HAL
open science

Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement

Franck Latty

To cite this version:

Franck Latty. Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement. Charles Leben. Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Pedone, pp. 415-461, 2015, 978-2233007728. halshs-04179308

HAL Id: halshs-04179308

https://shs.hal.science/halshs-04179308

Submitted on 9 Aug 2023

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.

Franck Latty, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », *in* Charles Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 415-461

Chapitre 11

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

Franck Latty*

Hormis les cas, plus qu'exceptionnels, dans lesquels l'État demande réparation à un investisseur sur le fondement d'une convention d'arbitrage[1], le contentieux arbitral transnational de la responsabilité en matière d'investissements étrangers a pour particularité systématique de placer la personne privée en position de demandeur et d'attribuer à la puissance souveraine le rôle de défendeur. Partant, c'est toujours la responsabilité de l'État dont la mise en œuvre est recherchée. Se pose dès lors la question des sources des règles de responsabilité applicables, qui permettront de déterminer ses conditions d'engagement, et au-delà les modes de réparation qui en découlent, voire les moyens de sa mise en œuvre.

Si le litige repose sur la violation alléguée d'un contrat d'investissement conclu entre l'État et la personne privée étrangère, la source du droit de la responsabilité applicable sera recherchée dans le contrat (clause sur le droit régissant le contrat, clause de règlement des différends) ou déduite de celui-là. Dans ces cas de figure, la question de la responsabilité de l'État sera généralement envisagée du point de vue d'un droit interne[2]. La rédaction parfois alambiquée des clauses de droit applicable contenues dans ces contrats qui n'hésitent pas à allier droit national et droit international[3] est néanmoins susceptible de déboucher sur l'application de règles internationales de responsabilité, à titre exclusif[4] ou conjointement au droit national[5]. ***416***

Néanmoins, depuis la fameuse sentence *AAPL c. Sri Lanka*[6], la majeure partie du contentieux transnational en matière d'investissement dérive des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement auquel l'État défendeur est partie. A ces litiges fondés sur un instrument de droit international, le droit international de la responsabilité a vocation naturelle à s'appliquer[7], à plus forte raison lorsque les arguments soumis par les parties induisent un tel

---

* Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

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

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

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

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

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

[6] CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990 (*in* E. GAILLARD, *op. cit.* note 2, pp. 3223 et s.).

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

choix de droit[8] ou quand les clauses des traités sur le droit applicable[9] ainsi que l'instrument régissant l'arbitrage[10] le prévoient textuellement[11]. De fait, la quasi totalité des affaires soumises aux tribunaux arbitraux d'investissement conduisent ceux-là, une fois leur compétence établie, à passer le comportement de l'État au crible du droit de la responsabilité internationale[12].

Dans la période de « creux » entre l'apparition de l'arbitrage sur le fondement de traités d'investissement (1990) et l'achèvement du long et pénible travail de codification du droit de la responsabilité par la Commission du droit international (CDI) des Nations Unies (2001), certains tribunaux arbitraux avaient entrepris d'identifier par leurs propres moyens les règles coutumières en ***417*** la matière[13], ce en dépit de l'adoption par la CDI d'un projet en première lecture en 1996. Depuis lors, les *Articles* de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[14] constituent une référence obligée de toute décision arbitrale abordant la responsabilité internationale de l'État. Le texte a en effet pour objet de codifier les règles générales de responsabilité de l'État (règles « secondaires »), c'est-à-dire les normes relatives aux nouveaux rapports juridiques découlant de la violation des règles de fond, dites « primaires », du droit international, quel que soit le domaine régi par ces dernières (droit du recours à la force, droit de la mer, droit économique etc.).

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

Le premier repose sur le fait que les *Articles* sont applicables aux rapports de responsabilité *interétatiques*. Les *Articles* indiquent en effet à quelles conditions un État engage sa responsabilité (première partie sur « le fait internationalement illicite de l'État »), les conséquences qui en découlent (deuxième partie sur « le contenu de la responsabilité »), mais aussi les conditions et modalités selon lesquelles *un autre État* peut invoquer la responsabilité du premier (troisième partie sur « la mise en œuvre » de la responsabilité). Loin de rejeter en

---

Pérou, ARB/07/6, sentence du 7 juillet 2011, § 64 ; Trib. CNUDCI, *Alps Finance and Trade AG c. Slovaquie*, sentence du 5 mars 2011, §§ 193-199.

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

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

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

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

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

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

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

bloc le texte de codification[15], les tribunaux arbitraux pratiquent un dépeçage spontané des *Articles*, qui aboutit à exclure la troisième partie[16] alors même qu'un usage abondant est fait des deux premières[17]. Il n'y a là rien qui heurte l'orthodoxie juridique dans la mesure où la définition du fait internationalement illicite à l'origine de la responsabilité est neutre à l'égard des destinataires de l'obligation internationale violée. Quant à la partie des *Articles* abordant le contenu de la responsabilité (obligation de cessation, de réparation etc.), si elle couvre « les obligations [secondaires] […] dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble »[18], elle est aussi, selon son article 33, § 2, « sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État »[19]. Le commentaire de la CDI sur ce point souligne que « [d]ans les cas où l'obligation primaire est due à une entité autre qu'un État, il peut exister une procédure permettant à cette entité d'invoquer la responsabilité pour son propre compte et sans intervention d'un État ». Et le ***418*** commentaire d'ajouter, exemple des traités d'investissement à l'appui, que « [c]'est à la règle primaire particulière qu'il incombe de déterminer si et dans quelle mesure des personnes ou des entités autres que des États peuvent invoquer la responsabilité en leur nom propre ». Remplissent cet office les clauses conventionnelles de règlement des différends qui offrent aux investisseurs la voie de l'arbitrage pour régler les différends avec l'État relatifs au traité d'investissement. Ainsi, bien que contenant les règles de responsabilité d'un État envers un autre, les Articles de la CDI sont appliqués, moins « par analogie »[20] que de manière sélective, à la responsabilité de l'État envers l'investisseur étranger.

Le second obstacle, surmonté aussi aisément, est lié à l'« objectivisation »[21] du droit de la responsabilité internationale opérée par la CDI. Sous l'impulsion de son rapporteur spécial Roberto Ago, la responsabilité internationale s'est émancipée de ses origines civilistes qui plaçaient la condition du préjudice au cœur du fait générateur de la responsabilité[22]. Les *Articles* de la CDI ont relégué le dommage au stade du calcul de la réparation : le « fait internationalement illicite » de l'État, qu'il cause ou non des préjudices à autrui, suffit à engager sa responsabilité[23]. Or, le contentieux en matière d'investissement étant avant tout « patrimonial »[24], on aurait pu s'attendre à ce que le préjudice économique subi par

---

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

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

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

[18] Art. 33, § 1er.

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

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

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

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

[23] § 9 du commentaire de l'article 2 des *Articles* de la CDI, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, Paris, Pedone, 2003, p. 102.

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

l'investisseur soit considéré comme une condition à part entière de la responsabilité de l'État. Si de très rares sentences arbitrales retiennent cette approche[25], force est de constater que la plupart des tribunaux appliquent consciencieusement les *Articles*, sans revenir à la conception intersubjective que la CDI a écartée[26]. Ainsi n'est-il pas exceptionnel que la question de l'engagement de responsabilité et celle du calcul de la réparation « bifurquent », c'est-à-dire que ces deux questions fassent l'objet de deux phases arbitrales ***419*** distinctes[27], la question du dommage n'étant alors abordée que dans la seconde phase[28]. Il s'est même produit qu'une sentence établisse symboliquement la responsabilité pour violation du traité applicable, alors même que l'absence de tout préjudice prouvé a entraîné le rejet des demandes de réparation[29].

Même s'ils n'ont pas été rédigés dans une optique transnationale (c'est-à-dire aux fins de régir la responsabilité de l'État envers des personnes privées étrangères), les *Articles* de la CDI présentent aux yeux des conseils des parties et des arbitres l'immense avantage de fournir un ensemble concis de règles immédiatement exploitables[30]. Peu importe à cet égard que le texte précise qu'il est sans préjudice de l'application d'une *lex specialis* en matière de responsabilité[31]. En l'absence de règles spéciales concernant l'engagement de la responsabilité de l'État en matière d'investissements (la convention de Washington sur le CIRDI et les traités d'investissement applicables renseignent essentiellement sur sa mise en œuvre), le texte censé être supplétif[32] de la CDI est très largement appliqué[33]. Peu importe encore que, sur certains aspects, les *Articles* relèvent davantage du développement progressif du droit international que de la codification du droit coutumier. Les décisions arbitrales, lorsqu'elles prennent la peine de s'interroger sur l'autorité des *Articles* – ce qui est loin d'être systématique – se contentent généralement d'établir la valeur coutumière du « kit » normatif prêt à l'emploi que constitue le texte de la CDI[34] sans chercher à trier le bon grain de l'ivraie[35]. Cette tendance des arbitres en difficulté sur les question de responsabilité à se saisir des *Articles* comme d'une bouée de sauvetage s'accentue lorsque le tribunal n'inclut en son sein aucun spécialiste de droit international public[36].

---

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

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

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

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

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

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

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

[32] Commentaire de l'article 55, § 2.

[33] V. néanmoins *infra* I, C.

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

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

[36] J. CRAWFORD, *loc. cit.* note 30, p. 135.

Partant, dans l'analyse des conditions d'engagement de la responsabilité, il n'y a pas lieu de se démarquer de la démarche retenue par la CDI et, dans son sillage profond, par les tribunaux arbitraux d'investissement qui contribuent incidemment à renforcer l'autorité de la codification de la CDI. La responsabilité de l'État en matière d'investissement résulte assurément de son fait internationalement illicite, ***420*** à savoir d' « un comportement consistant en une action ou une omission [qui] [e]st attribuable à l'État en vertu du droit international [et qui] [c]onstitue une violation d'une obligation internationale de l'État »[37]. En sus de la réunion des conditions d'attribution (I) et de violation (II) qui bien qu'inextricablement liées peuvent être conceptuellement séparées[38], l'engagement de la responsabilité de l'État ne sera établie que si le fait illicite n'est pas excusé par une « circonstance excluant l'illicéité » (III).

I. – ATTRIBUTION DU COMPORTEMENT A L'ÉTAT

Une condition nécessaire, mais non suffisante, à l'engagement de la responsabilité internationale de l'État est que le comportement litigieux lui soit imputable. Dans la mesure où l'État est une entité abstraite dont les actions et les omissions passent nécessairement par des individus[39], l'opération d'attribution (ou imputation) consiste à établir qu'un comportement donné émanant de personnes physiques doit être caractérisé au regard du droit international comme étant celui de l'État[40]. En la matière, un simple « lien de causalité factuel »[41] est insuffisant : l'attribution « repose sur des critères déterminés par le droit »[42] que les *Articles* de 2001 se sont efforcés de fixer. Parmi les cas d'attribution codifiés par la CDI, trois concernent particulièrement le contentieux en matière d'investissements étrangers[43] : comportement des organes de l'État (art. 4), comportement des entités exerçant ***421*** des prérogatives de puissance publique (art. 5), comportement mené sous la direction et le contrôle de l'État (art. 8).

---

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

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

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

[40] L. CONDORELLI / C. KRESS, « The Rules of Attribution : General Considerations », *in* J. CRAWFORD / A. PELLET / S. OLLESON, *op. cit.* note 31, p. 221.

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

[42] *Id*.

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

C'est au vu de ces principes que les tribunaux arbitraux tranchent les nombreux problèmes d'attribution qui se posent dans la pratique[44]. Ces règles sont même couramment utilisées en amont pour établir la compétence *ratione personae* des tribunaux arbitraux, *i.e.* pour assurer que le litige oppose bien l'investisseur à la personne de l'État[45]. En matière d'imputation, les cas de figure isolés par la CDI connaissent diverses déclinaisons dans le domaine des investissements (A). Le contentieux transnational en matière d'investissement révèle néanmoins que la pratique ne se laisse pas facilement enfermer dans ces catégories (B), à plus forte raison quand une *lex specialis* est susceptible de supplanter les hypothèses d'imputation dégagées par la CDI (C).

A. *La déclinaison des catégories identifiées par la CDI*

1. *Les organes de l'État*

En vertu du principe d'unité de l'État, l'article 4 des *Articles* indique que « [l]e comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État » (§ 1).

C'est ainsi que les tribunaux d'investissement imputent à l'État le comportement d'organes relevant des branches exécutive (ex. : premier ministre[46], ministre[47], gouvernement[48], police[49], agence fédérale[50]), législative[51] et judiciaire (tribunaux judiciaires[52] ou administratifs[53], *sub-federal courts*[54], à l'exclusion des tribunaux ***422*** arbitraux qui ressortissent à la justice privée[55]). Sont également imputables à l'État les comportements des collectivités infra-étatiques de droit public (États fédérés[56], provinces[57], municipalités[58]), même si elles

---

[44] V. parmi de nombreux exemples, CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Egypte*, ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2006, § 84 ; CIRDI, *Saipem SpA c. Bangladesh*, ARB/05/07, décision sur la compétence, 21 mars 2007, §§ 147-148.

[45] Ex. : CIRDI, *Emilio Augustin Maffezini c. Espagne*, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, ARB/97/7V, §§ 75 et s. Sur la distinction entre assimilation et imputation, v. Y. NOUVEL, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *in* Ch. LEBEN (dir.), *op. cit.* note 24, p. 32. Sur la compétence, v. aussi chapitre 22 ??.

[46] CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 175.

[47] Trib. *ad hoc*, *Eureko BV c. Pologne*, sentence partielle du 19 août 2005, § 129.

[48] CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, §§ 182 et s.

[49] CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, §§ 291 et s.

[50] CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Mexique*, ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 151.

[51] CIRDI, *CMS Gas Transmission c. Argentine*, décision sur la compétence, ARB/01/8, 17 juillet 2003, §§ 27 et s.

[52] CIRDI, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. États-Unis*, ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003, § 241 ; CIRDI, *Rumeli Telekom AS et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c. Kazakhstan*, ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008, §§ 702 et s. ; CIRDI, *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie*, ARB/03/24, sentence du 27 août 2008, § 254 ; CIRDI, *Franck Charles Arif c. Moldavie*, ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §§ 347, 349, 547.

[53] CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 175.

[54] CIRDI, *Mondev International Ltd. c. États-Unis*, ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, § 67.

[55] CIRDI, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, § 394.

[56] CNUDCI (ALENA), *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. c. États-Unis*, décision sur les objections à la compétence, 20 juillet 2006, note 1 et sentence du 12 janvier 2011, § 78.

disposent d'une large autonomie voire d'une personnalité juridique propre. La règle selon laquelle le comportement de ses organes est rapporté à l'État a tellement bien été assimilée par les tribunaux d'investissement qu'elle prend valeur de présomption[59].

La nature (organe central ou collectivité décentralisée) comme le rang de l'organe (le chef d'État comme le fonctionnaire de base peuvent être à l'origine d'un fait internationalement illicite) sont dénuées de pertinence dans l'opération d'attribution. L'identification des organes de l'État passe par la consultation du droit interne (constitution et loi en premier lieu) de l'État concerné[60], mais celle-ci n'est pas exclusive de la prise en compte de la pratique, en particulier lorsqu'elle révèle qu'une entité, sous la « totale dépendance »[61] de l'État, s'apparente à un organe *de facto* de ce dernier[62]. De même, les déterminations du droit interne, qui peut consacrer par exemple l'indépendance du pouvoir judiciaire ou de la police, ne remettent pas en cause la qualification d'organe de ***423*** l'État au niveau international[63]. Enfin, l'organe (comme l'entité exerçant des prérogatives de puissance publique[64]) qui agit *ultra vires* verra tout de même son comportement rapporté à l'État. Tel ne sera pas le cas, en revanche, des comportements émanant de personnes incarnant la puissance publique dès lors qu'ils relèvent de la sphère privée[65], car la règle générale est que les comportements des particuliers ne sont pas attribuables à l'État[66].

2. *Les entités extérieures à l'appareil d'État*

La CDI a isolé plusieurs cas, dont deux sont récurrents dans le contentieux en matière d'investissement, dans lesquels des comportements ne provenant pas d'organes étatiques sont néanmoins susceptibles d'être attribués à l'État. Le premier concerne celui de l'entité qui exerce des prérogatives de puissance publique (article 5 des *Articles*), le second celui des

---

[57] Comité *ad hoc* CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, SA & Compagnie Générale des Eaux (Vivendi) c. Argentine*, ARB/97/3, décision d'annulation du 3 juillet 2002, note 17 ; CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP c. Argentine*, ARB/01/03, décision sur la compétence, 14 janvier 2004, § 32 ; CIRDI, *SAUR International SA c. Argentine*, ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité, 6 juin 2012, § 384 ; CIRDI, *EDF International SA, SAUR International SA and León Participaciones Argentinas SA c. Argentine*, ARB/03/23, sentence du 11 juin 2012, § 4.

[58] CIRDI, *Mondev International Ltd. c. États-Unis*, ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, § 67 ; CIRDI, *Tokios Tokelès c. Ukraine*, ARB/02/18, décision sur les objections à la compétence, 29 avril 2004, § 102.

[59] CIRDI, *EDF (Services) Ltd. c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 188.

