de deux types de pertes de profits : les pertes « passées », qui sont en fait des pertes postérieures à l'expropriation mais antérieures à la sentence, et les pertes « futures », entre la sentence et l'expiration programmée du contrat d'investissement affecté par l'expropriation²¹¹. La sentence se démarque sur ce dernier point de l'arrêt *Usine de Chorzów*, qui au titre du *lucrum cessans* ne couvre que les pertes de profit « passées »²¹². Les arbitres majoritaires s'en justifient au regard des méthodes d'évaluation différentes retenues par la CPJI et le tribunal arbitral :

« the *PCIJ* was using an asset-based valuation method, so any such profits would have been added to the value of the undertaking's assets, creating a risk of double-counting. Here, the Tribunal is using an income-based valuation method (specifically, the *DCF method*) that values the investment exclusively on the basis of the economic benefit it is expected to generate [...]. As a result, in the majority's view, the risk of double-counting identified by the *PICJ* [sic] does not arise here »²¹³.

Il est vrai que depuis 1928 la science de l'évaluation du préjudice – qui n'a rien d'une science dure – s'est complexifiée. En fonction des données de chaque espèce, les arbitres sont conduits à se prononcer en faveur d'une méthode ou une autre. Le recours très répandu au concept de juste valeur marchande (*fair market value*)²¹⁴ s'accompagne de diverses techniques d'évaluation comptable de pertes prospectives, parmi lesquelles la méthode d'actualisation des flux de trésorerie (« *discounted cash flow* », *DCF*)²¹⁵ tient le haut du pavé, même si la doctrine a pu y voir une forme de « *speculation about the future dressed up in the appearance of mathematical equations* »²¹⁶.

Si le choix d'une méthode est lourd d'enjeux pour le montant de l'indemnisation qui sera due par l'État défendeur, il ne suffit pourtant pas à le déterminer mathématiquement. Le tribunal de l'affaire *Koch Minerals* croit ainsi avoir identifié dans la pratique des tribunaux arbitraux une « *rule of reason* » plutôt qu'une « *rule requiring*

c. *Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, §§ 1093 et s. où le tribunal constate que la restitution en nature souhaitée par les investisseurs n'est ni pratique ni praticable.

210. Sentence *Burlington*, §§ 332 et s.

211. *Ibid.*, §§ 336 et s. Évaluant l'investissement exproprié illicitement à la date de l'expropriation et non à celle de la sentence, en raison des difficultés financières endurées et le besoin de liquidités pour renflouer la société, voir CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, § 1115. Considérant que l'indemnisation due par la Lettonie (violation du traitement juste et équitable) doit se limiter au *damnum emergens*, faute de preuves suffisantes de gains futurs, voir CIRDI, *UAB E Energija (Lithuania) c. Lettonie*, n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, § 1136.

212. Arrêt précité, p. 53.

213. Sentence *Burlington*, n. 541. À noter que l'arbitre minoritaire, Brigitte Stern, est en désaccord avec cette méthodologie qui selon elle ouvre la voie à des formes possibles de double comptage (n. 542).

214. CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, §§ 596 et s. *Contra* CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, § 1085, où la majorité du tribunal préfère, dans le cadre d'une expropriation illicite, utiliser une approche « subjective et concrète » d'évaluation destinée à éviter toute indemnisation excessive par rapport aux dommages subis.

215. Sentence *Burlington*, §§ 357 et s. (concernant les droits contractuels) et §§ 369 et s. (calcul des flux de trésorerie). Voir aussi CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg SARL c. Espagne*, n° ARB/13/36, sentence finale, 4 mai 2017, §§ 465 et s. Rejetant cette méthode au vu de l'absence de rentabilité prouvée de l'investissement, CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, §§ 1094 et s. Dans un sens voisin, voir CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, §§ 599 et s. au vu du caractère trop spéculatif et incertain du projet d'exploitation minière.

216. Thomas WALDE et Borzu SABAHI, « Compensation, Damages and Valuation », in Peter MUCH-LINSKI et al., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 1074.

certainty in calculating compensation based upon precisely calculated figures »²¹⁷. Le fossé indemnitaire qui sépare les expertises fournies par les parties, place néanmoins fréquemment les tribunaux arbitraux dans une position délicate²¹⁸. Ainsi le même tribunal constate-t-il avec dépit que pour des raisons tactiques l'investisseur aura tendance à demander le maximum quand l'État défendeur sous-évaluera les pertes subies : « *A tribunal must then work by itself in the rational no man's land left vacant by the parties and their expert witnesses, as best it can* »²¹⁹. Autant dire que la tentation peut être grande de « couper la poire en deux » malgré les tentatives de rationalisation méthodologique.

Toutefois, une bouée de sauvetage a été saisie par les arbitres de l'affaire *PL Holdings*. Le tribunal a en effet estimé « pour lui-même », à partir des expertises fournies par les parties, le montant des différentes pertes. Mais au vu des nombreuses variables des calculs, de la complexité extrême des formules et de la nécessité d'éviter toute erreur d'évaluation, il a décidé de laisser aux experts des deux parties l'opportunité de procéder conjointement au calcul de l'indemnisation à partir des paramètres méthodologiques qu'il a fixés²²⁰. Si la procédure est rallongée, la transaction entre experts cornaqués par le tribunal arbitral constitue assurément une méthode moins aléatoire que l'approche « au doigt mouillé » qui semble guider certains tribunaux arbitraux. On peut néanmoins se demander si, à l'instar de la CPJI au moment de l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, il ne serait pas plus efficace de laisser aux tribunaux arbitraux le soin de désigner leurs propres experts financiers pour évaluer l'indemnisation à partir d'une méthode fixée par le tribunal et des données fournies par les parties, plutôt que de laisser ces dernières produire des expertises aussi fantaisistes qu'inconciliables.

Enfin, conformément au principe de réparation intégrale, il convient d'ajouter à la somme due au titre de l'indemnisation les intérêts sur cette somme²²¹. Si en 2001, la CDI est restée en retrait sur le caractère simple ou composé des intérêts²²², les tribunaux arbitraux considèrent que la pratique internationale a évolué dans le domaine du droit international des investissements²²³. De fait, les tribunaux sont aujourd'hui quasi unanimes pour considérer que « *compound interest achieves full reparation better than simple interest* »²²⁴. Cela laisse ouverte la question de

217. CIRDI, *Koch Minerals SARL et al. c. Venezuela*, n° ARB/11/19, sentence, 30 octobre 2017, § 9.8.

218. Voir néanmoins CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg SARL c. Espagne*, n° ARB/13/36, sentence finale, 4 mai 2017, §§ 472-474 où le tribunal considère que l'évaluation fournie par les demandeurs constitue une indication raisonnée et raisonnable des pertes subies.

219. Sentence *Koch Minerals*, § 9.8. À noter que dans son opinion partiellement dissidente, Z. Douglas affirme que « *International law does not give a carte blanche to valuation experts to determine the amount of compensation that flows from a breach of an international obligation* » (§ 13).

220. Chambre de commerce de Stockholm, *PL Holdings Sarl c. Pologne*, sentence, 28 juin 2017, §§ 550 et s.

221. CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, § 1121 (« *the payment of interest forms part of the obligation to make full reparation for a breach of an international obligation* ») ; CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, §§ 712 et s.

222. Voir le commentaire de l'article 38 : « dans l'état actuel du droit international, on ne peut dire qu'un État lésé ait droit à des intérêts composés, si ce n'est lorsqu'il existe des circonstances spéciales qui justifieraient un facteur de composition dans le cadre de la réparation intégrale » (§ 9).

223. CIRDI, *Koch Minerals SARL et al. c. Venezuela*, n° ARB/11/19, sentence, 30 octobre 2017, § 11.10 (« *in modern times, it would be 'abnormal' for interest to be limited to simple interest* »). Relevant que les intérêts composés admis en droit international sont interdits par le droit équatorien, applicable à la demande reconventionnelle de l'Équateur, voir CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles de l'Équateur, 7 février 2017, §§ 1093 et s.

224. Sentence *Burlington*, § 540 (« *Compound interest, which has become the standard to remunerate the use of money in modern finance, comes closer to achieving this purpose [full reparation] than simple interest. Indeed, being deprived of the use of the money to which it was entitled, a creditor may have to borrow funds or may forego investments, for which it would pay or earn compound interest* », § 539). Voir aussi CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, § 1125.

savoir si les intérêts composés constituent une *lex specialis* coutumière du droit des investissements²²⁵ ou si la pratique en ce domaine a fait évoluer le droit international général de la responsabilité de l'État.

b) Contribution au préjudice

La question de la contribution au préjudice de la personne lésée (dont la CDI dit qu'il faut tenir compte pour déterminer la réparation due par l'État responsable)²²⁶ occupe une place grandissante dans le contentieux d'investissement²²⁷. Elle a été l'objet de développements dignes d'être mentionnés dans l'affaire *Bear Creek Mining*. Le différend est né du retrait par un « décret suprême » du gouvernement péruvien, à la suite de fortes oppositions de communautés autochtones, des autorisations que la société requérante avait obtenues pour la prospection et l'extraction d'une mine d'argent. Le tribunal a cherché à déterminer si les troubles sociaux en question trouvaient leur origine dans le comportement de l'investisseur, pour établir d'abord la responsabilité de l'État, puis la contribution de l'investisseur à son préjudice.

Au premier titre, le tribunal a bien constaté que les démarches entreprises par la société pour obtenir ce qu'il qualifie de « permis social » (« *social licence* », c'est-à-dire le consentement après consultation des communautés autochtones, conformément à la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones) étaient insuffisantes²²⁸. Pour autant, toutes ces démarches étant connues des autorités péruviennes et ayant été menées avec leur autorisation, appui et approbation, le tribunal a jugé que le Pérou ne pouvait reprocher à l'investisseur son comportement et soutenir qu'il avait été à l'origine des troubles sociaux. La chaîne de causalité entre les omissions de l'investisseur et les troubles à l'origine du retrait des autorisations minières semble donc avoir été perturbée par l'endossement du comportement de l'investisseur par l'État d'accueil, ce dont le tribunal déduira que le « décret suprême » n'était pas justifié et, partant, constituait une expropriation indirecte²²⁹.

L'argument a par la suite été envisagé au titre de la « faute contributive » de l'investisseur à prendre en compte au stade de la responsabilité ou du *quantum*²³⁰. Au regard de ses conclusions précédentes, le tribunal a expédié la question en quatre lignes : le Pérou ne s'étant pas acquitté de la charge de prouver que ses violations du traité avaient dans une certaine mesure été causées par l'investisseur²³¹, aucune faute contributive ou responsabilité du demandeur ne pouvait être établie.

225. Considérant que « *that compound interest is generally accepted in the practice of investment arbitration for any damages awarded* », voir CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, § 715.

226. Article 39 des *Articles de 2001*. Sur cette question, voir Inès EL HAYEK, *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur des traités d'investissement*, thèse, Paris, 2016, pp. 371 et s. Se référant à l'article 39 et à son commentaire (lu conjointement avec l'article 31 et son commentaire) au moment d'apprécier la contribution de la société Burlington (le non paiement de taxes ; la menace de suspendre ses opérations ; le refus de signer un accord transitoire) à son préjudice, voir CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, §§ 572 et s. Voir aussi CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, §§ 1187 et s.

227. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, pp. 621 et s.

228. CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, §§ 400 et s.

229. *Ibid.*, § 415.

230. *Ibid.*, §§ 554 et s.

231. Insistant également sur l'absence de causalité entre le non paiement de taxes par Burlington et son expropriation par l'Équateur, voir CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, §§ 579-580.