[60] Ex. : CIRDI, *MCI Power Group LC et New Turbine Inc. c. Equateur*, ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007, § 225. *A contrario*, pour établir que l'Autorité pakistanaise des autoroutes n'est pas un organe de l'État : CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, § 119.

[61] CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), *CIJ Rec. 2007*, p. 205, § 392 : « selon la jurisprudence de la Cour, une personne, un groupe de personnes ou une entité quelconque peut être assimilé aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale à un organe de l'État même si une telle qualification ne résulte pas du droit interne, lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait sous la 'totale dépendance' de l'État, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument ». Sur les organes *de facto*, v. P. JACOB, *L'imputation d'un fait à l'État en droit international de la responsabilité*, thèse, Rennes I, 2010, pp. 169 et s.

[62] Refusant implicitement la qualité d'organe *de facto* à l'*Egyptian General Organization for Tourism and Hotels* (EGOTH), v. CIRDI, *Helnan International Hotels AS c. Egypte*, ARB/05/19, décision sur les objections à la compétence, 17 octobre 2006, §§ 85-86 et 93.

[63] Article 4, § 2, des *Articles* de la CDI et § 11 du commentaire de la disposition.

[64] CIRDI, *Emilio Augustin Maffezini c. Espagne*, sentence du 13 novembre 2000, ARB/97/7, § 76. V. *infra* 2.

[65] Article 7 des *Articles* de la CDI. V. CIRDI, *ADF Group Inc. c. États-Unis*, ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003, § 190.

[66] Trib. *ad hoc* CNUDCI, *Jan Oostergetel et Theodora Laurentius c. Slovaquie*, sentence du 23 avril 2012, §§ 150 et s.

personnes privées dont les comportements interviennent sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de l'État (article 8 des *Articles*).

a) *Les personnes ou entités exerçant des prérogatives de service public*

L'article 5 du texte de 2001, qui est considéré comme reflétant la coutume[67], indique que « [l]e comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international ». Sont visées par la CDI tant les personnes ou entités publiques (entreprises publiques, entités parapubliques, institutions publiques diverses)[68] que les personnes ou entités privées (entreprises de sécurité, compagnies aériennes etc.)[69].

L'identification des prérogatives de puissance publique (« *elements of governmental authority* » dans le texte anglais) demeure très casuistique[70]. Littéralement, l'expression désigne les pouvoirs exorbitants du droit commun, qui par nature sont ceux de l'État. Au vu de la jurisprudence arbitrale, divers exemples peuvent être donnés, tels que le débit non consenti d'un compte bancaire[71], l'édiction de réglementations en matière de navigation et le prélèvement de redevances et ***424*** taxes[72], l'imposition et la perception de taxes autoroutières et l'expulsion d'occupants[73], ou encore la maîtrise d'ouvrage de travaux publics[74].

La réunion de deux critères est censée déclencher l'opération d'imputation : d'une part, l'entité doit bénéficier *in abstracto* d'une habilitation à exercer les prérogatives de puissance publique (critère qualifié parfois de « structurel ») ; d'autre part, elle doit en avoir fait usage *in concreto* (critère dit « fonctionnel »)[75]. L'habilitation (premier critère) sera recherchée en principe dans les dispositions du droit interne. Les tribunaux transnationaux se sont par exemple référés aux lois ghanéenne et égyptienne pour considérer respectivement que le Bureau ghanéen du cacao et l'Autorité du canal du Suez s'étaient vus confier des prérogatives

[67] CIRDI, *Noble Ventures c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 70.
[68] Commentaire de l'article 5, § 2.
[69] *Id.*
[70] L. CONDORELLI, « L'imputation d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984-VI, vol. 189, p. 71.
[71] CIRDI, *Emilio Augustin Maffezini c. Espagne*, sentence du 13 novembre 2000, ARB/97/7, §§ 77 et s.
[72] CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 166 (au sujet de l'Autorité du canal de Suez).
[73] CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, § 121 (au sujet de l'Autorité pakistanaise des autoroutes).
[74] CIRDI, *LESI SpA et ASTALDI SpA c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 12 novembre 2008, § 108.
[75] CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 163 ; Trib. Ch. comm. Stockholm, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, n° 080/2005, sentence du 26 mars 2008, §§ 101-102 ; CIRDI, *LESI SpA et ASTALDI SpA c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 12 novembre 2008, § 104 ; CIRDI, *EDF (Services) Ltd. c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, §§ 191 et s. ; CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, §§ 121-122. *Contra* (car se concentrant sur le second critère), v. CIRDI, *Helnan International Hotels AS c. Egypte*, ARB/05/19, décision sur les objections à la compétence, 17 octobre 2006, § 93. V. M. 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. 82 et s.

de puissance publique[76]. Mais faute d'avoir été effectivement mises en œuvre (deuxième critère) dans les deux cas d'espèce, les arbitres ont refusé d'imputer les comportements litigieux à l'État sur le fondement de l'article 5 des *Articles*[77]. La nature « commerciale » (*de jure gestionis*), à l'inverse de la nature « gouvernementale » (*de jure imperii*)[78], des comportements d'entités exerçant des prérogatives de puissance publique court-circuite en effet l'opération d'imputation à l'État[79].

La notion de « prérogatives de puissance publique » au sens de l'article 5 est néanmoins susceptible de faire l'objet d'une interprétation plus ou moins extensive. En principe, seuls les moyens à disposition et mis en œuvre (les pouvoirs exorbitants) sont pris en considération pour identifier ces prérogatives, à l'exclusion des fins poursuivies : « *what matters is not the* 'service public' *element but the use of* 'prérogatives de puissance publique' *or* ***425*** *governmental authority* »[80]. Néanmoins, tant les travaux de la CDI que la jurisprudence[81] tendent à montrer que le terme « prérogatives de puissance publique » est susceptible d'embrasser également l'exercice de *fonctions* étatiques : occasionnellement, des entités paraétatiques agissant dans l'intérêt général ont été considérées comme étant habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique ou les exerçant effectivement, alors même qu'aucun élément n'attestait leurs pouvoirs exorbitants [82].

b) *Les personnes agissant sur les instructions, les directives ou sous le contrôle de l'État*

L'article 8 des *Articles* de 2001 indique que « [l]e 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 ». La disposition vise les comportements de personnes, *a priori* privées, non habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique mais dont le comportement révèle « la main » de la puissance souveraine.

---

[76] CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 192 ; CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 166. V. aussi, *eg*, CIRDI, *Waste Management Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, § 75.

[77] CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, §§ 250 et s. ; CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, §§ 167 et s.

[78] V. par ex. CIRDI, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et al. c. Ukraine*, ARB/08/8, sentence du 1er mars 2012, §§ 273 et 282 (au sujet d'une interdiction de quitter un port).

[79] V. aussi CIRDI, *Bosh International, Inc. and B&P Ltd. Foreign Investments Enterprise c. Ukraine*, ARB/08/11, sentence du 25 octobre 2012, §§ 164-178.

[80] CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 170. V. aussi CPA (CNUDCI), *Ulysseas c. Équateur*, sentence du 12 juin 2012, § 138 ; CIRDI, *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC BV c. Paraguay*, ARB/07/9, décision supplémentaire sur la recevabilité du 9 octobre 2012, §§ 254 et s., spéc. § 270.

[81] V. P. JACOB, thèse préc. note 61, pp. 403 et s.

[82] CIRDI, *LESI SpA et ASTALDI SpA c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 12 novembre 2008, §§ 113 et s. (au sujet de l'Agence nationale algérienne des barrages) ; Trib. CNUDCI, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company et CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie*, sentence sur la compétence et la responsabilité, 28 avril 2011, § 592 (au sujet des comportements de la Banque centrale de Mongolie qui avait utilisé l'or de l'investisseur dans le but d'accroître ses réserves monétaires) ; CIRDI, *Bosh International, Inc. and B&P Ltd. Foreign Investments Enterprise c. Ukraine*, ARB/08/11, sentence du 25 octobre 2012, §§ 164 et s. (au sujet de l'Université de Kiev, en charge de l'enseignement supérieur et de gérer à cette fin les biens de l'État qui lui sont affectés). V. P. JACOB / F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2011, p. 551 et *AFDI*, 2012, pp. 631-632.

Si l'article 8 veut originellement couvrir les « basses œuvres »[83] que l'État préfère confier à des auxiliaires plutôt qu'à ses propres agents (actes de déstabilisation, d'espionnage, de sabotage etc.), il trouve aussi à s'appliquer dans le domaine économique où il n'est pas exceptionnel que le comportement d'entités liées à l'État (parce qu'il les a créées, les possède ou les contrôle) soit à l'origine d'atteintes à des investissements étrangers[84]. Les difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de déterminer le degré requis de connexité entre « la personne ou le groupe de personnes » et l'État pour que l'imputation se fasse. L'article 8 demeure très vague en mentionnant les critères des instructions, des directives ou du contrôle de l'État. ***426***

La jurisprudence internationale, au sujet du comportement de groupements paramilitaires, a concentré son attention sur ce dernier critère, en développant différents standards : celui, très strict, du « contrôle effectif » (Cour internationale de Justice) et celui, plus lâche, du « contrôle global » (Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie). Selon ce dernier, il suffirait que l'État, « au-delà du simple financement et équipement », participe à « la planification et la supervision des opérations militaires »[85] pour que l'attribution se fasse. Pour la CIJ en revanche, l'imputation requiert bien plus qu'une maîtrise générale des opérations : l'État doit avoir précisément ordonné ou imposé les comportements litigieux[86], ce qui ne manque pas de poser en pratique de lourds problèmes de preuve.

Les tribunaux arbitraux d'investissement se sont en majorité fondés sur l'interprétation donnée par la Cour mondiale, en transposant sans difficulté au domaine économique les critères dégagés dans le contexte d'activités armées. Ainsi le tribunal de l'affaire *Jan de Nul* a-t-il explicitement mis en œuvre le critère du contrôle effectif pour conclure, au vu des éléments de preuve fournis, que les actions et omissions en cause de l'Autorité du canal de Suez n'étaient pas attribuables à l'Égypte[87]. Inversement, toutefois, le tribunal de l'affaire *Bayindir* a estimé que les critères de contrôle effectif ou global n'étaient guère adaptés aux « réalités du droit international économique », et s'en est émancipé pour déduire, au vu d'une appréciation très factuelle des rapports de dépendance entre l'Autorité pakistanaise des autoroutes et le Pakistan, que les comportements de la première étaient bien attribuables au second[88].

Au reste, d'autres tribunaux ne se focalisent pas, à juste titre, sur le seul critère du contrôle, lequel n'absorbe pas l'hypothèse des instructions et des directives mentionnées par l'article 8. Ainsi le tribunal de l'affaire *EDF (Services)* a établi que les instructions et directives données par le ministère roumain des transports emportaient bien l'attribution à la Roumanie des actes

---

[83] P. REUTER, « La responsabilité internationale. Problèmes choisis », *in* P. REUTER, *Le développement de l'ordre juridique international. Ecris de droit international*, Paris, Économica, 1995, p. 461.

[84] V. le commentaire de l'article 8, § 6, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI*, *op. cit.* note 23, p. 133.

[85] TPIY, Chambre d'appel, *Tadic*, arrêt du 15 juillet 1999, n° IT-94-1-A, § 145. V. aussi, TPIY, *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000, nº IT-95-14-T, § 100 et CEDH, *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996, *Rec.*, 1996-VI, § 56.

[86] CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec. 1986*, pp. 63-64, §§ 113-115 ; CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt du 26 février 2007, *CIJ Rec. 2007*, p. 210, § 406.

[87] CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 173. V. aussi CIRDI, *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie*, ARB/03/24, sentence du 27 août 2008, §§ 253-254, 281, 297. V. aussi Trib. Ch. comm. Stockholm, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, 080/2005, sentence du 26 mars 2008, §§ 102 et s. ; Trib. CNUDCI, *White Industries Australia Ltd. c. Inde*, sentence finale, 30 novembre 2011, §§ 8.1.4 et 8.1.10.

[88] CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, §§ 130 et s.

des deux entreprises possédées par l'État, ayant passé avec le demandeur un contrat relatif à l'exploitation d'une zone aéroportuaire de « *duty-free* »[89]. Néanmoins, l'analyse exigeante des faits opérée par les tribunaux arbitraux dans ce cas de ***427*** figure ne s'éloigne guère de celle intervenant dans le cadre du « contrôle effectif ». C'est qu'en toute hypothèse, l'attribution ne se réalisera que si suffisamment d'éléments attestent que l'entité a agi pour le compte de l'État[90].

La situation est à distinguer de l'hypothèse dans laquelle l'État verra sa responsabilité engagée à la suite de dommages causés par des personnes ou entités qui lui sont extérieures, non parce que leur comportement lui sera attribué, mais parce qu'il n'aura pas empêché sa survenance[91]. Sont dans ce cas concernées les omissions[92] des organes de l'État (voire d'autres entités dont les comportements lui seront rapportés).

B. *L'entremêlement des catégories*

Lorsqu'une affaire qui leur est soumise implique une entité distincte de l'État, la plupart des tribunaux arbitraux déroulent les trois modalités d'imputation à l'État prévues par la CDI dans les articles 4, 5 et 8. Ils procèdent « par élimination » en examinant successivement, suivant l'ordre de numérotation des *Articles* qui correspond peu ou prou à un dégradé des liens de proximité avec l'État, l'hypothèse de l'organe, puis, en cas d'insuccès, celle de l'entité exerçant des prérogatives de puissance publique, et enfin et subsidiairement celle de l'entité agissant sous les instructions, directives ou contrôle[93]. Chaque catégorie obéit à ses propres critères, ce qui justifie un examen successif et séparé[94]. Les lignes de démarcation entre ces trois catégories ne sont toutefois pas parfaitement étanches.

1. *Organe de l'État et entité exerçant des prérogatives de puissance publique*

Les *Articles* de la CDI entretiennent un certain flou, qui trouve des répercussions dans la jurisprudence arbitrale, au sujet des « émanations de l'État »[95] qui n'en sont pas officiellement des organes. Si les collectivités territoriales décentralisées, susceptibles d'avoir une personnalité juridique distincte de l'État, sont considérées comme des organes de celui-là au sens de l'article 4, la situation des autorités administratives indépendantes, entreprises nationales et autres entités résultant de la décentralisation « matérielle »[96] de l'État est plus ***428*** complexe[97] : la notion d'organe définie largement par l'article 4 est de nature à les

[89] CIRDI, *EDF (Services) Ltd. c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, §§ 209 et s. Concernant le critère des instructions, v. aussi CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012, §§ 7.60 et s., spéc. § 7.137.
[90] V. P. JACOB / F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2011) », *AFDI*, 2011, p. 553.
[91] CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980, *CIJ Rec. 1980*, p. 33, §§ 66-67. V. aussi L. CONDORELLI, *loc. cit.* note 70, pp. 93 et s.
[92] V. *infra* II, A.
[93] V. par ex. CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, §§ 172 et s.
[94] L. SCHICHO, « Attribution and State Entities : Diverging Approaches in Investment Arbitration », *Journal of World Trade and Investment*, April 2011, vol. 12, n° 2, p. 288.
[95] Sur le concept d'émanation de l'État, v. P.-M. 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, p. 298.
[96] D. MOMTAZ, « Attribution of Conduct to the State : State Organs and Entites Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority », *in* J. CRAWFORD / A. PELLET / S. OLLESON (Ed.), *op. cit.* note 31, p. 244.
[97] V. P. JACOB, thèse préc. note 61, pp. 106 et s.

inclure[98], et pourtant le commentaire de l'article 5 tend plutôt à les faire relever de la catégorie des entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique[99]. Les arbitres sont dès lors régulièrement conduits à déterminer si telle ou telle émanation d'État s'insère dans l'une ou l'autre catégorie[100]. L''enjeu de la distinction n'est pas seulement théorique : alors que tous les comportements de l'organe sont rapportés à l'État, seuls le sont ceux accomplis *de jure imperii* par une entité habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique. Inversement, les actes *de jure gestionis* des entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique ne seront pas imputés à l'État ; ils le seront en revanche s'ils émanent d'un de ses organes[101].

Majoritairement, la jurisprudence arbitrale fait relever les émanations de l'État de la catégorie des entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique, en considérant qu'une entité séparée organiquement de l'État n'en est pas un organe[102]. Pour autant, certains tribunaux n'excluent pas de considérer qu'une entité publique bénéficiant d'une personnalité juridique distincte de l'État s'apparente à un organe de celui-là, à l'exemple du Trésor public polonais[103], du Conseil exécutif des grands projets libanais[104], de la société nationale lettone d'électricité[105], de la Banque centrale du Pakistan[106], de l'autorité hongroise en charge de la régulation du secteur de l'énergie[107] etc. Et surtout, l'examen très rigoureux des indices structurels opéré par d'autres tribunaux arbitraux vérifiant qu'une entité est habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique rend parfois ténue la distinction entre ce type d'entité et l'organe étatique[108]. ***429***

2. *Entité exerçant des prérogatives de puissance publique et entité contrôlée par l'État*

Certains arbitres suivent une approche qui consiste à déduire l'imputation de l'accumulation d'indices indiquant une certaine soumission d'une entité distincte de l'État à celui-là, négligeant alors de déterminer si l'attribution se fait au titre de l'exercice de prérogatives de puissance publique ou au titre des instructions, directives ou contrôle de l'État[109]. Dans l'affaire *EnCana* par exemple, le tribunal a estimé que peu importait le fondement de

---

[98] Article 4, § 2, des *Articles* de 2001 : « Un organe *comprend* toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État » (it. aj. ; v. aussi le commentaire de la CDI, § 11). V. P.-M. DUPUY, « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États : un bilan », *RGDIP*, 2003, pp. 316-319.

[99] § 2 du commentaire *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 120.

[100] Voir notamment Trib. CNUDCI, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company et CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie*, sentence sur la compétence et la responsabilité, 28 avril 2011, §§ 582 et s.

[101] V. notamment CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 155 ; CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 180.

[102] V. par ex., au sujet de l'entreprise indienne de charbon, CNUDCI, *White Industries Australia Ltd. c. Inde*, sentence finale, 30 novembre 2011, § 8.1.2. V. aussi P. JACOB / F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2012), *AFDI*, 2012, p. 630.

[103] Trib. *ad hoc*, *Eureko BV c. Pologne*, sentence du 19 août 2005, §§ 115 et s.

[104] CIRDI, *Toto Costruzioni Generali SpA c. Liban*, ARB/07/12, décision sur la compétence, 11 septembre 2009, §§ 43 et s.

[105] Trib. Ch. comm. Stockholm, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, n° 118/2001, sentence du 16 décembre 2003, §§ 109 et s.

[106] CIRDI, *Deutsche Bank AG c. Sri Lanka*, ARB/09/2, sentence du 31 octobre 2012, § 402.

[107] CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012, § 7.62.

[108] P. JACOB, thèse préc. note 61, p. 134, qui cite notamment les affaires CIRDI, *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 89 et CIRDI, *Salini Costruttori SpA et Italstrade c. Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence, 23 juillet 2001, § 35.

[109] L. SCHICHO, *loc. cit.* note 94, pp. 289 et 295 et s.

l'attribution à l'Équateur des comportements litigieux de l'entreprise Petroecuador, puisque « le résultat [était] le même »[110]. Similairement, les arbitres de l'affaire *Waste Management*, après avoir confronté les faits de chaque espèce aux articles 5 et 8 des *Articles* sans être parvenus à en déduire l'imputation, ont considéré que les comportements litigieux devaient être attribués à l'État « d'une manière ou d'une autre »[111].

Il importe néanmoins de distinguer précisément les deux chefs d'attribution, qui correspondent à deux régimes juridiques distincts. En effet, alors que l'article 5 n'impute pas à l'État les actes *de jure gestionis* des entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique, le comportement de l'entité soumise aux instructions, directives ou contrôle de l'État sera considéré comme émanant de ce dernier, qu'il présente un caractère « commercial » comme « gouvernemental »[112]. De plus, le comportement d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique sera attribué à l'État même si ce dernier n'exerce pas de contrôle, au sens de l'article 8, sur ledit comportement et s'il n'adresse aucune instruction[113]. Enfin, l'entité exerçant des prérogatives de puissance publique qui agit *ultra vires* verra tout de même son comportement rapporté à l'État[114], alors que l'article 8 exclut par hypothèse l'attribution à l'État des comportements de personnes privées agissant au-delà des instructions données ou hors de son contrôle[115].

C. *Attribution et* lex specialis

La sentence *Bayindir*, qui a examiné le critère du contrôle au regard des spécificités du droit économique[116], peut être interprétée comme une tentative (isolée) de développement d'une *lex specialis*, propre au droit des investissements, ******430****** en matière d'attribution[117]. Si l'unité du droit international risque d'être affectée, il n'en demeure pas moins que le texte de la CDI permet la prise en compte de règles spéciales en la matière. En effet, les *Articles* de la CDI « ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite […] d'un État sont régies par des règles spéciales de droit international »[118]. Certes, aucun instrument international de droit des investissements ne met en place un régime autosuffisant (*self-contained regime*) de responsabilité internationale ; malgré les aspirations autonomistes de la sentence *Bayindir*, on peine en outre à identifier des règles d'imputation coutumières spécifiques au droit des investissements. Toutefois, en ce domaine, certaines formes de *lex specialis*, qui ont pour effet d'écarter l'application des critères des articles 4 et suivants des *Articles*, sont susceptibles de se manifester *ratione personae* (1) et *ratione materiae* (2)[119].

1. *Attribution et* lex specialis ratione personae

Ratione personae, des États peuvent par traité décider que, dans leurs relations mutuelles, le comportement de certaines entités leur sera attribuable. Dans le domaine du droit de la mer,

---

[110] London Court of International Arbitration, *EnCana Corporation c. Equateur*, n° UN3481, sentence du 3 février 2006, § 154.
[111] CIRDI, *Waste Management Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, § 75.
[112] CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 180.
[113] Commentaire de l'article 5, § 7, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 122.
[114] CIRDI, *Emilio Augustin Maffezini c. Espagne*, sentence du 13 novembre 2000, ARB/97/7, § 76.
[115] L. SCHICHO, *loc. cit.* note 94, p. 289.
[116] V. *supra* A.
[117] V. F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2009) », *AFDI*, 2009, pp. 701-702.
[118] Art. 55 des *Articles* de la CDI.
[119] Sur cette distinction, v. L. CONDORELLI / C. KRESS, *loc. cit.* note 40, p. 227.

l'exemple de l'article 139 de la Convention de Montego-Bay peut être cité, en vertu duquel l'État est susceptible d'être responsable des dommages causés par les entreprises qu'il « patronne » pour l'exploitation des fonds marins[120]. De même, plusieurs traités relatifs aux investissements contiennent des dispositions qui pourraient faire échec à l'application du droit coutumier codifié par la CDI au profit de règles conventionnelles spéciales.

La question se pose au sujet de la Convention de Washington portant création du CIRDI, qui à son article 25, § 1, prévoit qu'un État partie a la possibilité de désigner au Centre « telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui » comme partie au litige avec un investisseur. Toutefois, l'article 25, § 1, ne constitue pas une règle d'imputation spécifique : c'est une règle optionnelle de compétence personnelle du CIRDI qui, lorsqu'elle n'est pas activée par l'État – c'est-à-dire dans l'immense majorité du contentieux – n'a pour effet ni de barrer la compétence du CIRDI pour les litiges soulevés contre l'État au sujet du comportement d'une collectivité publique ou un organisme dépendant de lui (du moins lorsque ses obligations conventionnelles sont en jeu)[121], ni d'empêcher l'imputation à l'État des comportements provenant de ces entités ***431*** selon les articles 4, 5 ou 8 des *Articles* de 2001[122]. En revanche, si la désignation de l'article 25, § 1, est mise en œuvre, la collectivité publique ou l'organisme dépendant de l'État répondra directement de ses propres comportements : la question de l'attribution du fait illicite à l'État perd toute pertinence[123], sauf en tant que moyen de défense pour l'entité en cause : si le comportement litigieux lui est étranger, elle échappera à l'engagement de sa responsabilité[124].

Certains traités de protection des investissements comportent aussi des dispositions qui ne sont pas indifférentes aux questions d'attribution. Tel est le cas des clauses qui modulent le champ de l'imputation, à l'exemple de l'article 2 du modèle français de TBI qui, en plus de rappeler l'état du droit coutumier[125], étend la responsabilité des États parties aux comportements émanant « de toute autre entité sur [laquelle] la Partie contractante exerce une tutelle, la représentation ou la responsabilité de ses relations internationales ou sa souveraineté ». L'hypothèse de l'entité sous tutelle, en particulier, décrit un lien de subordination qui se démarque des *Articles* de la CDI en ce qu'il pourrait inclure les comportements *de jure gestionis* de l'émanation de l'État[126].

D'autres traités prévoient par ailleurs que les États parties feront en sorte (ou « veilleront » à ce) que les « entreprises d'État » (ancien modèle américain de TBI[127], ALENA[128]), ou les entités créées ou maintenues par eux et délégataires de « pouvoirs réglementaires,

---

[120] V. L. CONDORELLI, *loc. cit.* note 70, pp. 139 et s. ; J. CRAWFORD, *State Responsibility. The General Part*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, p. 114.
[121] CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, SA & Compagnie Générale des Eaux (Vivendi) c. Argentine*, ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000, § 50.
[122] V. Ch. SCHREUER *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge UP, 2009, pp. 150 et s. ; Ch. LEBEN, « Arbitrage (CIRDI) », *Répertoire international Dalloz*, mars 2010, nos 12 et s.
[123] CIRDI, *Société générale de surveillance SA c. Philippines*, ARB/02/6, décision sur la compétence, 29 janvier 2004, § 29, note 6.
[124] P.-M. DUPUY, *loc. cit.* note 95, p. 309 ; Y. NOUVEL, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *loc. cit.* note 45, p. 37.
[125] « Pour l'application du présent Accord, il est entendu que les Parties contractantes sont responsables des actions ou omissions de leurs collectivités publiques, et notamment de leurs États fédérés, régions, collectivités locales […] ».
[126] Y. NOUVEL, *loc. cit.* note 45, p. 38.
[127] V. CIRDI, *A. Genin c. Estonie*, ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001, § 327.
[128] Art. 1503, § 2, et 1503, § 3, a).

administratifs ou autres » (traité sur la Charte de l'énergie)[129], agissent de manière compatible avec leurs engagements conventionnels. Il serait concevable de n'y déceler qu'une obligation primaire imposée aux parties. Si le comportement d'une émanation de l'État visée par ces instruments aboutissait à une violation du traité, la responsabilité de l'État devrait découler de sa propre omission à faire respecter l'engagement par l'émanation, non pas de l'imputation du comportement de celle-ci à celui-là[130]. Toujours est-il que ces clauses aboutissent dans la jurisprudence à assimiler ***432*** l'émanation à l'État[131], voire à exclure l'application du droit coutumier codifié par la CDI au bénéfice de ce qui a été qualifié de *lex specialis* découlant du traité[132]. Au reste, le nouveau modèle américain de TBI prévoit que les obligations des parties s'appliquent directement aux entreprises d'État ou autres personnes « *when exercising any regulatory, administrative or other governmental authority delegated to it* »[133]. Loin de reprendre l'article 5 des *Articles*, la disposition a pour effet d'évacuer la question de l'attribution : l'entreprise d'État est directement débitrice des obligations conventionnelles ; la responsabilité de l'État sera engagée dès lors qu'elle ne s'y sera pas conformée, sans qu'une opération d'imputation soit à mener[134].

2. *Attribution et* lex specialis ratione materiae

Certaines règles spécifiques d'attribution sont susceptibles de dériver de règles matérielles du droit international, qui ont pour effet soit d'alourdir (ex. : domaine des activités spatiales) soit d'alléger la « 'charge' normale des États concernant l'attribution des faits non conformes à ce qui est requis de leur part »[135]. En matière de protection des investissements étrangers, un certain nombre de traités bilatéraux en vigueur, alignés sur l'ancien modèle américain, ou sur les modèles indien de 2003, britannique de 2006, ou norvégien de 2007, comportent une clause de « *compensation for losses* », laquelle prévoit qu'en cas de pertes dues à des événements exceptionnels (conflit armé, état d'urgence, insurrection, émeutes etc.), l'investisseur bénéficiera d'une réparation conforme au traitement national ou au traitement de la nation la plus favorisée[136]. Ce type de clause a été interprété comme permettant l'engagement de la responsabilité de l'État sans que le tribunal ait à entreprendre d'identifier précisément les auteurs des actes de violence (forces armées de l'État ou personnes privées)[137] et, partant, sans imputation[138]. La règle primaire instaure dans ce cas ce qui s'apparente à un mécanisme de garantie. Sa portée est toutefois tributaire de la référence à laquelle renvoient le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée. Les modèles britannique et norvégien ajoutent au demeurant qu'en tout état de cause, dans les cas exceptionnels visés, les investisseurs obtiendront réparation de leurs pertes résultant des réquisitions ou des destructions non justifiées par la nécessité, lorsqu'elles proviennent des « forces ou autorités

[129] Art. 22, § 3.
[130] Implicitement en ce sens, v. Trib. Ch comm. Stockholm, *Nycomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, sentence du 16 décembre 2003, pp. 5 et 30-31. V. aussi P.-M. DUPUY, *loc. cit.* note 95, pp. 310-311 et K. HOBER, « State Responsibility and Investment Arbitration », *Journal of International Arbitration*, 2008, vol. 25/5, p. 559 et s.
[131] CIRDI, *A. Genin c. Estonie*, ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001, § 327.
[132] Trib. CNUDCI, *UPS Inc. c. Canada*, sentence du 11 juin 2007, §§ 60 et s. *Contra* v. notamment J. KURTZ, *loc. cit.* note 35, pp. 209-210, qui note que l'art. 1503 de l'ALENA sur les entreprises d'État ne se situe pas dans le chapitre XI de l'accord (relatif aux investissements), auquel il n'aurait pas à s'appliquer.
[133] Art. 2, § 2, a), du modèle américain de TBI (2012).
[134] Y. NOUVEL, *loc. cit.* note 45, p. 39.
[135] L. CONDORELLI, *loc. cit.* note 70, pp. 121 et s. et 164.
[136] Sur ces clauses, v. aussi *infra* III, A, la question de la force majeure.
[137] CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc. c. Zaïre*, ARB/93/1, sentence du 21 février 1997, § 6.13.
[138] V. Y. NOUVEL, *loc. cit.* note 45, p. 41.

de ***433*** l'État »[139]. La garantie ainsi accordée est conditionnée par une opération d'imputation qui ne recouvre sans doute pas toutes les catégories de la CDI dans la mesure où elle semble se limiter aux seuls organes étatiques.

En revanche, à l'inverse de la clause de « *compensation for losses* », la clause de « protection et sécurité pleine et entière » n'a pas été interprétée comme dispensant l'investisseur de prouver une omission imputable à l'État[140] : loin de constituer une garantie absolue de l'État contre tout dommage, la clause requiert des pouvoirs publics une obligation de vigilance[141], dont la violation constituera un fait illicite à condition que l'imputation à l'État puisse être établie. De même, les autres règles matérielles de protection des investissements (traitement juste et équitable, règles en matière d'expropriation etc.) ne sont *a priori* pas porteuses de *lex specialis* touchant à l'attribution.

II. VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE

Le second élément constitutif du fait internationalement illicite selon la CDI est la « violation d'une obligation internationale de l'État »[142]. Refusant de rentrer dans le détail de la substance des diverses obligations internationales s'imposant aux États, les *Articles* de 2001 se contentent de poser quelques éléments d'ordre général, communs à tous les domaines du droit international[143]. Ainsi la violation se matérialise-t-elle « lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci »[144]. Le principe se décline dans le domaine du droit des investissements, où l'engagement de la responsabilité internationale de l'État n'est cependant pas étranger à certaines caractéristiques touchant à l'obligation internationale (A) et à sa violation (B).

A. *Caractéristiques de l'obligation internationale*

Si l'origine (A) et la nature (B) de l'obligation internationale sont censées être indifférentes à l'engagement de la responsabilité de l'État, elles sont néanmoins porteuses d'éléments qui influent sur le constat de la violation.

1. *Source de l'obligation*

Selon la CDI, l'« origine » de l'obligation internationale violée est sans effet sur l'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Encore faut-il que l'obligation soit rattachée à l'ordre juridique international (a). Néanmoins, dans le domaine des investissements étrangers, les obligations posées par le droit interne (b) tout comme les obligations d'origine contractuelle (c) ne sont pas dénuées de toute pertinence. ***434***

a) *Source internationale*

[139] Art. 4 du modèle britannique et art. 7 du modèle norvégien.
[140] Y. NOUVEL, *loc. cit.* note 45, p. 39.
[141] CIRDI, *AAPL c. Sri Lanka*, ARB/87/1, sentence du 17 juin 1990, § 53.
[142] Article 2 des *Articles* de 2001.
[143] J. CRAWFORD, *State Responsibility*, *op. cit.* note 120, pp. 215 et s.
[144] Art. 12 des *Articles* de 2001.

En principe, la responsabilité de l'État est engagée lorsqu'il viole une obligation internationale, quelle que soit son origine, *ie* sa source : traité, coutume, acte unilatéral etc. Dans le domaine du droit des investissements, la question est toutefois directement affectée par l'instrument fondant la compétence du tribunal arbitral. Ainsi, la clause de règlement des différends d'un traité d'investissement peut limiter la compétence du tribunal aux questions d'interprétation et d'application du traité concerné[145], même si, dans la majorité des instruments, elle concerne plus largement les différends entre l'État et l'investisseur étranger en relation avec un investissement[146]. Dans le premier cas, le tribunal sera cantonné à la question du respect par l'État de ses obligations conventionnelles ; dans le second, il pourra élargir le spectre au respect d'obligations provenant d'autres sources[147], notamment coutumières, voire contractuelles ou même de droit interne[148] – dans ces dernières hypothèses toutefois, on peut douter que la responsabilité *internationale* de l'État soit recherchée.