La solution pourra sembler exagérément clémente pour l'investisseur. En somme, ce dernier a sans doute contribué à son préjudice, mais comme l'État a lui-même contribué à cette contribution, la « faute » de l'investisseur s'évanouit. On lira à ce sujet avec intérêt l'opinion dissidente de l'arbitre Ph. Sands qui considère que le montant de l'indemnisation à laquelle le Pérou a été condamné aurait dû être réduit de moitié en raison de la contribution de la société Bear Creek Mining aux troubles sociaux à l'origine de son préjudice²³². Pour appuyer sa position, l'arbitre invoque la convention 169 de l'OIT relative aux peuples autochtones et tribaux à laquelle le Pérou est partie, qui, si elle n'impose pas directement d'obligations aux investisseurs étrangers, ne serait pas dépourvue d'effets juridiques à leur égard²³³. Ainsi le tribunal aurait-il dû s'appuyer sur ce traité (et les droits qu'il reconnaît aux peuples autochtones, notamment celui d'être consulté) pour déterminer si la société requérante avait bien pris en compte les aspirations des communautés concernées. L'arbitre constate à cet égard que l'investisseur avait « *at best, a semi-detached relationship to the vital rights set forth in [Article 15] of the Convention* », ce qui justifiait une réduction de son indemnisation. En somme, le droit des peuples autochtones à être consultés serait bien opposable à l'investisseur et pris en compte à ce titre pour atténuer la responsabilité de l'État, sans pour autant correspondre à une obligation internationale de l'investisseur.

Au vu de la formulation de l'article 15 de la convention de l'OIT²³⁴ ou même de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones²³⁵, il serait certes audacieux d'affirmer que les investisseurs ont bien des obligations directes à l'égard des peuples autochtones. Les arbitres de l'affaire *Urbaser*, dans le sillon desquels Ph. Sands se place²³⁶, ont bien considéré que l'investisseur étranger, sujet de droit international, n'est pas seulement titulaire de droits mais est aussi débiteur d'obligations internationales, dont celles de respecter les droits de l'homme internationalement reconnus²³⁷. Mais comme dans cette espèce où le droit à l'eau était en cause, l'effet direct horizontal du droit à consultation des populations autochtones ne semble pas établi. Quoi qu'il en soit, dans l'affaire *Urbaser* l'affirmation des obligations des investisseurs venait au soutien d'une demande reconventionnelle de l'État défendeur. Dans l'affaire *Bear Creek Mining*, il ne s'agissait « que » de limiter la responsabilité de l'État défendeur au titre de la contribution de l'investisseur à son propre préjudice, ce qui ne nécessite pas le constat préalable d'obligations internationales à la charge de l'investisseur. Toujours est-il que la fin est la même : il s'agit de convaincre les arbitres de corriger le déséquilibre du contentieux d'investissement, ou plus pragmatiquement de réduire l'indemnisation totale due par l'État à l'investisseur²³⁸. Cette préoccupation est susceptible de s'exprimer encore au moment de régler la question des dépens de l'arbitrage.

232. Opinion dissidente de Ph. Sands, §§ 4 et s.

233. *Ibid.*, § 10.

234. Art. 15, § 2 : « 2. Dans les cas où l'État conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, *les gouvernements* doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres » (it. aj.).

235. Art. 32, § 2 : « 2. *Les États* consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi [...], en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres » (it. aj.) (A/61/295).

236. Opinion dissidente de Ph. Sands, § 10.

237. CIRDI, *Urbaser SA et al. c. Argentine*, n° ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016, §§ 1195 et s. et cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, pp. 593, 599, 605, 640 et 643 et s.

238. Voir *infra*, III, F au sujet de l'affaire *Burlington*.

c) *Coûts de l'arbitrage*

Au vu du prix généralement exorbitant des procédures arbitrales en matière d'investissement, la question de la répartition des frais de l'arbitrage (rémunération des arbitres en particulier)²³⁹ et des dépenses des parties (honoraires des avocats et des experts notamment)²⁴⁰ constitue un enjeu de taille pour les parties en litige. Il s'agit en principe d'une question distincte de celle de la responsabilité de l'État mais elle entretient certains liens avec elle. En effet, nombreux sont les tribunaux à appliquer le principe « *costs follow the event* » en vertu duquel la partie qui succombe doit assumer tout ou partie des coûts de la procédure²⁴¹. L'État condamné devra donc en principe, en plus de l'indemnisation au titre de la responsabilité, verser à l'investisseur victorieux une somme d'argent au titre des coûts de l'arbitrage, ce qui pourra passer comme un corolaire de sa responsabilité. Sans appliquer rigoureusement le principe sus-évoqué, il est courant que les tribunaux ajustent la répartition des dépens en fonction du résultat de l'affaire ainsi que d'autres considérations (dont le comportement des parties à l'instance, qui pourra être sanctionné en cas d'abus procéduraux)²⁴². On notera avec intérêt que la sentence *Burlington* a fait rentrer dans ces considérations la qualité d'État souverain de la partie défenderesse :

« *even if a tribunal finds that a State has breached its international obligations vis-à-vis an investor, consideration must be given to the State's motives and good faith. In particular, where the actions of a State have been guided by its good faith understanding of the public interest and the State could reasonably doubt that it was breaching its international obligations, the Tribunal may consider it appropriate to apportion costs in a manner that alleviates the burden on the respondent State* »²⁴³.

L'État de bonne foi, agissant dans l'intérêt général, serait ainsi susceptible de voir atténuer sa condamnation aux dépens. Ces critères sont à mettre en regard avec la notion de bonne gouvernance²⁴⁴ qui est susceptible d'influencer l'appréciation par les arbitres de la violation des obligations de l'État dans le cadre du traitement juste et équitable ou de l'expropriation²⁴⁵. La jurisprudence arbitrale contribue ainsi à façonner les contours du *well governed state* du XXI^e siècle, auquel pourrait s'appliquer un « standard de déférence » en construction²⁴⁶. Plusieurs décisions rendues en 2017 laissent ainsi percevoir une tendance consistant *via* les mécanismes de responsabilité internationale à rééquilibrer le contentieux État/investisseur – ou du moins à en atténuer le déséquilibre structurel.

239. À titre illustratif, dans l'affaire (modeste) *UAB E Energija*, les honoraires des arbitres (avec de fortes disparités selon les arbitres), les droits de greffe et les dépenses du tribunal ont atteint la somme de 843 000 \$ (CIRDI, *UAB E Energija (Lithuania) c. République de Lettonie*, n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, § 1166).

240. Dans cette même affaire, les frais du demandeur ont dépassé 1 million €.

241. CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, § 1140 ; CPA, *WNC Factoring Limited c. République tchèque*, n° 2014-34, sentence, 22 février 2017, § 417. Rappelant les diverses pratiques en la matière, voir CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, § 619 ; CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, § 1253.

242. Voir par ex. CIRDI, *UAB E Energija (Lithuania) c. Lettonie*, n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, §§ 1155 et s. ; CIRDI, *Fábrica de Vidrios de los Andes CA et al. c. Venezuela*, n° ARB/12/21, sentence, 13 novembre 2017, § 317 ; CIRDI, *Vladislav Kim et al. c. Ouzbékistan*, n° ARB/13/6, décision sur la compétence, 8 mars 2017, § 619.

243. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, § 621.

244. Chambre de commerce de Stockholm, *PL Holdings Sarl c. Pologne*, sentence, 28 juin 2017, § 426.

245. Voir *supra*, II, A, 2.

246. Voir *supra*, II, A, 2.

III. – ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ET DROIT DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL

Le constat d'une montée en puissance des questions procédurales dans l'arbitrage d'investissement, déjà dressé dans les précédentes livraisons de cette chronique ²⁴⁷, ne pourra que sortir renforcé d'une analyse même rapide de la pratique arbitrale de cette année. L'on pourrait voir également dans cette multiplication des questions de procédure un signe de la nécessité d'une évolution de l'arbitrage d'investissement ²⁴⁸. La jurisprudence récente a en effet abordé à la fois les questions classiques de compétence/recevabilité (A) et de droit applicable (B), mais aussi la problématique globale des mesures provisoires (C) et de l'étendue du principe de *res judicata* (D). Si certains incidents de procédures continuent par ailleurs d'alimenter des interrogations (E), les demandes reconventionnelles ont franchi cette année un important point symbolique (F).

A. Questions préliminaires : compétence du tribunal et recevabilité de la demande

La compétence d'un tribunal arbitral saisi en matière d'investissement doit être réglée en priorité en application du droit international ²⁴⁹. Fort de ce principe fondamental, les tribunaux arbitraux ont eu de multiples occasions d'apporter des précisions essentielles au sujet du fondement même de leur propre compétence – *i.e.*, le consentement des parties – (1) mais aussi de l'étendue de celle-ci (2) ainsi qu'à sa distinction avec la question de la recevabilité (3).

1. Le fondement de la compétence : le consentement des parties

La question du consentement des parties à l'arbitrage soulève encore cette année les questions classiques de l'impact de la clause de la nation la plus favorisée et de la dénonciation de la convention de Washington par certains États.

a) L'expression du consentement des parties

Il est entendu que le consentement des parties à l'arbitrage doit être exprimé de manière explicite et sans ambiguïté. Il n'est pas superflu de rappeler cette évidence, même s'il ne faut pas en tirer de conséquence hâtive ou excessive. Il apparaît ainsi que le consentement par incorporation – par renvoi de l'instrument principal à un instrument dans lequel serait exprimé le consentement – est admis en droit international, en vertu d'un « consensus transnational » ²⁵⁰. Un tel consentement ne saurait cependant être présumé et doit être établi soit explicitement par une manifestation expresse d'intention soit implicitement par l'adoption d'une conduite permettant

247. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, p. 627 ; 2014, p. 607.

248. Nous pensons en particulier aux projets de l'Union européenne et de la CNUDCI. Sur ce dernier, voir le travail du groupe de travail III : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/3Investor_State.html.

249. CPA, *Mr Jürgen Wirtgen et al. c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, § 156. C'est encore plus évident dans le cadre du CIRDI compte tenu de la rédaction de l'article 25 de la Convention de Washington, voir CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, IBC c. Timor-Leste*, n° ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, § 142.

250. CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, IBC c. Timor-Leste*, n° ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, § 147. Il n'en reste pas moins qu'un tel consentement par renvoi n'est pas de nature à écarter l'exigence d'un écrit posé par la convention de Washington.

d'en établir la réalité²⁵¹. Bien entendu, dès lors que le consentement est recherché sur le fondement d'un texte fixant des conditions précises, le défaut de respect de l'une de ces conditions empêche la compétence du tribunal. Il en va ainsi d'une loi nationale acceptant la compétence du CIRDI pour les investissements bénéficiant d'un certificat délivré par l'État : faute d'un tel certificat – et quand bien même les conditions fixées par la loi seraient remplies sur le fond – le tribunal arbitral ne peut admettre que la loi s'applique et, donc, que le consentement ait été exprimé valablement²⁵². Le fond ne peut donc l'emporter sur la forme. Mais il en irait également de même d'un TBI dont la clause compromissoire renverrait explicitement à un tribunal arbitral *ad hoc* : cette disposition ne saurait fonder la compétence d'un tribunal CIRDI, fût-ce même en application du mécanisme supplémentaire²⁵³.