Dans la pratique contentieuse, la responsabilité de l'État repose dans la quasi totalité des cas sur la violation d'obligations conventionnelles : traitement juste et équitable[149], protection et sécurité pleine et entière[150], règles en matière d'expropriation[151] etc. La source coutumière peut néanmoins être mobilisée aux fins d'interprétation des standards conventionnels, comme par exemple celui du traitement juste et équitable[152]. Plus généralement, les tribunaux d'investissement n'isolent pas « cliniquement »[153] les traités applicables du reste de l'ordre juridique international[154]. ***435***

b) *Source interne*

Parce qu'il constitue le cadre juridique immédiat des opérations d'investissement et que de nombreux instruments envisagent son application cumulativement à celle du droit international[155], le droit interne occupe dans le contentieux transnational une place bien plus importante[156] que dans le contentieux interétatique où il ne constitue qu'un « simple fait »[157].

---

[145] Ex. : art. IX de l'Accord bilatéral pour la promotion et la protection des investissements entre le Royaume-Uni et la Colombie, 17 mars 2010, qui ouvre le recours à l'arbitrage pour « *[a]ny disputes arising between an investor of a Contracting party and the other Contracting Party in connection to the interpretation or application of this Agreement [...]* ».

[146] Ex. : art. 8 de l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Barbade concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, 29 mai 2009, qui prévoit que « [t]out différend relatif à un investissement entre un investisseur de l'une des Parties contractantes et l'autre Partie contractante » pourra être soumis à l'arbitrage.

[147] V. par ex. CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, sentence du 6 novembre 2008, ARB/04/13, § 137.

[148] C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 118, n° 208 et p. 329, n° 569.

[149] Ex. : CIRDI, *Swisslion DOO Skopje c. Ancienne République yougoslave de Macédoine*, ARB/09/16, sentence du 6 juin 2012, §§ 272 et s..

[150] Ex. : CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc. c. Zaïre*, ARB/93/1, sentence finale du 21 février 1997, § 6.04 et s.

[151] Ex. : CIRDI, *Marion Unglaube c. Costa Rica*, ARB/08/1, sentence du 16 mai 2012, §§ 209 et s.

[152] V. F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2009) », *AFDI*, 2009, pp. 624-625. Sur la place de la coutume dans le contentieux d'investissement, v. cet ouvrage chapitre 1, pp. 83-117.

[153] cf. Organe d'appel de l'ORD, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport du 29 avril 1996, p. 19.

[154] V. par exemple CIRDI, *Phoenix Action, Ltd. c. République tchèque*, ARB/06/5, sentence du15 avril 2009, § 77.

[155] Au sujet de l'article 42, § 1, de la convention de Washington, v. Comité *ad hoc* CIRDI, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, ARB/98/4, décision d'annulation du 5 février 2002, § 40.

[156] M. FORTEAU, « Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office : juge interne, juge international, ou l'un et l'autre à la fois ? », *in* Liber Amicorum *Jean-Pierre Cot*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 111 et s. ; O. DANIC, thèse préc. note 11, pp. 509 et s.

Cela étant, dans l'appréciation de la responsabilité *internationale* de l'État, la règle posée par la CDI demeure : la qualification du fait de l'État comme internationalement illicite « n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne »[158]. Ainsi, la légalité du comportement de l'État au regard de son droit national, même établie par sa juridiction suprême[159], est sans effet sur la licéité de son comportement au regard du traité d'investissement applicable[160]. A l'inverse, toute violation du droit interne n'entraîne pas nécessairement la violation d'une obligation internationale[161].

Certaines sentences arbitrales n'échappent toutefois pas à la confusion, en peinant à distinguer les violations du droit interne et celles du traité d'investissement[162], ce qui tend à montrer que, même lorsqu'est examinée la responsabilité de l'État, le CIRDI « en raison de la dualité de son office, appréhende les relations entre droit interne et droit international moins comme des relations d'ordre juridique à ordre juridique que comme des relations de normes applicables à normes applicables à l'intérieur d'une seule et même sphère normative »[163]. ***436***

En tout état de cause, le droit interne conserve une pertinence lorsque l'obligation internationale y renvoie, par exemple lorsque les « traitements de protection et sécurité de l'investissement exigées par les dispositions [de l'accord bilatéral d'investissement] doivent être *conformes aux lois nationales applicables* […] »[164]. Le non respect du droit interne est alors susceptible de déboucher sur la violation d'une obligation internationale. Dans d'autres cas, il s'agira d'une circonstance factuelle dont l'examen s'avère indispensable pour déterminer si l'État a violé ses obligations internationales en appliquant son propre droit[165].

c) *Source contractuelle*

En principe, la violation d'un contrat d'investissement par l'État « n'engage pas à elle seule la responsabilité internationale de l'État »[166]. Pour le tribunal de l'affaire *Noble Ventures*, « [c]ela résulte de la claire distinction entre le droit interne d'une part et le droit international d'autre part, qui sont deux ordres juridiques distincts, le second traitant les règles appartenant au premier comme des faits, comme le reflète, entre autres, l'article 3 des articles de la

---

[157]CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* – Fond, 25 mai 1926, *série A*, n° 7, p. 19 : « Au regard du droit international [...] les lois nationales sont de simples faits [...] ».
[158] Article 3 des *Articles* de la CDI.
[159] CIRDI, *EDF International SA, SAUR International SA and León Participaciones Argentinas SA c. Argentine*, ARB/03/23, sentence du 11 juin 2012, §§ 904-907.
[160] CIRDI, *Marvin Feldman c. Mexique*, ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, § 78 ; CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. États-Unis d'Amérique*, ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 120 ; CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, ARB/03/9, décision sur la compétence, 22 février 2006, § 88 ; CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, § 599 ; CIRDI, *Franck Charles Arif c. Moldavie*, ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §§ 539, 547.
[161] Trib. *ad hoc* CNUDCI, *Jan Oostergetel et Theodora Laurentius c. Slovaquie*, sentence du 23 avril 2012, § 228.
[162] CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Équateur*, ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012, *passim*. V. P. JACOB / F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2012) », *AFDI*, 2012, pp. 646-647, spéc. note 319.
[163] M. FORTEAU, *loc. cit.*, p. 113.
[164] CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc. c. Zaïre*, ARB/93/1, sentence finale du 21 février 1997, § 6.06 (trad. E. GAILLARD, *op. cit.* note 2, p. 440) (it. aj.).
[165] Trib. CNUDCI, *Alps Finance and Trade AG c. Slovaquie*, sentence du 5 mars 2011, §§ 197-198.
[166] CIRDI, *Noble Ventures c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 5 octobre 2005, § 53 (trad. E. GAILLARD, *in La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, Paris, Pedone, 2010, p. 198).

Commission du droit international sur la responsabilité des États adoptées en 2001 »[167]. Le raisonnement bat cependant de l'aile lorsque le contrat d'État est internationalisé[168] : porteur d'obligations internationales, le contrat, s'il est violé, engagera la responsabilité internationale de l'État (ou de l'investisseur si ce dernier manque à ses obligations contractuelles).

De plus, il est des hypothèses dans lesquelles la violation d'un contrat (internationalisé ou non) attribuable à l'État emportera également la violation du traité d'investissement applicable. Tel semble être le cas, en dépit d'une jurisprudence fluctuante, lorsque le traité comporte une clause de respect des engagements, dite « clause parapluie » (*umbrella clause*)[169]. Pour d'autres tribunaux arbitraux, la violation d'obligations contractuelles est encore susceptible d'aboutir, lorsqu'un acte de puissance publique de l'État intervient, à la violation du traitement juste et équitable[170] ou à une expropriation indirecte[171]. ***437***

2. *Nature de l'obligation internationale*

Le constat de la violation requiert au préalable une identification du comportement attendu de l'État. Parmi les nombreuses classifications doctrinales tirées de la théorie des obligations, la distinction classique entre obligation de moyens et obligation de résultat, envisagée, transformée, puis abandonnée par la CDI[172], occupe dans la pratique contentieuse une place non négligeable. Selon la formule à succès de Jean Combacau, « tandis que les obligations de résultat sont des obligations de réussir, les obligations de moyens ne sont que des obligations de s'efforcer »[173]. Parmi les obligations classiques de droit des investissements, certaines ressortissent aux premières, d'autres aux secondes.

Par exemple, un État à l'origine d'une expropriation indirecte viole une obligation de résultat : sa responsabilité est engagée si l'investisseur subit une telle atteinte à son investissement. Le simple fait que le résultat ne soit pas atteint, même si l'État s'est efforcé de corriger ses insuffisances, génère la violation[174]. Inversement, le standard de « protection et sécurité pleine et entière » est unanimement interprété comme consistant en une obligation de *due diligence*, laquelle ne comporte qu'une obligation de moyens pour l'État[175] : ce dernier doit veiller à ce que les investisseurs étrangers n'endurent pas de dommages ; il n'est pas responsable de tout dommage par eux subi. L'État engagera sa responsabilité s'il n'a pas pris

---

[167] *Id*. V. aussi Comité *ad hoc* CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, SA & Compagnie Générale des Eaux (Vivendi) c. Argentine*, ARB/97/3, décision d'annulation du 3 juillet 2002, § 96.

[168] V. Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, vol. 302, pp. 264 et s.

[169] P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, 1969-III, vol. 128, p 130. Sur les clauses parapluie, v. chapitre ????.

[170] Ex. : CIRDI, *Impregilo SpA c. Pakistan*, ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, §§ 268 et s. ; CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 330. *Contra* v. M. RAUX, thèse préc. note 75, pp. 213 et s.

[171] Ex. : CIRDI *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Philippines*, ARB/02/6, décision sur la compétence du 29 janvier 2004, § 161.

[172] V. J. CRAWFORD, *State Responsibility*, *op. cit.* note 120, pp. 220 et s. ; C. ECONOMIDES, « Content of the Obligation : Obligations of Means and Obligations of Results », *in* J. CRAWFORD / A. PELLET / S. OLLESON (Ed.), *op. cit.* note 31, pp. 371 et s.

[173] « Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse », *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 196.

[174] P. DAILLIER / M. FORTEAU / A. PELLET, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2009, pp. 861-862, n° 473.

[175] Ex. : CIRDI, *AAPL c. Sri Lanka*, ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, § 53 ; Trib. CNUDCI, *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, sentence du 3 septembre 2001, § 308.

les mesures attendues de lui pour prévenir les troubles causés à l'investisseur[176], la jurisprudence récente limitant le champ de l'obligation aux troubles causés par des entités non étatiques (et non par l'État lui-même, ces manquements ressortissant à d'autres standards de protection)[177]. Une sentence de 2009 a aussi jugé que l'appréciation des moyens mis en œuvre par l'État devait se faire en fonction de degré de développement et de stabilité de ce dernier[178]. Ainsi, un même comportement étatique vis-à-vis ***438*** d'un investisseur constituera ou ne constituera pas une violation de la diligence due au titre de l'obligation de protection et sécurité pleine et entière selon que son auteur est un État développé ou un État en développement.

3. *Positivité de l'obligation*

Selon un principe de droit intertemporel, un État n'engage sa responsabilité internationale que si son comportement est contraire à une obligation internationale s'imposant à lui au moment de l'action ou de l'omission litigieuse (*tempus regit actum*)[179]. L'article 13 des *Articles* de la CDI énonce ainsi que « [l]e fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit ».

Ce principe, repris par les tribunaux d'investissement[180], exclut de jauger le comportement de l'État au vu d'un traité qui n'est pas encore entré en vigueur[181], conformément au principe de non rétroactivité rappelé à l'article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Il est cependant envisageable que des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du traité soient pris en considération s'ils présentent une pertinence dans l'établissement de la responsabilité de l'État[182]. Pour autant, les comportements consistant à « préparer » la violation sans être eux-mêmes illicites n'engagent pas la responsabilité de l'État en droit international[183].

---

[176] Ex. : CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc. c. Zaïre*, ARB/93/1, sentence finale du 21 février 1997, § 6.05 ; Trib. CNUDCI, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company et CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie*, sentence sur la compétence et la responsabilité, 28 avril 2011, § 325.

[177] CIRDI, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §§ 522-523 ; CPA (CNUDCI), *Ulysseas c. Équateur*, sentence du 12 juin 2012, §§ 271-274 ; CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité 30 novembre 2012, § 7.83. V. P. JACOB / F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2012) », *AFDI*, 2012, pp. 636-637.

[178] CIRDI, *Pantechniki SA Contractors & Engineers c. Albanie*, ARB/07/21, sentence du 30 juillet 2009, §§ 81-82. V. F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2009) », *AFDI*, 2009, p. 699.

[179] CPA (Max Huber), *Ile de Palmas*, sentence du 4 avril 1928, *RSA*, vol. II (1949), p. 845. V. P. TAVERNIER, « Relevance of Intertemporal Law », *in* J. CRAWFORD / A. PELLET / S. OLLESON (Ed.), *op. cit.* note 31, pp. 397 et s.

[180] Ex. : CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, sentence du 6 novembre 2008, ARB/04/13, § 132.

[181] CIRDI, *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, § 45 (au sujet de l'ALENA) ; CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, §§ 253-255 (au sujet du traité TBI Grèce-Géorgie).

[182] Commentaire de l'article 13, § 9, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 161. V. CIRDI, *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, §§ 69-70 ; CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Mexique*, ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 70 ; CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, §§ 253-255.

[183] CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.*, 1997, p. 54, § 79, où la Cour fait la distinction entre la réalisation d'un fait internationalement illicite et le comportement antérieur à ce fait qui présente un caractère préparatoire et « qui ne saurait être traité comme un fait illicite »). V. J. CRAWFORD, *State Responsibility*, *op. cit.* note 120, pp. 233-235.

Si le droit international n'interdit pas qu'une convention internationale organise sa rétroactivité[184], la chose demeure exceptionnelle, y compris parmi les traités d'investissement. A cet égard, le fait que ces instruments prévoient couramment qu'ils s'appliquent non seulement aux investissements postérieurs à leur entrée en vigueur, mais également aux investissements déjà réalisés, ne constitue pas une exception au principe de non rétroactivité : « Ce n'est que si la violation ***439*** alléguée est postérieure à l'entrée en vigueur du traité que les dispositions de fond [du traité] seront applicables à ladite violation »[185].

Certaines conventions, à l'exemple de l'article 45, § 1, du traité de la charte de l'énergie[186], prévoient leur application provisoire, avant même leur ratification. Bien que l'obligation ne soit pas formellement en vigueur, la responsabilité de l'État naîtra d'un manquement au traité appliqué par anticipation[187]. En revanche, l'article 18 de la convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel « [u]n État doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but » entre l'adoption du traité par l'État et son entrée en vigueur, n'emporte pas l'application rétroactive du traité[188]. Partant, sa responsabilité ne sera pas engagée si l'État contrevient aux obligations qu'il contient ; elle sera néanmoins susceptible de l'être s'il porte atteinte au principe de bonne foi qui anime l'article 18 de la convention de Vienne[189].

Le principe du droit intertemporel exclut également d'évaluer le comportement de l'État au regard d'un traité qui a pris fin à son égard, quel que soit le motif d'extinction, sous réserve des clauses conventionnelles prolongeant les obligations de l'État au-delà de la période de vie du traité[190].

B. *Caractéristiques de la violation*

La violation de l'obligation internationale est constituée à partir du moment où le comportement de l'État se trouve en contradiction avec cette obligation. L'idée de « faute » de l'État, comprise en tant que malice ou intention malveillante, est à cet égard dénuée de pertinence au stade de l'engagement de la responsabilité[191] – dans le contentieux relatif aux investissements étrangers, néanmoins, elle est parfois prise en compte au stade de la réparation des dommages moraux[192]. Moins que le caractère actif ou passif du comportement

---

[184] V. CIRDI, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, ARB/98/2, sentence du 8 mai 2008, § 466 ; London Court of International Arbitration/CNUDCI, *Société Générale c. République dominicaine*, UN7927, exceptions préliminaires sur la compétence, décision du 19 septembre 2008, § 82 (la volonté des parties de faire produire des effets rétroactifs au traité doit s'exprimer de manière claire et non équivoque).

[185] CIRDI, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, ARB/98/2, sentence du 8 mai 2008, § 466.

[186] « Les signataires conviennent d'appliquer le présent traité à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur pour ces signataires […], dans la mesure où cette application provisoire n'est pas incompatible avec leur Constitution ou leurs lois et règlements ».

[187] V. CIRDI, *Kardassopoulos c. Géorgie*, ARB/05/18, décision sur la compétence, 6 juillet 2007, § 223. V. aussi, au sujet de la compétence du tribunal, CPA/CNUDCI, *Veteran Petroleum Ltd. c. Russie*, n° AA 228, sentence partielle du 30 novembre 2009, §§ 244 et s.

[188] CIRDI, *MCI Power Group LC et New Turbine Inc. c. Équateur*, ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007, §§ 116-117.

[189] *Id.*

[190] Ex. : art. 14 du TBI Équateur-France : « A l'expiration de la période de validité du présent Accord, les investissements effectués pendant qu'il était en vigueur continueront de bénéficier de la protection de ses dispositions pendant une période supplémentaire de quinze ans ».

[191] V. le commentaire de l'article 2 des Articles de la CDI, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 102, § 10. V. aussi E. GAILLARD, Chronique CIRDI *in JDI*, 2009, p. 354.

[192] CIRDI, *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, ARB/05/17, sentence du 6 février 2008, § 290 ; et moins explicitement CIRDI, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, ARB/06/18, sentence du 28 mars 2011, § 333 ; CIRDI,

de l'État (1), le caractère instantané, continu ou composite du fait illicite est porteur d'importantes conséquences dans le contentieux transnational (2). ***440***

1. *Violation par action ou par omission*

Codifiant une large pratique jurisprudentielle[193], l'article 2 des *Articles* de la CDI indique que le fait internationalement illicite résulte d'un « comportement consistant en une action ou une omission », attribuable à un État et constituant la violation d'une obligation internationale. Les tribunaux arbitraux ont repris à leur compte la distinction entre action et omission, en considérant que les droits d'un investisseur pouvaient être violés tant par un comportement actif que par une abstention de l'État[194]. Une atteinte à la propriété de l'investisseur étranger est ainsi susceptible de résulter d'une mesure positive (loi de nationalisation, acte de destruction etc.) comme d'une passivité de l'État équivalant à une expropriation[195] ou aboutissant à une frustration des attentes légitimes de l'investisseur[196].

La distinction entre l'action et l'omission illicites, à vrai dire, est discutable[197]. Le manquement à l'obligation de protection et de sécurité pleine et entière, par exemple, qui ressortit normalement à la catégorie des omissions, ne résulte pas nécessairement de l'inaction de l'État : il peut découler de mesures simplement insuffisantes de sa part : il y a alors action dans l'omission. La violation peut aussi être la conséquence d'une addition d'abstentions (*e.g.* l'absence d'intervention des forces de l'ordre) et d'actes positifs (par exemple une décision de justice). La CDI l'a d'ailleurs admis[198] : un comportement illicite peut résulter d'une combinaison d'actions et d'omissions[199]. Plutôt que de caractériser la violation comme étant active ou passive, il est moins trompeur de distinguer « les obligations passives par lesquelles l'État s'interdit d'agir et les obligations actives par lesquelles il s'oblige à le faire »[200], puis de confronter le comportement de l'État aux obligations primaires de ne pas faire et de faire ainsi identifiées.

En tout état de cause, l'article 2 des *Articles* de la CDI qui envisage la responsabilité de l'État à raison de ses omissions n'a pas pour sens que l'État qui omet de prévenir les atteintes aux droits des investisseurs engage systématiquement sa responsabilité, pas plus qu'il ne constitue un fondement autonome d'attribution du fait illicite[201]. Pour que des dommages causés par des ***441*** particuliers à l'investisseur entraînent la responsabilité de l'État, l'investisseur doit bien démontrer que l'État a manqué à l'obligation de protection et sécurité pleine et entière (ou que le comportement des particuliers lui est attribuable[202]).

Tza Yap Shum c. Pérou, ARB/07/6, sentence du 7 juillet 2011, § 281.

[193] V. F. LATTY, « Actions and omissions », *in* J. CRAWFORD / A. PELLET / S. OLLESON (Ed.), *op. cit.* note 31, pp. 355 et s.

[194] Ex. : Trib. *ad hoc*, *Eureko BV c. Pologne*, sentence partielle du 19 août 2005, §§ 187-188.

[195] CIRDI, *Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique*, ARB(AF)/02/01, sentence finale du 11 juillet 2007, § 176, note 155. V. A DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, thèse, Paris II, 2010, p. 41, § 36.

[196] CIRDI, *Franck Charles Arif c. Moldavie*, ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, § 547.

[197] V. F. LATTY, *loc. cit.* note 193, pp. 359-360.

[198] § 4 du commentaire de l'article 2, note 67, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 100.

[199] V. par ex. Trib. Ch. comm. Stockholm/CNUDCI, *CME Czech Republic BV c. République tchèque*, sentence partielle du 13 septembre 2001, §§ 559 et s., et *infra* 2 la notion de fait illicite composite.

[200] P. REUTER, *Droit international public*, 6e édition, Paris, PUF, 1983, p. 253

[201] CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 173. V. aussi Trib. CNUDCI, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company et CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie*, sentence sur la compétence et la responsabilité, 28 avril 2011, § 325.

[202] V. *supra* I, A.

2. *Violation instantanée, continue, composite*

A travers l'article 14 (« Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale ») et l'article 15 (« Violation constituée par un fait composite ») des *Articles* de 2001, la CDI a codifié des principes concernant l'élément temporel de la violation de l'obligation internationale[203], qui dans le contentieux en matière d'investissement occupent une place récurrente. En effet, selon que la violation est instantanée ou continue (a) ou selon qu'elle présente ou non un caractère composite (b), la rigueur du principe de non rétroactivité[204] pourra être contournée, dans la mesure où des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du traité seront susceptibles d'entrer dans la ligne de mire des arbitres[205].

a) *Fait illicite instantané/continu*

L'article 14 opère la distinction entre le fait illicite instantané ou « achevé »[206] (« n'ayant pas un caractère continu » selon l'art. 14) qui « a lieu au moment où le fait se produit, même si ces effets perdurent », et le fait illicite continu, qui « s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale ». Cette seconde notion est régulièrement invoquée par les investisseurs, moins pour lui faire jouer les effets découlant des *Articles* (obligation de cessation au titre du contenu de la responsabilité ; détermination du moment à partir duquel le préjudice est pris en compte pour évaluer la réparation) que pour faire rentrer le comportement litigieux dans le champ de la compétence *ratione temporis* des tribunaux d'investissement[207]. Nombre de traités d'investissement, dont l'entrée en vigueur est récente, sont en effet postérieurs à certains comportements dommageables de l'État, que la notion permet alors d'embrasser[208].

La moindre difficulté en la matière n'est pas de faire le départ entre la violation instantanée produisant des effets durables et la violation continue de l'obligation ***442*** internationale[209]. Au sujet de l'expropriation, par exemple, les commentaires de la CDI sous l'article 14 des *Articles* notent :

> « La question de savoir si une expropriation illicite est un fait illicite 'achevé' ou continu dépend, dans une certaine mesure, du contenu de la règle primaire censée avoir été violée. Si une expropriation a eu lieu conformément à la loi, avec pour conséquence que le titre de propriété concerné est cédé, l'expropriation proprement dite constitue alors un fait achevé. Toutefois, la situation peut être différente

[203] J. CRAWFORD, *State Responsibility*, *op. cit.* note 120, p. 240.
[204] V. *supra* II, A.
[205] CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA SC Starmill SRL et SC Multipack SRL c. Roumanie*, ARB/05/20, décision sur la compétence et la recevabilité, 24 septembre 2008, § 157 ; Trib. CNUCDI, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company et CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie*, sentence sur la compétence et la responsabilité, 28 avril 2011, §§ 498-499.
[206] J. SALMON, « Duration of the Breach », *in* J. CRAWFORD / A. PELLET / S. OLLESON (Ed.), *op. cit.* note 31, p. 384.
[207] CIRDI, *Impregilo SpA c. Pakistan*, ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, § 312 ; London Court of International Arbitration/CNUDCI, *Société Générale c. République dominicaine*, UN7927, exceptions préliminaires sur la compétence, décision du 19 septembre 2008, § 88. V. O. DANIC, thèse préc. note 11, pp. 305 et s.
[208] J. CRAWFORD, *loc. cit.* note 30, p. 131.
[209] V. J. CRAWFORD, *State Responsibility*, *op. cit.* note 120, pp. 262 et s. et dans le domaine des investissements, CIRDI, *Mondev International Ltd. c. États-Unis*, ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, § 58 ; Comité *ad hoc* CIRDI, *MCI Power Group LC and New Turbine Inc. c. Équateur*, ARB/03/6, décision sur la demande d'annulation, 19 octobre 2009, §§ 44 et s. ; CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador*, ARB/09/12, décision sur les objections à la compétence du 1er juin 2012, §§ 2.79 et s.

> en présence d'une occupation de facto, 'rampante' ou déguisée. À titre exceptionnel, une juridiction peut légitimement refuser de reconnaître une loi ou un décret, la conséquence étant alors que le déni d'un statut, d'un droit de propriété ou de la possession d'un bien qui en résulte peut donner lieu à un fait illicite continu. »[210]

Dans l'affaire *Victor Pey Casado*, le tribunal a ainsi estimé que le décret d'expropriation du Chili pris antérieurement à l'entrée en vigueur du traité et dont l'investisseur invoquait la nullité permanente, constituait un acte instantané hors de sa compétence *ratione temporis*[211], sans hésiter au demeurant à critiquer la position adverse retenue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Loizidou*[212]. Inversement, le manquement persistant de l'État à payer des sommes contractuellement dues à un investisseur a été présenté comme un fait continu[213]. Dans ce dernier cas de figure, l'État engage sa responsabilité alors même que le comportement a débuté avant l'entrée en vigueur du traité, pour autant qu'il se prolonge postérieurement à celle-ci[214]. En principe, seuls seront néanmoins susceptibles de faire l'objet d'une réparation les dommages subis à partir de l'entrée en vigueur de l'obligation violée. Concernant les obligations de *due diligence*, l'article 14 des *Articles* ajoute enfin que leur violation « se produit au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation ». Une telle disposition est de nature à concerner une violation de l'obligation de ******443****** protection et sécurité pleine et entière entamée avant l'entrée en vigueur du traité la contenant[215].

b) *Fait illicite composite*

A l'inverse du fait illicite continu, qui repose sur un comportement unique se prolongeant dans le temps[216], la notion de fait composite (ou composé, ou global) prévue à l'article 15 des *Articles* désigne une série de comportements étatiques isolés qui, par agrégation[217], constituent un fait illicite autonome. Les commentaires de la CDI mentionnent des exemples qui supposent une politique systématique ou généralisée de l'État envers une pluralité de personnes : génocide, apartheid, crimes contre l'humanité etc. La jurisprudence en matière d'investissement a admis que le fait composite pouvait également viser un investisseur isolé. Dans plusieurs espèces, en effet, l'atteinte au traitement juste et équitable[218] (voire plus

---

[210] § 4 du commentaire, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 163. V. J. CRAWFORD, *State Responsibility*, *op. cit.* note 120, pp. 257-258 ; A DE NANTEUIL, thèse préc. note 195, pp. 273-274, §§ 334 et s.

[211] CIRDI, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, sentence du 8 mai 2008, ARB/98/2, §§ 606 et s. V. aussi CIRDI, *Impregilo SpA c. Pakistan*, ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, § 313.

[212] CEDH, Grande ch., *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 28 novembre 1996, *Rec.*, 1996-VI, p. 2216.

[213] CIRDI, *Société générale de surveillance SA c. Philippines*, ARB/02/6, décision sur la compétence, 29 janvier 2004, § 167.

[214] CIRDI, *Mondev International Ltd. c. États-Unis*, ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, § 58. V. R. AGO, *Cinquième rapport sur la responsabilité des États*, Doc. A/CN.4/291 et Add. 1 et 2, *Ann. CDI*, 1976, vol. II(1), p. 23 ; M. RAUX, thèse préc. note 75, pp. 276 et s.

[215] En ce sens, v. M. RAUX, *id.*, pp. 279-280.

[216] J. SALMON, *loc. cit.* note 206, p. 386. V. CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador*, ARB/09/12, décision sur les objections à la compétence du 1er juin 2012, §§ 2.87-2.88 : la multiplication de refus de même nature ne constitue pas un fait composite mais un fait continu.

[217] London Court of International Arbitration/CNUDCI, *Société Générale c. République dominicaine*, UN7927, exceptions préliminaires sur la compétence, décision du 19 septembre 2008, § 91.

[218] Trib. CNUDCI, *Walter Bau c. Thaïlande*, sentence du 1er juillet 2009, § 12.36 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, § 121. CIRDI, *Swisslion DOO Skopje c. Ancienne République yougoslave de Macédoine*, ARB/09/16, sentence du 6 juin 2012, § 275 ; Trib. CNUDCI, *Jan Oostergetel et Theodora Laurentius c. Slovaquie*, sentence du 23 avril 2012, § 304 ; CIRDI, *The Rompetrol Group NV c. Roumanie*, ARB/60/03, sentence du 6 mai 2013 , §§ 271, 278.

spécifiquement le déni de justice)[219] et l'expropriation rampante[220] ont été qualifiés de faits composites[221]. Il faut dire que la notion de fait composite est parfois moins utilisée au regard du *tempus commissi delicti*[222] que pour déduire de l'accumulation de comportements licites ou non au regard du droit interne la réalisation de la violation d'une obligation internationale[223], voire pour prouver la volonté de l'État de nuire à l'investisseur[224]. ***444***

Pour la CDI, le fait composite présente un caractère étalé dans le temps dans la mesure où « la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale »[225]. La notion permet-elle d'englober des comportements antérieurs à l'entrée du traité d'investissement applicable ? Le commentaire de l'article 15 semble plutôt l'exclure : selon la CDI, « [d]ans le cas où l'obligation en question n'existait pas au début de la conduite mais est née par la suite, la 'première' des actions ou omissions de la série, aux fins de la responsabilité des États, sera la première à s'être produite *après la naissance de l'obligation* » (it. aj.). Le commentaire ajoute néanmoins immédiatement que « [c]ela n'exclut pas pour autant que les tribunaux puissent prendre en considération des actions ou omissions antérieures à d'autres fins (par exemple pour établir la base factuelle de violations ultérieures ou pour prouver l'intention) »[226]. Semblant dépasser ce cadre, certains tribunaux arbitraux ont transposé au fait composite le régime associé au fait continu, en jugeant que les actes ou omissions antérieurs à l'entrée en vigueur du traité mais participant à un fait composite pouvaient être pris en compte dès lors qu'ils avaient un « *continuing impact* »[227].

III. CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICEITE

[219] Trib. CNUDCI, *Chevron Corporation (USA) et Texaco Petroleum Corporation (USA) c. Équateur*, sentence partielle du 1er décembre 2008, § 301.

[220] CIRDI, *Siemens AG c. Argentine*, ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, §§ 263-266 ; Trib. CNUDCI, *Walter Bau c. Thaïlande*, sentence du 1er juillet 2009, §§ 10.11 et s. ; CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, § 329. Implicitement : CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, sentence du 24 juillet 2008, ARB/05/22, §§ 516, 519 ; Trib. Ch. Comm. Stockholm, *Renta 4 SVSA et al. c. Russie*, 24/2007, sentence du 20 juillet 2012, §§ 42-45 ; CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, ARB/08/5, décision sur la responsabilité du 14 décembre 2012, § 348.

[221] Sur cette question, v. M. RAUX, thèse préc. note 75, pp. 284 et s.

[222] V. P. JACOB / F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *in AFDI*, 2011, p. 548 et 2012, p. 637-639.

[223] V. CIRDI, *Siemens AG c. Argentine*, ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, § 263, où est utilisée la métaphore de « la goutte d'eau qui fait déborder le vase » (« *the straw that breaks the camel's back* »).

[224] Au sujet de l'affaire *Yukos*, v. Trib. Ch. comm. Stockholm, *RosInvestCo UK Ltd. c. Russie*, V079/2005, sentence finale du 12 septembre 2010, § 410, 621 ; Trib. Ch. comm. Stockholm, *Renta 4 SVSA et al. c. Russie*, 24/2007, sentence du 20 juillet 2012, §§ 42-45 puis 158-177. V. aussi CIRDI, *The Rompetrol Group NV c. Roumanie*, ARB/60/03, sentence du 6 mai 2013, § 273.

[225] Article 15, § 2, des *Articles*. V. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, SA & Compagnie Générale des Eaux (Vivendi) c. Argentine*, ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000, § 7.5.32 ; CIRDI, *Siemens AG c. Argentine*, ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, §§ 263-266.

[226] § 11 du commentaire de l'article 15, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 172). En ce sens, v. CIRDI, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, ARB/98/2, sentence du 8 mai 2008, §§ 618-619 ; London Court of International Arbitration/CNUDCI, *Société Générale c. République dominicaine*, UN7927, exceptions préliminaires sur la compétence, décision du 19 septembre 2008, § 91. Sur cette question v. M. RAUX, thèse préc. note 75, pp. 288 et s.

[227] Trib. CNUDCI, *Walter Bau c. Thaïlande*, sentence du 1er juillet 2009, § 12.1. V. aussi Trib. CNUDCI, *Chevron Corporation (USA) et Texaco Petroleum Corporation (USA) c. Équateur*, sentence partielle du 1er décembre 2008, § 301.

Les *Articles* adoptés par la Commission du droit international des Nations Unies codifient une série de six cas de figure dans lesquels l'État sera absous de la violation d'une obligation internationale. La notion de « circonstances excluant l'illicéité », qui correspond *grosso modo* aux causes exonératoires de responsabilité du droit interne[228], regroupe le consentement (article 20), la légitime défense (article 21), les contre-mesures (article 22), la force majeure (article 23), la détresse (article 24) et l'état de nécessité (article 25). ***445***

L'exhaustivité de la liste des six circonstances codifiées demeure une question ouverte[229]. La CDI a refusé d'y inclure l'exception d'inexécution (*exceptio inadimplenti non est adimplendum*) qui relève du droit des traités, et la théorie des mains propres, qui concernerait le droit du contentieux (recevabilité des requêtes). Sur ce dernier point, on peut néanmoins se demander dans quelle mesure l'attitude fautive de l'investisseur victime ne pourrait pas excuser la violation par l'État de ses obligations internationales[230]. Toujours est-il que la CDI envisage la question de la « contribution au préjudice » (article 39) au stade de la détermination de la réparation et non à celui de l'engagement de la responsabilité. La jurisprudence arbitrale se situe également dans cette perspective[231], du moins quand elle n'examine pas au stade de la compétence la conformité de l'investissement au droit local ou son caractère *bona fide*[232].