Il n'en reste pas moins qu'en pratique, la sensibilité des tribunaux à l'exigence d'un consentement clair peut varier. Ainsi dans l'affaire *Société Resort Company*, l'investisseur entendait faire reposer la compétence du tribunal sur le code local d'investissement, dont l'article 20 exprimait explicitement le consentement de l'État, celui de l'investisseur étant « exprimé expressément dans la demande d'agrément »²⁵⁴. Il est certain qu'une telle rédaction n'est pas exempte d'ambiguïté – ce que le tribunal n'a pas manqué de relever en des termes choisis²⁵⁵ – en particulier parce qu'il est impossible de savoir si le consentement de l'investisseur est automatiquement induit par le dépôt de la demande d'agrément ou si celle-ci doit inclure « expressément » un consentement à l'arbitrage. En l'espèce, la demande d'agrément avait bien été déposée, mais sans que l'investisseur n'y intègre de mention de l'arbitrage. Le tribunal arbitral, à la majorité toutefois, considéra cependant que le seul dépôt de la demande d'agrément impliquait acceptation de l'arbitrage par l'investisseur, dans la mesure où une telle demande s'appuyait sur l'article 20 du code. En revanche, le consentement de l'État ne pouvait devenir parfait – et donc l'accord d'arbitrage se former – qu'en cas d'acceptation de l'agrément²⁵⁶. L'interprétation peut sembler généreuse, et elle l'est assurément à certains égards, mais il est vrai aussi que le tribunal faisait ici face à un texte dont l'interprétation était tout sauf simple. L'opinion dissidente, qui porte précisément sur ce point, n'est d'ailleurs pas totalement convaincante : elle ne fait que confirmer que les deux interprétations du même article sont défendables.

b) *Consentement et clause de la nation la plus favorisée*

Pour être classique, la question des rapports entre clause de la nation la plus favorisée (NPF) et consentement à la compétence d'un tribunal arbitral n'en continue pas moins d'être régulièrement soulevée en pratique²⁵⁷. Si les tribunaux arbitraux s'accordent globalement à affirmer que la clause NPF ne peut entraîner

251. *Ibid.*, § 148. En l'espèce, c'est un défaut de preuve d'un renvoi à un instrument mentionnant le CIRDI qui conduira le tribunal à réfuter sa compétence, voir le § 278.

252. *Ibid.*, §§ 319-320.

253. CIRDI, *Lao Holding NV et Sanum Investment Limited c. Laos*, n° ARB(AF)/16/12 et ADHOC/17/1, ordonnance procédurale n° 2, 23 octobre 2017. Dans cette affaire cependant, ce défaut de compétence ne concernait que des demandes supplémentaires présentées par le demandeur et non la demande au principal. Cela explique que le tribunal ait conservé la compétence sur cette dernière et qu'il ait exprimé le regret d'avoir eu à la réfuter sur les demandes supplémentaires. Mais le respect de la volonté des parties prime sur l'efficacité procédurale (voir le § 32). Du point de vue du droit de l'arbitrage, c'est incontestable.

254. CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan et al. c. Côte d'Ivoire*, n° ARB/16/11, décision sur la compétence, 1^{er} août 2017, § 128.

255. *Ibid.*, § 120 : « *The unfortunate truth is that Article 20 lacks coherency* ».

256. *Ibid.*, § 137 et s. Il faut noter que la question se posait aussi de savoir à quel arbitrage faisait référence le consentement, et s'il incluait l'arbitrage CIRDI en particulier.

257. Voir en particulier cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, p. 629.

l'extension du champ d'application d'un traité, la signification exacte à attacher à ce principe demeure variable. Ainsi dans l'affaire *Beijing Urban Construction Group*, la question se posait en des termes relativement classiques, le demandeur entendait faire jouer la clause pour importer une disposition relative au règlement des différends figurant dans un autre traité. En vertu du TBI applicable en effet, la clause compromissoire limitait la compétence du tribunal arbitral à la détermination du montant de la compensation due en cas d'expropriation : le demandeur souhaitait donc élargir cette compétence matérielle en faisant appliquer la clause compromissoire plus large d'un autre traité. Tout en relevant la controverse existant quant à l'applicabilité de la clause NPF au règlement des différends, le tribunal refusa de trancher la question dans l'absolu, estimant que la réponse dépendait dans une très large mesure de la rédaction de la clause applicable²⁵⁸. Il considéra toutefois que le « traitement » mentionné par la clause pouvait inclure une dimension procédurale (*i.e.* l'accès à l'arbitrage) mais qu'en l'occurrence, la clause était limitée au traitement réservé aux investisseurs étrangers sur le territoire de l'État d'accueil. Or, l'arbitrage international ne saurait être considéré comme un traitement réservé sur le territoire de l'État hôte, de sorte que la clause en question ne peut s'y appliquer²⁵⁹.

Cette analyse reste liée à la rédaction de la clause NPF applicable et demeure donc en partie liée à l'espèce, mais ce type de formulation n'est pas rare en pratique. On la rencontre par exemple dans l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (article 8.7) ou dans l'Accord de libre-échange d'Amérique centrale (CAFTA, article 10.4) : la même solution devrait donc pouvoir être applicable en ce contexte dans la mesure où l'arbitrage international peut en effet être considéré comme ne relevant pas du traitement réservé par l'État d'accueil sur son propre territoire²⁶⁰. Même s'il s'en est défendu, le tribunal a donc assurément apporté des éléments d'une solution de principe à une question dans le cadre de laquelle, cependant, il ne faut pas négliger l'importance des nuances de libellés entre les clauses NPF des différents traités.

c) Consentement et dénonciation de la convention de Washington

Les dénonciations de la Convention de Washington, on le sait, n'ont pas produit des effets aussi radicaux et immédiats que ceux qui auraient été souhaités par leurs initiateurs. La question a été de nouveau abordée cette année dans le cas du Venezuela, dont la dénonciation de la Convention est pourtant réputée avoir pris effet le 25 juillet 2012²⁶¹. En vertu de l'article 72 de la Convention, toutefois, la dénonciation est sans effet sur les droits et obligations découlant d'un « consentement à la compétence du Centre donné antérieurement » à celle-ci, de sorte qu'un tribunal CIRDI peut parfaitement demeurer compétent à l'égard du Venezuela, pour autant qu'un tel « consentement donné » puisse être identifié²⁶². La question est de savoir si l'offre d'arbitrage dans un TBI constitue un consentement donné au sens de cette disposition.

258. CIRDI, *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. Yémen*, n° ARB/14/30, décision sur la compétence, 31 mai 2017, § 114.

259. *Ibid.*, §§ 120-121.

260. CPA, *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentine*, n° 2019-9, décision sur la compétence, 10 février 2012, § 306. S'agissant toutefois de l'AECEG, la clause de la nation la plus favorisée prévoit elle-même sa non-application au règlement des différends. Cette solution explicite est en cohérence avec ce raisonnement d'ensemble.

261. CIRDI, *Fábrica de Vidrios de los Andes CA et al. c. Venezuela*, n° ARB/12/21, sentence, 13 novembre 2017.

262. Pour des affaires précédentes, voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, p. 631.

Dans l'affaire *Fabrica de Vidrios*, s'inscrivant dans la logique majoritaire suivie par la jurisprudence jusque-là, le tribunal arbitral a opté pour une approche stricte en vertu de laquelle seul le consentement parfait – non seulement exprimé par l'État dans le TBI mais également par l'investisseur par le dépôt de la requête – exprimé avant la notification de la dénonciation permettrait d'activer l'article 72 et donc de fonder la compétence d'un tribunal CIRDI²⁶³. On ne peut manquer de relever le soin particulier apporté par le tribunal à justifier sa position. Le sujet est d'importance, aussi une revue rapide des arguments n'est sans doute pas inutile. D'abord, le tribunal s'appuie sur un argument textuel tiré de la rédaction de l'article 72, qui mentionne le consentement de « tout national d'un État partie ». Or, un tel consentement ne peut être unilatéral contrairement à celui de l'État dans un TBI. Sauf à donner deux sens différents au terme de consentement suivant qu'il s'agit de celui de l'État ou de l'investisseur, il convient donc de considérer que le consentement recouvre le consentement parfait²⁶⁴. En outre, l'article 72 mentionne les « droits et obligations » qui découlent du consentement mais ces droits et obligations ne s'imposent qu'aux parties à un arbitrage enclenché en vertu de la convention, c'est-à-dire une fois que les deux consentements ont été exprimés²⁶⁵. En outre, l'article 25 porte sur la compétence du Centre et fait clairement référence au consentement parfait lorsqu'il évoque le consentement et aucune autre disposition de la convention ne fait référence à un consentement entendu dans un sens unilatéral²⁶⁶. Le sens ordinaire et le contexte incitent donc le tribunal à conclure que le consentement ne peut être entendu que comme le consentement parfait²⁶⁷ et qu'une telle interprétation ne peut être remise en cause par une référence à l'objet et au but de la convention de Washington – car il est vrai que cette conclusion revient à réduire la possibilité offerte aux investisseurs de bénéficier de la protection de l'arbitrage CIRDI²⁶⁸. Mais la dénonciation est un droit reconnu par la Convention dont il n'appartient pas au tribunal de juger l'opportunité ou d'en réduire les conséquences négatives²⁶⁹.

D'autres tribunaux ont retenu la même approche cette année, mais dans l'affaire *Blue Bank* par exemple, la rencontre des consentements avait eu lieu préalablement à la dénonciation, de sorte que l'article 72 pouvait produire ses effets et la compétence du tribunal se trouvait établie²⁷⁰. Le consensus semble donc se faire sur le principe du consentement parfait, dont l'application peut ensuite conduire à des décisions différentes suivant les faits de chaque espèce. Il faut donc sans doute retenir de l'affaire *Fabrica de Vidrios* l'argumentaire développé par le tribunal pour justifier l'exigence d'un consentement parfait aux fins de l'application de l'article 72. La question est en effet appelée à se poser à nouveau dans le cas des États qui ont dénoncé la Convention mais, plus cette dénonciation s'éloigne dans le temps, plus le risque d'une survie de leur consentement s'éloigne car il faudrait en tout état de cause que l'investisseur ait lui-même exprimé son consentement avant. Cela n'est pas à exclure bien entendu, dans le cas de contrats ou même de systèmes d'agréments qui peuvent impliquer un consentement de l'investisseur. Il se peut aussi que de nouvelles dénonciations de la convention de Washington aient lieu à l'avenir, même si le mouvement semble enrayé aujourd'hui.

263. En l'espèce le dépôt de la requête avait été postérieur à la notification de la dénonciation.

264. Sentence *Fábrica de Vidrios de los Andes CA*, § 274.

265. *Ibid.*, § 275.

266. *Ibid.*, §§ 277-278.

267. *Ibid.*, § 282.

268. *Ibid.*, § 285.

269. *Ibid.*, §§ 285-287.

270. CIRDI, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. Venezuela*, n° ARB/12/20, sentence, 26 avril 2017, § 108.

2. L'étendue de la compétence : compétence personnelle et temporelle

L'expression du consentement des parties ne fixe pas seulement le principe même de la compétence du tribunal arbitral mais aussi l'étendue de celle-ci à différents points de vue.

a) Compétence personnelle

Il est entendu qu'un tribunal arbitral ne peut être compétent que pour une demande présentée par un « investisseur » couvert par l'instrument fondant sa compétence. Dans la plupart des cas, celui-ci est un traité qui comporte une définition plus ou moins précise de l'investissement et, parfois, de l'investisseur même si ce dernier n'est autre que la personne qui possède ou contrôle les actifs pouvant être qualifiés d'investissement. La question du lien entre l'investisseur et son investissement n'est toutefois pas toujours clairement abordée ni par les traités – qui semblent généralement accepter un lien assez lointain en admettant que l'investisseur possède directement ou indirectement ses actifs – ni par la jurisprudence. Celle-ci a toutefois eu l'occasion de se prononcer récemment à ce sujet en considérant qu'un *trustee*, agissant pour le compte d'un fonds dépourvu de personnalité juridique, ne pouvait être qualifié d'investisseur car il ne possédait pas l'investissement mais se contentait d'en assurer la gestion²⁷¹. Cette solution repose en grande partie sur la législation locale applicable – ici, le droit de la Barbade – mais il ne semble pas que l'acception du *trust* dans ce contexte soit si différente de ce qu'elle est dans les droits nationaux qui reconnaissent l'institution. La solution devrait donc pouvoir être généralisée. En revanche, si le requérant est une société commerciale possédant la majorité du capital d'une société de droit local, il est présumé que la première contrôle la seconde, qui constitue l'investissement. En pareille hypothèse en tout cas, la présomption est suffisante pour qu'il ne soit pas nécessaire de lever le voile social²⁷².