D'autres hypothèses restent en suspens notamment, celle dans laquelle l'État ne respecte pas ses obligations économiques pour des raisons indépendantes de sa volonté (hors cas de force majeure) [233]. La Cour internationale de Justice, d'ailleurs citée par le rapporteur spécial de la CDI[234], a ainsi relevé que « l'impossibilité d'effectuer certains paiements en raison de difficultés financières graves » pourrait « exclure l'illicéité de l'inexécution, par une partie, de ses obligations conventionnelles »[235]. Dans le registre des droits de l'homme, le Comité créé par le pacte de 1966 sur les droits économiques sociaux et culturels a pour sa part estimé, au sujet du droit à une nourriture suffisante, qu'« il incombe […] à l'État qui affirme ne pas pouvoir s'acquitter de son obligation pour des raisons indépendantes de sa volonté, de prouver que tel est bien le cas […] »[236]. Cette affirmation pourrait être transposée à la question de ***446*** l'obligation de diligence de l'État à l'égard des investissements

[228] P. DAILLIER / M. FORTEAU / A. PELLET, *op. cit.* note 174, pp. 874, n° 480.
[229] V. S. SZUREK, « The Notion of Circumstances Precluding Wrongfulness », *in* J. CRAWFORD / A. PELLET / S. OLLESON (Ed.), *op. cit.* note 31, pp. 431-432.
[230] V. M. RAUX, thèse préc. note 75, pp. 357 et s. L'auteur s'appuie en particulier (p. 369) sur CIRDI, *Robert Azinian et al. c. Mexique*, ARB(AF)/97/2, sentence du 1er novembre 1999, §§ 103-124, dans laquelle les arbitres ont constaté que les nombreux manquements des investisseurs justifiaient l'annulation, non constitutive d'un déni de justice, par les juridictions mexicaines du contrat de concession de collecte et de recyclage d'ordures. Dans cette affaire néanmoins, le comportement de l'investisseur constitue moins une cause exonératoire de responsabilité qu'un élément factuel permettant d'apprécier le respect par l'État d'une obligation primaire.
[231] V. par ex. Trib. Ch. comm. Stockholm, *RosInvestCo UK Ltd. c. Russie*, V079/2005, sentence finale du 12 septembre 2010, §§ 634-635 ; CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration et Production Company c. Équateur*, ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012, §§ 662 et s.
[232] CIRDI, *Phoenix Action, Ltd. c. République tchèque*, ARB/06/5, sentence du15 avril 2009, §§ 134 et s.
[233] S. SZUREK, *loc. cit.* note 229, p. 432.
[234] J. CRAWFORD, Deuxième rapport sur la responsabilité des États, 1999, A/CN.4./498/Add.2, § 257.
[235] CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.*, 1997, p. 63, § 102.
[236] Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n°12 : Le droit à une nourriture suffisante (article 11 du Pacte), adoptée à la vingtième session (1999) (doc. ONU E/C.12/1999/5), § 17. V. aussi le § 13 des directives de Maastricht relatives aux violations des droits économiques, sociaux et culturels (E/C.12/2000/13).

étrangers. Elle semble néanmoins ressortir d'avantage au respect de l'obligation primaire de moyens qu'à une règle secondaire d'exclusion de l'illicéité.

Pour l'heure, la liste de la CDI fait autorité en droit international. A ce titre, l'état de nécessité (article 25) a été systématiquement invoqué par l'Argentine dans les litiges qui l'ont opposée à plusieurs investisseurs étrangers ayant subi les effets des mesures anti-crise prises par cet État au début des années 2000, ce qui a généré une jurisprudence pour le moins « éclatée »[237]. Moins voire pas du tout sollicitées dans la pratique, les autres circonstances sont néanmoins susceptibles d'être mises en œuvre dans le contentieux transnational, ce qui justifie de s'arrêter sur le régime général des circonstances excluant l'illicéité (A) avant d'envisager le régime propre à chacune d'entre elles (B).

A. *Régime général*

Même si l'homogénéité et le contenu de la liste des circonstances excluant l'illicéité font l'objet de critiques parfois justifiées[238], il demeure acquis qu'en droit international certains faits justificatifs sont de nature à excuser la violation par un État de ses obligations internationales. La CDI s'est employé, non sans mal, à codifier ces circonstances dans lesquelles l'État peut brandir un « bouclier contre une accusation de violation d'une obligation internationale qui serait par ailleurs fondée »[239].

Dans le contentieux d'investissement, la question s'est posée, en particulier, de l'articulation de ces circonstances avec les clauses de sauvegarde contenues dans certains traités d'investissement. Le problème a plus spécifiquement concerné les rapports entre l'état de nécessité codifié à l'article 25 des *Articles* et l'article XI du TBI Argentine/États-Unis, qui permet à un État partie de prendre les mesures nécessaires à la protection de ses intérêts essentiels de sécurité[240].

Plusieurs tribunaux arbitraux ont en effet eu tendance à mettre au même niveau les deux dispositions, qu'ils ont analysées successivement (d'abord l'article 25 puis l'article XI), tout en assimilant leurs conditions de mise en œuvre[241], tandis que ***447*** d'autres ont vu dans la clause de sauvegarde une *lex specialis* rendant surabondant l'examen de la nécessité coutumière[242]. Le comité *ad hoc* de l'affaire *CMS*, auquel participait l'ancien rapporteur spécial de la CDI sur les *Articles* de 2001, James Crawford, a toutefois opéré une distinction nette entre les deux normes : si les conditions de la clause de sauvegarde (lesquelles sont moins contraignantes que celles de l'article 25) sont remplies, les autres dispositions du traité

---

[237] V. J. E. ALVAREZ, « The Public International Law Regime Governing International Investment », *RCADI*, 2011, vol. 344, pp. 377 et s. ; Th. CHRISTAKIS, « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? La décision du comité ad hoc dans l'affaire CMS c. Argentine », *RGDIP*, 2007, pp. 879-896.

[238] V. J. CRAWFORD, *State Responsibility*, *op. cit.* note 120, pp. 274 et s.

[239] Commentaires de la CDI, § 1 de l'introduction du chapitre sur les circonstances excluant l'illicéité, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 190.

[240] L'article XI du TBI conclu entre l'Argentine et les États-Unis le 14 novembre 1991 dispose : « *This treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests*. »

[241] CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §§ 309 et s. ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, §§ 294 et s. ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, §§ 333 et s.

[242] CIRDI, *LG&E Energy Corp. et al. c. Argentine*, ARB/02/1, sentence du 3 octobre 2006, § 245.

d'investissement ne sont pas applicables. A l'inverse, l'excuse coutumière de la nécessité (art. 25) ne joue que pour excuser une violation[243].

Pour le comité, si l'état de nécessité – la remarque peut être étendue au consentement[244] ou à la légitime défense[245] – permettait, selon la terminologie de la CDI, d'exclure *stricto sensu l'illicéité*, il s'ensuivrait que l'État ne commettrait pas de violation internationale lorsque les conditions de l'article 25 sont remplies. Partant, la fonction de la nécessité (ou *mutatis mutandis* du consentement ou de la légitime défense) serait la même que celle de la clause de sauvegarde : il s'agirait de règles primaires du droit international, qui indiqueraient le comportement permis ou attendu de l'État. La clause de sauvegarde jouerait alors le rôle d'une *lex specialis* devant être examiné à titre principal, la circonstance excluant l'illicéité n'arrivant qu'à titre subsidiaire[246].

Cependant, le comité semble indiquer que l'état de nécessité coutumier ne doit pas être mis sur le même plan que la clause de sauvegarde mais constitue plutôt une règle secondaire, comme la CDI l'a d'ailleurs envisagé malgré la terminologie retenue, dont l'effet n'est pas d'exclure l'illicéité mais d'écarter (ou d'atténuer) *la responsabilité*[247]. Dès lors, une démarche en deux temps s'impose aux arbitres saisis de l'argument : tout d'abord le tribunal doit examiner si le traité d'investissement a été ou non respecté (ce qui inclut l'actionnement éventuel de la clause de sauvegarde) ; ensuite, dans la négative, se posera la question de savoir si des circonstances viennent « neutraliser »[248] la violation constatée des normes primaires et, ainsi, barrer ou limiter la responsabilité de l'État[249]. C'est ce raisonnement du comité *ad hoc* de l'affaire *CMS* qui a par la suite trouvé écho dans la jurisprudence arbitrale[250]. Il est vrai ***448*** que l'article 27 du texte de la CDI prévoit que « [l]'invocation d'une circonstances excluant l'illicéité […] est sans préjudice […] [d]e la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question »[251], ce qui,

[243] Comité *ad hoc* CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, décision sur la demande d'annulation, 25 septembre 2007, §§ 129-130.
[244] Th. CHRISTAKIS, « Les 'circonstances excluant l'illicéité' : une illusion d'optique ? », *in Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 244.
[245] F. LATTY, « La Cour internationale de Justice face aux tiraillements du droit international : les arrêts dans les affaires des *Activités armées sur le territoire du Congo* », *AFDI*, 2005, pp. 220-221.
[246] Comité *ad hoc* CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, décision sur la demande d'annulation, 25 septembre 2007, § 133.
[247] En ce sens, v. Th. CHRISTAKIS, *loc. cit.* note 244, p. 244
[248] P. DAILLIER / M. FORTEAU / A. PELLET, *op. cit.* note 174, p. 874, n° 480.
[249] CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, § 134.
[250] V. CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §§ 162 et s. ; Comité ad hoc CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, ARB/02/16, décision sur la demande d'annulation, 29 juin 2010, §§196 et s. ; CIRDI, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, § 553. V. néanmoins Comité *ad hoc* CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, décision sur la demande d'annulation, 30 juillet 2010, §§ 400 et s. Notant qu'en tout état de cause, l'absence de clause de sauvegarde au sein d'un traité d'investissement ne peut être interprété comme une intention implicite des États d'exclure l'application de la nécessité coutumière, v. CIRDI, *Impregilo SpA c. Argentine*, ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, §§ 343-344 et 355. V. aussi Trib. CNUDI, *BG Group c. Argentine*, sentence du 24 décembre 2007, §§ 407-409.
[251] Se référant à cet article, v. CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §§ 384, 390 ; Comité *ad hoc* CIRDI, *Mitchell c. RDC*, ARB/99/7, décision d'annulation du 1er novembre 2006, § 57, note 30 ; CIRDI, *EDF International SA, SAUR International SA and León Participaciones Argentinas SA c. Argentine*, ARB/03/23, sentence du 11 juin 2012, §§ 1178-1179 ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, §§ 344-345. V. aussi CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.*, 1997, p. 39, § 48, où la Cour relève que « la Hongrie a expressément reconnu qu'en tout état de cause un tel état de nécessité ne la dispensait pas de devoir dédommager son partenaire ». V. aussi F. FRANKE, « The Custom of Necessity in Investor-State

en l'absence de responsabilité pour risque, se conçoit moins facilement si la circonstance exclut l'illicéité que si elle atténue la responsabilité[252]. Toujours est-il que cette question de l'indemnisation au sens de l'article 27 ne se pose pas lorsque, par le jeu d'une clause de sauvegarde, le traité d'investissement se trouve privé d'effet[253], ce qui met bien en évidence la différence entre les deux régimes juridiques.

L'article 27 précise encore que « [l]'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité […] est sans préjudice [d]u respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus ». La violation excusée ne fait pas disparaître l'obligation primaire : la circonstance excluant l'illicéité ne gèle que temporairement la situation de violation : dès que la circonstance disparaît, l'État est tenu de respecter son obligation, sous peine d'engager sa responsabilité[254].

Bien que la précision ait peu de chances de trouver application dans le contentieux de l'investissement étranger, il faut encore relever que l'article 26 écarte la possibilité qu'une circonstance excluant l'illicéité vienne excuser la violation d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)[255]. ***449***

B. *Régime propre aux diverses circonstances*

La liste des circonstances excluant l'illicéité a été dressée par la CDI dans le cadre des rapports interétatiques de responsabilité. Leur régime est globalement transposable à la responsabilité internationale de l'État vis-à-vis d'investisseurs étrangers, moyennant certaines adaptations ponctuelles. La question a pu incidemment être posée lorsque la force majeure, l'état de nécessité et les contre-mesures ont été invoquées devant des tribunaux d'investissement (1). Le fait que le consentement, la légitime défense et la détresse ne l'aient pas encore été n'interdit pas d'envisager leur pertinence dans le contentieux transnational (2).

1. *Circonstances invoquées dans le contentieux d'investissement*

a) *Force majeure*

L'article 23 des *Articles* de la CDI prévoit que l'illicéité du fait de l'État « est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation ». Ce faisant la CDI a codifié de manière « étroite et stricte »[256] une notion dont la positivité n'est pas discutée[257].

Arbitration », *in* R. HOFMANN / Ch. J. TAMS, *International Investment Law and General International Law. From Clinical Isolation to Systemic Integration ?*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 154 et s.

[252] V. CIRDI, *LG&E Energy Corp. et al. c. Argentine*, ARB/02/1, sentence du 3 octobre 2006, §§ 260-261, 264.

[253] V. Comité *ad hoc* CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, décision sur la demande d'annulation, 25 septembre 2007, § 146 ; Comité *ad hoc* CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, ARB/03/9, décision sur la demande d'annulation du 16 septembre 2011, §§ 126-127 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, § 612.

[254] CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §§ 379 et s. ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, § 343 ; CIRDI, *EDF International SA, SAUR International SA and León Participaciones Argentinas SA c. Argentine*, ARB/03/23, sentence du 11 juin 2012, §§ 1171 et s.

[255] V. CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, § 325.

[256] F. PADDEU, « A Genealogy of *Force Majeure* in International Law », *BYBIL*, n° 82, pp. 381 et s.

Fréquemment invoquée dans le contentieux interétatique[258] quoique rarement avec succès en raison de la rigueur des conditions d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité[259] qui l'entourent, la force majeure a encore peu pénétré le contentieux en matière d'investissement – sans doute pour ces mêmes raisons. Les principaux éléments du régime de la force majeure sont :

i) La survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu

L'expression « force irrésistible » employée par l'article 23 veut « rendre l'idée de l'existence d'une contrainte à laquelle l'État n'a pas pu se soustraire ni s'opposer par ses propres moyens »[260]. Quant à l'« événement extérieur imprévu », il correspond plus précisément à « un événement qui n'a pas été prévu ou qui ne pouvait pas être aisément prévisible »[261]. La force majeure peut ***450*** résulter d'événement naturels (séisme, inondation etc.) ou humains (émeutes, insurrection[262] etc.). Dans la jurisprudence interétatique relative à la protection des étrangers, des attaques lancées par des rebelles[263] ou le bombardement d'un bien par un État tiers[264] ont été considérés comme des situations de force majeure. En revanche, un tribunal CIRDI a estimé que de violents mouvements de protestation contre l'augmentation des droits de péage ne présentaient pas, au vu d'événements antérieurs analogues, un caractère imprévisible[265]. L'imprévisibilité, plus encore que l'irrésistibilité, repose sur une analyse des circonstances de chaque espèce[266].

Des événements rentrant dans le champ de la force majeure sont par ailleurs susceptibles d'être couverts par le traité d'investissement. Ainsi certaines clauses conventionnelles de « compensation des dommages » prévoient-elles, à l'instar du TBI entre la France et l'Albanie, que les pertes de l'investisseur « dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte […] bénéficieront, de la part de [l'État], d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou sociétés ou à

---

[257] J. CRAWFORD, *State Responsibility*, *op. cit.* note 120, p. 295. Concernant la protection des biens étrangers, v. Trib. arb. (Max Huber), *Biens britanniques au Maroc espagnol* (Royaume-Uni c. Espagne), sentence du 1er mai 1925, *RSA*, vol. II, p. 642.

[258] V. l'étude du secrétariat de la CDI intitulée « 'Force majeure' et 'cas fortuit' en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine », *Ann. CDI*, 1978, vol. II, première partie, p. 58.

[259] S. SZUREK, « Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility : *Force majeure* », *in* J. CRAWFORD / A. PELLET / S. OLLESON (Ed.), *op. cit.* note 31, p. 477. V. aussi A. K. BJORLUND, « Emergency Exceptions : State of Necessity and *Force Majeure* », *in* P. MUCHLINSKI / F. ORTINO / Ch. SCHREUER (Ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford UP, 2008, pp. 498 et s.

[260] § 2 du commentaire de l'article 23, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 204.

[261] *Id.*

[262] V. sur ce point la jurisprudence du Tribunal irano-américain de réclamations (commentée *in AFDI*, 2002, pp. 451 et s.), notamment les affaires *Gould Marketing, Inc. c. Min. défense nationale d'Iran*, sentence interlocutoire n° ITL 24-49-2, 27 juillet 1983, *Iran-US CTR*, vol. 3, p. 153 et *Anaconda-Iran, Inc. c. Iran et al.*, sentence interlocutoire n° ITL 65-167-3, 10 décembre 1989, *Iran-US CTR*, vol. 13, p. 199.