La question de la reconnaissance de la qualité d'investisseur s'est également posée, pour d'autres raisons, au sujet d'une personne morale de droit public dans l'affaire *Beijing Urban Construction Group*. L'État défendeur reprochait à la société requérante d'être en réalité une émanation de l'État et de ne pouvoir, en cette qualité, déposer une demande d'arbitrage. Dans le cas d'une personne publique, il importe de s'assurer qu'elle n'est pas un organe de l'État et le test pertinent à cet égard consiste à s'assurer qu'elle n'agit pas au nom de l'État ni n'assume une fonction gouvernementale essentielle²⁷³. Il est donc difficile de ne pas opérer un parallèle avec les critères d'attribution de l'acte illicite dans le cadre de la responsabilité internationale de l'État²⁷⁴.

Par ailleurs, la nationalité du requérant est de première importance aux fins de l'établissement de la compétence du tribunal, mais les règles du droit international sont assez incertaines dès lors qu'il s'agit d'établir celle des personnes morales en particulier²⁷⁵. Il se peut naturellement qu'un texte spécifique apporte des précisions à ce sujet – certains TBI le font au titre de la définition de l'investisseur – mais lorsque cela n'est pas le cas, une possibilité est de s'en référer au droit interne

271. *Ibid.*, § 169.

272. CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, § 623.

273. *Ibid.*, § 33, et les références citées.

274. Voir *supra*, II, A.

275. Voir Nicolas ANGELET, « La nationalité des personnes morales en droit international public », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, pp. 477-488.

de l'État concerné²⁷⁶. Les tribunaux arbitraux opèrent d'ailleurs ainsi, refusant généralement de reconnaître l'existence d'une notion autonome de nationalité des personnes morales – et des critères qui y seraient attachés – en droit international général²⁷⁷. Mais dans l'application du droit interne à la question de la nationalité, il est important de préciser que la décision d'un tribunal arbitral est toujours liée à un contexte particulier, qui est celle de la mise en œuvre d'un TBI donné. La décision d'un tribunal quant à la nationalité d'une personne morale n'est évidemment pas de nature à lier les autorités nationales et n'est opposable à personne d'autre qu'aux parties au litige, dans le cadre de celui-ci²⁷⁸.

b) Compétence temporelle : la question de la prescription

L'existence d'une doctrine de la prescription extinctive semble admise en droit international, sous certaines réserves et à certaines conditions : la Cour internationale de Justice l'a en tout cas admis dans l'affaire des *Phosphates à Nauru*²⁷⁹. Il est assez largement admis par ailleurs qu'une prescription prévue par le droit interne n'est pas opposable à une juridiction internationale²⁸⁰. Celle-ci peut cependant en tenir compte, et l'on a vu cette année un tribunal arbitral juger une partie d'une demande prescrite, en application du droit national partiellement applicable au litige, dans la mesure où cette partie de la demande était précisément fondée en exclusivité sur le droit interne²⁸¹. Au surplus, certains tribunaux semblent avoir reconnu l'existence d'un principe de prescription extinctive en droit international sans pour autant franchir le pas de son application. Ainsi dans l'affaire *UAB Enerģija*, le traité applicable ne prévoyait aucune limite temporelle. Cela aurait pu être suffisant pour que le tribunal rejette l'exception de prescription soulevée par l'État défendeur. Mais les arbitres indiquèrent également qu'une période de moins de quatre ans s'était écoulée entre la notification du différend à l'État et le dépôt de la requête d'arbitrage, ce qui était « *insufficient to attract the application of the doctrine of prescriptive extinction* »²⁸². La formulation est suffisamment claire : aux yeux du tribunal, une telle doctrine existe donc en droit international. Sur le fond, la position est peut-être défendable, mais elle aurait précisément mérité d'être défendue car l'affirmation est d'importance. Il est vrai qu'en droit du contentieux international, « même en l'absence de disposition conventionnelle applicable, le retard d'un État demandeur peut rendre une requête irrecevable » même si la durée de ce retard doit être évaluée suivant les circonstances de chaque espèce²⁸³. Mais d'un autre côté, il y a quelque paradoxe à affirmer qu'il n'y a pas prescription à la fois parce que le traité applicable ne prévoit pas cette exception et en même temps

276. CIRDI, *Capital Financial Holdings Luxembourg SA c. Cameroun*, n° ARB/15/18, sentence, 22 juin 2017, §§ 203 et 282. Il se peut cependant que sur certains points les tribunaux agissent plus librement. Ainsi la notion de siège social a-t-elle déjà été considérée comme une notion autonome, voir CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, §§ 275-281.

277. *Ibid.*, § 207. Voir également CIRDI, *Abaclat et al. c. Argentine*, n° ARB/07/5, décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, § 257.

278. *Capital Financial Holdings Luxembourg SA c. Cameroun*, § 213.

279. Voir CIJ, *Certaines terres à phosphate à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, 26 juin 1992, *Rec.*, p. 240, § 32. La Cour admettant le principe, elle refuse de fixer un délai à l'avance, qui dépend des circonstances de chaque espèce. Dans le contentieux de l'investissement, voir CIRDI, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, n° ARB/98/4, sentence du 8 décembre 2000, § 123.

280. CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, §§ 416-417. Il en irait évidemment différemment si la juridiction internationale en question était requise d'appliquer le droit interne incluant la prescription à titre exclusif.

281. *Ibid.*, §§ 421-427.

282. CIRDI, *UAB E Enerģija (Lithuania) c. Lettonie*, n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, § 539.

283. CIJ, *Certaines terres à phosphate à Nauru*, arrêt précité, § 32.

parce que le délai écoulé est trop court pour que la doctrine s'applique. En effet, soit cette doctrine existe et dans ce cas son rappel ou non par le traité est indifférent, soit elle n'existe pas, auquel cas l'absence de rappel par le traité empêche qu'elle soit invoquée. Le tribunal semble donc confirmer la reconnaissance d'un principe de prescription en droit international déjà admis par la Cour internationale de Justice mais sans véritablement assumer les conséquences de cette ouverture.

Cependant, il reste évidemment possible qu'un traité spécifique prévoie explicitement une prescription. C'est le cas du chapitre onze de l'ALENA, dont les articles 1116(2) et 1117(2) prévoient que le droit de saisine d'un investisseur est limité à une période de trois années suivant la connaissance du manquement allégué ou la survenance du dommage. La brièveté du délai mêlée à la grande complexité de certains litiges d'investissement expliquent que la question puisse être discutée en pratique, notamment pour identifier le *dies a quo*. L'affaire *Eli Lilly c. Canada* constitue à cet égard une bonne illustration de cette difficulté, puisqu'elle reposait sur une allégation de violation constituée par un changement de la jurisprudence des tribunaux nationaux en matière de propriété intellectuelle au milieu des années 2000, qui avait abouti à l'invalidation des brevets de l'investisseur étranger. La défense du Canada reposait notamment sur une allégation de prescription puisqu'une période de bien plus de trois ans se serait écoulée entre le manquement allégué (le revirement de jurisprudence) et le dépôt de la requête. Le tribunal jugea toutefois que le manquement allégué n'était pas le revirement de jurisprudence par lui-même mais l'acte de révocation des brevets qui en était la conséquence, intervenue bien plus tardivement. En conséquence, le délai n'était pas écoulé et la demande devait donc être acceptée²⁸⁴. Mais le désaccord entre les parties à ce sujet n'est pas seulement la traduction bien naturelle du différend qui les oppose : il révèle aussi une ambiguïté certaine de cette disposition de l'ALENA. Le *dies a quo* est en effet constitué par l'acte illicite (le « manquement allégué ») mais l'identification de celui-ci n'est pas toujours évidente et renvoie en certains cas à des considérations de causalité qui peuvent être complexes. En l'occurrence, seule la causalité directe est donc prise en compte puisque l'acte qui a causé la perte est la décision de révocation des brevets et non le changement jurisprudentiel sur lequel elle a été fondée. En l'espèce, il n'y avait en réalité guère de difficulté mais il se pourrait que la question soit soulevée à l'avenir et que la fixation de la date critique soit bien plus délicate. En cas par exemple d'expropriation rampante, il conviendrait d'identifier le dernier des actes constitutifs de l'expropriation pour déterminer le point de départ du délai, ce qui peut en certain cas se heurter à d'importantes difficultés d'un point de vue probatoire. Il pourrait d'ailleurs s'en déduire que l'identification du *dies a quo* relevait en réalité du fond et donc que son examen devait être reporté à cette phase²⁸⁵. Une telle position, cependant, interroge quant à la nature réelle de la question de la prescription. Si elle peut formellement être rattachée à la compétence temporelle du tribunal, elle pourrait tout aussi bien être considérée comme un problème de recevabilité.

3. Distinction entre compétence et recevabilité

La pertinence pratique de la distinction entre compétence et recevabilité dans le droit du contentieux international n'est pas évidente de prime abord. Pourtant, elle existe bien et la Cour internationale de Justice elle-même tient à distinguer

284. CIRDI (CNUDCI), *Eli Lilly and Company c. Canada*, n° UNCT/14/2, sentence, 16 mars 2017, §§ 161-165.

285. CIRDI, *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, n° ARB/14/5, décision sur la compétence, 4 décembre 2017, § 329.

les exceptions préliminaires relevant de l'une ou de l'autre²⁸⁶. De ce point de vue, la jurisprudence arbitrale est riche d'apports à ce débat plus important qu'il n'y paraît. Ainsi, la question de la prescription semble relever en partie d'une logique de recevabilité car il est assez communément admis que la compétence est relative au tribunal lui-même (tel tribunal est-il compétent dans telle affaire ?) alors que la recevabilité s'attache davantage à une demande précise (cette demande peut-elle être entendue par le tribunal dont la compétence est établie par ailleurs ?)²⁸⁷. On pourrait donc considérer qu'une demande prescrite est irrecevable, mais qu'elle n'affecte pas la compétence du tribunal dans l'absolu. Cette question n'est pas seulement d'ordre théorique, elle comporte également une forte dimension pratique²⁸⁸. Les manifestations de la distinction entre compétence et recevabilité dans l'arbitrage sont en effet nombreuses²⁸⁹ : la flexibilité procédurale est plus importante si la compétence est établie ; il est possible de renoncer à certains obstacles à la recevabilité ; le tribunal peut soulever de sa propre initiative des questions relatives à la compétence ; les problèmes de recevabilité peuvent être abordés au moment de l'examen au fond ; les décisions relatives à la recevabilité ne peuvent pas en principe faire l'objet d'un recours devant un juge ; une décision relative à la recevabilité n'a pas l'autorité de la chose jugée. On peut ajouter que dans le cadre de certains traités, les questions de recevabilité sont susceptibles d'être couvertes par la clause de la nation la plus favorisée et non les conditions de compétence²⁹⁰. L'enjeu du rattachement d'une question donnée à la compétence ou à la recevabilité n'est donc pas mince. Il est donc important de rappeler que, par exemple, l'obligation faite de renoncer aux recours internes pour saisir un tribunal arbitral, lorsqu'elle est prévue par le traité applicable, relève de la recevabilité²⁹¹. Il en irait de même d'une obligation de notifier le litige à l'État au moment de la saisine du tribunal arbitral²⁹², de l'obligation de saisine préalable de certaines instances nationales²⁹³ ou d'une contestation sur le fondement d'un abus de procédure²⁹⁴. Dans tous les cas, il s'agit de conditions relatives à l'exercice du droit de requête individuelle et qui n'ont pas de lien avec la compétence du tribunal elle-même. Cependant, il a pu arriver qu'un tribunal traite l'exigence de négociation préalable comme une question de compétence *ratione voluntatis* alors qu'elle semble être l'archétype de la question de recevabilité²⁹⁵. D'un autre côté, il n'est pas faux de soutenir que la

286. Voir par exemple CIJ, *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, exceptions préliminaires, 6 juin 2018, § 145, en réponse à l'argument de la France qui considérerait elle-même que son argument pouvait relever de l'une ou de l'autre sans que cela ne prête à conséquence.

287. CIRDI, *Supervision y Control SA c. Costa Rica*, n° ARB/12/4, sentence, 18 janvier 2017.

288. Voir Yas BANIFATEMI et Emmanuel JACOMY, « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissement », in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 773-812.

289. *Supervision y Control SA c. Costa Rica*, § 270.

290. CIRDI, *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, n° ARB/14/5, décision sur la compétence, 4 décembre 2017, § 342.

291. *Ibid.*, § 299.

292. *Ibid.*, § 346. Dans cette affaire, l'ensemble des demandes ont donc été jugées irrecevables soit pour défaut de renonciation aux procédures nationales soit pour défaut de notification à l'État.

293. CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energia Solar Luxembourg SARL c. Espagne*, n° ARB/13/36, sentence finale, 4 mai 2017, §§ 279-298. Cependant, un tribunal a jugé que la saisine préalable des juridictions internes ne pouvait être considérée comme une condition générale de recevabilité en droit du contentieux international. Elle ne peut donc être imposée si elle n'est pas explicitement exigée par le texte applicable : Chambre de commerce de Stockholm, *PL Holdings Sarl c. Pologne*, sentence, 28 juin 2017, § 442.

294. CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, § 373 ; voir également CIRDI, *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. c. Panama*, n° ARB/16/34, décision sur les objections d'urgence 13 décembre 2017, § 323.

295. CIRDI, *Capital Financial Holdings Luxembourg SA c. Cameroun*, n° ARB/15/18, sentence, 22 juin 2017, § 169. Il faut aussi rappeler que le tribunal est en partie tenu par l'argumentaire des parties et que, si celles-ci présentent un argument comme un argument de compétence, les arbitres peuvent

volonté des parties s'exprime notamment dans le traité de sorte que cette volonté n'est respectée, et donc la compétence *ratione voluntatis* établie, que si l'ensemble des conditions prévues par celui-ci sont respectées. En pareille perspective, on pourrait admettre, même si la position semble un peu formaliste, que le problème relève effectivement de la compétence. Telle est en tout cas la position de la Cour internationale de Justice²⁹⁶. Il n'est en tout cas guère besoin d'y insister pour montrer que la question continue de diviser.

Mais il est une autre conséquence de la distinction qui vient en renforcer encore l'importance, dans le cadre de la phase de l'annulation. Il peut en effet être considéré que l'excès manifeste de pouvoir tel qu'il existe dans le cadre du CIRDI – mais aussi dans un certain nombre de législations nationales ou mécanismes d'arbitrage – pourrait être caractérisé si un État exerçait sa compétence alors que celle-ci n'était pas établie (ou l'inverse) alors qu'il serait beaucoup plus difficile d'envisager un tel excès « manifeste » dans le cas où le tribunal aurait jugé recevable une demande qui ne l'était pas, compte tenu notamment de la marge de manœuvre plus importante dont il jouit dans l'appréciation de la recevabilité²⁹⁷. Sans en faire une règle systématique, il est donc certain que, au moins dans le cadre du CIRDI où l'excès de pouvoir doit être *manifeste*, il serait bien plus difficile d'obtenir l'annulation d'une décision sur la recevabilité que d'une décision sur la compétence sur le fondement de ce motif. Au-delà du CIRDI, on peut d'ailleurs rappeler que le droit français de l'arbitrage prévoit comme un motif d'annulation autonome le fait que le tribunal se soit déclaré à tort compétent ou incompétent²⁹⁸. Il est donc clair que, dans l'ensemble, les questions de compétence sont en quelque sorte considérées comme plus essentielles et donc moins protégées contre le risque d'annulation.

Il reste, cela étant, que les questions de compétence et de recevabilité peuvent aussi être délicates à distinguer du fond, notamment au sujet de l'identification de l'investissement : si, en effet, l'existence de celui-ci est naturellement une question de compétence (matérielle), l'étendue exacte de celui-ci peut relever davantage du fond car c'est d'elle que dépend en partie l'identification des violations qui peuvent être reprochées à l'État²⁹⁹. D'un autre côté, il peut être délicat en certaines hypothèses d'identifier un investissement sans se prononcer sur son étendue exacte et ses limites. La question s'est surtout posée de manière particulièrement complexe au sujet de la conformité de l'opération au droit interne, qui en pratique se trouve rattachée indifféremment à la compétence, à la recevabilité ou au fond. Un tribunal a considéré cette année que la question relevait du fond et que la seule allégation de l'illégalité interne de l'opération n'était pas suffisante pour justifier l'irrecevabilité³⁰⁰. On peut comprendre que l'examen de la question supposant une analyse approfondie du comportement des parties, le tribunal décide de ne pas y procéder à un stade préliminaire.

décider de le traiter comme tel quand bien même ils sembleraient considérer qu'il s'agit davantage d'une question de recevabilité. Voir à ce sujet la remarque du tribunal dans l'affaire *Caratube*, *précit.*, § 327. On doit cependant articuler ce constat avec le principe *Iura novit curia*, qui rappelle la marge de manœuvre dont jouit par principe la juridiction dans l'identification du droit applicable.

296. Voir par exemple CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), arrêt, 1^{er} avril 2011, *Rec.*, p. 70, § 184.

297. Comité ad hoc CIRDI, *Venezuela Holdings, BV et al. c. Venezuela*, n° ARB/07/27, décision sur la demande d'annulation, 9 mars 2017, § 110.

298. Article 1520-1° du code de procédure civile.

299. CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, § 314.

300. CIRDI, *Bear Creek Mining corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, § 335. Pour une discussion du traitement de la condition comme élément de compétence, de recevabilité ou de fond, voir par exemple Arnaud DE NANTEUIL, « La notion d'investissement protégé : l'exigence de conformité de l'investissement au droit local », in Arnaud DE NANTEUIL (dir.), *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale*, Pedone, 2015, pp. 31-59.

B. Droit applicable : le droit interne

Le principe *iura novit curia*, postulant que le juge connaît le sens des règles applicables de sorte que les parties n'ont pas à argumenter à son sujet semble, pour cette raison, peu adapté à l'arbitrage (et au droit international en général du reste). Il est pourtant évoqué par les tribunaux arbitraux. Mais il s'agit surtout d'une manière pour eux de se détacher de la position des parties sur cette question pour leur permettre de faire application de règles qui ne sont pas expressément désignées par ces dernières³⁰¹. Cependant, il est entendu que les tribunaux arbitraux peuvent, en fonction des dispositions pertinentes dans chaque espèce, être amenés à appliquer le droit interne³⁰², généralement sur des questions liées à la nationalité³⁰³, au statut juridique de l'entité requérante pour déterminer ses liens avec l'investissement³⁰⁴, ou bien pour se prononcer sur la légalité interne de l'investissement³⁰⁵. Plus rarement, il peut être pertinent sur le fond, pour apprécier la licéité internationale de certains actes de l'État³⁰⁶. En pareille hypothèse, il devient délicat de déterminer si le droit interne fait partie des normes applicables ou s'il continue d'être assimilé à un « simple fait » comme le veut le principe général en droit international³⁰⁷. Le tribunal arbitral, alors, n'est certes pas formellement tenu par les décisions des juridictions internes mais il est fort probable qu'il les appliquera comme telles, sauf à ce qu'elles soient contraires à des normes internationales applicables. Si un tribunal était ainsi amené à appliquer le droit administratif français, pourrait-il le faire en faisant abstraction de la jurisprudence du Conseil d'État ? La réponse évidemment négative incite donc à penser que les tribunaux arbitraux, sans être liés, doivent prendre en compte les jurisprudences internes et sont même tenus, en fonction de leur statut dans le droit national, d'en faire application³⁰⁸. À tout le moins, le tribunal arbitral peut estimer avoir à appliquer le droit interne comme le feraient les juridictions nationales et s'abstenir d'adopter ses propres interprétations³⁰⁹. Cette dernière position est toutefois contestable sur le principe, dans l'hypothèse où la position des juridictions nationales seraient contraires au droit international : le tribunal n'aurait alors d'autre choix que de

301. CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, IBC c. Timor-Leste*, n° ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, § 109 ; CPA, *Mr Jürgen Wirtgen et al. c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, § 179.

302. Nous mettons ici l'accent sur le droit interne, la question du droit de l'UE ayant été abordée cette année dans la section consacrée aux sources.

303. CIRDI, *Vladislav Kim et al. c. Ouzbékistan*, n° ARB/13/6, décision sur la compétence, 8 mars 2017, § 193, §§ 206 et s. ; CIRDI, *Capital Financial Holdings Luxembourg SA c. Cameroun*, n° ARB/15/18, sentence, 22 juin 2017, §§ 203-213.

304. CIRDI, *EuroGas Inc. et Belmont Resources Inc. c. Slovaquie*, n° ARB/14/14, sentence, 18 août 2017, §§ 401 et s. ; CIRDI, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. Venezuela*, n° ARB/12/20, sentence, 26 avril 2017, §§ 162 et s. et §§ 191 et s. Toutefois, il a été jugé que certains concepts comme celui de siège social reçoivent des acceptions trop différentes entre les droits internes et même entre les différentes branches d'un même droit national pour pouvoir être appréciés au regard du droit interne lorsqu'il est mentionné dans un TBI, voir CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, §§ 275-281.

305. Voir *Vladislav Kim et al. c. Ouzbékistan*, précit., §§ 419 et s.

306. Ch. comm. Stockholm, *I.P. Busta & J.P. Busta c. République tchèque*, n° V 2015/014, sentence du 10 mars 2017, §§ 408, 423, 429.

307. V. le célèbre *dictum* de la CPJI dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*. Voir CIRDI, *Fouad Alghanim et al. c. Jordanie*, n° ARB/13/38, sentence du 14 décembre 2017, § 345. Voir sur cette question cette chronique, cet *Annuaire* 2016, p. 639.

308. C'est ce qu'a été conduit à faire le tribunal dans l'affaire *Eli Lilly* car l'appréciation du droit canadien des brevets supposait de tenir compte de la jurisprudence, dont l'évolution avait conduit aux actes attaqués par l'investisseur, voir CIRDI (CNUDCI), *Eli Lilly and Company c. Canada*, n° UNCT/14/2, sentence, 16 mars 2017, §§ 311 et s.

309. *Ibid.*, § 357.

s'en détacher. Il est en effet bien entendu que le droit interne ne peut permettre en aucune circonstance de justifier une violation du droit international³¹⁰.

C. *Res judicata*

Il est entendu qu'une sentence définitive jouit de l'autorité de la chose jugée, et la question ne mérite pas davantage de développement. Mais elle est d'une autre complexité s'agissant des décisions intermédiaires et de celles rendues par d'autres juridictions que le tribunal arbitral saisi de la question.

1. *Chose jugée et décisions intermédiaires*

Au cours d'une procédure arbitrale, un tribunal est fréquemment amené à adopter des décisions intermédiaires, qu'il faut distinguer des mesures provisoires ou conservatoires. Par décisions intermédiaires, on entend ici celles qui sont adoptées avant le fond en cas de bifurcation (décision sur la compétence, voire décision sur la responsabilité si une troisième phase est réservée à l'indemnisation) ou à toute décision qui ne constitue pas une sentence à proprement parler. Formellement, seule cette dernière est en effet revêtue de l'autorité de la chose jugée, quel que soit le règlement d'arbitrage applicable³¹¹. Il semble toutefois que cette qualité s'étende aux décisions adoptées sur demande reconventionnelle, dans la mesure où celles-ci sont intégrées à la sentence finale³¹². En outre, l'introduction d'un recours en annulation semble de nature à remettre en cause l'autorité de la chose jugée, surtout si la décision objet du recours a fait l'objet d'une suspension³¹³. Quoi qu'il en soit, la question se pose surtout de savoir quel est le statut d'une décision intermédiaire et si, notamment, il est envisageable de revenir sur des éléments qui ont été tranchés à cette occasion.