[263] Ex. : Commission des réclamations États-Unis d'Amérique/Royaume-Uni, affaire du *Raid de Saint Albans*, 1873, citée au § 7 du commentaire de l'article 23, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 206.

[264] CPA, *Concessions des phares de l'Empire ottoman*, *in RSA*, vol. XII (1956), citée au § 7 du commentaire de l'article 23, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 207.

[265] CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela, CA c. Venezuela*, ARB/00/5, sentence du 23 septembre 2003, §§ 111 et s.

[266] Ex. : évacuant très rapidement l'argument de la force majeure en raison du caractère prévisible et prévu des événements en cause, v. CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, § 227.

ceux de la nation la plus favorisée »[267]. Par ce type de clause, l'État « assum[e] le risque que survienne une telle situation [de force majeure] »[268], ce qui pourrait exclure qu'il fasse jouer l'argument pour échapper à l'engagement de sa responsabilité[269].

ii) L'extériorité à l'État

La condition d'extériorité se manifeste tout d'abord, de manière assez redondante, par le fait que la « force irrésistible » ou l'« événement extérieur imprévu » doit « échapp[er] au contrôle de l'État » (art. 23, § 1). Le commentaire de la CDI ajoute néanmoins que la force majeure « ne s'étend pas […] aux situations dues à la négligence ou à la faute de l'État considéré, même si le préjudice lui-même qui en découle était accidentel et non intentionnel »[270]. ***451***

Le paragraphe 2 de l'article 23 prévoit aussi que la force majeure ne joue pas si la situation « est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque ». Dans l'affaire *LAFICO c. Burundi*, le tribunal arbitral a ainsi rejeté l'argument de la force majeure dans la mesure où l'impossibilité alléguée « résult[ait] d'une décision unilatérale » de l'État défendeur[271]. Cette condition est à mettre en rapport avec la condition, plus stricte encore, de non contribution de l'État à la survenance de la situation de nécessité[272].

iii) L'impossibilité d'exécuter l'obligation

Pour que l'excuse de la force majeure puisse opérer, les événements invoqués doivent rendre « matériellement impossible » l'exécution de l'obligation, ce qui n'inclut pas les cas de figure dans lesquels cette dernière devient « plus difficile ou plus lourde »[273]. Dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, le fait que la Turquie se soit trouvée « aux prises avec des difficultés financières de la plus extrême gravité, cumulées avec des événements intérieurs et extérieurs (insurrections, guerres) »[274] n'a pas suffi à faire jouer l'argument de la force majeure[275]. Les sentences *Enron* et *Sempra*, rendues dans le contexte de la crise argentine, ont retenu cette conception stricte de la force majeure[276]. En outre, un lien de causalité doit être établi entre les événements (la force irrésistible ou l'événement imprévu) et la situation d'impossibilité matérielle d'exécution[277].

b) *État de nécessité*

[267] Art. 6 de l'Accord du 13 juin 1995.
[268] Art. 23, § 2, *litt.* b, des *Articles* de la CDI.
[269] Cf. A. DE NANTEUIL, thèse préc. note 195, pp. 569-570.
[270] § 3 du commentaire de l'article 23, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 205.
[271] Trib. *ad hoc*, *Libyan Arab Foreign Investment Company c. Burundi*, sentence du 4 mars 1991, § 55, *in RBDI*, 1990/2, p. 548.
[272] V. *infra* b).
[273] Trib. *ad hoc*, *Rainbow Warrior* (Nouvelle-Zélande c. France), sentence du 30 avril 1990, *RSA*, vol. XX, p. 253.
[274] CPA, *Indemnité russe* (Russie-Turquie), sentence du 11 novembre 1912, *RSA*, vol. XI, p. 431, p. 443.
[275] V. aussi CPJI, *Emprunts serbes*, arrêt du 12 juillet 1929, *série A*, n° 20, pp. 39-40 et *Emprunts brésiliens*, arrêt du 12 juillet 1929, *série A*, n° 21, p. 120.
[276] CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, § 217 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, § 246.
[277] § 2 du commentaire de l'article 23, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 204.

L'état de nécessité, présenté par l'article 25 des *Articles* comme une circonstance excluant l'illicéité, désigne « les cas exceptionnels où le seul moyen qu'a un État de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent est, momentanément, l'inexécution d'une obligation internationale dont le poids ou l'urgence est moindre »[278]. Contrairement à la force majeure, fondée sur un comportement involontaire ou contraint, la nécessité repose sur une conduite délibérée : l'État choisit de ne pas respecter son obligation parce qu'il juge prioritaire de préserver un intérêt essentiel.

La question de l'applicabilité au contentieux État-investisseur de cette circonstance a été facilement résolue : hormis le tribunal de l'affaire *BG Group* qui a semblé cantonner l'article 25 aux rapports interétatiques[279], les tribunaux ***452*** d'investissement qui ont eu à traiter du contentieux argentin né de la grave crise économique subie par l'Argentine au début des années 2000 ont fait pleine application de la disposition, dont ils ont retenu le caractère coutumier[280].

La notion ouvrant la porte à tous les abus, la CDI l'a codifiée de la manière la plus stricte possible, en dégageant une longue série de critères. Selon l'article 25 :

> 1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait:
>
> a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent ; et
>
> b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.
>
> 2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité:
>
> a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ; ou
>
> b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation.

Sauf dans une affaire[281], les tribunaux arbitraux saisis du contentieux argentin ont toujours considéré, quoique sur des motifs variables, que la mise en œuvre des critères de l'article 25 ne permettait pas de faire obstacle à l'engagement de la responsabilité de l'Argentine à l'égard des sociétés invoquant des violations du traité d'investissement les protégeant. Ces différents critères, cumulatifs[282], sont :

i) Le critère de la protection d'un intérêt essentiel

---

[278] § 1 du commentaire de l'article 26, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 214.

[279] Trib. CNUDCI, *BG Group Plc c. Argentine*, sentence du 24 décembre 2007, § 408.

[280] V. notamment CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, § 315 ; CIRDI, *Enron c. Argentine*, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, § 303 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, § 344. V. aussi CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et al. c. Zimbabwe*, ARB/05/6, sentence du 22 avril 2009, § 105. Hors contentieux transnational, v. CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.*, 1997, p. 40, § 51.

[281] V. M. RAUX, « La reconnaissance de l'état de nécessité dans la dernière sentence relative au contentieux argentin : *LG&E v. Argentina* », *Gaz. Pal., Cahiers de l'arbitrage*, 2006/3, pp. 56-60.

[282] CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.*, 1997, p. 40, § 51. V. A. K. BJORLUND, *loc. cit.* note 259, p. 474.

La détermination des « intérêts essentiels » de l'État soulève de redoutables questions qui débordent du champ du droit[283]. Le commentaire de la CDI indique que « [l]a mesure dans laquelle un intérêt donné est 'essentiel' dépend de l'ensemble des circonstances, et ne peut être préjugée ». Dans le contentieux argentin, les tribunaux arbitraux ont d'ailleurs apprécié différemment ce critère ***453*** au sujet de l'Argentine. Certains ont estimé que le critère de l'« intérêt essentiel » visait l'existence même et l'indépendance de l'État[284], tandis que d'autres, plaçant la barre moins haut bien que restant dans la lignée des travaux de la CDI[285], ont inclus dans le critère la survie politique et économique de l'État, la possibilité de maintenir des services essentiels en activité et la préservation de la paix intérieure[286]. Ainsi la fourniture d'eau à la population[287], mais non la fixité des tarifs du gaz[288], a-t-elle été interprétée comme participant des intérêts essentiels de l'Argentine.

ii) Le critère du péril grave et imminent

L'état de nécessité ne joue que si l'intérêt essentiel de l'État est menacé par un « péril grave et imminent ». Pour la CDI, ce péril « doit être objectivement établi, la seule appréhension d'un péril possible ne pouvant à cet égard suffire »[289]. La CIJ a pour sa part précisé que le « péril » évoque la notion de risque et non de dommage matériellement réalisé[290]. Le péril doit par ailleurs atteindre un certain seuil de gravité et présenter un caractère de proximité, même si la Cour mondiale a admis qu'un péril « qui s'inscrirait dans le long terme puisse être tenu pour 'imminent' dès lors qu'il serait établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable »[291].

La question de savoir si la crise économique que traversait l'Argentine faisait naître un « péril grave et imminent » a fait également l'objet d'appréciations divergentes de la part des tribunaux d'investissement, qui, au demeurant, ont souvent peiné à isoler ce critère de celui de l'atteinte à un intérêt essentiel. On relèvera que les sentences *Enron* et *Sempra* ont considéré que la condition de gravité de la menace n'était pas remplie dès lors qu'aux yeux des arbitres l'Argentine n'avait pas perdu tout contrôle de la situation économique[292], tandis que dans l'affaire *Total*, le tribunal a estimé que l'Argentine n'avait pas démontré que la sécurité économique des utilisateurs du gaz aurait été menacée de manière grave et imminente par l'ajustement des prix prévu par la loi[293]. ***454***

iii) Le critère du « seul moyen »

---

[283] V. S. CASSELLA, *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 180 et s.
[284] CIRDI, *Enron c. Argentine*, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, § 306 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, § 348.
[285] V. S. HEATHCOTE, « Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility : Necessity », J. CRAWFORD / A. PELLET / S. OLLESON (Ed.), *op. cit.* note 31, pp. 496-497.
[286] CIRDI, *LG&E Energy Corp. et al. c. Argentine*, ARB/02/1, sentence du 3 octobre 2006, § 251.
[287] CIRDI/CNUDCI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, ARB/03/19, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, § 260 ; CIRDI, *Impregilo SpA. c. Argentine*, ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, §§ 346 et s.
[288] CIRDI, *Total SA c. Argentine*, ARB/04/01, décision sur la responsabilité, 27 décembre 2010, § 222.
[289] § 15 du commentaire de l'art. 25, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 221.
[290] CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.*, 1997, pp. 41-42, § 54.
[291] *Id.*, pp. 42-43, § 55.
[292] CIRDI, *Enron c. Argentine*, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, § 307 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, § 349.
[293] CIRDI, *Total SA c. Argentine*, ARB/04/01, décision sur la responsabilité, 27 décembre 2010, § 223.

L'article 25 conditionne l'argument de la nécessité à l'absence d'alternative à disposition de l'État : la violation de son obligation doit constituer le « seul moyen » pour protéger son intérêt essentiel. Pour la CDI, « [l]'excuse est irrecevable si d'autres moyens (par ailleurs licites) sont disponibles, même s'ils sont plus onéreux ou moins commodes »[294]. La plupart des tribunaux d'investissement ayant examiné cette condition n'ont pas manqué de constater que les diverses mesures prises par l'Argentine n'étaient pas le « seul moyen » à sa disposition[295], à l'exception du tribunal de l'affaire *LG&E* pour qui « *an economic recovery package was the only means to respond the crisis* »[296]. On notera aussi que le comité *ad hoc* ayant annulé la sentence *Enron* a envisagé l'hypothèse dans laquelle l'État dispose de plusieurs alternatives toutes illicites : dans ce cas de figure, l'état de nécessité jouerait si l'État adoptait la mesure constituant la violation la moins grave de ses obligations[297].

iv) Le critère de l'absence d'atteinte grave à un intérêt essentiel de l'investisseur ?

Parmi les critères de l'état de nécessité, celui de l'absence d'atteinte grave « à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble » s'inscrit explicitement dans les rapports de responsabilité interétatiques. Partant, la question de sa transposition aux rapports transnationaux s'est posée : l'état de nécessité doit-il être exclu si sa mise en œuvre porte gravement atteinte à un intérêt essentiel *de l'investisseur* ? Pour avoir, sans motivation, retenu cette conclusion, la sentence *Enron* a été censurée par un comité *ad hoc*[298]. Plus sagement, le tribunal de l'affaire *Suez Vivendi* s'est implicitement refusé à transnationaliser le critère : seul importait à ses yeux que les intérêts essentiels *des autres États parties* aux traités d'investissement applicables n'aient pas été atteints, ce qui a permis à l'Argentine de satisfaire à l'exigence de l'article 25, § 1, litt. b[299]. La sentence *Impregilo* a de son côté explicitement dit que cette dernière règle, qui repose sur un équilibre des intérêts étatiques respectifs, n'était pas transposable au contentieux mixte[300]. ***455***

v) Le critère de la non exclusion de la possibilité d'invoquer la nécessité

L'état de nécessité ne peut pas jouer lorsque l'obligation internationale « exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ». Ce critère serait susceptible de jouer si des clauses contenues dans les traités d'investissement excluaient explicitement ou implicitement la nécessité[301]. La

---

[294] § 15 du commentaire de l'art. 25, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 221.
[295] CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §§ 323-324 ; CIRDI, *Enron c. Argentine*, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, §§ 308-309 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, § 351 ; CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, § 222 ; CIRDI/CNUDCI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, ARB/03/19, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, § 260 ; CIRDI, *Total SA c. Argentine*, ARB/04/01, décision sur la responsabilité, 27 décembre 2010, § 222 ; CIRDI, *EDF International SA, SAUR International SA and León Participaciones Argentinas SA c. Argentine*, ARB/03/23, sentence du 11 juin 2012, § 1172.
[296] CIRDI, *LG&E Energy Corp. et al. c. Argentine*, ARB/02/1, sentence du 3 octobre 2006, § 257.
[297] Comité *ad hoc* CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, décision sur la demande d'annulation, 30 juillet 2010, § 370.
[298] Comité *ad hoc* CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, décision sur la demande d'annulation, 30 juillet 2010, § 383.
[299] CIRDI/CNUDCI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, ARB/03/19, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, § 261.
[300] CIRDI, *Impregilo SpA c. Argentine*, ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, § 354.
[301] V. F. FRANKE, *loc. cit.* note 251, pp. 144 et s.

question pourrait se poser à l'égard des clauses de sauvegarde contenues dans certains traités[302]. La jurisprudence a toutefois établi que de telles clauses n'étaient pas exclusives de l'application de la nécessité codifiée à l'article 25[303].

vi) Le critère de la non contribution à la survenance de la situation de nécessité

Un État perd le droit d'invoquer l'excuse de nécessité s'il a « contribué par action ou omission, à la survenance »[304] de la situation à l'origine de la nécessité. Le commentaire de la CDI ajoute que la contribution doit être « substantielle et non pas simplement accessoire ou secondaire »[305].

La question de la contribution de l'Argentine à la crise économique qu'elle invoquait au titre de la nécessité a donné lieu à des interprétations variables. Dans l'ensemble, les tribunaux arbitraux ont jugé que la crise reposait sur des facteurs tant exogènes (mouvements des capitaux dans une économie globalisée, faiblesse économique des partenaires commerciaux etc.) qu'endogènes (endettement, mauvais choix politiques face à la crise etc.), ce qui a eu pour effet de disqualifier l'argument de nécessité invoqué[306]. Seul le tribunal de l'affaire *LG&E*, dans un renversement discutable de la charge de la preuve puisque l'argument de la nécessité était invoqué par l'Argentine, a estimé que le demandeur n'avait pas établi la contribution de l'État à la crise sévère qu'il avait dû affronter[307]. ***456***

c) *Contre-mesures*

Si la transplantation de la force majeure et de la nécessité dans le contentieux transnational s'opère, globalement, sans rejet (bien que la rigueur des conditions posées fasse obstacle dans la quasi totalité des cas à leur mise en œuvre), la question des contre-mesures est autrement plus délicate. Elle semble, en effet, difficilement détachable du contexte interétatique dans lequel elle produit normalement ses effets. La notion couvre les comportements étatiques dont l'illicéité intrinsèque disparaît lorsqu'ils interviennent en réaction au fait illicite initial *d'un autre État* – c'est à ce titre que l'article 22 des *Articles* les envisage en tant que circonstances

[302] CIRDI/CNUDCI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, ARB/03/19, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, § 262.
[303] V. *supra* A.
[304] CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.*, 1997, p. 46, § 57.
[305] § 20 du commentaire de l'art. 25, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 223.
[306] V. CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §§ 328-329 ; CIRDI, *Enron c. Argentine*, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, §§ 311-312 ; CNUDCI, *National Grid Plc c. Argentine*, sentence du 3 novembre 2008, §§ 258-262 ; CIRDI/CNUDCI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, ARB/03/19, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, § 264 ; CIRDI, *Impregilo SpA. c. Argentine*, ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, § 358 ; CIRDI, *EDF International SA, SAUR International SA and León Participaciones Argentinas SA c. Argentine*, ARB/03/23, sentence du 11 juin 2012, § 1173.
[307] CIRDI, *LG&E Energy Corp. et al. c. Argentine*, ARB/02/1, sentence du 3 octobre 2006, § 256. V. aussi CIRDI, *Impregilo SpA. c. Argentine*, ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, § 36, où l'arbitre B. Stern fait noter que le constat qu'un État a contribué de manière substantielle à la crise qui le frappe ne doit pas être fait à la légère. A noter encore que la sentence *Enron* a été annulée par un comité *ad hoc* qui a notamment relevé que les arbitres avaient jugé de manière expéditive, sans prendre la peine de discuter de la portée de l'article 25, la question de la contribution à la survenance de la situation de crise économique (Comité *ad hoc* CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, décision sur la demande d'annulation, 30 juillet 2010, §§ 385 et s.).

excluant l'illicéité[308]. Les critères stricts entourant l'usage des contre-mesures (et partant leur invocabilité au titre de l'article 22) sont détaillés dans la partie des *Articles* relative à la mise en œuvre de la responsabilité[309], où les contre-mesures sont présentées comme un moyen d'amener l'État responsable à mettre un terme à son comportement illicite ou à en assumer les conséquences *via* notamment la réparation.