D'une manière générale, les tribunaux arbitraux sont assez réticents à rouvrir des débats tranchés, tout en éprouvant quelques difficultés à justifier l'autorité de leurs décisions partielles. Cela peut expliquer le recours à certaines appellations ambiguës comme la « sentence partielle finale » qui permet à la décision d'être qualifiée de sentence – et donc de bénéficier de l'autorité de la chose jugée – mais sans solder la totalité du litige et en laissant donc au tribunal la possibilité d'adopter ultérieurement une autre décision sur les aspects non purgés du différend. C'est ainsi que, sans se prononcer explicitement sur l'autorité d'une décision de cette nature, le tribunal de l'affaire *Murphy c. Équateur* a refusé de juger de nouveau ce qu'il avait déjà tranché dans la sentence partielle, sans d'ailleurs apporter beaucoup de justification à ce refus autre que l'inutilité de rouvrir un débat déjà tranché³¹⁴. Sans doute sa position se justifie-t-elle aussi, mais la chose est loin d'être explicite, par le fait qu'il existe une possibilité de recours en révision mais dont les

310. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, § 44.

311. Voir l'article 53 de la convention de Washington, l'article 40 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, l'article 35.6 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, l'article 34 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Ces dispositions ne confèrent un caractère obligatoire et définitif qu'à la sentence elle-même.

312. CIRDI, *Perenco Ecuador Ltd. c. Équateur et Petroecuador*, n° ARB/08/6, décision sur la demande de rejet de la demande reconventionnelle, 18 août 2017, §§ 40-44, au sujet d'une décision relative à une autre demande reconventionnelle dans une affaire liée à celle-ci.

313. *Ibid.*, §§ 47-51. Voir également *infra*, F.

314. Trib. CNUDCI, *Murphy Exploration & Production Company – International c. Équateur*, sentence finale, 10 février 2017, § 32, § 43.

conditions n'étaient pas réunies en l'espèce³¹⁵. Ce motif semble confirmer que, dans l'esprit du tribunal, la « sentence partielle finale » est bien une sentence finale et dispose donc de l'autorité de la chose jugée, de sorte que sa modification ne peut se faire que suivant les modalités du recours en révision (ouvert seulement contre les sentences) et uniquement si les conditions pour celui-ci sont réunies. Il reste cependant que cette approche pose question, puisqu'elle conduit à reconnaître en partie au tribunal le pouvoir de décider lesquelles de ses décisions seront revêtues de l'autorité de la chose jugée.

Le fait que cette qualité ne s'étende pas en principe aux décisions intermédiaires n'empêche pas cependant les tribunaux d'éviter la réouverture des questions. Dans une affaire relativement ancienne, un tribunal avait considéré que la sentence finale incluait l'ensemble des décisions intermédiaires, de sorte que celles-ci bénéficiaient en définitive de l'autorité de la chose jugée, une fois la dernière décision adoptée³¹⁶. Mais tant que celle-ci ne l'a pas été, la question demeure ouverte. Elle reçoit cependant une réponse plutôt uniforme de la part de la jurisprudence, qui emploie parfois le terme de *res judicata* et parfois non, mais s'accorde sur le fait que les décisions, tout intermédiaires qu'elles soient, lient en principe les parties³¹⁷. Sans nécessairement se prononcer dans l'absolu sur la question, il est possible de soutenir en effet que l'efficacité processuelle et la sécurité juridique imposent le respect des décisions intermédiaires, de même que la nécessité de garantir la confiance des plaideurs dans le système³¹⁸. Ce ne sont pas là nécessairement des raisons qui justifient juridiquement la dimension, sinon définitive, du moins obligatoire de ces décisions, mais des motifs qui à tout le moins incitent à privilégier cette dimension. L'absence formelle de *res judicata* est au demeurant indispensable car en certaines circonstances, il peut être nécessaire de reprendre certaines parties de ces décisions³¹⁹. Plusieurs juridictions internationales, dont la Cour internationale de Justice, l'ont du reste admis de longue date³²⁰. Le caractère exceptionnel de cette possibilité doit toutefois être souligné car une décision intermédiaire, surtout si elle porte sur des questions importantes comme la compétence ou même le fond « *is not a draft that can be reopened at will* »³²¹. On comprend, dans ces conditions, que la jurisprudence applique à la modification d'une décision intermédiaire les critères de la révision d'une sentence finale. Dans la mesure où cette dernière bénéficie de l'autorité de la chose jugée sans doute possible, les conditions du recours en révision sont particulièrement strictes et se limitent, dans le cadre du CIRDI, à la découverte d'un fait nouveau déterminant. Si cette condition n'est pas applicable comme telle à la réforme d'une décision intermédiaire, c'est bien en pratique ce critère qui est employé par la jurisprudence et qui, du reste, la conduit généralement à refuser une telle réforme³²². Si le critère de révision est le même, cela signifie bien que l'autorité attachée à la décision est la même puisque le régime juridique qui lui est appliqué est identique. On pourrait donc dire que si la décision intermédiaire n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée formellement, elle l'est en définitive matériellement puisque ce qui a été jugé par elle ne peut, en principe, pas l'être de nouveau³²³.

315. Voir en particulier *ibid.*, § 76.

316. CIRDI, *Tanzania Electric Supply Company Ltd. c. Tanzanie*, n° ARB/98/7, sentence finale, 22 juin 2001, § 32.

317. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur la demande de réexamen et sentence, 7 février 2017, § 90.

318. *Ibid.*, § 91.

319. *Ibid.*, § 92.

320. *Ibid.*, § 100.

321. *Ibid.*, § 96.

322. *Ibid.*, §§ 97-99.

323. Voir sur cette question cette chronique, cet *Annuaire*, 2015, pp. 613 et s.

2. Chose jugée et décisions des autres tribunaux arbitraux

La question de l'autorité de la chose jugée peut également se poser dans l'hypothèse où la question soumise au tribunal arbitral a déjà été au moins en partie abordée, et tranchée, par un autre tribunal arbitral. La question s'est posée à deux reprises cette année, dans des contextes différents mais au fond assez proches. Dans les deux cas, une partie de l'affaire soumise au tribunal d'investissement avait déjà été traitée par un autre tribunal arbitral sur un autre fondement. La question se posait donc de savoir si ce dernier était tenu par la chose déjà jugée par le tribunal précédent.

Dans l'affaire *Ampal c. Égypte* le tribunal, saisi sur le fondement d'un traité, se trouvait ainsi confronté à des questions qui avaient déjà été tranchées par un autre tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI, et qui avait lui-même été saisi sur le fondement d'un contrat entre l'investisseur et l'État. En l'espèce, il existait un risque de recoupement évident compte tenu du contexte, et dont le tribunal arbitral était pleinement conscient³²⁴. Dans ces conditions, il jugea qu'il devait respecter la chose jugée par le tribunal CCI et donc se reposer sur les solutions dégagées par ce dernier³²⁵. Cette application du principe de la chose jugée repose en particulier sur l'identité de parties, de cause et d'objet au moins pour la partie du litige qui était à la fois contractuelle et conventionnelle. Cela étant dit, une indication vient jeter un trouble sur le respect complet de ce principe par le tribunal arbitral puisque celui-ci, après avoir abondamment cité la sentence CCI dont il s'appropriait à endosser les conclusions, indique avoir procédé lui-même à sa propre appréciation des éléments de preuve qui lui avaient été présentés et qui l'avaient déjà été devant le tribunal précédent. Cette évaluation lui a permis de conclure dans les termes suivants : « *the Tribunal is satisfied that the findings of fact of the ICC tribunal set out above are correct and it so find* »³²⁶. Cette conclusion, à tout le moins, jette un certain trouble. Elle laisse en effet penser que le tribunal CIRDI s'est comporté comme un tribunal d'appel du tribunal CCI ou, en tout cas, qu'il n'a respecté la chose jugée par ce dernier qu'après avoir vérifié que le raisonnement lui semblait acceptable. Cela ne correspond pas véritablement à la signification du principe de la *res judicata*, qui empêche en principe tout examen nouveau. En toute rigueur, et même si aucune précision n'est donnée quant à la teneur de l'analyse conduite par le tribunal CIRDI, il aurait dû s'abstenir purement et simplement d'y procéder.

Dans l'affaire *Lao Holdings c. Laos*, il semble d'ailleurs que le tribunal ait retenu une approche presque diamétralement opposée. L'investisseur avait en effet saisi le CIRDI une première fois en 2012 mais la procédure avait été interrompue en raison d'un accord de transaction passé par les parties en 2014. Estimant toutefois que celui-ci avait été violé par l'État, il enclencha une nouvelle procédure conformément à ce qui était prévu par cet accord, soit devant la cour d'arbitrage de Singapour. Celle-ci rendit en juin 2017 une sentence donnant raison au gouvernement. Estimant que l'accord de transaction avait été méconnu et qu'il n'avait pas obtenu satisfaction, l'investisseur réactiva donc la procédure CIRDI initiée en 2012. La question qui se posait devant le tribunal CIRDI était donc celle du sort à réserver à la sentence rendue à Singapour, en particulier quant à la possibilité de lui reconnaître l'autorité de la chose jugée. Le tribunal, cependant, a abordé la question de manière rigoureuse et *a priori* peu contestable : puisque les deux tribunaux ne statuaient pas sur le même fondement, le principe *res judicata* ne

324. CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017, § 252.

325. *Ibid.*, § 259.

326. *Ibid.*, § 282 et § 332.

trouvait tout simplement pas à s'appliquer³²⁷. Le tribunal CIRDI étant saisi à titre principal sur le fondement du traité, il devait se contenter d'examiner la demande dans ce cadre et devait s'abstenir de revoir la décision du tribunal de Singapour faute d'être compétent pour cela³²⁸. Paradoxalement donc, c'est l'affirmation de l'absence d'application du principe *res judicata* qui conduit ici le tribunal à faire œuvre d'une plus grande retenue vis-à-vis de la décision précédente. En pratique, il était en effet indispensable au tribunal CIRDI de tenir compte de la chose arbitrée à Singapour pour exercer sa propre juridiction. Dans l'affaire *Ampal* au contraire, c'est en dépit de l'affirmation du principe que le tribunal s'était autorisé à se livrer à sa propre analyse. Il y a là, assurément, une divergence de vues assez troublante qui montre aussi que le principe n'est peut-être pas l'outil le plus approprié pour aborder les questions, toujours complexes, d'articulation des procédures parallèles ou successives ayant au moins en partie un objet commun.

D. Procédures parallèles et abus

La possibilité de soumettre une même affaire à des procédures différentes, parce que fondées sur des instruments indépendants, n'est pas pleinement compatible avec l'exigence d'une bonne administration de la justice mais, dans le même temps, les tribunaux arbitraux sont en partie démunis face à cette hypothèse car rien n'interdit formellement (sauf règle explicite contraire, bien entendu) d'enclencher plusieurs procédures parallèles. Depuis quelques années cependant, les tribunaux ont plus fréquemment recours à l'abus pour sanctionner l'investisseur qui se livrerait à une pratique de la sorte, même si la « sanction » se limite alors généralement à l'irrecevabilité et éventuellement à l'allocation des frais de procédure à la charge de l'investisseur³²⁹.

Il importe cependant de souligner le fait que le principe même du dépôt d'un recours parallèle à une requête existante n'est pas nécessairement abusif. Ainsi l'abus serait-il a priori écarté dans le cas d'une requête arbitrale présentée par les actionnaires d'une société ayant elle-même enclenché, en son nom propre, une procédure interne marquée par une particulière inertie : il faut considérer que la reconnaissance de la possibilité pour les actionnaires de déposer une demande d'arbitrage ainsi que la lenteur de la justice interne justifient pleinement le recours, sans préjudice du fond, et que le seuil de l'abus n'est assurément pas franchi³³⁰. Sans doute du reste le second de ces éléments a-t-il été déterminant, dans la mesure où plusieurs cas de procédures parallèles enclenchées par la même personne ont

327. CIRDI, *Lao Holdings NV c. Laos*, n° ARB(AF)/12/6, décision relative à la seconde demande au fond, 15 décembre 2017, § 109.

328. *Ibid.*, § 113. Il importe néanmoins de préciser que le tribunal CIRDI bénéficiait d'une compétence limitée sur une section de l'accord de transaction, conformément aux termes de ce dernier, mais cette compétence ne relevait pas de questions traitées par l'arbitrage singapourien.

329. On doit relever par ailleurs que l'autre grande situation dans laquelle l'abus est invoqué est l'hypothèse d'une restructuration de l'investissement afin de bénéficier d'un traité non applicable en principe. Sur cette question, voir cette chronique, cet *Annuaire* 2016, pp. 634-636. Le principe suivant lequel une restructuration dans cette seule perspective constitue un abus a été admis sur le principe – mais rejeté en l'espèce – dans l'affaire CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, § 389. Voir également CIRDI, *Bridgestone Licensing Services, Inc. et Bridgestone Americas, Inc. c. Panama*, n° ARB/16/34, décision sur les objections d'urgence, 13 décembre 2017, § 328. En revanche, l'abus a été constaté au sujet d'une société restée en sommeil pendant des années avant d'être réactivée, manifestement dans le seul but de présenter une requête arbitrale. L'abus, en l'espèce, était toutefois surabondant car la demande était en tout état de cause irrecevable, ce qui explique peut-être une certaine facilité avec laquelle il a été admis par le tribunal : CIRDI, *Capital Financial Holdings Luxembourg SA c. Cameroun*, n° ARB/15/18, sentence, 22 juin 2017, §§ 364-365.

330. Ch. comm. Stockholm, *I.P. Busta & J.P. Busta c. République tchèque*, n° V 2015/014, sentence du 10 mars 2017, § 226.

pu se rapprocher de l'abus, de différentes manières. Dans l'affaire *Ampal*, l'investisseur avait au demeurant renoncé lui-même à certains recours enclenchés, dans le but précisément d'éviter d'être taxé d'abus et d'avoir à en assumer les conséquences³³¹. Dans l'affaire *Orascom* en revanche, l'abus a bien été caractérisé pour qualifier le dépôt de plusieurs requêtes parallèles par l'actionnaire de différentes sociétés constituant une chaîne verticale et donc, en substance, le même investissement³³². Cette pratique était, pour les arbitres, contraire à la finalité du système de protection des investissements car le requérant avait utilisé différents traités à différents niveaux de la chaîne de sociétés. En se référant à la finalité de l'exercice d'un droit reconnu, le tribunal s'appuyait donc sur une conception traditionnelle de l'abus, qui peut être défini dans les termes les plus larges comme l'utilisation d'un droit – reconnu – à des fins autres que celles pour lesquelles il a été conféré à son titulaire³³³. En l'occurrence, ce n'est pas la protection de son investissement que recherchait le requérant – qui est la finalité du système – mais la maximisation potentielle de l'indemnisation qu'il pourrait en tirer, quitte à obtenir plusieurs réparations pour un même préjudice. Le décalage entre la finalité du droit et la finalité recherchée dans son exercice était donc manifeste, de sorte que l'abus était assurément caractérisé. La décision *Orascom* vient de ce point de vue conforter une position qui tend à se généraliser dans la jurisprudence³³⁴.

Il est intéressant cependant de confronter cette solution avec celle qui fut adoptée dans l'affaire *Caratube*, dans laquelle le même investisseur avait d'abord cherché réparation sur le fondement du TBI applicable, mais sur le fondement duquel le tribunal avait décliné sa compétence³³⁵. Il avait donc ensuite déposé une requête sur le fondement de la loi nationale et du contrat qui le liait à l'État d'accueil, à l'occasion de laquelle ce dernier avait allégué l'abus de droit³³⁶. Comme dans l'affaire *Orascom*, la personne du requérant et les faits à l'origine du litige étaient les mêmes. Mais contrairement à la première, l'affaire *Caratube* ne reposait pas sur des demandes parallèles : il s'agissait de demandes successives, sur des fondements juridiques différents. Cette distinction explique probablement que le tribunal n'ait pas retenu l'abus. Surtout, il faut ici préciser que la position de l'État reposait notamment sur le fait que l'investisseur aurait omis de présenter certains arguments dans la première espèce et les aurait donc « réservés » pour la seconde. Le tribunal considéra toutefois qu'il ne saurait y avoir là une pratique abusive, jugeant légitime le fait de ne pas présenter des arguments inutiles : il eût été sans objet de présenter, sur le fondement d'un traité, un argumentaire fondé sur la violation de la loi nationale ou du contrat³³⁷. L'articulation entre ces deux décisions ne doit donc sans doute pas laisser penser à une contradiction : les différences entre elles expliquent assurément les résultats différents. Il n'est pas

331. CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et al. c. Égypte*, n° ARB/12/11, décision sur la responsabilité et sur les chefs de préjudice, 21 février 2017, §§ 11-23.

332. CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. Algérie*, n° ARB/12/35, sentence finale, 31 mai 2017, § 545.

333. Pour s'en tenir au plus simple, le *Lexique des termes juridiques* de G. Cornu définit l'abus en droit international public comme l'« exercice régulier d'une compétence étatique en vue d'atteindre un but illicite, qu'il s'agisse d'un but autre que celui que le droit international assigne à la compétence en question, ou d'un moyen d'éluder une obligation internationale ou d'obtenir un avantage indu ». Si seul l'État est concerné par cette définition, elle est sans doute transposable sans grande difficulté à la situation de l'investisseur.

334. Voir en particulier à cet égard l'arrêt récemment rendu sur les exceptions préliminaires par la CIJ dans l'affaire des *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, 6 juin 2018, §§ 146-151 (voir également l'opinion dissidente de la Juge Donoghue sous cet arrêt).

335. CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan*, n° ARB/08/12, sentence du 5 juin 2012. Noter que la sentence a fait l'objet d'un recours en annulation, qui fut rejeté en 2014.

336. Cette demande aboutira à la sentence CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, n° ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, abordant la compétence et le fond.

337. *Ibid.*, § 383.

incompatible d'affirmer d'un côté que la multiplication de plusieurs requêtes sur le fondement de différents TBI grâce à une chaîne de sociétés mais pour la même affaire constitue un abus alors que le fait de présenter une nouvelle requête sur un fondement différent après un refus de compétence ne l'est pas. Dans ce second cas, il s'agit d'utiliser le système dans sa plénitude et non pas d'en détourner la finalité.

E. Incidents de procédure

Parmi les épisodes qui peuvent émailler une procédure arbitrale, les demandes de récusation contre les arbitres ou les demandes d'intervention sont désormais légion. On ne s'étendra pas sur les premières ici, car l'on relève cette année assez peu de nouveauté. Les récusations sont toujours aussi rares et les motifs qui peuvent les justifier n'ont pas fait l'objet d'interprétations particulièrement innovantes. Il reste cependant confirmé que la récusation ne peut être prononcée que dans des cas assez exceptionnels, ainsi qu'en témoigne le feuillet de la tentative de récusation d'Yves Fortier, objet d'une quatrième demande en ce sens dans l'affaire *Fábrica de Vidrios Los Andes*, mais sans que les deux arbitres saisis ne trouvent à redire sur son indépendance³³⁸. En tout état de cause, la question de la récusation demeure très casuistique et tributaire des circonstances de chaque espèce : ainsi le fait que deux arbitres soient membres de *Chambers* britanniques dont certains autres membres représentent le Chili devant la Cour internationale de Justice n'est pas de nature à affecter leur impartialité dans un litige impliquant le même État compte tenu de l'indépendance statutaire entre les membres de ces institutions³³⁹. Difficile, dans ces circonstances, d'en tirer des conclusions générales. En tout état de cause, la grande marge de manœuvre dont jouissent les tribunaux en matière de récusation rend très délicate la perspective de l'annulation d'une décision rendue à ce sujet³⁴⁰. On dira cependant un mot de la question des interventions d'*amici curiae* ainsi que des mesures provisoires.

1. *Amicus curiae*

L'intervention d'*amici curiae* est régulièrement sollicitée dans le contentieux de l'investissement³⁴¹, singulièrement dans les affaires impliquant des considérations autres qu'économiques – et particulièrement lorsque le litige implique des questions environnementales³⁴² ou soulève un enjeu social majeur, à l'instar des questions de santé publique³⁴³. Cela étant, il ne faut pas occulter le fait que le rôle d'un tribunal arbitral est de trancher le litige qui lui est soumis et même

338. CIRDI, *Fábrica de Vidrios Los Andes, CA et al. c. Venezuela*, n° ARB/12/21, décision sur la demande de récusation d'Yves Fortier, 5 mai 2017, spé. §§ 67-69.

339. CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation Presidente Allende c. Chili*, n° ARB/98/2, décision sur la demande de récusation de Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder QC, 21 février 2017, § 92.

340. Comité ad hoc CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, n° ARB/03/19, décision sur la demande d'annulation, 5 mai 2017, § 200. Dans la même décision, se prononçant au sujet de l'allocation des coûts le Comité laisse entendre qu'il aurait pu se prononcer dans le sens inverse – et juger en faveur de la récusation, voir les §§ 432-433. Il ne le fait pas simplement parce que cela n'est pas son rôle, qui est limité aux motifs d'annulation de la convention de Washington tels qu'ils sont interprétés par la pratique.

341. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2009, pp. 718 et s. ; 2011, p. 587 ; 2012, p. 649 ; 2013, pp. 480-481.

342. Voir par exemple l'admission de la demande d'intervention du Centre québécois de l'environnement CIRDI (CNUDCI), *Lone Pine Ressources Inc. c. Canada*, n° UNTC/15/2, ordonnance procédurale relative aux demandes d'autorisation de soumettre un mémoire d'*amicus curiae*, 10 septembre 2017.

343. Voir CIRDI (CNUDCI), *Eli Lilly and Company c. Canada*, n° UNCT/14/2, sentence, 16 mars 2017, §§ 8, 44 et s., 54.

s'il peut, dans ce contexte, se trouver confronté à des questions, il ne lui appartient pas de se prononcer dans l'absolu sur ces points en dépit de l'intérêt qu'ils peuvent soulever. Or, l'intervention d'*amici curiae* peut en certaines circonstances contribuer à identifier des questions fort intéressantes, mais qui échappent formellement à l'étendue de la compétence du tribunal. Ainsi, dans l'affaire *Bear Creek Mining*, la question des droits de communautés autochtones avait été soulevée par plusieurs *amici curiae* (une association et un universitaire) dont l'intervention avait été autorisée par le tribunal en 2016. Mais sur le fond, celui-ci s'est finalement contenté de présenter leurs prétentions sans véritablement y donner suite³⁴⁴. Dans le cadre de l'examen de la demande d'expropriation, le tribunal s'intéressera pourtant aux droits des communautés autochtones mais sans s'appuyer à aucun moment sur les éléments présentés par les intervenants. Seule l'opinion dissidente de Ph. Sands y fait explicitement référence³⁴⁵. On peut alors s'interroger sur la pertinence d'accepter des interventions tierces dont l'utilité, en définitive, n'est pas franchement évidente.