L'on pourrait certes envisager que le comportement illicite d'un investisseur autorise un État à adopter lui-même un comportement intrinsèquement illicite (excusé selon l'article 22), faute d'obtenir de lui qu'il mette fin à ce comportement ou répare les dommages subis par l'État. En droit international général, les contre-mesures jouent le rôle d'un palliatif à l'absence de mode obligatoire (juridictionnel, en particulier) de règlement des litiges. Dans le champ du droit des investissements, où de telles procédures sont offertes aux investisseurs, le mécanisme serait de nature à compenser le caractère « unilatéral »[310] de l'arbitrage transnational, à l'instar des demandes reconventionnelles. Dans la mesure où les traités d'investissement ne confèrent aux investisseurs que des droits, les cas sont toutefois exceptionnels dans lesquels la personne privée sera en situation de violation d'une obligation internationale justifiant une contre-mesure étatique – on réservera la question de savoir si la violation du droit interne par l'investisseur pourrait autoriser la violation par l'État du traité d'investissement à titre de contre-mesure. Mais, dans l'absolu, un État qui adopterait des mesures contraires à un traité d'investissement à l'encontre d'un investisseur étranger à l'origine, par exemple, de violations du droit international coutumier des droits l'homme, pourrait sans doute invoquer à bon droit l'excuse de l'article 22. Conformément aux *Articles* de la CDI, ces contre-mesures devraient présenter un caractère temporaire et réversible (art. 49), ne pas porter atteinte aux normes fondamentales du droit international (art. 50), être proportionnelles au préjudice subi (art. 51). ***457*** En transposant l'article 52 des *Articles* de la CDI aux rapports transnationaux de responsabilité, certaines obligations procédurales s'imposeraient à l'État, dont celle de rappeler à l'investisseur ses obligations au titre de la responsabilité, de notifier toute décision de prendre des contre-mesures et d'offrir de négocier. On peut toutefois douter que ces conditions, envisagées dans le cadre de relations horizontales entre puissances souveraines soient parfaitement adaptables aux relations entre l'État et la personne privée étrangère à la merci de son *imperium*.

Une autre question est celle de savoir si l'argument des contre-mesures peut excuser la violation d'un traité d'investissement par l'État d'accueil de l'investissement, à raison du comportement illicite initial non pas de l'investisseur mais de son État de nationalité, ce en dépit du fait que ce dernier est par hypothèse un tiers au différend transnational. Des mesures prises à l'égard de personnes privées étrangères à raison du comportement originel de leur État (ex. : gel des avoirs iraniens par les États-Unis) ont pu être qualifiées de contre-mesures[311]. Telle a été la position qu'a essayé de faire valoir le Mexique dans plusieurs affaires l'opposant à des entreprises américaines qui contestaient, au regard de l'ALENA, des

[308] Article 22 : « L'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie ».

[309] Articles 49 et suivants des *Articles* de la CDI (chapitre II de la troisième partie). Sur le régime des contre-mesures (conditions procédurales, de proportionnalité, limites substantielles au recours aux contre-mesures etc., v. J. CRAWFORD / A. PELLET / S. OLLESON (Ed.), *op. cit.* note 31, pp. 1149 et s.

[310] Cf. W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris II, 2003, 728 p.

[311] V. CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (États-Unis c. Iran), arrêt du 24 mai 1980, *CIJ Rec.*, 1980, p. 28, § 53 ; Trib. irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corp. c. Iran*, 14 juillet 1987, *Iran-US CTR*, vol. 15, p. 189, § 86.

mesures fiscales surtaxant les boissons contenant du sirop de maïs d'origine américaine pour mieux protéger la filière sucrière locale[312]. Pour le Mexique, la violation initiale par les États-Unis de leurs obligations commerciales découlant de l'ALENA excusait ses manquements aux obligations tirées du volet « investissement » (chapitre XI) du même accord.

Au terme d'un raisonnement dont la fictivité le dispute au conservatisme, la majorité du tribunal de l'affaire *Archer Daniels Midland* a reçu favorablement l'argument mexicain, en niant que l'ALENA conférait des droits propres, distincts de ceux des États, aux investisseurs. La sentence affirme en effet que le chapitre XI de l'ALENA se borne à créer des droits et obligations entre les États parties[313]. Lorsqu'il saisit le tribunal arbitral, l'investisseur, par une sorte de mécanisme de « protection diplomatique inversée »[314], se substitue à son État de nationalité[315] en demandant pour le compte de ce dernier réparation des dommages subis à raison des violations de l'autre État. Dès lors que la nature des relations juridiques en cause demeure purement interétatique, l'argument de la contre-mesure permet de couvrir la violation de ses obligations par l'État ***458*** d'accueil de l'investissement lorsqu'elle vient en réponse à la violation initiale d'une autre obligation par l'État de nationalité de l'investisseur. Dans cette affaire, le tribunal a néanmoins estimé qu'il n'avait pas compétence pour déterminer si les États-Unis avaient violé leurs obligations au titre de l'ALENA hors chapitre XI, ce qui a paralysé l'argument des contre-mesures[316], dont les conditions codifiées par la CDI n'étaient au reste pas remplies[317].

Cette démonstration alambiquée n'a pas été retenue par le tribunal de l'affaire *Corn Product*. Pour ce dernier, l'investisseur se voit reconnaître par l'ALENA des droits propres (droit au traitement juste et équitable, au traitement national etc.), qu'il est habilité à faire valoir devant un tribunal arbitral[318]. L'investisseur étant une tierce partie aux différends entre son État de nationalité et l'État d'accueil de l'investissement, l'argument de la contre-mesure n'a de ce fait pas été jugé applicable aux relations entre le Mexique et l'entreprise américaine[319]. Qui plus est, le tribunal a lui aussi considéré qu'il n'avait pas compétence pour établir la « précondition absolue » à la mise en œuvre des contremesures : la violation par les États-Unis de l'ALENA (hors volet investissement)[320]. Bien plus cohérente que celle de l'affaire *Archer Daniels Midland*, cette solution écartant l'argument des contre-mesures a davantage vocation à faire autorité dans le contentieux transnational.

---

[312] Les mesures mexicaines ont par ailleurs été contestées, avec succès, par les États-Unis devant l'OMC : *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons* (WT/DS308), Rapport du Groupe spécial du 7 octobre 2005 et Rapport de l'Organe d'appel du 6 mars 2006.

[313] CIRDI (ALENA), *Archer Daniels Midland Company and Tate and Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/04/05, sentence du 21 novembre 2007, § 168.

[314] M. FORTEAU, « La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers », *Brazilian Yearbook of International*, vol. IV, 2009, p. 38.

[315] CIRDI (ALENA), *Archer Daniels Midland Company and Tate and Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/04/05, sentence du 21 novembre 2007, § 169 (« *stepping into the shoes and asserting the rights of the home State* »).

[316] *Id.*, §§ 128 et s.

[317] *Id.*, §§ 137 et s.

[318] CIRDI, *Corn Products International, Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/04/01, décision sur la responsabilité, 15 janvier 2008, § 173.

[319] *Id.*, § 276. Dans le même sens, v. CIRDI, *Cargill, Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009, § 29.

[320] *Id.*, § 182. Le tribunal note aussi que les États-Unis sont une tierce partie absente de la procédure. Sur ces affaires, v. aussi J. CAZALA, « Droit des contre-mesures et droit des investissements », *in Cahiers de l'arbitrage*, 1er octobre 2010, n° 4, pp. 1033 et s. nos 155 et s.

2. *Circonstances inédites dans le contentieux d'investissement*

a) *Consentement*

L'article 20 des *Articles* de la CDI envisage le consentement dans un contexte interétatique : « Le consentement valide *de l'État* à la commission *par un autre État* d'un fait donnée exclut l'illicéité de ce fait […] » (it. aj.). Cette circonstance excluant l'illicéité, pour être applicable au contentieux transnational, emprunte deux voies distinctes[321].

La première consiste à envisager que l'État de nationalité consente à ce que l'État d'accueil de l'investissement viole à l'endroit de l'investisseur les obligations souscrites dans le traité auquel les deux États sont parties. Le problème est que si les États peuvent entre eux s'entendre pour mettre fin ou suspendre le traité conformément aux articles 54 et suivants de la convention de Vienne de 1969, il est moins certain, dans le contexte de la responsabilité, que l'État débiteur de l'obligation vis-à-vis de l'investisseur puisse invoquer ***459*** le consentement à la violation donné par un tiers au litige : l'État de nationalité. Au demeurant, sauf collusion de deux États pour nuire à un investisseur, on peine à imaginer l'hypothèse dans laquelle le cas de figure se présenterait en pratique.

L'autre voie envisageable repose sur une transnationalisation de l'article 20 : le consentement *de l'investisseur* à la commission par l'État du fait exclurait l'illicéité de ce dernier. Sans approfondir la question de savoir si le bénéficiaire de droits conférés par un traité d'investissement dispose de la possibilité d'y renoncer[322], on peut imaginer qu'un investisseur consente, explicitement ou implicitement (par exemple en acceptant de renégocier un contrat), à un comportement étatique, dont le caractère illicite disparaîtrait *ipso facto*[323]. La question, si elle est examiné en tant que circonstance excluant l'illicéité et non au titre de la contribution de la victime à son préjudice[324] ou en tant que renonciation au droit d'invoquer la responsabilité[325], demeurerait en tout état de cause subordonnée à des conditions rigoureuses : selon la CDI, le consentement doit être postérieur ou à tout le moins simultané au fait potentiellement illicite[326], être valide (consentement donné par une personne habilitée, absence de vice etc.)[327] ; le comportement de l'État doit encore demeurer dans les limites de ce qui a été consenti[328].

b) *Légitime défense*

---

[321] Dans le même sens, v. M. PAPARINSKIS, « Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility », *EJIL*, 2013, pp. 629-631.

[322] V. à ce sujet le commentaire de l'article 20 qui note que « [l]es bénéficiaires de droits conférés par les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ne peuvent y renoncer, mais le libre consentement d'une personne peut jouer un rôle dans l'exercice de ces droits » (§ 10 du commentaire de l'article 20, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, pp. 197-198).

[323] V. par ex. l'argumentation de l'Argentine *in* CIRDI, *Siemens AG c. Argentine*, ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, § 208. Invoquant l'acceptation des risques, v. aussi CIRDI, *ADC Affiliate Ltd. et ADC & ADMC Management Ltd. c. Hongrie*, ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006, § 384. Sur ces questions, v. M. RAUX, thèse préc. note 75, pp. 348 et s.

[324] Article 39 des *Articles*. Pour la CDI, la contribution de la personne lésée « n'exclut pas l'illicéité, mais intéresse la détermination de l'ampleur et de la forme de la réparation » (commentaire en introduction du chapitre V, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 193).

[325] Article 45 des *Articles*.

[326] § 3 du commentaire de l'article 20, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 195.

[327] § 4 du commentaire de l'article 20, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, , *op. cit.* note 23, p. 195.

[328] § 9 du commentaire de l'article 20, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 197.

L'exercice de la légitime défense lorsque l'État subit une agression, conformément à l'article 51 de la Charte des Nations Unies, est présenté par les *Articles* de la CDI comme une circonstance excluant l'illicéité. Ici encore, l'application de cette circonstance peut être envisagée dans le champ du droit des investissements. Ainsi, les violations d'un traité d'investissement (par exemple une expropriation de fait à la suite du bombardement d'une usine occupée par les forces ennemies) pourraient être excusées dès lors que l'État se défend d'une ***460*** agression armée provenant d'un autre État[329]. La question de l'indemnisation des pertes effectivement subies (article 27 des *Articles*)[330] se poserait néanmoins avec acuité. De plus, les conditions entourant l'exercice du droit de légitime défense, notamment celle de nécessité et de proportionnalité de la riposte, constitueraient autant de limites à la validité de l'argument de la légitime défense. Ces mêmes conditions s'appliqueraient dans un autre cas de figure : celui dans lequel l'État subirait une agression provenant de l'investisseur lui-même depuis son propre territoire (par exemple un acte terroriste de grande ampleur). Parfaitement farfelue à première vue, cette hypothèse est à tout le moins théoriquement envisageable au vu des « étirements » du concept de légitime défense[331].

c) *Détresse*

L'article 24 des *Articles* de 2001 envisage enfin la détresse comme circonstance excluant l'illicéité. Est visée la situation dans laquelle « un individu dont les actes sont attribuables à l'État se trouve dans une situation de péril, soit personnellement, soit à travers des personnes qu'il a la charge de protéger »[332]. Afin de sauver ces vies, l'individu décide de ne pas respecter les obligations internationales de l'État (contrairement au cas de force majeure où le comportement n'est ni délibéré ni limité à la préservation de la vie humaine). L'argument est généralement invoqué lorsqu'un avion ou un navire viole la souveraineté territoriale d'un État pour échapper à un danger[333] ; il l'a été aussi dans l'affaire du *Rainbow Warrior* au regard d'une situation d'urgence médicale[334].

En matière d'investissement, on pourrait imaginer que l'argument joue pour excuser la violation par l'État des droits qu'un investisseur tire d'un TBI, par exemple si les pouvoirs publics imposaient la fermeture d'une usine dégageant une pollution mortelle ou particulièrement nuisible à la santé ou à l'environnement[335]. Les conditions posées par la CDI à l'article 24 limitent néanmoins la portée de l'excuse de la détresse : elle sera écartée « [s]i la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres ***461*** facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque ». Elle le sera tout autant « [s]i ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave »[336].

---

[329] Cf. Trib. arb., *Cuba Submarine Telegraph Company, Ltd. (Grande-Bretagne) c. États-Unis*, sentence du 9 novembre 1923, *RSA*, vol. VI, pp. 118-120 (la coupure de câbles sous-marins appartenant à une entreprise britannique par les autorités navales américaines lors du conflit avec l'Espagne de 1898 a été considérée comme constituant une « *legitimate defense* » contre les moyens de communication ennemis).

[330] V. *supra* A.

[331] Sur la question de l'agression « transnationale », v. J. VERHOEVEN, « Les 'étirements' de la légitime défense », *AFDI*, 2002, p. 61 ; F. LATTY, *loc. cit.* note 245, pp. 227 et s. et la résolution de l'Institut du droit international, Session de Santiago, 27 octobre 2007, § 10.

[332] § 1 du commentaire de l'article 24, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, p. 209.

[333] §§ 2-3 du commentaire de l'article 20, *in* J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI…*, *op. cit.* note 23, pp. 209-210.

[334] Trib. arb., *Rainbow Warrior* (Nouvelle-Zélande c. France), sentence du 30 avril 1990, *RSA*, vol. XX, pp. 254 et s., §§ 78 et s.

[335] Cf. A. DE NANTEUIL, thèse préc. note 195, pp. 546-547, § 722.

[336] Art. 24, § 2.

Bibliographie sélective :

J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaire*, Paris, Pedone, 2003, 462 p. ; J. CRAWFORD, « Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility », *ICSID Rev.*, vol. 25, n° 1, Spring 2010, pp. 127-199 ; J. CRAWFORD, *State Responsibility. The General Part*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, 825 p. ; J. CRAWFORD / A. PELLET / S. OLLESON (Ed.), *The Law of International Responsibility*, New York, Oxford UP, 2010, 1296 p. ; K. HOBÉR, « State Responsibility and Investment Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 25, n° 5, 2008, pp. 545-568 ; R. HOFMANN / Ch. J. TAMS, *International Investment Law and General International Law. From Clinical Isolation to Systemic Integration ?*, Baden-Baden, Nomos, 2011, 275 p. ; M. M. KANE, *Droit de la responsabilité des États et arbitrage transnational CIRDI*, thèse, Cergy-Pontoise, 2012, 344 p. ; F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », chronique depuis 2008 à l'*AFDI* (avec P. JACOB depuis 2011) ; S. MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration : Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Studies in International Law, vol. 26, Oxford, 2009, LIII + 416 p. ; M. PAPARINSKIS, « Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility », *EJIL*, 2013, pp. 617-647 ; V. PECHOTA, « The Limits of International Responsibility in the Protection of Foreign Investments », *in* M. RAGAZZI (Ed.) *International Responsibility Today : Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publ., 2005, pp. 171-182 ; S. R. PERERA, « State Responsibility. Ascertaining the Liability of States in Investment Dispute », *Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, n° 4, 2005, pp. 499-529 ; M. 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, 539 p. ; M. SORNARAJAH, « State Responsibility and Bilateral Investment Treaties », *Journal of World Trade Law*, 1986, vol. 20/1, pp. 79-98.