Cela étant dit, le comportement des tribunaux arbitraux vis-à-vis des interventions d'*amici curiae* est assez variable, sans que les paramètres expliquant l'adoption de telle ou telle attitude soient toujours évidents. Il reste que, en certains cas, la position exprimée par certains *amici curiae* semble relever davantage de la posture de principe que de la véritable position juridiquement étayée. L'affaire *Infinito Gold* est assez révélatrice à cet égard, dans laquelle une association de défense de l'environnement, dont l'intervention avait été admise, estimait que l'investissement n'avait pas été réalisé de bonne foi. Mais, outre la contestation compréhensible de l'investisseur, l'argument se heurtait également à la réticence de l'État lui-même, aux yeux de qui les preuves dans le sens invoqué par l'intervenant étaient clairement insuffisantes³⁴⁶. En dépit du fait que l'argument lui était assurément favorable, l'État lui-même s'en est donc désolidarisé en raison des circonstances de l'affaire même si le tribunal décida en définitive de renvoyer au fond l'examen de la licéité interne de l'opération, compte tenu de la gravité des faits allégués³⁴⁷. Il est donc frappant de constater le décalage entre la position véhémente de l'*amicus curiae* et celle, plus raisonnable en l'espèce, de l'État défendeur. Au fond, ce type de situation est assez regrettable car elle conduit à jeter le discrédit sur des intervenants dont le rôle peut être déterminant pour l'intérêt général et, en l'occurrence, pour la protection de l'environnement. C'est d'autant plus le cas qu'en d'autres hypothèses, les tribunaux arbitraux n'hésitent pas à accorder aux argumentaires des *amici curiae* une place de premier ordre, lorsque leur position, sans être déterminante pour trancher l'affaire qui leur est soumise, permet d'éclairer un débat récurrent et dont il est certain que les questions qu'il soulève se poseront de nouveau dans l'avenir³⁴⁸. Tel est ainsi le cas, par exemple, des positions exprimées par la Commission européenne dans certaines affaires impliquant le droit de l'Union³⁴⁹. Compte tenu du degré de tension auquel sont parvenues les relations entre la Cour de Justice de l'Union européenne et les tribunaux arbitraux,

344. CIRDI, *Bear Creek Mining corporation c. Pérou*, n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, §§ 218 et s.

345. Opinion dissidente, § 16. Voir aussi *supra*, II, B.

346. CIRDI, *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, n° ARB/14/5, décision sur la compétence, 4 décembre 2017, § 136.

347. *Ibid.*, § 139. Sur la question de l'examen de la condition de licéité interne, voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, pp. 632-634.

348. À l'inverse, les tribunaux n'hésitent pas à écarter en amont, en refusant l'intervention, les propositions de certains intervenants qui n'apporteraient rien de plus au débat par rapport à l'argumentation des parties, voir CPA, *Resolute Forest Products Inc. c. Canada*, n° 2016-13, ordonnance procédurale n° 6 sur la demande d'*amicus curiae*, 29 juin 2017.

349. CPA, *Mr Jürgen Wirtgen et al. c. République tchèque*, n° 2014-03, 11 octobre 2017, § 250.

la place laissée aux interventions de la Commission par certains de ces derniers tribunaux constitue une main tendue bienvenue, bien que loin d'être suffisante pour parvenir à des solutions harmonieuses – au contraire, les opinions exprimées par la Commission n'ont jamais été suivies par les tribunaux arbitraux jusque-là.

2. Mesures provisoires

Le caractère exceptionnel du prononcé de mesures provisoires est communément admis, y compris par les parties au litige, que l'on se situe dans le cadre du CIRDI³⁵⁰ ou en dehors³⁵¹. Les conditions précises à remplir pour que de telles mesures soient accordées dépendent ensuite du règlement d'arbitrage applicable et sont suffisamment connues pour qu'il ne soit pas nécessaire de s'y attarder ici. Le problème le plus important, et sans doute le plus intéressant pour le droit international, est probablement celui de l'autorité des décisions adoptées à titre conservatoire ou provisoire notamment dans le cadre du CIRDI qui n'offre aux tribunaux arbitraux que la possibilité de « recommander » de telles mesures³⁵². Face à cette incertitude, les réactions des tribunaux varient : certains se tiennent à une application littérale de la convention et n'évoquent que la recommandation d'une mesure sans aborder la question de son autorité³⁵³, là où d'autres envisagent d'ordonner de telles mesures, mais sans se prononcer explicitement à ce sujet³⁵⁴. D'une manière générale d'ailleurs les tribunaux arbitraux évitent de se prononcer de manière trop ferme à ce sujet car la question continue de diviser. Il est certain en tout cas qu'au-delà de la forme, les tribunaux CIRDI entendent bien que leurs mesures conservatoires soient respectées par les parties, de sorte qu'il est délicat d'envisager qu'elles ne puissent être que simplement « recommandées »³⁵⁵. Ils s'inscrivent en ce sens dans la logique générale du droit international clairement exposée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand*, qui avait considéré que la dimension obligatoire était inhérente aux mesures conservatoires, malgré l'incertitude de la rédaction de son Statut à ce sujet³⁵⁶.

F. Demandes reconventionnelles

Les demandes reconventionnelles constituent peut-être l'une des clefs du « rééquilibrage » de l'arbitrage d'investissement que la doctrine est à peu près

350. CIRDI, *Rizzani de Eccher SpA et al. c. Koweït*, n° ARB/17/8, décision sur les mesures provisoires, 23 novembre 2017, § 99.

351. CPA (CNUDCI), *Dawood Rawat c. Maurice*, ordonnance sur les demandes de mesures provisoires, n° 2016-20, 11 janvier 2017, § 44.

352. Voir l'article 47 de la convention de Washington : « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties ».

353. CIRDI, *Eskosol SpA in liquidazione c. Italie*, n° ARB/15/50, ordonnance procédurale n° 3, décision sur la demande de mesures conservatoires, 12 juin 2017, §§ 31 et s. Dans cette affaire toutefois, la question était sans enjeu puisque la demande de mesure provisoire fut rejetée.

354. *Rizzani de Eccher SpA, précit.*, § 151. Dans cette affaire néanmoins le tribunal a également rejeté la demande en indiquant que les parties « have failed to demonstrate that any order for provisional measures is justified ».

355. Sur cette question, voir en général Brigitte STERN, « Interim / Provisional Measures », in Meg KINNEAR, Geraldine R. FISCHER, Jara MÍNGUEZ ALMEIDA, Luisa FERNANDA TORRES et Mairée URAN BIDE-GAIN (eds.) *Building International Investment Law. The First 50 Years of ICSID*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 627-640.

356. CIJ, *LaGrand (République fédérale d'Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 2001, *Rec.*, p. 466. Voir également sur ce point le commentaire in Jean-Louis ITEN, Régis BISMUTH, Claire CREPET DAIGREMONT, Guillaume LE FLOCH et Arnaud DE NANTEUIL, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 463 et s.

unanime à appeler de ses vœux même si tous ses représentants ne s'accordent pas sur l'enjeu précis soulevé par cette perspective³⁵⁷. Il est vrai qu'en offrant aux États, structurellement défendeurs dans les arbitrages, la possibilité de « contre-attaquer », la demande reconventionnelle peut permettre d'envisager la responsabilité de l'investisseur et de rétablir ainsi une certaine symétrie des droits et obligations des parties³⁵⁸. Il est cependant constant qu'une telle demande n'est pas sans condition et en particulier qu'elle ne peut être examinée au fond que si elle relève de la compétence du tribunal arbitral et présente un lien suffisant de connexité avec la demande principale³⁵⁹. Cela peut expliquer le rejet de certaines d'entre elles, si le droit de l'État affecté n'est pas clairement identifié³⁶⁰, quand bien même les conditions de compétence et de connexité seraient remplies³⁶¹.

Au titre de ces conditions, on peut d'ailleurs évoquer le cas particulier des affaires *Burlington* et *Perenco*, qui relevaient du même contexte factuel et avaient toutes deux donné lieu à une demande reconventionnelle de l'Équateur contre les deux investisseurs, pour des faits analogues. Le fait que le tribunal ait rendu une décision, condamnant l'investisseur, dans la première affaire ne l'aura pas empêché de poursuivre la seconde, en raison du fait que la première avait fait l'objet d'un recours en annulation, rendant ainsi son avenir incertain³⁶². Il y a sans doute dans cette décision une volonté de garantir l'effectivité des demandes reconventionnelles en garantissant l'aboutissement de la seconde dans l'hypothèse d'une annulation de la première. Le fait que le tribunal indique clairement dans le dispositif prendre garde au risque de double indemnisation montre sa conscience du fait que les deux demandes étaient de nature à se chevaucher³⁶³. À tout prendre, il aura préféré se garantir la possibilité de se prononcer sur la deuxième demande en cas d'annulation de la première. Si l'annulation devait être rejetée, et donc l'admission de la première demande reconventionnelle maintenue, il devrait examiner la seconde en évitant la double indemnisation et donc, très probablement, en prononçant une indemnisation très réduite. Dans tous les cas, la réaction du tribunal face à l'imbrication complexe de ces deux affaires témoigne d'une volonté farouche de défendre l'institution de la demande reconventionnelle, très probablement en raison de l'important voile symbolique qui entoure l'institution.

Dans cette perspective, l'année 2017 aura indiscutablement été marquée, et la chose est d'importance eu égard aux débats entourant le règlement des différends entre investisseurs et États, par le premier aboutissement sur le fond d'une demande reconventionnelle présentée par un État contre un investisseur étranger³⁶⁴. Il est vrai cependant que, au-delà de ce pas symbolique franchi, la décision n'apporte guère à la théorie du droit du contentieux international puisque le fondement de la demande était un accord passé entre les parties en 2011, lequel renvoyait à

357. Voir par exemple à ce sujet Andrea BJORKLUND, « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17, 2013, p. 461.

358. Voir Franck LATTY, « L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales. Le *gymkhana* de la réaffirmation de l'État », in *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'État ?*, Actes du colloque du 2 juin 2017, Paris, Pedone, 2018, pp. 161 et s.

359. Ces conditions sont à tout le moins exigées dans le cadre du CIRDI. L'article 46 de la convention de Washington dispose en effet que « [s]auf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre ».

360. CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, § 1066.

361. *Ibid.*, §§ 1053 et 1058 pour le rappel de ces conditions.

362. CIRDI, *Perenco Ecuador Ltd. c. Équateur et Petroecuador*, n° ARB/08/6, décision sur la demande de rejet de la demande reconventionnelle, 18 août 2017, § 51.

363. *Ibid.*, § 52.

364. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, n° ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles de l'Équateur, 7 février 2017.

l'application du droit interne de l'État concerné – en l'occurrence l'Équateur, même si le tribunal ne semble pas avoir écarté le principe d'une application au fond du droit international³⁶⁵. On ne saurait donc y déceler ni la consécration d'un droit général de présenter des demandes reconventionnelles, ni même l'émergence d'une responsabilité internationale de l'investisseur, dont le régime resterait au demeurant à définir³⁶⁶. En outre, si la décision aboutit à la condamnation de ce dernier pour atteinte à l'environnement à titre principal, celle-ci reste assez modeste au regard du montant des dommages et intérêts qui avaient été infligés à l'État par la sentence au fond³⁶⁷. Assurément, l'évolution est donc effectivement symbolique – mais au fond en la matière, compte tenu de l'irrationalité de certains débats, c'est peut-être dans le symbole que se situent les meilleures réponses.

365. *Ibid.*, § 72.

366. Voir cette chronique, cet *Annuaire*, 2016, p. 605.

367. L'investisseur a été condamné à verser un peu plus de \$ 40 millions à l'État, dont 39 pour le dommage causé à l'environnement. Mais l'État avait été condamné au fond à verser \$ 380 millions à l'investisseur.